**UNIDAD I: INTRODUCCION Y TEORIA GENERAL DE LOS DERECHOS REALES.**

**I.1) Concepto: el artículo 1882 del CCC. Ubicación dentro de la clasificación de los derechos subjetivos. Metodología del Código Civil.**

**Concepto: el Art. 1882**: *“el derecho real es el poder jurídico, de estructura legal, que se ejerce directamente sobre su objeto, en forma autónoma y que atribuye a su titular las facultades de persecución y preferencia, y las demás previstas en éste código.”*

Vélez se abstuvo expresamente de brindar definiciones conceptuales. Sin embargo, en el código civil resultaba definido a través de las definiciones conceptuales transcriptas en las notas al art. 497 y al título IV del libro tercero, citando a Ortolan y a Demolombe, cuando comenzaba a regular los derechos reales a partir del art. 2502 respectivamente. Primó doctrinariamente y por la claridad y sencillez conceptual, la definición de Demolombe *“(…) derecho real es el que crea entre la persona y la cosa una relación directa e inmediata, de tal manera que no se encuentran en ella sino dos elementos, la persona que es el sujeto activo del derecho, y la cosa que es el objeto”.*

Analizando el nuevo CCC surge que la característica más saliente de los derechos reales es la relación directa e inmediata con la cosa, sobre todo cuando se los compara con los derechos personales. Por ello la norma habla de “poder jurídico” que se ejerce directamente sobre su objeto.

Ubicación dentro de la clasificación de los derechos subjetivos (sacado del módulo y libro de Gurfinkel de Wendy)

Ubicaremos a los derechos reales dentro de los derechos subjetivos y para ello corresponde, aún a grandes rasgos, dar una noción de derecho subjetivo.

Para la concepción clásica (Según Savigny), el derecho subjetivo ha sido entendido como un poder o una facultad atribuida por el derecho objetivo a una voluntad; o como un interés jurídicamente protegido conforme a la noción de Ihering. Derecho subjetivo y derecho objetivo son dos conceptos diferentes: el derecho objetivo es el ordenamiento jurídico, el conjunto de normas dispuestas por el Estado; esta noción clásica dualista entre el derecho subjetivo y el derecho objetivo es criticada: así, Kelsen reduce el derecho subjetivo partiendo del principio de colocar en primer plano la noción de deber jurídico, entendiéndolo como la norma jurídica considerada desde el punto de vista de la conducta, que prescribe a un individuo determinado. Entonces, dice Kelsen, ambos derechos son de la misma naturaleza. El subjetivo no es más que un aspecto del objetivo y toma, ya sea la forma de un deber y de una responsabilidad, cuando el derecho objetivo dirige una sanción contra un individuo determinado; y a la de derecho subjetivo cuando el derecho objetivo se pone a disposición de un individuo determinado.

Duguit niega la existencia de los derechos subjetivos a los que caracteriza como el poder que corresponde a una voluntad de imponerse como tal, a una o varias voluntades cuando quieren una cosa que no está prohibida por la ley.

El derecho subjetivo se integra con tres elementos:

- el sujeto,

- el objeto,

- la causa.

Pero además de esos elementos todo derecho tiene un contenido, es la naturaleza y la extensión de la prerrogativa que da nombre y tipicidad al derecho subjetivo. Ahora bien, todo derecho subjetivo implica una relación entre sujetos regulada por el derecho objetivo.

El derecho de una persona importa el deber por parte de otra; esta relación se denomina relación jurídica y se integra con cuatro elementos:

* el sujeto activo o titular del derecho,
* el sujeto pasivo (que es la persona o personas sujetas al deber correlativo),
* el objeto (o conducta a cumplir por el sujeto pasivo),
* la causa (o sea, el hecho o acto jurídico que dio origen a la relación).

Clasificación de los derechos subjetivos: De conformidad a los distintos criterios tenemos que:

1. **Por su oponibilidad**: se dividen en *absolutos y relativos*. Son *absolutos* aquellos que existen y son oponibles erga omnes, o sea que el poder o facultad de su titular importa un deber de abstención de todos los demás. Son *relativos* -por el contrario- aquellos que otorgan a su titular la facultad de exigir un determinado comportamiento de personas determinadas, ya fueren acciones o abstenciones
2. **Por su contenido**: los derechos subjetivos pueden dividirse en *patrimoniales* y *extra patrimoniales,* según sean o no susceptibles de apreciación pecuniaria.

En síntesis, y como señala Lilian Gurfinkel de Wendy, el derecho real es un derecho subjetivo: el derecho positivo, enfocado desde el positivismo jurídico, presenta dos aspectos que involucran un único concepto: el derecho objetivo y el derecho subjetivo. El primero, es el ordenamiento jurídico o sistema de preceptos reguladores de la conducta humana emanados del Estado e impuestos por éste mediante su poder coactivo. El segundo, es el derecho del sujeto, concepción elaborada por el iluminismo y que el derecho natural considera anterior a la obra del legislador. Gurfinkel de Wendy define al derecho subjetivo como la potestad o facultad que el derecho objetivo reconoce a un sujeto de derecho, persona física o jurídica, respecto de otras personas o de los bienes, para cuyo efectivo ejercicio le concede acciones y excepciones que se hacen vales ante los órganos jurisdiccionales pertinentes, o en la clásica definición de Ihering, los intereses jurídicamente protegidos. Los derechos reales al otorgar al sujeto una potestad que se ejerce sobre una cosa, que cuenta con un sistema de protección regulado en el ordenamiento legal, encuadra en la categoría de derecho subjetivo como surge de la definición contenida en el art. 1882.

Metodología en el código de Vélez Sarsfield

A fin de establecer cuál es la ubicación que Vélez Sarsfield le dio a los derechos reales en el código civil basta una revisión a su índice general: dicha legislación estaba dividida en cuatro libros, que a su vez, se separan en secciones y éstas en títulos, dentro de cada uno de los cuales quedan agrupados los artículos referidos a una misma materia. De los cuatro libros mencionados, el libro tercero reglamentaba los derechos reales. Ese libro estaba dividido en 16 títulos, sin secciones. Es recién en el título IV cuando el código se refiere a los derechos reales. ¿Qué contenían los títulos anteriores? El primero, las cosas consideradas en sí mismas o en relación a los derechos y a las personas; el segundo, la posesión y la tradición para adquirirla, y el tercero las acciones posesorias. A partir del título V se reglamentaban cada uno de los derechos reales en particular, con excepción de título IX que se refería a las acciones reales. Unas de las críticas que mereció esta metodología se basa en el hecho de que en el código no se ha estructurado una parte general dedicada a delinear una teoría de los derechos reales en los que se ubicaran fácilmente los principios rectores de la materia.

Metodología en el código vigente

En términos generales el Código Civil y Comercial de la está estructurado de la siguiente manera: un título preliminar y seis libros, de los cuales el libro cuarto está dedicado a los derechos reales. Éste a su vez, se divide en catorce títulos: 1. Disposiciones generales, 2. posesión y tenencia, 3. Dominio, 4. Condominio, 5. propiedad horizontal, 6. conjuntos inmobiliarios, 7. superficie, 8. usufructo, 9. Uso, 10. Habitación, 11. Servidumbre, 12. Derechos reales de garantía, 13. Acciones posesorias y acciones reales.

Una diferencia metodológica de gran importancia respecto del código de Vélez consiste en la regulación de los bienes en tanto integrantes del patrimonio de una persona, en el libro primero. Los bienes pueden ser tanto objeto de los derechos reales cuanto de los derechos personales, de allí que su inclusión en la parte general resulte metodológicamente adecuada. El libro cuarto, dedicado a los derechos reales comienza con un título I que incluye “Disposiciones generales”, dividido a su vez en dos capítulos:1) Principios comunes y 2) Adquisición, transmisión, extinción y oponibilidad. Al quedar así expuesta y regulada una teoría de los derechos reales se facilita la interpretación de los distintos institutos contenidos en el libro pertinente. Va de suyo que cada uno de los derechos reales responderá a esos principios generales, señalándose las excepciones que corresponden en los capítulos destinados a regularlos en particular.

Otra innovación metodológica de nuevo código es el título XII dedicado a los derechos reales de garantía; allí en 21 artículos se implementa un régimen general de este tipo de derechos reales para pasar luego a la regulación de la hipoteca, anticresis y prenda en sus dos variantes, prenda de cosas y prenda de créditos.

Cabe señalar que el código de hoy ha eliminado las notas a los diferentes artículos siguiendo la postura del proyecto de 1998: “Porque no las trae ninguno de los códigos civiles del mundo que conocemos, ni ninguno de los códigos vigentes de Argentina. Además, porque la razón de que Vélez Sarsfield las introdujera en su obra fue el estado de avance en que se hallaba la cultura jurídica en el país al comenzar el último tercio del siglo XIX, por lo cual ellas sirvieron como una especie de tratado de derecho civil hasta que aparecieron los primeros estudios de los grandes comentaristas. Finalmente, porque las notas solo han sido tenidas por relevantes cuando coinciden con el texto de la ley, no obstante, es bien frecuente que en caso de discordancias entre tales notas y la disposición legal, generando graves e inútiles discusiones doctrinarias.”

**I.2) Diferencia con los derechos personales: semejanzas, diferencias y relaciones de vínculos. Situaciones intermedias: el ius ad rem, los derechos reales in faciendo, las obligaciones propter rem. Institutos de naturaleza jurídica controvertida: derechos reales de garantía en general, el derecho del locatario, los privilegios, el derecho de retención, los derechos intelectuales.**

1. Doctrina clásica o tradicional

Esta teoría denominada dualista, concibe dos categorías bien diferenciadas de derechos subjetivos patrimoniales: derechos personales (aquellos en los cuales una persona es individualmente sujeto pasivo de un derecho) y derechos reales (en los que no hay un sujeto pasivo individualizado). El código de Vélez adopto esta postura dualista plasmada en la expresión del art. 497 “(…) no hay obligación que corresponda a derechos reales” en concordancia con el art. 503 que afirmaba “las obligaciones no producen efecto sino entre acreedor y deudor, y sus sucesores a quienes se transmitiese”. De tal forma queda patentizada la dualidad de derechos reales, en los cuales no hay una obligación que se contraponga, y derechos personales en los que se establece una relación jurídica entre deudor y acreedor.

En el derecho real al no haber otro sujeto que el titular, este ejerce una potestad sobre la cosa en forma directa, con independencia del accionar de otra persona. Este ius in re o derecho sobre la cosa se diferencia del ius ad rem o derecho a la cosa; en este último caso es el sujeto obligado quien debe procurar al titular del derecho personal la prestación acordada.

* 1. con relación a los sujetos.

El codificador en el art. 1882 señala que en el derecho real la relación entre la persona y la cosa se ejerce directamente sobre ella, en forma autónoma, es directa e inmediata de tal manera que no se encuentran en ella sino dos elementos, la persona que es sujeto activo y la cosa que es el objeto. En el art. 724 se señala que en la relación jurídica el acreedor tiene el derecho a exigir del deudor una prestación; de modo que en esa relación se encuentran tres elementos: la persona que es sujeto activo del derecho (el acreedor), la persona que es sujeto pasivo (el deudor) y la cosa o el hecho que es el objeto.

Esta es precisamente la diferencia entre los derechos patrimoniales absolutos y relativos; dado que entre los primeros se sitúan los derechos reales y en la segunda categoría, los personales o creditorios. En los derechos reales la inexistencia de un sujeto pasivo directamente obligado queda ratificada en el art. 1882 cuando expresamente dice que el poder jurídico se ejerce directamente sobre el objeto, en forma autónoma, es decir, independientemente de toda otra voluntad.

* 1. Con referencia al objeto

Conforme se señala supra, los derechos reales se ejercen sobre una cosa material que constituye su objeto teniendo en cuenta que también puede consistir en un derecho como lo aclara el art. 1883 *(“el derecho real se ejerce sobre la totalidad o una parte material de la cosa que constituye su objeto, por el todo o por una parte indivisa. El objeto también puede consistir en un bien taxativamente señalado por la ley”);* los derechos personales comprenden los derechos a una prestación, es decir a un objeto que tiene necesidad de ser realizado por una acción.

En los derechos reales el titular no necesita intermediación alguna para ejercer su derecho sobre la cosa, en tanto que en los derechos personales o creditorios, el acreedor tiene derecho a una prestación por parte de deudor, que puede consistir en una acción o una abstención.

Resumiendo, en los derechos reales el objeto es la misma cosa sobre la que se ejerce, en los derechos personales el objeto inmediato es la prestación a cargo del deudor, sin perjuicio de que como objeto mediato esté la cosa a la que no se puede acceder en forma directa sino mediante la acción de otra persona.

Otra de las diferencias en cuanto al objeto, es que en el derecho real la cosa sobre la que se ejerce debe ser actual y determinada, no puede haber un derecho real sobre cosa futura. En los derechos personales, nada obsta que se concluyan contratos en los que se promete entregar cosas futuras.

* 1. con referencia a la causa

Para explicar este aspecto, nada más acertado que la cita de la nota del código de Vélez al título IV del libro III: “La causa eficiente de derecho personal es la obligación, siempre y únicamente la obligación, cualquiera que sea su origen: un contrato, un cuasi-contrato, un delito, un cuasi-delito, o la ley. La causa eficiente del derecho real es la enajenación, o generalmente, los medios legítimos por los cuales se cumple la transmisión en todo o en parte de la propiedad”. El codificador se refería al modo de adquisición de ambos derechos: en tanto los personales nacen por algunas de las causas previstas en la ley, los reales requieren el título y modo suficiente (con salvedad de aquellos derechos reales que no se ejercen por la posesión como la hipoteca, el contrato debidamente instrumentado es la única causa con la que se alcanza el derecho de garantía).

* 1. con referencia a las acciones

El derecho romano no había distinguido entre derechos personales y reales sino que esta división se aplicaba a las acciones. Se distinguía en acciones in rem y acciones in personam: las primeras eran ejercidas por titulares de derechos reales contra cualquier persona que pusiera obstáculos al ejercicio del derecho del demandante; la acción in personam tutelaba al acreedor de un derecho obligacional y se dirigía contra un sujeto determinado, el deudor, que es el único que debe cumplir la prestación prometida.

El titular de un derecho patrimonial absoluto, como es el derecho real, dispone de acciones reales destinadas a proteger sus derechos contra cualquier persona que pretenda negar su existencia, plenitud o libertad, sin perjuicio de poder ejercer también las acciones posesorias en sentido amplio que, indirectamente, también preservan el derecho real. Otra de las consecuencias, es que confiere a su titular el *ius persequendi:* facultad de perseguir la cosa que constituye el objeto de su derecho, cualquiera sea la persona que la tuviera en su poder, acción que cede frente al tercer interesado de buena fe. Es decir, la persona que tiene un derecho real puede reivindicarlo contra todo poseedor, la que tiene un derecho personal no puede perseguir sino a la persona obligada a la acción o prestación.

* 1. con referencia a la publicidad y oponibilidad

Los derechos reales son absolutos. Este carácter no sería concebible si estos no fueran conocidos por la sociedad que está obligada a respetarlos, es decir, si no se publicitara su adquisición o transmisión. En el código de Vélez se adoptaron dos formas de publicidad, la *posesoria* como exteriorizadora de un derecho real legalmente constituido y la *registral* aplicable en materia hipotecaria.

La reforma introducida en el art. 2505 del CC por ley 17.711 en consonancia con la ley 17.801 introdujo el requisito de la anotación registral a los fines de la oponibilidad a terceros, y con mayor razón a los terceros interesados. Éste es el sistema que finalmente se mantuvo en el código vigente.

En sentido inverso, los derechos personales no requieren publicidad alguna por cuanto son oponibles solo al deudor de la prestación. Sin embargo, hay situaciones en las cuales la ley establece la obligatoriedad de publicitar ciertos contratos de los que surgen derechos personales (leasing).

* 1. con referencia a la creación y régimen legal

En los derechos personales prima el principio de la autonomía de la voluntad, tanto es así que las partes pueden crear nuevas figuras contractuales además de utilizar las tipificadas en la legislación vigente. Por el contrario, en materia de derechos reales rige el principio *numerus clausus* según el cual los derechos de esta categoría solo pueden ser creados por ley tal como expresamente lo prescribe el art. *1884 (“La regulación de los derechos reales en cuanto a sus elementos, contenido, adquisición, constitución, modificación, transmisión, duración y extinción es establecida solo por la ley. Es nula la configuración de un derecho real no previsto en la ley, o la modificación de su estructura”).*

* 1. en cuanto a su duración

En principio, los derechos reales pueden ser perpetuos o temporarios. En cuanto a los derechos personales siempre habrá un plazo para su cumplimiento, ya sea fijado por las partes o judicialmente, es decir, son temporarios.

* 1. en cuanto a la prescripción

A diferencia de lo que sucede en materia de derechos personales, en los que la prescripción liberatoria extingue la acción , los derechos reales no se pierden por el transcurso del tiempo, dejando sentado el codificador que el no uso de la cosa objeto del derecho real no produce su extinción salvo situaciones especiales (usufructo). Sin embargo, esa pérdida del derecho real puede suceder cuando otra persona distinta del titular ha efectuado actos posesorios por el tiempo y bajo las condiciones que señala la ley, adquiriendo por esta vía el derecho real de que se trata (prescripción adquisitiva).

* 1. en razón de la competencia

En los derechos personales la competencia queda fijada por el lugar donde debe cumplirse la obligación o a elección del actor, en el domicilio del demandado o el lugar del contrato, siempre que el demandado se encuentre en ese lugar. En materia de derechos reales, tratándose de inmuebles, la competencia se determina por el lugar donde está situada la cosa litigiosa; sin embargo, cuando el litigio versa sobre cosas muebles la competencia para el ejercicio de acciones reales la determina el lugar de ubicación de tales bienes o el domicilio del demandado a elección del actor.

* 1. por la ley aplicable

Tratándose de derechos personales la ley aplicable será la del lugar de celebración de los actos que le sirven de fuente a esos derechos. En materia de derechos reales rige la ley del lugar en que están situados los inmuebles y los muebles que tengan situación permanente.

Situaciones intermedias: ius ad rem, derechos reales in faciendo, obligaciones propter rem.

Las tres figuras jurídicas, que al sentir de la doctrina podemos ubicar en una zona intermedia entre los derechos reales y los derechos personales son:

a) los «ius ad rem»,

b) los «derechos reales in faciendo» y

c) las «obligaciones propter rem».

**a) Ius ad rem:** No es una figura contrapuesta al «ius in rem», es decir, no debe entendérsela como derecho personal en oposición a derecho real. La idea del ius ad rem pasó del derecho canónico al derecho feudal (como consecuencia de la influencia del derecho romano en el derecho germánico) donde se empleaba la expresión para indicar la situación jurídica a que daba lugar la investidura simbólica o formal, ya que el ius in re sólo se obtenía con la posesión efectiva. De allí pasó al derecho civil por conexión con la teoría del título y como manera de proteger a quien sólo podía invocar a su favor un título suficiente, pero a cuyo respecto no se había cumplido todavía el modo suficiente concediéndosele un derecho preferente sobre posteriores adquirentes con título y modo, salvo que fueran adquirentes a título oneroso de buena fe.

Los ius ad rem se dice que es el tránsito del derecho personal al derecho real, cuando todavía no se tiene el derecho real sobre la cosa pero que seguramente se lo tendrá; es el supuesto de una persona que tiene título pero no se le hizo tradición de la cosa, se trata de un caso en el cual la persona no tiene un derecho real porque falta el modo, pero efectuada la tradición de la cosa ya adquiere el derecho real, por lo que mientras no se le haga la tradición tendrá un ius ad rem.

**b) Derechos reales in faciendo:** Tanto en el derecho romano como en cualquiera de estirpe romanista pretender la existencia de tales derechos significaría incurrir en la triple contradicción, metodológica, conceptual y terminológica (porque derecho real es el poder jurídico de una persona con relación a la totalidad indeterminada de las demás personas, no respecto a una persona determinada; y, derecho personal, es la facultad jurídica de una persona determinada que puede exigir de otra persona determinada un comportamiento determinado, un hecho: acción u omisión). Si es derecho real no puede ser «in faciendo» porque el "in faciendo" es el contenido típico de los derechos personales; es absurdo pretender construir un derecho real con el contenido típico de un derecho personal, a menos que dando vuelta los elementos de la relación jurídica admitiéramos que el sujeto (sujeto pasivo) pueda ser convertido en objeto, es decir, la persona en cosa. Ningún derecho real puede consistir nunca en un hacer, que alguien haga algo en beneficio del titular de ese derecho.

**c) Obligaciones propter rem**: son obligaciones que nacen, se transmiten y extinguen con el nacimiento, transmisión y extinción de la titularidad de un derecho real. Han recibido distintas denominaciones: obligaciones reales, obligaciones propter rem, ambulatorias o cabalgantes y están referidas a obligaciones legales que imponen deberes a sus titulares. La alocución latina propter rem significa “en razón de la cosa”. Precisamente, esa inherencia a la cosa parecería colocarlas en el marco de los derechos reales, sin embargo, por los sujetos intervinientes y por su contenido se identifican con los derechos creditorios.

Institutos de naturaleza jurídica controvertida: derechos reales de garantía en general, el derecho del locatario, los privilegios, el derecho de retención, los derechos intelectuales.

1. **Derechos reales de garantía**

Algunos podrían sostener que son derechos personales, por ser accesorios de derechos de esa naturaleza. Sin embargo, la accesoriedad del derecho de garantía sólo hará que su suerte quede supeditada a la del derecho personal al que accede, pero esto no puede nunca influir sobre su naturaleza jurídica. El carácter accesorio de los derechos reales de garantía ha generado alguna duda respecto de su naturaleza jurídica. Sin embargo, si bien la obligación garantizada consiste en un crédito (derecho personal) la garantía no participa necesariamente de su misma naturaleza, de allí que ella puede ser personal o real. En tal sentido, el código enumera como derechos reales de garantía: hipoteca, prenda y anticresis.

Con relación a la hipoteca, que no se ejerce por la posesión por cuanto no hay desplazamiento del inmueble sobre la que recae, se ha señalado que como derecho real carece de la relación directa e inmediata entre el titular del derecho y la cosa, manteniendo solo el aspecto externo, esto es: facultad de persecución y preferencia. Al respecto, es fácil advertir que no solo por su ubicación en el código civil sino también por su definición, el codificador ha considerado a la hipoteca como derecho real, supliendo la publicidad posesoria o relación real entre el sujeto y la cosa, por la publicidad registral.

1. **El derecho del locatario.**

Es inexacto, ya que se trata de un derecho personal de uso y goce, en caso contrario, sería un usufructo por el tiempo convenido. La duda surge en el art. 1189 que hace subsistir la locación durante el tiempo convenido, aunque la cosa locada sea enajenada. No se trata de un derecho inherente a la cosa ni otorga las ventajas del ius persequendi y del ius preferendi. No tiene acciones reales en caso de ser desalojado, ni siquiera acciones posesorias.

1. **los privilegios**

El art. 2573 del ccc define: *“Privilegio es la calidad que corresponde a un crédito de ser pagado con preferencia a otro, puede ejercitarse mientras la cosa afectada al privilegio permanece en el patrimonio del deudor, excepto disposición legal en contrario y el supuesto de subrogación real en los casos que la ley admite. El privilegio no puede ser ejercido sobre cosas inembargables declaradas tales por la ley”.*

Cabe destacar que la norma está ubicada metodológicamente en el libro sexto: “Disposiciones comunes a los derechos personales y reales”, es decir que, claramente, no está considerado derecho real. De los artículos contenidos en el título II del libro citado surge que los privilegios solo pueden ser establecidos por ley y que son accesorios de los créditos. Dado que en materia de derechos reales rige el principio numerus clausus, el privilegio, al surgir de la ley, bien podría ser considerado un derecho real; por otra parte, la hipoteca también es un derecho real accesorio de un derecho personal. Sin embargo, el privilegio no está enumerado en el art. 1887 ni esta reglado entre los derechos reales sino, como el propio codificador lo expresa: *es una preferencia para el cobro que accede a otro derecho, que puede ser real o personal.*

1. **el derecho de retención**

El derecho de retención ha sido legislado en el código civil y comercial de la nación en el libro sexto, título III: Disposiciones comunes a los derechos personales y reales a continuación de los privilegios, como una forma de garantizar ciertos créditos.

**ART. 2587*.*** *Legitimación. Todo acreedor de una obligación cierta y exigible puede conservar en su poder la cosa que debe restituir al deudor, hasta el pago de lo que éste le adeude en razón de la cosa.*

*Tiene esa facultad sólo quien obtiene la detentación de la cosa por medios que no sean ilícitos. Carece de ella quien la recibe en virtud de una relación contractual a título gratuito, excepto que sea en el interés del otro contratante.*

Tanto de su definición legal como de los artículos siguientes, surgen los requisitos para la procedencia de dicho derecho:

1. quien pretende hacerlo debe tener la cosa bajo su poder, el corpus, con independencia del animus. Si el retentor se ha desprendido del objeto de su garantía, esta se extingue, pero si la desposesión fuese forzada le asisten los medios legales para recuperarla como si fuese un poseedor.
2. Existencia de un crédito contra quien solicita la restitución de la cosa. El crédito debe ser cierto y exigible, pues no basta la sola alegación para ejercerlo.
3. Conexidad entre el crédito y la cosa retenida.

Los autores que sostienen que es un derecho real resaltan su oponibilidad no solo al deudor sino también a terceros pero, reconocen que el ius preferencia y el ius persequendi no existen como en los demás derechos reales, de allí que sería un derecho real con limitaciones.

En el otro extremo, quienes sostienen que es un derecho personal, entienden que lo es porque otorga al acreedor una preferencia frente al propietario de la cosa y sus sucesores universales y lo coloca en mejor situación respecto de los otros acreedores quirografarios, sin que ello implique oponibilidad a terceros.

Algunas posturas intermedias explican la naturaleza del derecho de retención desde distintos ángulos:

1. como calidad accesoria del derecho personal inherente a ciertos derechos creditorios e inseparable de los mismos, sin que haya inherencia a la cosa
2. como una excepción procesal y no un derecho sustancial, mediante la cual el acreedor puede resiste a la entrega de la cosa que está en su poder hasta que no se haga efectivo el pago de su crédito mediante una excepción dilatoria.
3. Es asimilable a una medida precautoria, como un embargo.
4. Otras consideraciones a tener en cuenta: en primer lugar, el derecho de retención no ha sido enumerado en el art. 1887 ni incluido en el libro cuarto (derechos reales); el retentor si bien tiene la cosa bajo su poder no ejerce sobre ella actos de uso, goce o disposición; el dueño de la cosa puede solicitar la sustitución de ésta por otra que ofrezca en garantía.
5. **derechos intelectuales**

Entre las garantías constitucionales, la de propiedad garantizada por el art. 17 de la Carta Magna incluye un párrafo que afirma*: “Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley”,* por lo cual, en una primera lectura pareciera que el termino propietario hace referencia a la titularidad de un derecho real.

El que se hable normalmente de propiedad intelectual no significa que sea un derecho real, se trata de un evidente error, ya que no es posible la existencia de un derecho real que no tenga por objeto una cosa. Los derechos intelectuales han sido conceptualizados como una tercera categoría independiente de derechos, en cuya naturaleza jurídica hay que distinguir dos aspectos: por un lado, el derecho moral del autor, que se materializa en facultades que tiene el titular para que todos reconozcan y respeten su paternidad espiritual con respecto al objeto creado y la incolumidad de éste; y por otro lado, el derecho a la explotación económica de la creación espiritual.

Tanto en uno como en otro aspecto, en cuanto a la oponibilidad, el derecho intelectual es absoluto. En lo que hace al contenido, en cambio, es extra patrimonial en el primero, y patrimonial en el segundo. Sólo con relación a este último podría hablarse de propiedad intelectual, pero tomando la palabra propiedad no como sinónimo de dominio, sino con el alcance más amplio de derecho patrimonial.

**I.3) Régimen legal de los derechos reales: orden público, creación y fuente. Numerus clausus y tipicidad. Modificación. Estructura. Convalidación. Persecución y preferencia.**

1. Orden publico

Uno de los rasgos distintivos de los derechos reales está dado por el grado de incidencia del orden público; mientras en los derechos personales impera el principio fundamental de la autonomía de la voluntad, que solo se detiene ante las vallas del orden público, la moral, las buenas costumbres y la buena fe, los derechos reales, están dominados por el principio del orden público, que deja solo un estrecho margen para la voluntad de los particulares.

1. Creación

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

Claro está que ella no menciona la expresión orden público, pero excluye las voluntades individuales, el régimen de los derechos reales es inmodificable para ellas.

En esta materia nuestra legislación se aleja de la práctica romanista al establecer un número cerrado de derechos reales, regularlos detalladamente y excluir a los particulares en esta materia, conformando un sistema de numerus clausus por oposición a aquellos numerus apertus que rige en materia de derechos personales.

* 1. tipicidad formal

Cabe aclarar que el principio según el cual los derechos reales solo pueden ser creados por la ley debe ser interpretado en el sentido de tipicidad, de número y reglamentación, pero su causa fuente es un hecho o un acto jurídico: la apropiación de una cosa, la edificación, el contrato, el testamento y además, en la mayoría de los derechos reales se requiere una causa eficiente: la tradición.

La ley siempre interviene en la creación de esta categoría d derechos patrimoniales (tipicidad formal), sin dar lugar a la voluntad de los sujetos, por el contrario, la causa de los derechos reales, tanto fuente como eficiente, es siempre un acto voluntario de la persona; la ley interviene solo como fuente en las escasas excepciones.

A diferencia de lo que sucede en materia contractual, en la que las partes pueden convenir acuerdos no tipificados por el código, aquellas no pueden negociar derechos reales que el legislador no hubiera previsto y en caso de hacerlo, resulta de aplicación la última parte del art. 1884, es nula. Por lo que habrá de atenerse a la regla establecida en el art. 384: *“El acto nulo puede convertirse en otro diferente válido cuyos requisitos esenciales satisfaga, si el fin práctico perseguido por las partes permite suponer que ellas lo habrían querido si hubiesen previsto la nulidad.”* Esto significa que del acto puede resultar un derecho real o personal.

* 1. tipicidad sustantiva

El codificador al adoptar el criterio del numerus clausus brinda más seguridad a los adquirentes y a los terceros, impidiendo a los particulares constituir derechos reales no enumerados por la ley o dentro de los permitidos, introducir modificaciones a la regulación que de cada uno de ellos establece el código en forma minuciosa. Es decir que no solo se excluye la voluntad individual en cuanto a la creación sino también al marco regulatorio de cada uno de los derechos. Ellos así por cuanto el legislador no solo introduce el tipo de derecho real sino que además define los aspectos que lo singularizan: es a lo que alude el concepto de tipicidad sustantiva.

* 1. Numerus clausus

Este sistema consiste en que la ley organiza los derechos reales en número limitado y cerrado, fijando el contenido de cada uno de ellos y dándole un nombre, quedando de tal modo, rígidamente fijados los tipos posibles de derechos reales y su extensión. Esta característica, conocida como tipicidad formal, implica que no hay más derechos reales que los enunciados, lo cual no impide que la enumeración de derechos reales pueda ampliarse pero siempre que lo haga el legislador nacional. Precisamente, por eso no resulta imprescindible que el reconocimiento de eventuales nuevas categorías se haga en el mismo cuerpo del código civil como bien demuestran las leyes 13.512 y 25.509 reguladoras del derecho de propiedad horizontal y del derecho de superficie forestal, ambos actualmente incorporados al ccc.

1. Convalidación

La violación al principio contenido en el art. *399 (“Regla general. Nadie puede transmitir a otro un derecho mejor o más extenso que el que tiene, sin perjuicio de las excepciones legalmente dispuestas”)* trae como consecuencia la invalidez de la transmisión o constitución del derecho real efectuado por quien no era titular de él o no tenía derecho suficiente para la realización de ese acto de disposición. Sin embargo, el art. 1885 autoriza su convalidación cuando el que dispuso de ese derecho real lo adquiriese después, en ese caso, “la constitución o transmisión queda convalidada”.

La convalidación planteada en el art. 1885 requiere una acción por parte de quien trasmitió inválidamente el derecho real: adquirir efectivamente ese derecho, devenir titular del mismo y solo entonces la transmisión antecedente se considerara realizada al tiempo de su celebración. El principio de convalidación receptado en el art 1885 no solo reafirma aquel contenido en el art. 2504 del código de Vélez sino que lo hace aplicable a todos los derechos reales, incluida la hipoteca. El art. 3126 del código anterior establecía que no se aceptada la convalidación en materia hipotecaria.

1. Persecución y preferencia

Estos conceptos quedan subsumidos en la norma del **art. 1886**: *“Persecución y preferencia. El derecho real atribuye a su titular la facultad de perseguir la cosa en poder de quien se encuentra, y de hacer valer su preferencia con respecto a otro derecho real o personal que haya obtenido oponibilidad posteriormente.”*

A fin de garantizar la existencia, plenitud y libertad de los derechos reales, el código argentino organiza un sistema de protección que en forma inmediata o meditada permite no solo el reconocimiento del derecho sino la restitución al poseedor del bien mueble o inmueble.

**I.4) Enumeración legal: artículo 1887.**

**ARTICULO 1887.-** Enumeración. Son derechos reales en este Código:

a) el dominio;

b) el condominio;

c) la propiedad horizontal;

d) los conjuntos inmobiliarios;

e) el tiempo compartido;

f) el cementerio privado;

g) la superficie;

h) el usufructo;

i) el uso;

j) la habitación;

k) la servidumbre;

l) la hipoteca;

m) la anticresis;

n) la prenda.

**I.5) Clasificación de los derechos reales: en relación al sujeto; al objeto; a la causa; al contenido; a la función**.

Este tema que aparece como ajeno a la legislación ha merecido la atención de la doctrina por las pautas que dan lugar a las distintas clasificaciones. El autor que más cantidad de clasificaciones ha encontrado es Gatti que nos habla de 32.

**1. CON RELACION AL SUJETO.**

1) Derechos reales exclusivos o no exclusivos: según que admitan o no pluralidad de titulares sobre el mismo objeto

a) Exclusivos: dominio, usufructo, propiedad horizontal. (El uso y habitación solo son exclusivos cuando los frutos del fundo o las comodidades de la casa alcanzan únicamente para satisfacer las necesidades de sus titulares y sus familias).

b) No exclusivos: condominio, servidumbres, conjuntos inmobiliarios, superficie, cementerios privados, tiempo compartido, anticresis, prenda, hipoteca. (El uso y habitación son no exclusivos cuando los frutos o comodidades alcancen para satisfacer las necesidades de dos o más titulares y sus respectivas familias).

2) Derechos reales de titularidad limitada o no a las personas de existencia visible (personas físicas):

a) Titularidad limitada (no admiten personas jurídicas): solo el uso y la habitación, ya que las pautas para determinar las necesidades (estado de salud, hábitos, condición social) únicamente son de personas físicas.

b) Titularidad no limitada a personas de existencia visible: todos los demás.

**2. CON RELACION AL OBJETO.**

1) Derechos reales sobre la cosa propia o sobre la cosa ajena:

1. Cosa propia (total o parcialmente): dominio, condominio, propiedad horizontal, conjuntos inmobiliarios, tiempo compartido, cementerio privado, superficie si existe propiedad superficiaria.
2. Cosa ajena: uso, habitación, usufructo, servidumbre.
3. Derechos reales de garantía: anticresis, prenda, hipoteca.

**3. CON RELACION A LA CAUSA.**

1) Derechos reales perpetuos o temporarios:

a) Temporarios: usufructo, uso, habitación, servidumbres, personales;

b) Perpetuos: dominio, condominio, propiedad horizontal.

2) Derechos reales vitalicios o no vitalicios.

a) Vitalicios: duran tanto como la vida del titular. (Usufructo, uso, habitación, servidumbres personales cuando han sido constituidos de ese modo o cuando no se les han fijado ningún término de duración.)

b) No vitalicio: Los restantes.

3) Derechos reales extinguibles o no por el no uso.

a) Extinguibles: usufructo, uso, habitación, servidumbres (tanto reales como personales), superficie forestal.

b) No extinguibles: derechos reales perpetuos, salvo las servidumbres reales perpetuas.

Los derechos de garantía son ajenos a esta clasificación, aunque es necesario aclarar que si se produce la extinción de los derechos creditorios que ellos garantizan, por efecto de la prescripción, también se extinguen.

4) Derechos reales transmisibles o intransmisibles (según que admitan o no mutaciones en sus titulares).

5) Derechos reales verdaderos o putativos, según que sus titulares tengan o no, en todos los casos, frente a todos sin excepción, el derecho de ejercerlos.

6) Derechos reales que admiten o no como fuente a la ley. Los únicos que la admiten son el usufructo (usufructo legal del art. 697 y 698, antiguamente 287) y la habitación (del cónyuge supérstite del art. 2383, antiguamente 3573 bis).

7) Derechos reales registrables o no.

**4. CON RELACION A SU CONTENIDO.**

1) Derechos reales de goce o disfrute y de garantía.

a) Goce/disfrute: autorizan a su titular para obtener directamente de la cosa una utilidad mayor o menor, pero sin llegar en ningún caso a la disposición material ni al uso y goce con alteración de la sustancia o del destino de la cosa. Son el usufructo, habitación, uso, servidumbres.

b) Garantía: el beneficio para el titular está constituido por la garantía que confieren al derecho creditorio al que acceden, asegurando su cumplimiento. Son la hipoteca, prenda, anticresis.

2) Derechos reales que se ejercen o no por la posesión: según que sea necesario o no para su ejercicio que la cosa que es su objeto se encuentre o no bajo el poder de hecho de su titular.

a) Ejercidos por la posesión: cuando la cosa se encuentra bajo el poder de hecho de su titular. Dominio, condominio, propiedad horizontal, conjuntos inmobiliarios, tiempo compartido, cementerio privado, superficie, usufructo, prenda, habitación, anticresis, uso.

b) No ejercidos por la posesión: caso contrario. Hipoteca, prenda, servidumbre.

**5. CON RELACION A SU FUNCION.** Los derechos reales de garantía revisten el carácter de derecho accesorios de los créditos que garantiza.

a) Principales o accesorios en función de garantía (art. 1889):

a.1) Principales: existen por sí mismos. La mayoría de los derechos reales son principales.

a.2) Accesorios: deben su existencia a la de un derecho creditorio cuyo cumplimiento aseguran. Hipoteca, anticresis, prenda.

b) Registrables o no registrables (art. 1890):

b.1) Registrables.

b.2) No registrables: cuando los documentos portantes de derechos sobre su objeto no acceden a un registro a los fines de su inscripción.

**UNIDAD 2: INTRODUCCION Y TEORIA GENERAL DE LOS DERECHOS REALES.**

**II.1) Elementos: sujeto. Objeto: concepto de cosa, bien patrimonio y objeto de derecho. Artículo 2311. Concepto de cosa desde el punto de vista físico y jurídico. Requisitos de la cosa como objeto de derecho real. Los pretendidos derechos reales sobre los bienes que no son cosas. Situaciones especiales (la energía, las universalidades, el cuerpo humano, el cadáver, los derechos). Clasificación de las cosas. Causa: concepto. Teoría del título y el modo. Categorías y metodología de hechos y actos jurídicos reales. Principios fundamentales de la causa de los derechos reales.**

**Sujeto:** el único sujeto de los derechos civiles en general, y de los derechos reales, en particular, es la persona. Los derechos reales se ubican en los derechos patrimoniales, por lo tanto el principio general es que toda clase de personas, de existencia visible o ideal sin distinción de su nacionalidad, pueden ser sujetos de los derechos reales. Sujeto o titular de un derecho real, por tratarse de un derecho patrimonial, puede ser cualquier persona física o jurídica con capacidad suficiente para adquirirlos.

Distinciones respecto a la calidad de los sujetos:

1. Personas de existencia ideal: existen derechos reales de goce y disfrute de la cosa ajena que son temporales y en los cuales se ha establecido como tiempo máximo para su duración, la vida del titular del derecho. Para el supuesto de las personas jurídicas que pueden ser ilimitadas en el tiempo, el código establece términos máximos de titularidad. Así, el usufructo tiene un término máximo de 50 años en el art. 2153 (antes eran 20 años conf. Art. 2828 del cc), lo mismo para la servidumbre en los arts. 2165 y 2182 inc. c. Las personas jurídicas quedan excluidas de los derechos de uso y habitación por cuanto sus contenidos son pautas que solo corresponden a las personas físicas, ella que se refiere a las necesidades del usuario o del habitador y sus familiares o a las necesidades personales del usuario, sus hábitos o salud. Arts. 2154 y 2158

2. Extranjeros: en virtud de la Ley de creación de Zonas de Seguridad en todo el territorio de la Nación, se restringe (respecto de derechos personales y reales) la posibilidad de su titularidad por ciudadanos extranjeros, como modo de complementar previsiones territoriales de la defensa nacional.

2.1Consideraciones con respecto al número de sujetos (concurrencia): la concurrencia de distintos derechos reales sobre una misma cosa puede darse en una persona o en personas diferentes (pluralidad de sujetos o titulares de derechos reales sobre la misma cosa). La pluralidad de titulares se puede dar respecto a derechos reales de distinta o de igual naturaleza (estos últimos son derechos reales de sujeto plural) (cotitularidad).

3. Derechos reales de la misma naturaleza: sobre la misma cosa pueden o no constituirse derechos reales de la misma naturaleza en distintas personas, según que admitan o no la concurrencia. Admiten concurrencia los derechos reales de garantía y las servidumbres, no la admiten el dominio, usufructo, uso y habitación. Si alguien transmite el dominio a varias personas, ninguna de ellas adquiere el dominio porque es un derecho exclusivo, cada una de ellas adquirirá un condominio creándose así un estado de comunidad de los respectivos derechos reales.

4. Capacidad: se aplican las normas del derecho civil, la única distinción se refiere a la posesión, puesto que se autoriza a los menores que tengan 10 años de edad a adquirir la posesión por ellos mismos. La capacidad del sujeto dependerá del hecho o acto jurídico por el cual deviene titular del mismo. En nuestro derecho la adquisición derivada por actos entre vivos requiere un título de adquisición o constitución del derecho real que, en general es de naturaleza contractual. Por ello, la capacidad requerida para celebrarlos queda subsumida en las reglas que al respecto fija el CCC en el art. 22 y ss. con carácter general en materia de capacidad de la persona humana, sin perjuicio de la singularidad que cabe atribuir a cada uno de los contratos (compraventa, permuta, cesión de derechos y acciones, donación, hipoteca, prenda, etc). En los supuestos de adquisición derivada, en los cuales es necesario además del título el modo suficiente, el tradens debe tener capacidad para enajenar la cosa y el que recibe debe ser capaz de adquirir.

**Objeto; concepto de cosa, bien, patrimonio y objeto de derecho. Art. 2311. Concepto de cosa desde el punto de vista físico y jurídico. Requisitos de la cosa como objeto de derecho real. Los pretendidos derechos reales sobre los bienes que no son cosas.**

**Objeto.** Art. 1883: ‘*el derecho real se ejerce sobre la totalidad o una parte material de la cosa que constituye su objeto, por el todo o por una parte indivisa. El objeto también puede consistir en un bien taxativamente señalado por la ley*.”

El CCC fija como regla que el objeto de los reales es siempre una cosa material, independientemente de la extensión en la que se ejercen sobre ella las facultades que confiere cada tipo; sin embargo, los bienes también pueden ser objeto (pero solo los especialmente nominados por la ley).

**Bien:** pueden ser materiales (cosas) o inmateriales (derechos) (EJ: un crédito). El conjunto de bienes conforma el patrimonio de una persona, junto a las relaciones jurídicas. El concepto de bien es más amplio que el de cosa puesto que no todos los derechos reales se ejercen por la posesión. Por ello, en nuestra definición del objeto de derecho real no nos referimos únicamente a las cosas materiales sino que con el término bien pretendemos abarcar el objeto de aquellos derechos reales en los cuales no hay una relación directa e inmediata con la cosa, como sucede, por ejemplo en la hipoteca y en el derecho real de superficie.

La gran diferencia entre el cc y el actual es que este último ha incluido en la parte general las disposiciones referidas a los bienes y las cosas con fundamento en que, si bien las cosas constituyen el elemento de los derechos reales, en los personales su objeto, la prestación, puede consistir en dar una cosa, situación que amerita su inclusión en una parte general que reúne las normas referidas a las personas, los bienes, las cosas, los hechos y los actos jurídicos

* Bien inmaterial: “bienes que no son cosas” (según Vélez). Se los admite como objeto de los derechos reales, teniendo preeminencia los materiales. (Abarcan los derechos reales sobre cosa ajena).
* Bien material: cosa, (art. 16 CCC) susceptible de tener valor, pueden ser muebles o inmuebles. (abarca los derechos reales sobre cosa propia).

El **Art. 2311** del CC de Vélez disponía: *“se llama cosas en este Código, los objetos materiales susceptibles de tener un valor. Las disposiciones referentes a las cosas son aplicables a la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de apropiación”.*

La redacción de este art. por Vélez termina con la confusión planteada por el derecho romano, que establecía que las cosas podían ser materiales o inmateriales, y define las cosas como bienes materiales.

Concepto de cosa física y cosa jurídica

Desde el punto de vista físico queda incluida en la definición de cosa todo lo que existe en la naturaleza, ya sea en forma material (plantas, ganado, incluido el hombre) o abstracta (el aire, el cielo).

Por otro lado, no todos los hechos y las cosas merecen ser tenidos en cuenta por el legislador para proceder a su regulación, sino que son las necesidades de cada época las que dictan la conveniencia de calificar jurídicamente una conducta o un objeto material para atribuirle consecuencias legales. De allí que ciertas cosas físicas merecen acceder a la categoría de cosa jurídica y que otras, aun tratándose de bienes inmateriales merezcan el mismo tratamiento legal que aquellas.

El codificador se aparta del concepto común de cosa explicando que a los fines de su regulación jurídica solo deben ser consideradas aquellas que tienen un valor entre los bienes de los particulares, pensamiento que quedó plasmado en el **art. 16** *“Bienes y cosas. Los derechos referidos en el primer párrafo del artículo 15 pueden recaer sobre bienes susceptibles de valor económico. Los bienes materiales se llaman cosas (…)”*

En el art. 2311 Vélez si bien hacía referencia al valor, no se clarificaba que tipo de valor debe tener determinada materialidad para ser una cosa jurídica, esto es: si debe tener un valor económico objetivo o basta con que tenga un valor afectivo o moral. En este sentido, el art. 16 pode fin a disquisiciones interpretativas señalando expresamente el requisito del valor económico.

El nuevo CCC además de mantener una clasificación tradicional de bienes y cosas como integrantes del patrimonio de una persona, incorpora en el art. 17 nuevas categorías de derechos cuyo objeto no tiene contenido económico. **ARTICULO 17**.- *Derechos sobre el cuerpo humano. Los derechos sobre el cuerpo humano o sus partes no tienen un valor comercial, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social y sólo pueden ser disponibles por su titular siempre que se respete alguno de esos valores y según lo dispongan las leyes especiales.*

Requisitos del objeto de los derechos reales

Podemos definir el objeto sobre el cual se ejerce el derecho real como un bien actual y determinado, que esté en el comercio, susceptible de aprovechamiento, de contenido patrimonial, y que se encuentre a disposición del sujeto en cantidad limitada. Entonces:

1. Debe tratarse de un objeto que reúna los caracteres de los arts. 16 y 234, es decir: estar en el comercio, que implica que pueden ser materia de apropiación privada, objeto de derechos patrimoniales y que pueden transmitirse libremente de un propietario al otro por actos entre vivos.
2. El bien debe ser actual, debe existir no solo al momento de su constitución sino que debe perdurar a fin de que el titular del derecho real pueda ejercer sobre él su potestad.
3. El bien debe estar determinado, perfectamente identificado por su ubicación, medidas y linderos si fuera un inmueble y por su marca, modelo y características, si fuera mueble.

Pretendidos derechos reales sobre objetos que no son cosas:

1. Acertadamente, la doctrina señala que fuera del CCC se ha legislado sobre el usufructo de bienes que no son cosas (usufructo de acciones de las sociedades anónimas, art 218, ley 19550; usufructo de cuotas de las sociedades de responsabilidad limitada, art 156). (Art. 2130, CCC comentado).
2. Art. 2188*: “cosas y derechos pueden constituir el objeto de los derechos reales de garantía (…).”* O sea, pueden constituirse garantías reales que tengan como objeto derechos. EJ: titular del derecho real de superficie, conforme art. 2120; el superficiario puede gravar su derecho (la propiedad superficiaria) con derechos reales de garantía, por lo tanto, al ser derecho real sobre cosa propia respecto de la propiedad superficiaria, su titular puede gravarla con hipoteca o anticresis; pero la hipoteca recae sobre las plantaciones y construcciones existentes en el fundo (no sobre el derecho de superficie), pero también puede afectar el derecho a construir, plantar o forestar.
3. Sección 3 del capítulo 4, prenda de créditos: es un derecho real en función de garantía cuyo objeto lo constituye un derecho personal o creditorio, que debe constar de forma escrita, para que pueda verificarse la tradición del título o instrumento, y debe ser susceptible de ser cedido.

Situaciones especiales con relación al objeto de los derechos reales:

**1) LA ENERGIA (**art. 16 CCC): se continua con la disposición prevista por el art. 2311 de Vélez (modificado por la ley 17.711), según el cual la energía no es un bien material o cosa (no es corpórea) ni tampoco un bien inmaterial (no es un derecho), pero puede estar vinculada por el objeto de actos jurídicos y consecuentemente, de los derechos que nacen de estos actos. La energía no es cosa desde el punto de vista jurídico porque carece de idoneidad para constituir el asiento de un derecho real; no es un bien material o corporal, tampoco es un bien inmaterial o incorporal, ello porque no es un derecho. La energía no es un bien pero puede estar vinculada con el objeto de actos jurídicos y consecuentemente, con los derechos que nacen de esos actos. No dice el ART. 16 que sea cosa la energía sino simplemente que le serán aplicables las disposiciones relativas a las mismas.

Papaño siguiendo a Allende entiende que: “Cosa y energía, desde el punto de vista jurídico, implican un dualismo que exige normas diferenciadas, con el agravante que la energía no puede servir de soporte al derecho real; lo contrario implicaría desnaturalizar completamente a éste, pues la energía aparece producida por alguien, aparece nítida la existencia de una obligación de hacer, lo que pasa a primer plano, chocando violentamente con la concepción del derecho real”.

**2) DERECHOS SOBRE EL CUERPO HUMANO** (art. 17): o sus partes, no tienen un valor comercial, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social y solo pueden ser disponibles por su titular siempre que se respete alguno de esos valores y según lo dispongan las leyes especiales.

Posturas doctrinales:

1. *Confiere valor patrimonial* al cuerpo humano y sus partes, ya que es posible separar elementos que se califican como cosas, que tienen un precio y pueden ser patentados, transferidos y sometidos al comercio dentro de ciertos límites. (EEUU).

2. *No confiere valor patrimonial*, ya que estima que el cuerpo humano es inviolable y que sus elementos no podrán ser objeto de ningún derecho patrimonial. (Francia).

3. Postura del CCC: *no tienen valor comercial, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social*, por lo tanto solo pueden ser disponibles por su titular siempre que se respete alguno de esos valores.

Naturaleza jurídica del cuerpo humano y sus partes: es un derecho personalísimo, por lo que las prerrogativas sobre aquel carecen de contenido atributivo y por ende de connotaciones patrimoniales; y tratándose de cosas, se dispone gratuitamente de ellas a partir de la libre determinación que impide que un incentivo económico incida de manera negativa en detrimento de los principios de dignidad e igualdad.

Principios: siguiendo los principios de la bioética (autonomía, beneficencia, no maleficencia y justicia) se estructuran los siguientes estándares (receptados en arts., 55, 59 y 279 CCC y 15 de ley 24.193):

1. Deber de información respecto del alcance de las practicas a realizar en el cuerpo y sobre el eventual aprovechamiento comercial y/o patentamiento de la investigación.
2. Libre asentimiento sobre la ejecución de aquellas prácticas y sobre el referido empleo comercial y/o registro de las investigaciones emprendidas.
3. Sobre su revocación, antes y durante la ejecución de las mismas.
4. El destino a darse al bien de cesión debe ser el mismo del que fue informado al cedente y respecto del cual presto su asentimiento.
5. Los actos de disposición de las partes separadas del cuerpo no deben ser contrarios a la ley, moral y buenas costumbres.

Derechos de las comunidades indígenas (art. 18): las comunidades indígenas tienen derecho a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan y de aquellas otras aptas y suficientes para el desarrollo humano según lo establezca la ley, de conformidad con lo dispuesto por el art. 75 inc. 17 CN.

Consideraciones: es una novedad en el CCC, consecuencia del reconocimiento constitucional en el art. 75 inc. 17. Originalmente iban a ser legislados en el Titulo Cuatro de los derechos reales, pero fue suprimido al tratarse el asunto en el Congreso Nacional, la razón fue la crítica doctrinaria y de sectores de la comunidad indígena de incluirlos en los derechos reales, cuando en realidad el tema resulta más próximo al derecho público, por su carácter inalienable e inejecutable otorgado por la CN, que al derecho real fundado en la propiedad privada y usualmente legislado en el derecho privado.

**3) CADAVER**: sigue los mismos fundamentos que los del cuerpo humano, agregándose los morales y religiosos. No es una cosa en el sentido legal de la palabra, y la legislación sobre ellos se amplió en parte con la institución de los cementerios privados. El cadáver no es susceptible de tener un valor económico, se le niega la calidad de cosa por cuanto “en razón de la especial naturaleza jurídica de los cadáveres, no es posible aplicarles las normas comunes sobre posesión y propiedad, pues no constituyen una cosa en el sentido legal de la palabra, ni son sujetos de derecho; consecuentemente los conflictos no pueden ser resueltos con las normas legales sobre las cosas sino con los principios generales del derecho”

**5) UNIVERSALIDADES**: el art. 1927 del ccc establece*: “La relación de poder sobre una cosa compuesta de muchos cuerpos distintos y separados, pero unidos bajo un mismo nombre, como un rebaño o una piara, abarca sólo las partes individuales que comprende la cosa.”*

En este aspecto el art. 2404 del código de Vélez contenía una disposición similar al nuevo art, salvo que se refería a la posesión y no a la relación de poder (posesión y tenencia). En la nota al. Art 2312 el codificado explica que hay dos clases de universalidades:

1. universitas facti: por intención del propietario

2. universitas iuri: universalidad de derecho.

En consonancia con la regla establecida en el art 2400 en cuanto que solo las cosas actuales y determinadas pueden ser objeto de la posesión (y agregamos de la tenencia) las universalidades no pueden constituir el objeto de la relación real.

El art 1927 sigue los principios del anterior 2404: la norma se refiere a la relación de poder sobre universalidad de hecho, es decir, una pluralidad de cosas agrupadas por voluntad del propietario y no a la universalidad de derecho, por ejemplo, el acervo hereditario que se reglamenta por separado. En consecuencia, para establecer una relación real con una universalidad de hecho es necesario hacerlo individualmente con respecto a cada una de las cosas comprendidas en ella; por ej. si se trata de un rebano se debería tomar posesión de cada uno de los animales que lo componen. Sin embargo, a los fines de acción reivindicatoria, el art 2252, siguiendo los lineamientos del 2764 del cc autoriza la persecución de la universalidad de hecho como un todo, sin necesidad de reivindicar cada una de las cosas que la componen.

Clasificación de las cosas

Las dos grandes divisiones que menciona la normativa vigente respecto de las cosas como objeto de los derechos reales permite distinguir entre aquellas consideradas en sí mismas y las cosas con relación a las personas y, a su vez, dentro de cada una de estas categorías, se abren sub-clasificaciones:

1. **Consideradas en sí mismas**
	1. Cosas muebles e inmuebles

El criterio general para tener consideración al separar las cosas muebles de las inmuebles es su movilidad o inmovilidad, es decir: si pueden ser transportadas o, por el contrario, están adheridas en un lugar determinado con carácter permanente. La división en estas categorías tiene consecuencias importantes:

1. En cuanto a la ley aplicable: respecto de los inmuebles calificados por la ley como tal, rige la lex rei sitae y para los muebles, la normativa vigente en el lugar donde están situados con carácter permanente, o la del domicilio de su propietario, cuando se trata de cosas de uso personal o destinadas a la venta, o el Estado del registro cuando se trata de bienes registrables.
2. La transmisión de derechos reales sobre inmuebles requiere ser formalizada por escritura pública, regla que no rige para las cosas muebles.
3. La constitución de ciertos derechos reales de garantía solo puede recaer en inmuebles, tal el caso de la hipoteca y anticresis; el derecho real de prensa solo puede tener como objeto una cosa mueble.
4. La prescripción adquisitiva en materia de inmueble exige plazos prolongados; para los muebles rige una suerte de prescripción instantánea plasmada en el axioma de posesión vale título.
5. La anotación registra resulta ineludible para todos los inmuebles, en tanto que para las cosas muebles, solo en algunos casos se exige dicha inscripción, por ejemplo automotores, buques, aeronaves.

1.1.1 Inmuebles

La normativa del ccc aclara que tanto los muebles como los inmuebles pueden merecer esa calificación por su naturaleza o por su accesión. Ha sido eliminada la calificación inmueble por su carácter representativo. Es decir, que dado que solo la ley puede establecer la calidad de mueble o inmueble de una cosa, sucede que los materiales de construcción en principio cosas muebles, puedan considerarse inmuebles en determinadas condiciones que especifica la noma.

* + - 1. inmuebles por su naturaleza

El art. 225 enumera a todas aquellos inmuebles que se consideran tales por su naturaleza: “*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.”*

1. Suelo y todas las partes solidas o fluidas que forman su superficie o profundidad, como las distintas capas geológicas, las aguas (sean subterráneas o superficiales), los fósiles, minerales, etc.
2. Todo lo que está incorporado al suelo de una manera orgánica.
3. Todo lo que se encuentra debajo del suelo, sin el hecho del hombre. Los tesoros y demás cosas enterradas en el suelo conservan su calidad de muebles.
	* + 1. inmuebles por accesión

El art. 226 contempla la situación en la cual ciertas cosas muebles se transforman en inmuebles por accesión por adhesión física al suelo: “*Son inmuebles por accesión las cosas muebles que se encuentran inmovilizadas por su adhesión física al suelo, con carácter perdurable. En este caso, los muebles forman un todo con el inmueble y no pueden ser objeto de un derecho separado sin la voluntad del propietario (…)”*

* + - 1. accesión por destino

El art. 226 en su última parte dispone “(…) *No se consideran inmuebles por accesión las cosas afectadas a la explotación del inmueble o a la actividad del propietario.”* En la accesión por destino no basta la adhesión de la cosa mueve al inmueble, como sucede en la accesión física sino que es necesaria, además, la intención del titular del derecho real de destinar las cosas que incorpora a la explotación agrícola, comercial, industrial, etc.

1. efecto con referencia a la hipoteca

Con respecto a considerar una cosa mueble como inmueble por accesión física o por desino respecto de la garantía de hipoteca, se ha entendido que “la hipoteca convencional puede desplegarse, independientemente de la voluntad de las partes por el hecho de una mejora sobreviniente al inmueble hipotecado, extendiéndose de pleno derecho no solamente sobre los inmuebles por accesión, sino también sobre accesorios muebles, reputados inmuebles por su destino”

1. efectos con referencia a la prenda

la ley vigente no establece limitaciones en cuanto a los bienes que pueden ser objeto de la prenda con registro; el art. 10 la autoriza sobre cualquier clase de bienes muebles o semovientes, los frutos o productos aunque estén pendientes o se hallen en pie, siendo indiferente que tengan tales bienes el carácter de inmuebles por destino; el art 11, inc. D, menciona en forma expresa el fondo de comercio, bien de naturaleza compleja integrado por elementos materiales e inmateriales; el art. 14 con calidad de flotante, sobre las mercaderías y materias primas en general, pertenecientes a un establecimiento comercial o industrial.

1. efectos en la adquisición en subasta

Partiendo de la hipótesis de que lo adquirido en subasta es el inmueble y no los muebles que se encuentran en el, en un decisorio apelado se entendió que “las dos cocinas cuya restitución pretende el adquirente de la subasta no constituyen inmuebles por accesión por no estar destinadas a servir al inmueble en si sino a formar parte del ajuar de la casa para confort de los ocupantes. Se trata de muebles separables o desmontables con medios adecuados a sus características, conforme a las cuales pueden ser trasladados para su empleo en otros sitios.”

* + - 1. inmuebles por su carácter representativo

El mejor ejemplo de esta aseveración la brinda el art. 2317 del cc cuando asigna a ciertas cosas muebles, como el papel, el carácter de inmueble por su carácter representativo. Este criterio ha sido revertido en el código vigente, siguiendo en este aspecto el proyecto de 1998 suprimiendo la categoría de muebles e inmuebles por carácter representativo.

* + 1. Muebles

El art. 227 define las cosas muebles según el principio de movilidad que venimos enunciando*: “Son cosas muebles las que pueden desplazarse por sí mismas o por una fuerza externa.”*

* 1. Cosas que se desplazan por si mismas

Dentro de esta categoría se ha prestado especial atención al ganado y a los animales de raza, en este sentido se han dictado leyes tendientes a identificar a los animales mediante la marca, señal o registración, como prueba de su propiedad.

* 1. Cosas que requieren una fuerza externa

El resto de las cosas muebles también gozan de movilidad pero deben ser transportadas por una fuerza externa, entre ellas: los automóviles, tractores, cosechadoras, naves, aeronaves, que ha quedado sometidas a regímenes jurídicos especiales.

* 1. Cosas fungibles

El art. 232 define solo las cosas fungibles, en consecuencia, las que no pueden subsumirse en esta categoría son no fungibles. Corresponden a la primera clasificación las cosas en que todo individuo de la especie equivale a otro individuo de la misma especie, y pueden sustituirse por otras de la misma calidad y en igual cantidad, es decir aquellas que por ser intercambiables pueden negociarse por peso o medida.

* 1. Cosas consumibles

Esta clasificación está contenida en el art. 231 que diferencia entre las cosas cuya existencia termina con el primer uso y las que terminan para quien deja de poseerlas (consumibles) y aquellas que por el contrario son perdurables a pesar que puedan deteriorarse con el tiempo (no consumibles).

* 1. Cosas divisibles

El art. 228 efectúa esta distinción basada en la probabilidad real de dividir o no una cosa física sin destruirla. As diversas partes, una vez dividida la cosa, deben mantener su individualidad y conformar un todo homogéneo análogo a la cosa dividida. Cuando esa partición implica destrucción de la cosa, ella es indivisible.

* 1. Cosas principales y accesorias

Como lineamiento general son cosas principales las que pueden existir para sí y por sí mismas, y accesorias aquellas cuya existencia depende de otra cosa a la cual están adheridas. Las cosas accesorias no tienen individualidad y su importancia económica depende de la principal a la que está unida y a la cual sirve.

* 1. Frutos y productos

En el art. 233 se definen los frutos y productos. Se considera fruto el producido de una cosa, su rendimiento o la utilidad que presta, que a su vez el código divide en naturales, industriales y civiles: los primeros son los que produce la naturaleza en forma espontánea (árboles, arbustos, peces), los segundos son producidos por la industria del hombre o la cultura de la tierra (cosechas, miel de abejas, leche, etc), los frutos civiles son recursos que pueden obtenerse de una cosa (alquileres, intereses, dividendos, etc). A diferencia de los frutos, los productos se extraen de la cosa principal, la que queda alterada y disminuida en su sustancia y no vuelve a reproducirse: a minería, los yacimientos, las canteras etc.

* 1. Bienes fuera del comercio

El código vigente indica que están fuera del comercio los bienes cuya transmisión está expresamente prohibida: a) por ley; b) por actos jurídicos, en cuanto este código permite tales prohibiciones. Hay que notar que el legislador utiliza el término *bienes,* es decir que esta clasificación se refiere tanto a las cosas (materiales) como a los derechos.

* 1. Cosas registrables y no registrables

El art. 1890 del ccc establece: *“Los derechos reales recaen sobre cosas registrables cuando la ley requiere la inscripción de los títulos en el respectivo registro a los efectos que correspondan. Recaen sobre cosas no registrables, cuando los documentos portantes de derechos sobre su objeto no acceden a un registro a los fines de su inscripción.”*

El requisito legal de registración de los derechos reales está presente en todos aquellos cuyo objeto sean cosas inmuebles; las cosas muebles, en principio no son registrables, salvo los casos de excepción que la misma norma implementa: automotores, buques, aeronaves, caballos de carrera. El registro de inscripción de los derechos reales a ellos vinculados cumple diversas funciones: a) para que puedan oponerse a terceros interesados, o b) para que produzcan efectos constitutivos.

1. **Bienes con relación a las personas**

La sección 2da del título III del libro primero (parte general) lleva por encabezamiento Bienes con relación a las personas y enumera los bienes, tanto públicos como privados del Estado nacional y de los Estados particulares, los bienes municipales , los particulares y los susceptible de apropiación privada.

* 1. Bienes del Estado

El legislador clasifica los bienes del Estado en bienes del dominio público (art. 235) y bienes del dominio privado (art. 236). Dado que no existen este tipo de bienes *por naturaleza,* su calificación y su inclusión en una u otra categoría, depende de la voluntad legislativa. Hay que notar que el codificador utiliza la expresión bienes y no cosas, por lo cual se ha plateado si cabe explicar en este punto las mismas consideraciones vertidas acerca del alcance de esta expresión destinada a establecer el objeto de los derechos reales. Los bienes del Estado están conformados por las cosas inmuebles, cosas muebles, universalidades y los intangibles como los derechos intelectuales, de allí que la denominación *bienes* resulta correcta.

* + 1. bienes del dominio publico

El régimen de los bienes de dominio público se inspira en los principios de inalienabilidad, inembargabilidad, Inenajenabilidad e imprescriptibilidad.

1. Uso público: los bienes del E son de utilidad o comodidad común. En este sentido dice el art. 237: “(…) las personas tienen su uso y goce, sujeto a las disposiciones generales y locales”. La regla general indica que toda la comunidad puede aprovechar de esos bienes, sin embargo, el E puede otorgar el uso exclusivo de algunos de esos bienes mediante concesiones o permisos especiales.
2. Inenajenabilidad: los bienes del dominio del E son inajenables (art. 237) puesto que integran su patrimonio, sin embargo, en caso que alguno de ellos fuera desafectado puede luego ser comercializado.
3. Inembargabilidad: dado su carácter extra comerciales los bienes del E no son embargables porque se considera que el verdadero titular de esos bienes es la comunidad, y el E no tiene sobre ellos un verdadero derecho de propiedad. La inembargabilidad tiene por efecto preservar la eventual limitación en las posibilidades de disposición de las rentas o recursos estatales indispensables para el desenvolvimiento normal de los servicios esenciales y el cumplimiento de sus funciones básicas e indelegables.
4. Imprescriptibilidad: conforme lo establece el art. 237 los bienes del E son imprescriptibles.

El art. 235 enumera los bienes públicos:

**ARTICULO 235.-** Bienes pertenecientes al dominio público. Son bienes pertenecientes al dominio público, excepto lo dispuesto por leyes especiales:

a) el mar territorial hasta la distancia que determinen los tratados internacionales y la legislación especial, sin perjuicio del poder jurisdiccional sobre la zona contigua, la zona económica exclusiva y la plataforma continental. Se entiende por mar territorial el agua, el lecho y el subsuelo;

b) las aguas interiores, bahías, golfos, ensenadas, puertos, ancladeros y las playas marítimas; se entiende por playas marítimas la porción de tierra que las mareas bañan y desocupan durante las más altas y más bajas mareas normales, y su continuación hasta la distancia que corresponda de conformidad con la legislación especial de orden nacional o local aplicable en cada caso;

c) los ríos, estuarios, arroyos y demás aguas que corren por cauces naturales, los lagos y lagunas navegables, los glaciares y el ambiente periglacial y toda otra agua que tenga o adquiera la aptitud de satisfacer usos de interés general, comprendiéndose las aguas subterráneas, sin perjuicio del ejercicio regular del derecho del propietario del fundo de extraer las aguas subterráneas en la medida de su interés y con sujeción a las disposiciones locales. Se entiende por río el agua, las playas y el lecho por donde corre, delimitado por la línea de ribera que fija el promedio de las máximas crecidas ordinarias. Por lago o laguna se entiende el agua, sus playas y su lecho, respectivamente, delimitado de la misma manera que los ríos;

d) las islas formadas o que se formen en el mar territorial, la zona económica exclusiva, la plataforma continental o en toda clase de ríos, estuarios, arroyos, o en los lagos o lagunas navegables, excepto las que pertenecen a particulares;

e) el espacio aéreo suprayacente al territorio y a las aguas jurisdiccionales de la Nación Argentina, de conformidad con los tratados internacionales y la legislación especial;

f) las calles, plazas, caminos, canales, puentes y cualquier otra obra pública construida para utilidad o comodidad común;

g) los documentos oficiales del Estado;

h) las ruinas y yacimientos arqueológicos y paleontológicos.

* + 1. Bienes del dominio privado del Estado

El derecho del e sobre estos bienes configura un derecho real de dominio, si bien sujeto a las normas administrativas que regulan su uso, goce, forma y oportunidad de disposición. A diferencia de los bienes del dominio público, los de dominio privado del Estado son enajenables, embargables y prescriptibles y, en principio, no están destinados al uso público. El ccc enuncia los bienes de dominio privados del Estado nacional o Estados particulares en el art. 236:

**ARTICULO 236.-** Bienes del dominio privado del Estado. Pertenecen al Estado nacional, provincial o municipal, sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales:

a) los inmuebles que carecen de dueño;

b) las minas de oro, plata, cobre, piedras preciosas, sustancias fósiles y toda otra de interés similar, según lo normado por el Código de Minería;

c) los lagos no navegables que carecen de dueño;

d) las cosas muebles de dueño desconocido que no sean abandonadas, excepto los tesoros;

e) los bienes adquiridos por el Estado nacional, provincial o municipal por cualquier título.

* 1. Bienes de la Iglesia

El art. 33 del cc de Vélez nominada a la iglesia católica como persona jurídica de carácter público, en tanto que las restantes iglesias asumían la calidad de personas jurídicas de carácter privado. Este tratamiento marcaba diferencias en cuanto a la calificación de sus bienes.

* + 1. bienes de la iglesia católica

El art. 2345 del código velezano disponía *“Los templos y las cosas sagradas y religiosas corresponden a las respectivas iglesias o parroquias, y están sujetas a las disposiciones de los art. 22 y 41. Esos bienes pueden ser enajenados en conformidad con las disposiciones de la iglesia católica respecto de ellos y a las leyes que rigen el patronato nacional”.* Conforme a este enunciado, el sujeto al que aludía no es la iglesia católica en tanto persona ideal, sino todos y cada uno de los templos o parroquias de la congregación. La facultad de disposición quedaba sujeta a las disposiciones del derecho canónico.

* + 1. bienes de iglesias disidentes

El art. 2346 del cuerpo legal antes vigente legislaba*: “Los templos y las cosas religiosas de las iglesias disidentes, corresponden a las respectivas corporaciones y pueden ser enajenadas en conformidad a sus estatutos”.*

El código vigente ha suprimido la regulación de los bienes de las iglesias a pesar de que la iglesia católica queda incluida entre las personas jurídicas públicas (art. 146, inc. C), resultando aplicable a sus bienes el art. 238.

* 1. Bienes de los particulares

Dispone el art. 238 del ccc: *“Los bienes que no son del Estado nacional, provincial o municipal, son bienes de los particulares sin distinción de las personas que tengan derechos sobre ellos”.* Hay en esta norma, a diferencia de su antecedente en el cc, dos aciertos: a) en primer lugar, abarca a los bienes y no solo las cosas, es decir, tiene un campo de aplicación más amplio y b) no se limita al derecho de dominio que se tenga sobre esos bienes sino que se amplía a los derechos en general, es decir tanto reales como personales. Además de esta enunciación que resulta válida para adjudicar el dominio a los particulares, el nuevo ccc se refiere especialmente a ciertas cosas disponibles para las personas (físicas y jurídicas): las aguas.

* + 1. Aguas de los particulares

El código argentino clasifica las aguas en públicas y privadas según pertenezcan al dominio del E o de los particulares; las aguas que pueden ser objeto de propiedad privada, así como su uso y goce, están legisladas en el **art 239**, que expresa:

*“Las aguas que surgen en los terrenos de los particulares pertenecen a sus dueños, quienes pueden usar libremente de ellas, siempre que no formen cauce natural. Las aguas de los particulares quedan sujetas al control y a las restricciones que en interés público establezca la autoridad de aplicación. Nadie puede usar de aguas privadas en perjuicio de terceros ni en mayor medida de su derecho.*

*Pertenecen al dominio público si constituyen cursos de agua por cauces naturales. Los particulares no deben alterar esos cursos de agua. El uso por cualquier título de aguas públicas, u obras construidas para utilidad o comodidad común, no les hace perder el carácter de bienes públicos del Estado, inalienables e imprescriptibles.*

*El hecho de correr los cursos de agua por los terrenos inferiores no da a los dueños de éstos derecho alguno. ”*

* + 1. Aguas surgentes

En este punto el art. 239 contiene dos supuestos: 1) las vertientes o manantiales que por su poco caudal o la naturaleza del suelo no forman cauces, pertenecen al propietario del fundo en el que surgen; 2) cuando la corriente tienen magnitud para formar su propio lecho y su caudal es importante, se la considera de dominio público, según lo expresa el 2do párrafo del art. 239.

* + 1. La situación de los fundos inferiores

Hace al curso natural de las aguas que estas se escurran desde un terreno superior a otro inferior. Dado este fenómeno, el legislador si bien otorga la propiedad de las aguas al dueño del fundo en el cual emanan, contempla también la situación de los fundos inferiores hacia los cuales escurren: *“(…) El hecho de correr los cursos de agua por los terrenos inferiores no da a los dueños de éstos derecho alguno”.*

 **Causa: concepto. Teoría del título y el modo. Categorías y metodología de hechos y actos jurídicos reales. Principios fundamentales de la causa de los derechos reales (modulo)**

CONCEPTO DE CAUSA: La Teoría de los hechos y actos jurídicos reales

La relación jurídica real, como toda relación jurídica, tiene cuatro elementos: sujeto, objeto, causa y forma.

Cuando hablamos de Causa nos referimos a la causa fuente y para adentrarnos en el concepto de causa en los derechos reales tenemos que ir a los conceptos de hecho y acto jurídico.

**LA CAUSA EN LOS DERECHOS REALES SON LOS HECHOS JURÍDICOS REALES Y LOS ACTOS JURÍDICOS REALES.**

Sabemos que hecho jurídico (art. 257) es todo acontecimiento susceptible de producir efectos jurídicos. La norma prevé un supuesto abstracto de hechos; cuando el acontecimiento reúne los requisitos previstos en la hipótesis de hecho, el hecho real ocurre y encuadra en el supuesto de hecho, entonces se atribuyen las consecuencias jurídicas. Cuando ese hecho encuadra en el supuesto de hecho y produce efectos jurídicos, ese hecho es un hecho jurídico (no cualquier hecho es un hecho jurídico, para que el hecho sea jurídico es necesario que produzca consecuencias jurídicas).

Cuando un hecho encuadra en la norma las consecuencias jurídicas se producen necesariamente. Si no encuadra en la norma no se producen las consecuencias jurídicas porque no hay hecho jurídico sino un simple hecho.

También el acontecimiento puede ser un hecho simple o bien hechos complejos.

Será complejo cuando cada uno de los hechos va produciendo sus consecuencias jurídicas propias, que son distintas de la consecuencia del hecho complejo, sumados estos se da la consecuencia jurídica derivada del mismo (por ej. para la adquisición del dominio es necesario: acto jurídico, tradición, escritura pública, inscripción en el Registro -cada uno tiene sus propias consecuencias, por ej. con el acto jurídico causal puede reclamar la tradición y la escrituración; hecho complejo que es la adquisición del dominio). La ley dice que los efectos jurídicos no se producen desde el momento en que se opera el último hecho sino desde que se operó el primero y entonces hablamos del efecto retroactivo; la ley puede retrotraer los efectos a momentos anteriores a que se opere el hecho complejo, se llama retro datación.

El hecho jurídico puede ser:

a) Humano: interviene el hombre dotado de voluntad.

Ahora bien, en los humanos interviene el hombre como ser dotado de voluntad, pero puede ocurrir que realice el acto con o sin voluntad dando lugar a la distinción entre:

a.1) Voluntarios se clasifican en:

\* Lícitos: la mayoría de los hechos humanos voluntarios son lícitos, por ej. Constitución en mora, cambio de domicilio, notificación, etc.

\* Ilícitos: por ej. Desposesión, despojo, turbación.

a.2) Involuntarios: son los realizados sin intención, libertad ni discernimiento.

Dentro de los hechos humanos voluntarios podemos hacer una clasificación en:

- Simplemente lícitos: no tienen por fin inmediato producir la adquisición, modificación transferencia o extinción de derechos u obligaciones.

- Actos jurídicos (art. 259, si tienen por fin inmediato esas consecuencias jurídicas).



El **art. 259** define al acto jurídico diciendo: *“El acto jurídico es el acto voluntario lícito que tiene por fin inmediato la adquisición, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas.”*

Fin inmediato: es esencial en el concepto de acto jurídico, ese fin inmediato se produce cuando hay una manifestación de voluntad exteriorizada, porque para que haya voluntad no basta discernimiento, intención y libertad, es necesario que se exteriorice; cuando yo la exteriorizo con un fin inmediato (que puede ser comprar, vender, etc.) estamos dentro del concepto de acto jurídico. El **art 258**. Expresa: *“Simple acto lícito. El simple acto lícito es la acción voluntaria no prohibida por la ley, de la que resulta alguna adquisición, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas.”*

Los actos jurídicos pueden ser unilaterales o bilaterales, según que haya una o dos. ¿Qué diferencia hay entre acto jurídico unilateral y declaración unilateral de voluntad? simplemente en que ésta última no es acto jurídico sino acto jurídico en formación; en cambio, el acto jurídico unilateral ya es acto jurídico. La declaración unilateral de voluntades generalmente va a dar origen a un negocio jurídico bilateral, yo lanzo la oferta, es una declaración unilateral de voluntad -recepticia o no- que cuando se la acepta se transforma en un acto jurídico bilateral, pero hasta que no lo acepten no hay negocio jurídico. En cambio, en el acto jurídico unilateral hay negocio jurídico desde el mismo momento que se firma el testamento (por ej. no tengo que morirme para que el testamento tenga validez).

Ahora, hecha la anterior introducción referida al acto jurídico a secas, pasamos al acto jurídico real.

Acto jurídico real: es el acto voluntario lícito que tiene por fin inmediato producir la adquisición, modificación transferencia o extinción de derechos reales.

La adquisición de un derecho ya existente puede ser en forma originaria o en forma derivada. La adquisición de un derecho nuevo es el ej. de cuando yo adquiero el dominio de alguna cosa abandonada. Y es adquisición derivada cuando -por ej.- se celebra un contrato de compraventa. Pero se puede adquirir un derecho ya existente sin que el dueño me lo trasmita, es la adquisición originaria, por ej. la prescripción. Cuando la adquisición es derivada rige el límite del art. 399 *“Nadie puede transmitir a otro un derecho mejor o más extenso que el que tiene, sin perjuicio de las excepciones legalmente dispuestas.”*

Por último, ¿pérdida y extinción son lo mismo? Pérdida significa que se pierde para uno y se adquiere para otro; extinción es cuando el derecho se extingue para todos, no existe más desaparece la cosa objeto del derecho real (si se quema el auto el dominio se extingue para el propietario y para todos). En la pérdida hay sucesión, en realidad es una modalidad de la transferencia porque uno lo pierde pero otro lo adquiere.

**Teoría del título y el modo**

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

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

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

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

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

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

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

**TITULO SUFICIENTE:** conforme lo define el art. 1892, titulo suficiente es: *“(…) 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. (…)”;* es importante destacar que el titulo no se refiere solo a la forma, es decir, al documento portante del acto jurídico, sino al acto en sí mismo. El título así concebido, debe emanar del titular del derecho real que se transmite, que a su vez, tenga la capacidad suficiente para ello, según surge del art. 1892, 6to párrafo *(Para que el título y el modo sean suficientes para adquirir un derecho real, sus otorgantes deben ser capaces y estar legitimados al efecto.)*

La titularidad del derecho real en cabeza de quien transmite no solo es necesaria al momento de la enajenación sino también cuando se celebre el acto jurídico que servirá de título suficiente a dicha traslación. De allí que por ejemplo, si se ha vendido un inmueble ajeno por medio de un boleto de compra venta, no podrá autorizarse la escritura pública que instrumente dicho contrato en tanto el vendedor ni hubiera devenido titular de dominio sobre ese mismo inmueble. Ello por cuanto, nadie puede transmitir un derecho del que no es titular, o en mayor extensión de la que le corresponde (principio nemo plus iuris, art. 399)

**MODO SUFICIENTE:** Es aquel que, unido al título suficiente hace adquirir no solo el dominio sino también aquellos derechos reales que se ejercen por la posesión. Conforme el art. 1892 modo es pues esa transmisión o constitución que Vélez llamaba “hecho de enajenación” cuyo fin es la publicidad. Cuando el derecho positivo exige el modo como acto independiente del título, no existe derecho real hasta que dicho modo no se haya cumplido, por lo cual solo después de él opera la mutación real.

La tradición traslativa de dominio es el acto jurídico bilateral mediante el cual el tradens desplaza idealmente el inmueble y lo coloca en cabeza del accipiens, quien lo recibe de conformidad. Ese es el sentido del art. 1924 cuando expresa: *“Hay tradición cuando una parte entrega una cosa a otra que la recibe. (…)”.* Esa tradición, para ser traslativa de dominio requiere que se cumplan los requisitos contemplados en el art. 1892:

-que sea efectuada por quien sea propietario del inmueble y tenga capacidad para enajenar (debe tener esa capacidad en el momento que efectúa la tradición, sin perjuicio de la capacidad requerida para celebrar el acto jurídico suficiente que le servirá de título)

-que lo haga por título suficiente para transferir el derecho real

-que respete la regla del art. 399.

**II.2) Contenido de los derechos reales: concepto, naturaleza y extensión.**

El contenido de los derechos reales es el señorío que se atribuye sobre la cosa, si es pleno es un derecho de propiedad y si se atribuye un poder más reducido se está ante un derecho real limitado (o sobre cosa ajena).

**II.3) Ejercicio de los derechos reales: concepto. Ejercicio del derecho real e ilicitud. Conflictos de derechos e intereses. Actos de emulación. El abuso del derecho y el ejercicio excesivo de los derechos reales. La buena fe. El interés individual y social.**

Ejercicio de los derechos reales:

Concepto: consiste en la actuación de cualquiera de las facultades comprendidas en el poder jurídico sobre la cosa. En el dominio se usa, goza o dispone del objeto sobre el que recae; en el usufructo se usa y goza de la cosa fructuaria.

Ejercicio del derecho real e ilicitud:

* ARTICULO 9°.- Principio de buena fe. Los derechos deben ser ejercidos de buena fe.
* ARTICULO 10.- Abuso del derecho. El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto.

La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización.

* ARTICULO 11.- Abuso de posición dominante. Lo dispuesto en los artículos 9° y 10 se aplica cuando se abuse de una posición dominante en el mercado, sin perjuicio de las disposiciones específicas contempladas en leyes especiales.
* ARTICULO 240.- Límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes. El ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes mencionados en las Secciones 1ª y 2ª debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva. Debe conformarse a las normas del derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público y no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial.

Conflictos de derechos y conflictos de intereses: aunque se suele hablar de conflictos de derechos, hay en la expresión una contradicción absoluta: un derecho no puede estar en conflicto con otro (siempre la situación se debe resolver, teniendo un derecho preeminencia sobre otro); en el caso de conflictos de intereses, el legislador debe solucionarlo, recurriendo a dos criterios distintos:

1. Preferencia: cuando el derecho objetivo considera que un interés debe prevalecer sobre otro que se le contrapone, sacrificando este último en aras del primero.

2. Conciliación: otras veces se entiende más justo que resulten tutelados los dos intereses en pugna.

Actos de emulación: actos que en ejercicio de un derecho realiza su titular, pero no con el propósito de obtener el beneficio que dicho derecho le procura, sino con el de perjudicar a alguien.

Abuso del derecho en el ejercicio de los reales: ver Ejercicio del derecho real e ilicitud.

Ejercicio excesivo de los reales: a diferencia del acto abusivo (que es ilícito), el excesivo es licito. Se da cuando el ordenamiento jurídico fija un límite a la molestia, inconveniente o perjuicio que debe soportar una de las partes cuando su interés entra en conflicto con el de la otra parte. Si excede ese límite no siendo posible evitar el exceso, el mismo es permitido, pero el que lo ocasiona queda obligado a pagar una indemnización para compensar al que sufre las consecuencias. Si fuera posible realizar el acto sin sobrepasar el límite y, sin embargo, no lo hace, estaríamos ante la presencia de un ilícito.

Interés individual y social: (CCC comentado por Gurfinkel): “resulta importante también lo dicho por Demolombe, “cuando establecemos que el dominio es exclusivo (y absoluto), es con la reserva que no existe con este carácter, sino en los límites y bajo las condiciones determinadas por la ley, por una consideración esencial a la sociedad: el predominio, para el mayor bien de todos y de cada uno, del interés general y colectivo, sobre el interés individual.”

**II.4) Forma y prueba: derechos reales sobre inmuebles y muebles.**

**FORMA DE LOS DERECHOS REALES**

En materia inmobiliaria, a los fines de la transmisión de los derechos reales es requisito esencial el titulo suficiente el cual, es el acto jurídico con entidad capaz de trasladar la titularidad del derecho real dotado de la forma que ordena el art. 1017 *“Deben ser otorgados por escritura pública: a) los contratos que tienen por objeto la adquisición, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles. Quedan exceptuados los casos en que el acto es realizado mediante subasta proveniente de ejecución judicial o administrativa; (…)”.*

Resulta entonces, que la forma escritura pública es el elemento que permite diferencia un contrato de compraventa inmobiliaria (el boleto de compraventa al no cumplir la forma requerida por el art.1017 no constituye título suficiente por defecto de forma, pero es válido como promesa bilateral de venta). Desde el campo de los derechos personales, ambos son contratos que obligan a las partes a cumplir prestaciones acordadas, pero el contrato de compraventa instrumentado en escritura pública conforma además, el titulo suficiente para la adquisición de derechos reales.

En esta línea señala Mosset iturraspe que es posible distinguir dos especies de compraventa inmobiliaria con distintas formalidades y diferentes efectos: a) la celebrada por escritura pública que, seguida del modo, es título para la adquisición del dominio por el comprador, y b) el boleto de compraventa celebrado por instrumento privado que solo es título para la adquisición de una posesión legitima conforme lo autoriza el art. 1916 del ccc *(Presunción de legitimidad. Las relaciones de poder se presumen legítimas, a menos que exista prueba en contrario. Son ilegítimas cuando no importan el ejercicio de un derecho real o personal constituido de conformidad con las previsiones de la ley.)*

**PRUEBA DE LOS DERECHOS REALES**

1. **Simples declaraciones**

El acto jurídico tradición produce el desplazamiento de la potestad del transmitente al adquirente, voluntad que no es válida si se manifiesta en meras declaraciones (art. 1924), sino que debe exteriorizarse en actos materiales.

Resulta de ningún valor aquella cláusula que usualmente aparecen en las escrituras públicas que instrumentan títulos suficientes para la adquisición del dominio que dicen “En este acto el comprador declara que el vendedor le ha hecho entrega del inmueble cumpliéndose de tal forma los requisitos de la tradición”. Cuando el comprador, munido de las llaves que le ha entregado el vendedor se instala en el inmueble y comienza a poseerlo sin contradicción de terceros, no se plantea en los hechos controversia alguna, pero, si no fuera posible para el adquirente realizar actos posesorios porque por ej. El inmueble está ocupado por terceros, deberá reclamar la posesión al vendedor dado que el **art. 2239** expresa: *“Un título válido no da la posesión o tenencia misma, sino un derecho a requerir el poder sobre la cosa. El que no tiene sino un derecho a la posesión o a la tenencia no puede tomarla; debe demandarla por las vías legales.”*

1. **Actos materiales**

La tradición, para ser efectiva como modo para la transmisión de dominio requiere la realización de actos materiales que exterioricen la voluntad de entrega y de recepción respectivamente, ya fuera que los ejecuten las dos partes o una sola de ellas con conocimiento y/o sin oposición alguna de la otra, según lo contemplado en el **art. 1928:** *“Constituyen actos posesorios sobre la cosa los siguientes: su cultura, percepción de frutos, amojonamiento o impresión de signos materiales, mejora, exclusión de terceros y, en general, su apoderamiento por cualquier modo que se obtenga. ”*

Como dice la última parte del art. 1928, realizados uno o varios de los actos posesorios, incluida la exclusión de terceros, el apoderamiento “por cualquier modo que se obtenga” hace adquirir la posesión, como lo prescribe el art. 1923.

1. **Posesión vacua**

El **art. 1926** agrega aun otro requisito: el de la posesión vacua, es decir, que no existan otras personas que se oponga a la tradición, sea porque están ocupando la cosa o porque ostentan alguna pretensión jurídica. La norma hace mención a que “la cosa debe estar libre de toda relación excluyente”.

En síntesis, del análisis de los artículos antes mencionados, tenemos que los requisitos necesarios en materia de tradición de inmuebles son:

1. Desistimiento del poseedor de su condición de tal
2. Aceptación de la posesión del adquirente
3. Realización por el adquirente de actos posesorios
4. Que no hubiera oposición de terceros.

**II.5) Tutela de los derechos reales y del interes de los terceros: protección constitucional, civil, penal y procesal. Publicidad de los derechos reales: traditiva y posesoria. Necesidad de la publicidad para la oponibilidad a terceros interesados. Publicidad y modo suficiente.**

Fundamentos de la protección:

1. Savigny: sostiene que no siendo la posesión un derecho, el ataque contra ella no constituye en sí mismo un acto contrario al derecho, pero puede llegar a serlo si, a la vez, se vulnera un derecho cualquiera. La turbación de la posesión supone un acto de violencia dirigido contra la persona del que posee y toda violencia contra la persona es contraria al derecho. En esa ilegitimidad es donde se encuentra el motivo de la ley para la protección.

2. Protección constitucional: Art. 14 (derechos de los habitantes), art. 17 (inviolabilidad de la propiedad), art. 18 (derecho de defensa en juicio).

3. Penal:

* Art. 34, inc. 6 y 7: no son punibles:
* Inc. 6: el que obrar en defensa propia o de sus derechos, siempre que concurrieren las siguientes circunstancias:
1. Agresión ilegitima.
2. Necesidad racional del medio empleado para impedirlas o repelerla.
3. Falta de provocación suficiente por parte de quien se defiende.
* Inc. 7: el que obrare en defensa de la persona o derechos de otro, siempre que concurran las circunstancias a) y b) del inc. 6 y caso de hacer precedido provocación suficiente por parte del agredido, de la que no haya participado en ella el tercero defensor.

4. Judicial:

1. Civil:

1.1 Acciones posesorias:

1.1.1 Acción de despojo (art. 2241)

1.1.2 Acción de mantener la tenencia o la posesión (art. 2242)

1.2 Acciones reales (art 2247):

1.2.1 Acción reivindicatoria (sección 2, art. 2252-2261).

1.2.2 Acción negatoria (sección 3, art. 2262-2263).

1.2.3 Acción confesoria (sección 4, art. 2264-2265).

2. Procesal:

2.1 Interdictos:

2.1.1 De recobrar (arts. 614 a 618 CPCCN).

2.1.2 De retener obra nueva (art. 619 CPCCN).

5. Extrajurídicas:

5.1 Publicidad registral: tutela de terceros que tienen interés legítimo en que no se les oponga un derecho que no puedan conocer.

5.1.1 Publicidad traditiva:

Adquisición o transmisión de derechos reales (art. 1893): la adquisición o transmisión de derechos reales constituidos conforme a las disposiciones de este Código no son oponibles a terceros interesados y de buena fe mientras no tengan publicidad suficiente.

1. Para los terceros: tiene finalidad publicitaria.

2. Para las partes: es requisito constitutivo.

* Formas de registro:

1. Personal.

2. Inmueble.

3. Muebles.

* Que se registra?

1. Compraventa.

2. Sucesión.

3. Embargos.

4. Inhibiciones.

5. Hipotecas.

6. Prendas.

* Documentos que se inscriben: Escrituras públicas:

1. que constituyen derechos reales.

2. Que transmiten.

3. Que modifican.

4. Que extinguen (cancelación).

5. Que disponen medidas cautelares.

6. Que disponen que un bien es de familia.

7. Prehorizontalidad.

• Principios registrales:

1. Inscripción.

2. Presunción registral.

3. Especialidad.

4. Tracto sucesivo.

5. Tracto abreviado.

6. Legalidad.

7. Rogación.

8. Prioridad.

5.1.2. Publicidad posesoria.

5.2 Tradición.

5.3 Defensa extrajudicial (art. 2240 CCC): nadie puede mantener o recuperar la posesión o la tenencia de propia autoridad, excepto cuando debe protegerse y repeler una agresión con el empleo de una fuerza suficiente, en los casos en que los auxilios de la autoridad judicial o policial llegarían demasiado tarde. El afectado debe recobrarla sin intervalo de tiempo y sin exceder los límites de la propia defensa. Esta protección contra toda violencia puede también ser ejercida por los servidores de la posesión.

**UNIDAD 3: POSESION. TEORIA GENERAL**

**III.1) Introducción metodológica: dificultades que presenta la materia y sus causas.** (Gurfinkel de Wendy p.167)

En la vida cotidiana las personas están en permanente relación de hecho con las cosas; esa relación de hecho es independiente del derecho que tengamos o no sobre ellas. A pesar de que, en apariencia, usamos y gozamos de las cosas de la misma manera, la relación de hecho que se establece con ellas varía según esa conexión esté exteriorizando o no la existencia de un derecho real.

La doctrina clásica, a partir de Ihering ha utilizado la expresión *relación posesoria* para encuadrar en ella las distintas formas de conexión entre el hombre y las cosas, es decir: la posesión, tenencia, simple relación casual o yuxtaposición, lo cual obligaba a diferenciar entre posesión en sentido estricto y demás relaciones posesorias.

La expresión *relación real* ha sido propuesta por Molinario con fundamento en que “si por derecho real entiende la doctrina moderna el derecho de los bienes, la relación entre el hombre y la cosa puede ser también calificada de real”. En la definición, Molinario incluye todas las posibles conexiones entre el sujeto y los bienes, tengan o no relevancia jurídica.

Una vez establecida la relación real entre el sujeto y la cosa, aquella merecerá la calificación legal de conformidad con las pautas que el código argentino establece, sin perjuicio que su calidad de posesión o tenencia reconozca un origen lícito o ilícito. Una cuestión importante es determinar, desde el punto de vista metodológico si el estudio de las relaciones reales es parte integrante de la teoría general del derecho civil o si debe ser estudiada dentro del marco de los derechos reales.

Como exponente de la primera de las líneas doctrinales Molinario preconiza que la relación real debe formar parte de la denominada “parte general” del derecho civil por cuanto la persona se relaciona con otros sujetos y con las cosas. Por otra parte, si aceptamos que las relaciones jurídicas constituyen relaciones de hecho entre el sujeto y las cosas, también deberían integrar la teoría de los hechos y actos jurídicos.

En la segunda línea de opinión, Gatti entiende que cada categoría de derechos, sean estos creditorios, reales, sucesorios o familiares, debe tener su propia parte general, de allí que las relaciones reales integran una parte general de los derechos reales y, en consecuencia, estudiarse juntamente con la causa, que puede consistir en un hecho acto jurídico real.

Por último, Freitas legisla la tenencia conjuntamente con los derechos personales en tanto que se ocupa de la posesión en el libro III dedicado a los derechos reales, sistemática que no ha receptado Vélez.

El ccc ha adoptado la denominación *relaciones de poder,* y se ha preferido antes que el término *relaciones reales* por ser éste demasiado amplio ya que las relaciones entre una persona y una cosa son infinitas. Esto ha sido criticado por Alterini por cuanto “la terminología *relaciones reales* es explicita para denotar que el objeto es una cosa, campo de referencia absolutamente indefinido por la designación *relaciones de poder*”.

**III.2) La posesión: concepto, etimología y terminología. Diferencias entre posesión, tenencia, cuasi posesión y yuxtaposición local. Doctrinas de Savigny, Ihering, Saleilles. Artículos 2351 y 2352 del código civil. Los servidores de la posesión (art.2490). Distinción entre el ius possidendi y el ius possesionis: artículos 2363 y 2468 del código civil.**

Posesión. Concepto: poder o señorío que el hombre ejerce de manera efectiva e independiente sobre las cosas, con el fin de utilizarlas económicamente, poder que jurídicamente se protege, con prescindencia de la cuestión de saber si corresponde o no a la existencia de un derecho. Poseer una cosa es tenerla de hecho en su propio poder, y se la puede defender de toda acción extraña.

Etimología: deriva de pet o poti, raíz indoeuropea que quiere decir amo o señor y del verbo sedere que quiere decir estar sentado.

1. Cuestiones terminológicas

Una de las primeras cuestiones a tratar es la terminología, es decir, que se entiende por la expresión *posesión.*

1. La doctrina clásica ha entendido por posesión el género relación del sujeto con la cosa, englobando en esta alocución tanto la posesión propiamente dicha como la tenencia, es decir, la *posesión en sentido genérico*. Pero también se designa con el mismo vocablo la relación que se denomina específicamente posesión, esto es, *posesión en sentido especifico.*
2. Suele designarse como posesión no solo la relación de hecho entre el hombre y las cosas sino también el derecho de posesión (y de tenencia)

El sujeto cuando tiene una cosa bajo su poder, en primer término la utiliza, saca provecho de ella, y en la mayoría de los casos ejerce sobre ella un derecho real. Es cierto que, generalmente el detentador, llámese poseedor o tenedor, es a su vez titular de un derecho sobre la cosa, sin embargo, no todo poder de hecho sobre ella y su utilización implica necesariamente el ejercicio de un derecho real.

1. Concepto.

En términos generales la posesión en sentido genérico (posesión y tenencia) es el poder de hecho sobre una cosa que permite su utilización, independientemente del derecho real o personal cuya titularidad ostente el sujeto. El **art. 1909** contiene una definición de posesión en sentido estricto: Hay *posesión cuando una persona, por sí o por medio de otra, ejerce un poder de hecho sobre una cosa, comportándose como titular de un derecho real, lo sea o no*

**Diferencias entre posesión, tenencia, cuasi posesión y yuxtaposición local.**

* Tenencia: el tenedor tiene la cosa bajo su poder, o sea que ejerce poder físico sobre ella, pero reconoce que la propiedad pertenece a otra persona. **Art. 1910** *Hay tenencia cuando una persona, por sí o por medio de otra, ejerce un poder de hecho sobre una cosa, y se comporta como representante del poseedor.*
* Cuasi posesión: alude a la posesión de bienes inmateriales (derechos), esto no es posible en nuestro ordenamiento jurídico. En el caso del usufructo (por EJ) es poseedor de la cosa y no cuasiposeedor del derecho.
* Yuxtaposición local o relación de lugar: implica mero contacto físico con la cosa, en el que no interviene para nada la voluntad del sujeto. EJ: persona dormida que se le coloca un objeto en la mano; el bebe con el chupete.

**Doctrinas de Savigny, Ihering, Saleilles.**

A) Savigny: la posesión es un mero hecho que produce consecuencias jurídicas, es por esto que la posesión es ajena a las reglas del derecho civil sobre adquisición y pérdida de los derechos.

Elementos de la posesión según Savigny:

1. Corpus: elemento material/objetivo, consiste en la posibilidad de hacer de la cosa lo que se quiera y defenderla de toda injerencia extraña. Sin embargo, no es indispensable que exista contacto físico con la cosa, basta que se tenga en cada momento la posibilidad de disponer materialmente de la cosa; no alcanza con detentar la cosa, sino que es necesario querer detentarla.

2. Animus domini: elemento subjetivo, consiste en la intención de ejercer el derecho de propiedad. Pero la persona que detenta la cosa puede tener intención de dos maneras diferentes:

1. Intención de ejercer el derecho de propiedad de otro, no hay posesión (es mero detentor).

2. Intención de ejercer el derecho de propiedad para sí, hay posesión (tiene animus domini).

B) Ihering: la posesión es un derecho, partiendo de la noción de derecho subjetivo, que para él es un interés jurídicamente protegido. Critica la teoría de Savigny, calificándola de subjetiva: Ataca al animus domini cuya prueba en el juicio resulta casi imposible por ser un componente psicológico. La distinción entre posesión y tenencia no se encuentra en la voluntad de poseer, es la misma entre poseedor y tenedor; lo que la diferencia es la ley (voluntad del legislador que quita a ciertas relaciones los efectos de la posesión). Por lo que la posesión debe ser la regla. Siempre que una persona tiene una cosa bajo su poder, corresponde protegerla legalmente. Solo por excepción el derecho la priva de defensa, entonces hay tenencia.

Elementos de la posesión según Ihering:

1. Corpus: no coincide con Savigny, sino que el corpus aparece como el estado normal externo de la cosa bajo el que cumple el destino económico de servir a los hombres; la determinación del corpus es una cuestión de pura experiencia: en cada caso habrá que ver si la persona se comporta respecto de la cosa como lo haría normalmente el propietario.

2. Animus: difiere con Savigny, es la voluntad necesaria para que la relación posesoria sea tal, o sea, la reemplaza con la voluntad abstracta e invariable de la ley (norma legal).

C) Saleilles: se aparta de Savigny, pero tampoco acepta totalmente la tesis de Ihering. Pone el acento en el factor económico:

Elementos de la posesión según Saleilles:

1. Corpus: conjunto de hechos capaces de revelar una relación permanente de apropiación económica, un vínculo de explotación de la cosa puesta al servicio del individuo.

2. Animus Domini: propósito de realizar esa apropiación económica de la cosa, de explotarla, en beneficio propio, de un modo independiente.

**Artículos 2351 y 2352 del código civil.**

El **art. 2351** del cc define la posesión en su sentido técnico y estricto, tanto en lo que respecta al objeto como al elemento subjetivo. Expresa la norma:

*«Habrá posesión cuando alguna persona, por sí o por otro, tenga una cosa bajo su poder, con intención de someterla al ejercicio de un derecho de propiedad».*

Se advierte en la definición la influencia de Savigny, puesto que se observa nítidamente distinguidos los dos elementos (objetivo y subjetivo) que integran la noción de posesión. El período de la frase «tenga una cosa bajo su poder» representa el elemento corpus y «la intención de someterla al ejercicio de un derecho de propiedad», es una referencia clara al elemento subjetivo animus; mientras que las cosas son el único objeto de la posesión en sentido estricto.

Para mejor caracterización debemos correlacionar este artículo con los que definen la tenencia, situación en que la cosa se tiene efectivamente pero reconociendo en otro la propiedad, o bien que la posesión se ejerce en nombre de otro. Dice el **art. 2352***: El que tiene efectivamente una cosa, pero reconociendo en otro la propiedad, es simple tenedor de la cosa y representante de la posesión del propietario, aunque la ocupación de la cosa repose sobre un derecho*» (esto último hace alusión al caso del locatario, por ejemplo).

Cabe poner de resalto que la mención contenida en el art. 2351 «al ejercicio de un derecho de propiedad» ha merecido dos interpretaciones divergentes:

1. Propiedad es a este efecto sinónimo de dominio, es decir, entonces que la posesión exterioriza solo ese derecho. (Salvat, Lafaille, Molinario)
2. Propiedad es una expresión amplia que abarca todos los derechos patrimoniales, tanto reales como creditorios; en este sentido todos los derechos reales que suponen una relación material con su objeto se ejercen por la posesión (Allende, Gatti. Laquis)

La adopción de una u otra postura genera distintas consecuencias: a los efectos de la protección posesoria, teniendo en cuenta que en algunas acciones solo quedan legitimados los poseedores y no los tenedores, según la primera corriente de opinión solo son poseedores los que ejercen o pretenden ejercer sobre la cosa un derecho de dominio y por tanto, los amparados por las acciones posesorias estrictu sensu; por el contrario, en la segunda línea de interpretación amplia, todos los titulares de derechos reales que se ejercen por la posesión esta legitimados a esos efectos.

El concepto de posesión contenido en el 1909 del ccc hace referencia a dos elementos esenciales: la cosa que se tiene por sí o por otro y el comportamiento que corresponde al ejercicio de un derecho de propiedad, es decir, una relación real exteriorizadora de un derecho real que se ejerce por la posesión. Esta definición se aleja de la adoptada por Vélez en cuanto a que:

1. No se hace referencia a la voluntad o aspecto intencional sino a la exteriorización de esa voluntad; no se investiga el aspecto interno del sujeto sino su comportamiento
2. El código adopta claramente la postura doctrinal amplia (Gatti, Laquis, Allende) de considerar poseedores a todos los titulares de derechos reales, con exclusión, de aquellos como la hipoteca, no se ejercen por la posesión.

**Los servidores de la posesión (art.2490).**

Los sujetos de que se trata no son poseedores ni tenedores; se encuentran en una relación querida y consciente con la cosa en razón de un vínculo de dependencia y en esa calidad, deben utilizar maquinas, herramientas, vehículos, etc, siempre siguiendo las instrucciones del poseedor. El dependiente no es tenedor porque no existe representación de la posesión. Pero, hay una relación querida con los objetos que su patrón ha puesto a su disposición para desarrollar la tarea encomendada. Estas relaciones de dependencia, hospedaje u hospitalidad motivan este tipo de contacto físico, detentación y manipulación de cosas que no genera, por sí mismo, ninguna consecuencia jurídica.

En el ccc no hay una regulación específica respecto de estos sujetos, sino solo una mención ene l **art. 1911:** *“Quien utiliza una cosa en virtud de una relación de dependencia servicio, hospedaje u hospitalidad, se llama, en este código, servidor de la posesión”.*

En el **art. 2240** se regula la defensa extrajudicial de las relaciones reales. Esta defensa se concede por igual a poseedores de cualquier clase (aun los ilegítimos, de mala fe y viciosos), a los tenedores y a los servidores de la posesión.

El antiguo **art. 2490** disponía que estos se encuentran exceptuados del ataque de la acción de despojo (actualmente legislada en art. 2241). Se dice que no hay posesión ni tenencia, pero tampoco yuxtaposición local, porque son relaciones donde los sujetos sirven a la posesión de otro

**Distinción entre el ius possidendi y el ius possesionis: artículos 2363 y 2468 del código civil.**

Ius Possidendi: derecho de poseer, se trata en el juicio petitorio (que es ordinario) y hay amplitud de defensa y prueba.

Ius Possesionis: derechos de acción posesoria y posibilidad de usucapir. Se trata en el juicio posesorio (acciones posesorias, policiales, interdictos). Tramita por vía sumarísima. La decisión se basa en la posesión y no en un derecho real. Puede acompañarse títulos en él, al solo efecto de establecer la eficacia o alcance de la posesión. La decisión que se adopte es provisoria y no impide la iniciación del petitorio donde se trate ampliamente el tema.

Arts. 2363 y 2468 CC Vélez:

**Art. 2363 cc**: el sujeto de la relación de poder sobre una cosa no tiene obligación de producir su título a la posesión o a la tenencia, sino en el caso que deba exhibirlo como obligación inherente a su relación de poder.

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

El art 1917 no varía en su contenido al antiguo 2363 del código velezano.

**Art. 2468 cc:** Un título válido no da sino un derecho a la posesión de la cosa, y no la posesión misma. El que no tiene sino un derecho a la posesión no puede, en caso de oposición, tomar la posesión de la cosa: debe demandarla por las vías legales.

**ARTICULO 2239 ccc.-** *Acción para adquirir la posesión o la tenencia. Un título válido no da la posesión o tenencia misma, sino un derecho a requerir el poder sobre la cosa. El que no tiene sino un derecho a la posesión o a la tenencia no puede tomarla; debe demandarla por las vías legales.*

El art 2239 no varía en su contenido al antiguo 2468 del código velezano.

**III.3) Elementos constitutivos: concepto del corpus y de animus domini. La prueba: artículos 2363, 2375 y 2384 del código civil.**

Conforme la tradición romanista se posee *corpore y ánimo*; el primero es el elemento material, la cosa que el poseedor tiene físicamente en su poder, en tanto el ánimo es el elemento intencional, la voluntad del poseedor de comportarse como dueño de la cosa, que luego los comentadores denominaros animus domini.

**Corpus:** como su nombre lo indica, es la cosa corpórea, la materializada sobre la cual se van a ejercer actos posesorios, las cosas a que se refieren los arts. 1908 y ss del ccc son aquellas definidas como tales en el art. 16, es decir: aquellos objetos materiales susceptibles de tener valor económico, quedando excluidos los bienes. Para que el elemento corpus se configure, es necesaria la presencia material de la cosa y que dicha cosa este en permanente disponibilidad para el poseedor ya que no es requisito un contacto directo y permanente entre la persona y la cosa sino que es suficiente que tenga acceso a ella cuando así lo quiera.

**Animus:** el elemento intencional aparece en la definición de Vélez en el art. 2351. Señala Molinario que la posición anímica del sujeto queda fijada en el momento de establecerse la relación real: en ese instante no solo quiere aprehender el objeto sino que también quiere adquirirlo y mantenerlo para sí, independientemente de la licitud o ilicitud de su obrar.

El **art. 2363** dispone que el poseedor no tiene obligación de producir su título a la posesión sino en el caso que deba exhibirlo como obligación inherente a la posesión. El posee porque posee. Esto significa que el que tiene la cosa bajo su poder (corpus) nada tiene que justificar, se lo presume poseedor, y quien aduce lo contrario, tendrá a su cargo la prueba.

**Art. 2375 (ahora 1922 y 1923):** Si la cosa carece de dueño, y es de aquellas cuyo dominio se adquiere por la ocupación según las disposiciones de este código, la posesión quedará adquirida con la mera aprehensión.

**Art. 2384 (ahora 1928**): Son actos posesorios de cosas inmuebles: su cultura, percepción de frutos, su deslinde, la construcción o reparación que en ellas se haga, y en general, su ocupación, de cualquier modo que se tenga, bastando hacerla en algunas de sus partes.

**III.4) La causa de la posesión: inmutabilidad: articulo 2353 del código civil; Excepción: interversion del título (arts. 2273, 2274, 2458, 2354). Requisitos. Posesión fundada en un título (artículos 4003 y 2411). Buena fe (artículos 2362 y 4008) y mala fe (artículos 4009, 2770 y 2771)**

La causa de la posesión o de la detentación (tenencia) puede consistir en actos jurídicos (contrato de locación, de compraventa, testamento, etc) o en hechos lícitos o ilícitos. De tal modo puede entenderse como causa possesionis el acto jurídico que hizo adquirir la posesión por el actual detentador o el hecho que le permitió ocupar el inmueble, aprehender la cosa mueble o descubrir un tesoro.

Inmutabilidad de la causa. Excepción: interversion del título (arts. 2273, 2274, 2458, 2354). Requisitos: el art. 1915 del ccc recepta el principio que “nadie puede cambiar la especie de su relación de poder, por su mera voluntad, o por el solo transcurso del tiempo”. De tal modo, quien comenzó a poseer por sí y como propietario de la cosa (poseedor), continua poseyendo como tal, mientras no se pruebe que ha comenzado a poseer por otro, y en sentido contrario, el que ha comenzado a poseer por otro (tenedor) se presume que continua poseyendo en el mismo título, mientras no se pruebe lo contrario.

La regla que consagra el art 1915 en concordancia con las figuras regladas traditio brevi manu y constituto posesorio (art. 1923) implica que la sola voluntad no es suficiente para cambiar la causa originaria de la detentación por lo que es necesaria la existencia de un acto jurídico válido para dar origen a la nueva relación real.

Este principio enunciado en el art. 1915 además de las situaciones antes mencionadas que autorizan la interversion del título o causa de la relación real, también deja lugar a ciertas situaciones de hecho en las cuales, en forma unilateral, un tenedor comienza a actuar como poseedor de la cosa. El ejemplo clásico es el expuesto en la segunda parte del mencionado art. Que reconoce la perdida de la posesión para el anterior poseedor “cuando el que tiene la cosa a nombre del poseedor manifiesta por actos exteriores a intención de privar al poseedor de disponer de la cosa y cuando sus actos producen ese efecto.”

**Art. 2.353 cc**. Nadie puede cambiar por sí mismo ni por el transcurso del tiempo, la causa de su posesión. El que comenzó a poseer por sí y como propietario de la cosa, continúa poseyendo como tal, mientras no se pruebe que ha comenzado a poseer por otro. El que ha comenzado a poseer por otro, se presume que continúa poseyendo por el mismo título, mientras no se pruebe lo contrario.

**Interversion unilateral de título:** Es el supuesto del art. 2358 del cc y del art. 1915 Del código vigente , es decir, cuando el tenedor que conserva la posesión para el poseedor, decide convertirse él mismo en poseedor y hace conocer esta circunstancia por actos exteriores que producen tal efecto.

**Posesión fundada en un título (artículos 4003 y 2411). Buena fe (artículos 2362 y 4008) y mala fe (artículos 4009, 2770 y 2771)**

* + Art. 2411 (ahora 1914): la posesión fundada sobre un título, comprende solo la extensión del título, sin perjuicio de las agregaciones que por otras causas hubiese hecho el poseedor.
	+ Art. 4003: se presume que el poseedor actual, que presente en apoyo de su posesión un título traslativo de propiedad, ha poseído desde la fecha del título, si no se probare lo contrario.
	+ Art. 1898: la prescripción adquisitiva de derechos reales con justo título y buena fe se produce sobre inmuebles por la posesión durante 10 años. Si la cosa es mueble hurtada o perdida el plazo es de dos años.

Si la cosa es registrable, el plazo de la posesión útil se computa a partir de la registración del justo título.

Buena fe y mala fe: el CCC en su art. 1919 nuclea los arts. 2362, 4008, 4009, 2770 y 2771): la relación de poder se presume de buena fe, a menos que exista prueba en contrario. La mala fe se presume en los siguientes casos:

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

**III.5) Naturaleza de la posesión: distintas teorías**

Las diversas posturas acerca de la naturaleza jurídica de la posesión parten de dos principios contrapuestos: por un lado se sostiene que se trata de un hecho que produce consecuencias jurídicas y por el otro, un derecho real.

1. LA POSESION COMO HECHO (Savigny): sostiene que esta relación real se asemeja a un derecho en cuanto a sus consecuencias porque es motivo de protección legal; en este sentido el derecho positivo protege la posesión contra toda turbación (violenta o no) que afecte la relación con el fin de preservar el orden social, evitar la justicia por mano propia y porque la violencia es siempre contraria al derecho. Uno de los efectos de considerar a la posesión como un hecho y no como un derecho es que la relación real puede ser adquirida de manera ilegítima, por lo cual la circunstancia que se otorgue protección al poseedor vicioso no puede convertido la posesión en un derecho. Otra de las consecuencias jurídicas que produce el hecho de la posesión, es la posibilidad de adquirir el derecho real por usucapión. Si se entendiera que la relación real es un derecho o que siempre exterioriza la existencia de un derecho real, no sería necesario volver a adquirirlo por usucapión.
2. LA POSESION COMO DERECHO (Ihering): el tratadista concluye que, si la posesión está protegida mediante diversas acciones, es porque se trata de un derecho que, como tal, merece amparo legal; las acciones posesorias representan ese medio defensivo que es independiente de la prueba de la propiedad.

b.1 En esta misma línea, Molitor considera la posesión como un derecho de naturaleza mixta: real porque hay una relación directa con la cosa y personal porque en caso de ser violada habilita al detentor a accionar contra los autores de la turbación o violación pero, sin efectos reipersecutorios contra terceros poseedores.

c) POSTURA INTERMEDIA (Saleilles): entiende que la naturaleza de la posesión puede ser explicada desde dos puntos de vista: como una simple voluntad de hecho permanente y pública, que consiste en la explotación económica de la cosa sin implicancia jurídica, pero también puede revelar un verdadero derecho de propiedad

**III.6) Clasificación de la posesión: legítima e ilegítima. Art 2355: supuestos comprendidos. Perfecta e imperfecta. Buena fe y mala fe. Conceptos legales de posesión de buena fe. Concepto y efectos de título putativo. Momento a computar para determinar la buena o la mala fe. Caso de coposesión y adquisición por representante. Caso de posesión de corporaciones o sociedades, accesión de posesiones, frutos. Viciosa y no viciosa: vicios: concepto. Cosas muebles e inmuebles. Análisis crítico: arts. 2364 a 2369. Relatividad de los vicios (arts. 2371 y 2372(calificación de la posesión mediando boleto de compraventa. Art 2355 y el agregado de la ley 17.711.**

****

Clasificación: Posesión

1. LEGÍTIMA: cuando es el ejercicio de un derecho real constituido de conformidad con las disposiciones del código. Es decir, legalmente constituido, cuando se ha observado todo lo relativo al modo, forma de darle nacimiento y capacidad de la persona contribuyente del derecho real. (Los derechos que no se ejercen por la posesión son: hipoteca y servidumbres).

Presunción de legitimidad: art. 1917 (antes 2363): el sujeto de la relación de poder sobre una cosa no tiene obligación de producir su título a la posesión o a la tenencia, sino en el caso que deba exhibirlo como obligación inherente a su relación de poder.

2. ILEGITIMA:

* + - Art. 1916 CCC: cuando no importan el ejercicio de un derecho real o personal constituido de conformidad con las previsiones de la ley (es una enunciación más general que el art. 2355).
		- Art. 2355 CC: cuando se tenga sin título, o por título nulo o fuere adquirida por un modo insuficiente para adquirir derechos reales, o cuando se adquiera del que no tenía derecho a poseer la cosa, o no la tenía para transmitirla.
* Cuando el título no existe: título es la causa fuente suficiente que según la ley es capaz de transmitir o de entregar la posesión, o sea el acto o hecho jurídico por el cual se va a adquirir la posesión.
* Cuando el título es nulo: los actos son nulos cuando la nulidad existió desde la celebración del acto; son anulables cuando el acto es válido hasta tanto se declare la nulidad.
* Cuando fuere adquirida por un modo insuficiente para adquirir derechos reales: el modo es la tradición, la que tiene un aserie de condiciones y requisitos.
* Cuando se adquiera del que no tenía derecho a poseer la cosa.
* Cuando, aun teniendo derecho a poseer la cosa, no tiene derecho a transmitirla.

Incorporación de la ley 17.711: se considera legítima la adquisición de la posesión de inmuebles de buena fe, mediando boleto de compraventa. Es el caso en que se hace la tradición antes de escriturar.

**ILEGITIMA DE BUENA FE Y DE MALA FE** (art. 2356): la posesión puede ser de buena fe o de mala fe.

* 1. Buena fe (art. 1918 CCC): el sujeto de la relación de poder es de buena fe si no conoce, ni puede conocer que carece de derecho, es decir, cuando por un error de hecho esencial y excusable está persuadido de su legitimidad.

Hay que tener en cuenta que la calificación de buena o de mala fe no se refiere solo a la posesión definida en el art. 1909 sino a la *relación de poder,* es decir, a la posesión y a la tenencia. La buena fe jurídica es la convicción de actuar conforme a derecho y comprende la creencia en el propio derecho y el aspecto ético o voluntad de obrar honradamente (se conoce como buena fe probidad o buena fe diligencia).

La persuasión de legitimidad a que se refiere dicho art es el elemento subjetivo necesario pero no suficiente porque debe ser una conducta diligente y adecuada a las circunstancias del negocio jurídico, firme y no dubitativa ya que ante la mínima duda, el sujeto ya no puede ser catalogado de buena fe.

* 1. Mala fe (art. 1919 CCC): La mala fe se presume en los siguientes casos:
		+ cuanto el título es de nulidad manifiesta;
		+ cuando se adquiere de persona que habitualmente no hace tradición de esa clase de cosas y carece de medios para adquirirlas;
		+ cuando recae sobre ganado marcado o señalado, si el diseño fue registrado por otra persona.

Titulo putativo: aquel que solo existe en la creencia del poseedor. Se puede presentar en dos situaciones (art. 2357 CC):

1. El que tiene razones suficientes para creer que tiene un título a su favor: no existe el titulo (EJ: legatario que entra en posesión de cosa legada, pero no sabe de la existencia de un testamento posterior que ha revocado al anterior, no existe título pero tenía razones suficientes para creer que existía).

2. El que cree que el titulo se extiende a las cosas poseídas por el: (EJ: compro un terreno en un loteo, se hace mensura, escrituro, entro a poseer y después de un litigio se demuestra que el terreno al que se refieren tanto la escritura como la mensura no es el que estoy poseyendo).

Determinación de la buena o mala fe:

El **art. 2358 CC** dispone: la buena fe del poseedor debe existir en el origen de la posesión, y en cada hecho de la percepción de los frutos, cuando se trate de frutos percibidos. A su vez, el art. 4008 dice: se presume siempre la buena fe, y basta que haya existido en el momento de la adquisición. Por otro lado el **art. 1920** **del ccc** es muy claro respecto a este asunto: la buena o mala de se determina al comienzo de la relación de poder, y permanece invariable mientras no se produce una nueva adquisición. No siendo posible determinar el tiempo en que comienza la mala fe, se debe estar al día de la citación al juicio.

Si comenzó siendo viciosa lo será durante toda la relación de poder pero con dos salvedades:

* + - 1. los vicios de la posesión son relativos respecto de aquel contra quien se ejercen; frente al poseedor legítimo el actual detentado será poseedor vicioso, pero respecto de terceros tiene para sí la presunción de buena fe del art 1919.
			2. Las acciones posesorias prescriben al año, pasado ese plazo sin que el poseedor legítimo utilice ese remedio procesal, queda purgado el vicio inicial del actual poseedor. La doctrina nacional mayoritaria entiende que transcurrido ese plazo no solo el poseedor legítimo no podrá utilizar estas defensas contra el detentador sino que a su vez, éste tendrá habilitadas para sí acciones de defensa de su posesión no solo contra terceros sino también contra el anterior poseedor.

Coposesión: si bien no ha sido definida en el código vigente, ha sido admitida en el art 1912. Molinario la define: “habrá coposesión cuando dos o más personas, por ellas mismas o por intermedio de otra u otras, tengan una cosa bajo su poder con intención de someterla al ejercicio del derecho de condominio, y sea que este exista o no y que, en este último caso, conozcan o no tal circunstancia todos o algunos de los titulares.” El art. 2359 CC la definía: cuando dos o más personas poseyeren en común una cosa, cada una responderá de la buena fe de su posesión (ni se perjudican ni se benefician mutuamente).

Adquisición por representante: en el cc de Vélez se admitía la adquisición de la posesión por otro en los arts. 2394 a 2399 previendo dos situaciones: intermediación efectuada por un representante (voluntario o legal) y gestión de negocios. En todo caso era necesario la aprehensión del objeto o su disponibilidad y la intención del representante de establecer dicha relación real con la aclaración que tomaba la cosa para su comitente. El ccc no regula la adquisición de la relación real por intermedio de representante pero en los arts. 1909 y 1910 al definir posesión y tenencia respectivamente, se refiere a la relación de poder con la cosa ejercida por sí o por medio de un representante (voluntario u orgánico) sino también ejercer la posesión o tenencia por medio de él. La calidad de posesión y su buena o mala fe dependerá de la buena o mala fe del representado (representación voluntaria); en el caso de la representación legal necesaria (por incapacidad) la buena o mala fe se determina por el representante y no por el representado incapaz.

Corporaciones y sociedades: según art. 2360 CC: será la posesión de mala fe cuando la mayoría de sus miembros sabia la ilegitimidad de ella. Si el número de los miembros de buena fe fuere igual al número de los miembros de mala fe, la posesión es de mala fe (porque nos encontramos ante un estado de duda, y tiene que haber certeza para ser considerada de buena fe). Los miembros de mala fe deben indemnizar a los de buena fe de la privación de la posesión.

Accesión de posesiones: unión de dos o más posesiones. El interés práctico de acceder dos o más posesiones puede estar en acumular tiempo para llegar a obtener la posesión anual a los fines de intentar las acciones posesorias propiamente dichas, o bien alcanzar el número de años necesario para usucapir.

Utilidad:

1. Para sumar la cantidad de años necesarios para usucapir o adquirir por prescripción (10 años-la breve).

2. Para sumar el tiempo necesario para entablar acciones posesorias.

Requisitos:

1. Que ninguna de las posesiones sea viciosa.

2. Una posesión debe derivar de la otra, sin existir posesión viciosa intermedia.

3. Es necesario que existe un vínculo jurídico (donación, compraventa, permuta, etc) entre el actual poseedor y el anterior.

Supuestos:

1. Sucesión a titulo universal: el sucesor universal continúa la posesión de su autor y es precisamente en el origen de esta posesión donde quedan señaladas las cualidades o vicios de ella.

2. Sucesión a titulo singular: las posesiones son separadas al inicio, y en ciertos casos (cuando se cumplen los requisitos legales) se pueden unir, sumar o accederse. Esto resulta de los arts. 2475, 2476 y 4005 CC. Una vez accedidas las posesiones, su carácter se determina por el momento inicial de la posesión del causante, o sea, de la posesión a la cual se suma la posesión actual.

Frutos: la buena o mala fe se termina en cada acto de percepción de frutos.

2. 2.1 VICIOSA: LA POSESIÓN DE MALA FE PUEDE SER VICIOSA O NO VICIOSA.

Vicios (art. 1921 CCC, 2364 CC): los vicios de la posesión son relativos respecto de aquel contra quien se ejercen. En todos los casos, sea por el mismo que causa el vicio o por sus agentes, sea contra el poseedor o sus representantes.

**POSESION VICIOSA DE COSAS MUEBLES:**

1. Hurto: apoderamiento ilegitimo de una cosa total o parcialmente ajena (art. 162 C Penal). Si ha habido violencia sobre las cosas o personas hay robo (no hurto).

2. Estelionato (art. 1009): contratar sobre cosas ajenas como si fuesen propias; contratar de mala fe sobre cosas litigiosas, gravados o sujetos a medidas cautelares como si estuviesen libres. Deben repararse los daños causados a la otra parte si ha obrado de buena fe.

3. Abuso de confianza: es necesario que el detentador de cosa mueble a nombre ajeno (por ej el depositario) intervierta su título y comportándose como poseedor con derecho a poseer realiza con respecto de la cosa actos posesorios, inclusive de disposición como es la venta. Es el delito de defraudación previsto en art. 173 inc. 2 C Penal.

**POSESION VICIOSA DE COSA INMUEBLE**

1. Violencia: Hay que diferenciar la violencia en la posesión de la violencia en el título: la primera se refiere a las vías de hecho, que implican el empleo de la fuerza material o moral para establecer la relación real entre el poseedor de mala fe y la cosa; la segunda, vicia el título y puede conllevar su nulidad, pero no vicia la posesión. Se trata siempre de acciones violentas que implican vías de hecho o amenazas llevadas a cabo por quien quiere apoderarse de la cosa o por sus representantes, contra el verdadero dueño o contra quien es tenedor en su nombre. Este supuesto de perdida de la relación real está previsto en el art. 1931 inc b del ccc.

2. Clandestinidad: se realiza con sigilo, ocultamiento, o en ausencia del poseedor, con actos que priven de conocimiento a terceros que puedan oponerse a la posesión. El código actual no define este concepto solo lo enuncia en el art. 1921 por eso es válido remitirse al art 2369 del cc. Es el ocultamiento al conocimiento del propietario de las acciones que se realizan sobre el inmueble. La ausencia del poseedor no implica necesariamente la clandestinidad en la ocupación del inmueble puesto que el vicio se caracteriza por la ocultación al propietario.

3. Abuso de confianza: se trata de un caso de interversion del título: quien era tenedor del inmueble por ej, un locatario, comienza a poseer para sí, es decir: cambia la causa de su relación real convirtiéndose de tenedor a poseedor ilegitimo, de mala fe y vicioso por abuso de confianza.

Relatividad de los vicios:

1. Art. 2370 CC: la posesión pública en su origen es reputada clandestina cuando el poseedor ha tomado precauciones para ocultar su continuación.

2. Art. 2371 CC: el vicio de la posesión clandestina es asimismo relativa al anterior poseedor solamente (solo puede invocarse por quien fue la victima).

3. Calificación de la posesión mediando boleto de compraventa:

Agregado al Art. 2355 por Ley 17711: se considera legítima la adquisición de la posesión mediando boleto de compraventa. No tiene todavía el dominio, pero ese derecho fluyente se va haciendo, pero el legislador, lo ha potenciado, reconociéndole el carácter de poseedor legítimo. O sea, tiene una posesión legitima con base en un contrato, que es fuente como título sustancialmente (acto o causa) suficiente para hacer adquirir el dominio, pero formalmente todavía insuficiente (es instrumento privado y no escritura pública).

Doctrina:

1. Laquis: la compraventa es un acto jurídico calificado de título suficiente, por lo que al mediar título y modo es legítima la posesión adquirida en virtud del boleto. Pero la posesión así adquirida no constituye dominio imperfecto, porque la posesión no constituye un derecho (el de dominio), sino que es un hecho; y además, porque aunque estuvieran satisfechos los requisitos del dominio (art. 2355 CC), se requiere escritura pública (art. 1184 CC), y publicidad (art. 2505 CC).

2. Borda y Bustamente Alsina: opinan, a diferencia de Laquis, que la posesión constituye dominio imperfecto.

**UNIDAD IV: POSESION. TEORIA GENERAL**

**IV.1) Objeto de la posesión: requisitos: a) materialidad o corporalidad; b) comercialidad (distintos criterios); c) existencia actual; d) exclusividad; e) determinación o individualización: f) principalidad; g) singularidad; h) integridad.**

El art. 1908 expresa claramente que “las relaciones de poder del sujeto con una *cosa* son la posesión y la tenencia”, para reforzar en el art. 1909, al definir la posesión, que ese poder de hecho se ejerce sobre una *cosa*, en clara referencia a aquellas enunciadas en el art. 16, es decir objetos materiales, quedando excluidos los derechos, concepto que ratifica el art. 1912 cuando al regular el objeto de la posesión dice: “El objeto de la posesión y de la tenencia es *la cosa determinada*. Se ejerce por una o varias personas sobre la totalidad o una parte material de la cosa”

Objeto de la posesión: Requisitos:

A) Materialidad o corporalidad: solo los objetos susceptibles de valor económico, las cosas pueden ser objeto de la posesión. Los bienes no son cosas, los derechos, no son susceptibles de ser poseídos. La posesión tampoco puede recaer sobre la energía (le son aplicables las leyes sobre las cosas, pero no es cosa).

B) Comercialidad: la cosa debe estar en el comercio, las únicas cosas que no pueden ser poseídas son las que se encuentran fuera del comercio:

B.1) Por ser absolutamente inajenables.

B.2) Por haber sido prohibida por una ley su enajenación (cuando se trata de las cosas del dominio público del E).

C) Existencia actual: las cosas futuras no son susceptibles de posesión, ya que el poder de hecho que ella implica no podría ejercerse sobre algo que aún no existe con autonomía propia.

D) Exclusividad: sobre el todo de la cosa no puede recaer más que una sola posesión, salvo que ellas no sean contradictorias entre sí. Si concurrieran varias posesiones de la misma naturaleza, pero cada una por una parte indivisa, habría coposesión.

E) Determinación o individualización: los actos materiales que supone el ejercicio de la posesión no podrían ser realizados sobre objetos indeterminados.

F) Principalidad: conforme art. 2403 CC: la posesión de una cosa se hace presumir la posesión de las cosas accesorias a ella. Se trata de una aplicación de la regla en virtud de la cual lo accesorio sigue la suerte de lo principal. La vigencia de la misma queda sujeta a que la cosa accesoria siga formando un todo con la principal.

G) Singularidad: se alude a una universalidad de hecho, como un rebaño o biblioteca. Como la universalidad no es una cosa sino un conjunto de cosas, el objeto de la posesión no es la universalidad sino cada uno de los elementos que la integran.

H) Integridad: según art. 2405 CC: cuando la cosa forma un solo cuerpo, no se puede poseer una parte de él, sin poseer todo el cuerpo.

**IV.2) El sujeto de la posesión. Directo: capacidad (art. 2392) para adquirir y para conservar por sí mismo la posesión. Indirecto: representación legal: incapaces y personas jurídicas; representación voluntaria: requisitos. Excepción a la regla. Momento en que empieza la posesión del representado. Incapacidad de mandante y mandatario; gestión de negocios. Unidad o pluralidad de sujetos: exclusividad o concurrencia de posesiones. Coposesión (art. 2401, 2409 y 2410)**

**Sujeto de la posesión:** al igual que la titularidad de los derechos reales toda persona física o jurídica puede ser sujeto de la posesión.

**ADQUISICIÓN DE LA POSESIÓN POR REPRESENTANTES. Momento en que empieza la posesión del representado**: la posesión puede adquirirse por sí o a través de un representante, ya sea este voluntario (mandatario) o legal (supuesto de los incapaces), y aun por un tercero que obra sin mandato (gestor de negocios).

A) Representación voluntaria: Sabido es que en la adquisición de la posesión se necesitan los dos elementos: «corpus» y «animus», lo que también es necesario para el supuesto en que la adquisición sea por representante con la única particularidad de que, en tal caso, cuando se realizan los actos materiales se produce un desdoblamiento de dichos elementos. El animus existe en la persona del representado, quien será el que en definitiva adquiera la posesión, mientras que el corpus se concreta en la persona del representante, quien toma la cosa para su mandante. Ello no quiere decir que el mandante carezca de «corpus». El «animus» existe desde el momento en que una persona le otorga un mandato a otra para que adquiera la posesión en su nombre. El «corpus» aparece cuando el mandatario cumple con su cometido y toma la cosa para su mandante, en ese instante los dos elementos de la posesión se encuentran reunidos. Se necesita también que el mandatario haga la adquisición de la cosa «con la intención de adquirirla para el comitente».

B) Gestor de negocios: Cuando la adquisición de la posesión en nombre de otra se hace sin tener la representación de ésta, es necesaria la posterior ratificación de aquél en cuyo nombre se actuó (art. 2398) si pretende convertirse en poseedor. En este supuesto el corpus aparece antes; el animus cuando el interesado ratifica lo actuado. La ratificación opera con efecto retroactivo, es decir, la posesión se estima «adquirida al día en que fue tomada por el gestor oficioso».

C) Representante legal o necesario: Son los supuestos en que el adquirente sea un incapaz o bien una persona jurídica. Dice el **art. 2392 cc** «son incapaces de adquirir la posesión por sí mismos los que no tienen uso completo de su razón, como los dementes, fatuos y menores de diez años; pero pueden adquirirla por medio de sus tutores o curadores». Esta norma se aplica para el caso de adquisición unilateral de la posesión porque para los supuestos de adquisición bilateral, tradición, se requiere la plena capacidad, es decir, la necesaria para celebrar actos jurídicos (arts. 54 a 57, 1040 y cctes.). La enumeración del art. 2392 es enunciativa, debiéndose agregar a los ebrios, drogados, hipnotizados, etc. Las personas jurídicas pueden adquirir -en principio toda clase de derechos, inclusive la posesión; pero no por sí mismas sino por intermedio de sus síndicos o administradores conforme las leyes y/o sus estatutos.

**Unidad o pluralidad de sujetos**: el sujeto de la posesión puede ser único o plural (coposesión).

1. Exclusividad o concurrencia de posesiones: la posesión es exclusiva, según art. 2401 CC (ahora 1913): dos posesiones iguales y de la misma naturaleza no pueden concurrir sobre la misma cosa. En consecuencia, dos o más personas no puede tener cada una por el todo la posesión de una cosa, pero esto es siempre que se trate de posesiones iguales y de la misma naturaleza, o sea, posesiones rivales que se excluyan entre sí, como la del propietario y usurpador; pero pueden darse dos posesiones distintas sobre una misma cosa. EJ: la del nudo propietario y la del usufructuario.

2. Coposesión: la exclusividad de la posesión no impide que sobre una misma cosa concurran dos o más posesiones iguales, pero no sobre el todo, sino cada una por una parte indivisa:

1. Art. 2409 CC: dos o más personas pueden tomar en común la posesión de una cosa indivisible, y cada una de ellas adquiere la posesión de toda la cosa.

En las relaciones entre coposeedores, sus respectivas posesiones se encuentran limitadas entre sí, pero como la noción de partes indivisas o ideales es incompatible con el poder de hecho sobre la cosa que supone la posesión, si la cosa es indivisible, debe entenderse que la poseen conjuntamente, cada uno por el todo (art. 2408 CC).

2. Art. 2410. Para tomar la posesión de una parte de una cosa divisible, es indispensable que esa parte haya sido material o intelectualmente determinada. No se puede poseer la parte incierta de una cosa.

**IV.3) Adquisición de la posesión: principio general. Cosas que no están poseídas. Cosas que están poseídas: sin y con consentimiento del poseedor actual (tradición, traditio brevi manu y constituo posesorio)**

La posesión, en tanto relación real, supone un contacto entre el sujeto y la cosa material que constituye su objeto, la detentación de la cosa (corpus) sumado a la intención de tenerla como propia hará adquirir la posesión como lo describe el **art. 1922:** “*Para adquirir una relación de poder sobre una cosa, ésta debe establecerse voluntariamente* (…)”

La aprehensión de la cosa no implica necesariamente el contacto material con ella, basta la posibilidad de disponer en cualquier momento o de recrear cuantas veces sea necesaria la relación con el objeto; el contacto personal no es necesario para la adquisición, basta la sola vista de la cosa presente. Así, para tomar un fundo no es necesario entrar en el siendo suficiente abarcarlo con la mirada. Dice al respecto el art. 1922 que la relación de poder se adquiere “(…) *b) Por medio de un contacto con la cosa, de la posibilidad física de establecerlo, o cuando ella ingresa en el ámbito de custodia del adquirente.”*

La adquisición de la posesión requiere el corpus y la intencionalidad que se exterioriza mediante la realización de los actos posesorios; pero además es necesario diferenciar entre las cosas que no tienen dueño anterior y aquellas en las que el actual poseedor sucede a uno anterior, esto es: adquisición originaria y derivada.

1. ADQUISICIÓN ORIGINARIA (cosas sin dueño o desposeídas): el art 1923 ccc expone los diversos modos de adquirir una relación de poder, ya sea en forma derivada u originaria, y en este último aspecto, concluye enunciando: *“La posesión se adquiere asimismo por el apoderamiento de la cosa”.*

El art 2375 del cc contenía el supuesto de adquisición originaria de la posesión por ocupación referida a cosas sin dueño. En esta habrá siempre un acto unilateral llevado a cabo por la sola voluntad del poseedor y está referido a cosas muebles puesto que los inmuebles siempre tienen dueño, ya fueran los particulares o el Estado, y por tanto no son apropiables sino transmisibles por tradición.

1. ADQUISICIÓN DERIVADA (cosas con dueño o poseídas con voluntad y sin voluntad del poseedor): las cosas muebles o inmuebles que tienen dueño y por ende poseedor legitimo pueden ser adquiridas con la concurrencia de la voluntad de aquél, en cuyo caso será necesaria la tradición, o contra su voluntad como en los supuestos de desposesión, sea esta violenta o no. En el primer caso (cuando media la voluntad del antiguo poseedor), el adquirente tendrá una posesión legitima, en el segundo caso (cuando es contra la voluntad), será poseedor ilegitimo y de mala fe, pudiendo concurrir alguno de los vicios de la posesión.
	1. TRADICIÓN: **ARTICULO 1924**.- Tradición. *Hay tradición cuando una parte entrega una cosa a otra que la recibe. Debe consistir en la realización de actos materiales de, por lo menos, una de las partes, que otorguen un poder de hecho sobre la cosa, los que no se suplen, con relación a terceros, por la mera declaración del que entrega de darla a quien la recibe, o de éste de recibirla*.

Es un acto jurídico bilateral, requiere capacidad en quien entrega la cosa y en quien la adquiere (art. 1922) y el concurso de la voluntad de ambas partes, a diferencia de la ocupación y la desposesión que son unilaterales. La incapacidad del tradens o del accipiens provoca la nulidad de la tradición.

Además, el **art. 1926** dispone que para adquirir por tradición la posesión o la tenencia, la cosa debe estar libre de toda relación excluyente, y no debe mediar oposición alguna. (Se mantiene la exigencia del antiguo art. 2383, solo que se aplica tanto a la posesión como a la tenencia)

* 1. actos posesorios: el acto jurídico tradición produce el desplazamiento de la potestad del adquirente, voluntad que no es válida si se manifiesta en meras declaraciones, sino que debe exteriorizarse a través de actos posesorios. Estos actos posesorios solo podrán llevarse a cabo si la cosa esta desocupada (art. 1926). Son actos posesorios según el **art 1928** ccc su cultura, percepción de frutos, amojonamiento o impresión de signos materiales, mejora, exclusión de terceros y, en general, su apoderamiento por cualquier modo que se obtenga. La jurisprudencia también ha considerado actos posesorios la mensura, el deslinde judicial, el pago de impuestos en forma periódica y por lapsos prolongados, la locación del inmueble, etc.
		1. Tradición de inmuebles: tratándose de inmuebles, la tradición debe hacerse en el lugar en que están situados puesto que de otra manera no habría posibilidad de realizar los actos materiales a los que se refiere el **art 1924** o actos posesorios que ejecute el adquirente con asentimiento del vendedor.
		2. Tradición de muebles: en la tradición de cosas muebles se consideran actos posesorios conforme el **art 1925** por la entrega de conocimientos, cartas de porte, facturas u otros documentos de conformidad con las reglas respectivas, sin oposición alguna, y si son remitidas por cuenta y orden de otro, cuando el remitente las entrega a quien debe transportarlas, si el adquirente aprueba el envío.

Hay situaciones en las cuales no es necesario el acto jurídico real TRADICION por cuanto la cosa objeto de derecho real ya está en poder del adquirente**: traditio brevi manu y constituto posesorio.**

2.3 TRADITIO BREVI MANU: Tiene lugar cuando:

a) quien se encuentra en la tenencia de la cosa, por la realización de un acto jurídico se transforma en poseedor, como es el caso del locatario que compra la finca que arrienda;

b) o cuando alguien posee a nombre de una persona y pasa a poseer a nombre de una tercera. Es el caso del propietario de un inmueble alquilado que lo vende a un tercero, el locatario antes poseía a nombre del vendedor y ahora pasa a poseer a nombre del comprador.

2.4 CONSTITUTO POSESORIO: Aparece cuando el poseedor trasmite a otro la posesión pero queda como tenedor de la cosa; es el caso de quien vende un inmueble de su propiedad y queda como locatario del mismo, para cualquier observador la situación del transmitente respecto a la cosa no ha variado, sin que medie tradición, el adquirente adquiere la posesión. Precisamente por el carácter oculto es que el «constituto posesorio» ha sido resistido aún a pesar de la evidente conveniencia económica del mismo.

**IV.4) Conservación de la posesión: por el mismo poseedor; por otro.**

Por el mismo poseedor:

**Art. 2445 CC (ahora 1929 y 1930 CCC):** la posesión se retiene y conserva por la sola voluntad de continuar en ella, aunque el poseedor no tenga la cosa por sí o por otro. La voluntad de conservar la posesión se juzga que continua mientras no se haya manifestado una voluntad contraria. POR LO TANTO: la posesión se conserva solo con el animus, pero la pérdida del corpus debe ser transitoria; y también accidental. El animus domini se presume que subsiste mientras no se exprese voluntad contraria, por eso la perdida de discernimiento por parte de quien adquirió válidamente la posesión no impide su conservación.

**Art. 2450 CC:** Aun en el supuesto de que se haya perdido la cosa, la posesión se conserva solo con el animus mientras “haya esperanza probable” de encontrarla.

**Art. 2457 CC:** mientras la cosa no haya sido sacada del lugar en que el poseedor la guardo, aunque él no recuerde donde la puso, sea esta heredad ajena, o heredad propia.

El ccc establece en su art. 1930 la presunción de continuidad de la posesión y la tenencia con lo cual se facilita la prueba de su conservación; el titular de dicha relación no debe probar su *animus* sino que la relación que pretende mantener ha sido ejercida anteriormente, lo que implica una prueba objetiva que se llevara a cabo mediante la demostración de haber realzado actos posesorios. La relación real se tiene y conserva por la sola voluntad de continuar en ella, por eso, una vez adquirida se mantiene por inercia mientras no se demuestre lo contrario, de allí la importancia de probar su adquisición.

Por otro:

**Art. 2446 CC:** la posesión se conserva, no solo por el poseedor mismo, sino por medio de otra persona, sea en virtud de un mandato especial, sea que la persona obre como representante legal de aquel por quien posee. POR LO TANTO: es posible conservar la posesión por intermedio de representantes legales o convencionales (expreso o tácito, como el de los miembros de la familia, gente de servicio, locatarios, etc).

El **art. 2447 del cc** enuncia distintas situaciones en las que la posesión, tenida a nombre de otro, subsiste:

1. cuando el que poseía a nombre del poseedor (mandatario), manifestare la voluntad de poseer a nombre suyo: siguiendo el art. 2353, nadie pude cambiar por si la causa de su posesión.
2. aunque el representante del poseedor abandonare la cosa: la voluntad unilateral del representante no produce efectos jurídicos, el verdadero poseedor conserva la cosa solo animus.
3. aunque el representante del poseedor falleciere: la posesión la continúan los herederos a nombre del mandante, aunque ellos creyesen que la propiedad y la posesión pertenecían a su autor. (la duda de los herederos acerca de la calidad del causante que era representante del poseedor no es suficiente para cambiar la causa de la posesión)
4. o éste o su representante, llegare a ser incapaz de adquirir una posesión: el poseedor mantiene intacto su ánimo, salvo actos de terceros que priven de la cosa al representante.

**Art. 2449 CC:** cuando aquel por medio del cual se tiene la posesión, muere, la posesión se continúa por medio del heredero, aunque este creyese que la propiedad y la posesión pertenecían a su autor.

**IV.5) Perdida de la posesión: por una causa relativa al objeto. Por voluntad del poseedor. Por la acción de un tercero.**

La posesión puede perderse por desaparición física de la cosa, por la voluntad del poseedor o por la acción de un tercero.

1. **Por perdida del objeto:** la posesión y la tenencia implican una relación directa e inmediata con una cosa material, conforme surge del art 2400 y no ta y art 2311 del código de Vélez; en el mismo sentido el art 1912 del ccc establece que “el objeto de la posesión y la tenencia es una cosa determinada”. Cuando el objeto desaparece físicamente o no hay posibilidad de establecer con él una relación material, o es colocada fuera del comercio por ocupación del Estado (quien previa expropiación la declara de utilidad pública), la posesión se pierde. Hay 3 posibilidades de pérdida de posesión por desaparición de su objeto:
	1. Extinción material: el art. 2451 del cc plantea dos supuestos de extinción de la cosa material: destrucción total y transformación. Cuando se trata de una cosa animada como los semovientes, su muerte implica la perdida de la posesión que se tenía sobre ellos; si la cosa es inanimada su destrucción total impide la relación real, sin importar la causa que provoco su desaparición. El art 1931 del ccc establece como regla que la posesión y la tenencia se extinguen cuando se extingue la cosa. No se hace distinción entre destrucción y transformación.
	2. Indisponibilidad permanente: el art 2452 prevé el supuesto en el cual la relación con la cosa es imposible, y en la nota se menciona el ejemplo de que ella cayera al mar; se atiende aquí su inaccesibilidad, por lo tanto, aunque el poseedor mantenga el animus, será imposible recrear el contacto con la cosa. El ccc mantiene ese supuesto en el inc. c) del art 1931 al expresar cuando el sujeto se encuentra en la imposibilidad física perdurable de ejercer la posesión o la tenencia. En caso de que esa imposibilidad fuera transitoria no habría extinción de la relación por cuanto se mantiene solo el animus.
	3. Extinción jurídica: el art 2459 del cc se refiere a esta forma de pérdida de la posesión “cuando la cosa sufre un cambio que la hace legalmente no ser susceptible de ser poseída por estar fuera del comercio”. Sin embargo, en el ccc este requisito no ha sido incluido, lo cual esta explicado en los Fundamentos respecto del objeto del derecho real “En lo tocante al objeto no se requiere que la cosa este en el comercio, pues son asimismo objeto del derecho real, las cosas que están fuera del comercio por Inenajenabilidad relativa y aquellas cuya enajenación estuviese prohibida por una cláusula de no enajenar”. Si esto es así, no se produce la extinción de la relación real por indisponibilidad jurídica de la cosa sobre la que recae. Esta conclusión queda ratificada en el art. 1931 cuando enumera las causas de extinción ya que no incluye la que se analiza supra.
2. **Por voluntad del poseedor:** la pérdida de la posesión por voluntad del poseedor puede producirse por la realización de actos bilaterales (tradición) o unilaterales (abandono).
	1. En el código de Vélez la posesión se pierde por la tradición que el poseedor hiciere a otro de la cosa, no siendo solo con el objeto de trasmitirle la simple tenencia de ella (art. 2453). El ccc en la enumeración del art. 1931 no contiene disposición similar, sin embargo, la regla general en materia extintiva es la enunciada en la primera parte de dicha norma: “la posesión y la tenencia se extinguen cuando se pierde el poder de hecho sobre la cosa.”
	2. En forma unilateral, el poseedor pierde su posesión cuando hace abandono expreso y voluntario de la cosa (art. 1931 inc. e). también se requiere que el sujeto tenga capacidad para realizar actos jurídicos de disposición.
3. **Por acción de un tercero:** la pérdida de la relación de poder por acción de un tercero se da en el supuesto que plantea el inc. b del art 1931 del ccc (otro priva al sujeto de la cosa); la posesión y tenencia perdida para el poseedor es adquirida por otra persona que asumirá el carácter de poseedor ilegitimo, de mala fe y vicioso. La perdida y subsiguiente adquisición suceden sin intervalo de tiempo, la cosa deja de estar bajo la potestad del poseedor para quedar sujeta a la voluntad del usurpador.
	1. Despojo**: Art. 2.455 cc** *La posesión se pierde cuando por el hecho de un tercero sea desposeído el poseedor o el que tiene la cosa por él, siempre que el que lo hubiese arrojado de la posesión, la tome con ánimo de poseer.*

Resulta entonces que no cualquier desposesión implica la pérdida de la posesión, sino que tienen que darse dos circunstancias: 1) violencia en el actuar del despojante y 2) intención de ejercer sobre la cosa actos de dominio, es decir, comportarse como poseedor.

* 1. Clandestinidad: **Art. 2.456 cc** *Se pierde también la posesión cuando se deja que alguno la usurpe, entre en posesión de la cosa y goce de ella durante un año, sin que el anterior poseedor haga durante ese tiempo acto alguno de posesión, o haya turbado la del que la usurpó.*

En este supuesto se requiere, acción por parte del usurpador y omisión del poseedor. El plazo de 1 año al que se refiere la norma se contara desde que el poseedor conoció o pudo conocer el hecho de desposesión cometido por el usurpador, y recién entonces podrá iniciar las acciones posesorias que interrumpirán la nueva posesión. Pero, durante ese periodo ¿sigue siendo poseedor? Según Salvat, “pasado el año la posesión del anterior poseedor quedara extinguida y en lugar de ella nacerá la nueva posesión del usurpador”. Sucede entonces que durante ese año coexisten sobre la misma cosa dos posesiones, lo cual contraria el principio de exclusividad de la posesión y el art 1914 del ccc.

Sin embargo, no hay en el caso dos posesiones de la misma naturaleza, sino que la del usurpado es una posesión legitima o ilegitima pero anual y no viciosa que la ley le permite mantener solo el animus; la otra, la del usurpador, es una posesión ilegitima y viciosa , que si bien habilita al poseedor a ejercer actos de dominio sobre la cosa, lo priva de los efectos jurídicos de tal relación real puesto que no está habilitado para articular las acciones posesorias ni comenzar el plazo para usucapir dado que para ambas acciones se requiere el transcurso del plazo de 1 año para que los vicios sean purgados.

* 1. Interversion del título: es el caso de pérdida de la posesión por voluntad de un tercero que tenía la cosa a nombre del poseedor e intervierte el título. La mera intención del representante de la posesión no es suficiente para intervertir el titulo sino que se requiere la exteriorización de esa voluntad mediante actos posesorios tendientes a publicitar la nueva relación real. En esta situación, la pérdida de la posesión es solo corpus y, en consecuencia, el poseedor al conservar el animus, puede iniciar acciones posesorias dentro del plazo de 1 año desde que conoció o pudo conocer el hecho de la desposesión.

**UNIDAD 5: POSESION. TEORIA GENERAL. TENENCIA**

**V.1) Efectos de la posesión: discusión doctrinaria. Principios fundamentales que rige la propiedad de cosas muebles: enunciación y requisitos. Efectos: la presunción de propiedad y su carácter. La facultad de repeler la acción reivindicatoria, la de resolución, nulidad y rescisión. Personas que no pueden invocar la presunción. Cosas excluidas del principio.**

Conforme lo sostenía Savigny, la posesión produce consecuencias jurídicas, efectos que merecen regulación legal, y así lo había entendido Vélez cuando codificaba los efectos de la posesión de cosas muebles, para luego referirse a las obligaciones y derechos del poseedor de buena o mala fe, elemento intencional que resultaba decisivo a los efectos de apropiación de frutos, reembolso de gastos, retención de la cosa poseída, entre otros.

El actual ccc regula efectos de las relaciones de poder en los **arts. 1932 a 1940**, referidos a los derechos y deberes inherentes a la posesión, la adquisición de frutos y productos del poseedor de buena o mala fe, la indemnización y pago por mejoras y los efectos propios de la tenencia.

Tanto en la teoría como en la legislación positiva, no caben dudas de que la posesión produce consecuencias jurídicas, la disidencia se encuentra al considerar cuales son específicamente consecuencia de la posesión y cuales devienen de otra fuente. Al respecto, Savigny entendía que los únicos efectos de la posesión eran los interdictos y la usucapión, en tanto que la adquisición de los frutos deviene de la accesión.

**PRINCIPIOS QUE RIGEN LA ADQUISICION DE COSAS MUEBLES**

El **art. 2412 del C. Civil** establecía**:** “La posesión de buena fe de una cosa mueble, crea a favor del poseedor la presunción de tener la propiedad de ella y el poder de repeler cualquier acción de reivindicación, si la cosa no hubiere sido robada o perdida.”.

Fuente: el código velezano se inspira en el francés. Dice el art. 2279 del C.C. Francés: “En materia de muebles, la posesión vale título. Sin embargo, aquél que ha perdido o a quien ha sido robada una cosa, puede reivindicarla durante 3 años a contar desde el día de la pérdida o del robo, contra aquél en manos de quien la encuentre, salvo a éste su recurso contra aquél de quien la tuvo”.

**Distintas teorías acerca de la naturaleza jurídica del principio contenido en el art. 2412**:

**a)** Según algunos, se trataría de una prescripción instantánea, quizás por el hecho que el art. 2279 en el C.C. Francés está ubicado en el título referente a la Prescripción;

**b)** Para otros, surgiría de la máxima, una presunción de propiedad: que es iuris et de iure: teniendo posesión y buena fe (las que se presumen iuris tantum) el poseedor se convierte en propietario de un título inatacable. Es por ello que tiene el poder de repeler cualquier acción de reivindicación. La presunción de propiedad no puede ser destruida, de la posesión y buena fe, sí.

**c)** Por último, para otros, se trata de una hipótesis de adquisición legal, es decir, de una adquisición o atribución de propiedad ministerio legis. Según esta opinión, es la propia ley la que, por razones de conveniencia económica, atribuye al poseedor de buena fe la propiedad de la cosa.

ACTUALMENTE en materia mobiliaria es de aplicación el principio contenido en el art 1895 que se condensa con la expresión *posesión vale título,* de modo que la adquisición de una cosa mueble queda demostrada mediante la posesión de buena fe.

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

Las cosas muebles a que se refiere la regla son las definidas en el ccc en el art. 227 (Son cosas muebles las que pueden desplazarse por sí mismas o por una fuerza externa.) y que hubieran sido recibidas por el actual poseedor del aparente propietario. A los efectos de esta norma, las cosas objeto del derecho real se dividen en: a) muebles entregados por su dueño; b) cosas robadas o perdidas.

1. Muebles entregados por su dueño: se refieren a las cosas muebles cuyo dominio se transmite por tradición; hay entrega y recepción voluntaria y el hecho de la posterior posesión de buena fe hace presumir el título y llega a constituir el título mismo de la propiedad (la buena fe vale el título).
2. Cosas hurtadas o perdidas: la regla del art. 1895 no se aplica a las cosas hurtadas o perdidas según lo expresa la última frase de dicho artículo. Las cosas hurtadas o pérdidas son aquellas que, a diferencia de los supuestos de abuso de confianza, han salido del patrimonio del dueño contra su voluntad o sin su voluntad. En el primer caso, por ej. el dueño entrega la cosa mueble voluntariamente al depositario y este abusando de su confianza la vende a un tercero de buena fe que se guía por la apariencia de propiedad (abuso de confianza); en un segundo caso, cuando hubo un robo o sustracción fraudulenta y la cosa ha salido del patrimonio del dueño de ella contra su voluntad y por último, cuando la cosa mueble se ha perdido, el titular de la cosa mueble se desprendió de ella sin su voluntad.

Naturaleza jurídica de la adquisición (art 1895)

La doctrina nacional mayoritaria sostuvo que el art. 2412 del ccc contenía una presunción de propiedad iure et de iure, por lo cual se trataba de una adquisición legal y por ende originaria. ¿Puede aplicarse dicha conclusión al art 1895 del ccc?

El art. 1894 enumera los supuestos de adquisición legal e incluye “los derechos de los adquirentes y subadquirentes de buena fe”, de modo que no hay dudas en cuanto al origen de la adquisición de cosas muebles no registrables que cumplan con los requisitos del art 1895, estos son:

1. quien puede invocar la adquisición legal de la cosa mueble es el subaquirente, es decir, un tercero;
2. ese tercero debe ser poseedor de buena fe;
3. la posesión de buena fe se presume (art. 1919), salvo que se trate de cosas muebles registrables;
4. la adquisición se realizó a título oneroso

El que intente reivindicar la cosa mueble y destruir la presunción de propiedad en el poseedor, debería probar alguno de estos extremos:

1. que no hay en este posesión en sentido estricto
2. que habiendo posesión, esta no es de buena fe
3. que adquirió a título gratuito
4. que la cosa es robada o perdida.

Si cumple con los requisitos del art. 1895 se considera esta forma de adquisición sobre cosas muebles por provenir de una presunción legal, originaria y por lo tanto, el actual poseedor, quien no tiene vínculo alguno con el verdadero propietario, recibe la cosa libre de toda carga.

Cosas excluidas del principio

Como surge del artículo, su principio básico solo es aplicable a las cosas muebles no registrables (quedan afuera los automotores, buques, aeronaves, ganado, equinos de pura sangre y tractores) ya que si se cuenta con un registro jurídico y el bien no está inscripto, no habrá buena fe en el poseedor actual y la máxima no podrá ser invocada a su favor.

**V.2) Obligaciones y derechos inherentes a la posesión: concepto y crítica a la terminología del código. Naturaleza jurídica. Obligaciones y derechos inherentes a la posesión.**

El título II del libro III del código de Vélez que legisla sobre las relaciones reales, contiene un capítulo dedicado a las obligaciones y derechos inherentes a la posesión y otro destinado a las obligaciones y derechos del poseedor de buena o mala fe. Este tratamiento separado es explicado por Lafaille que dice que en el capítulo III (de las obligaciones y derechos inherentes a la posesión) el poseedor es considerado en abstracto, en tanto en el capítulo IV (de las obligaciones y derechos del poseedor de buena o mala fe) el centro de interés es el poseedor y su calificación: buena o mala fe, vicioso o no vicioso.

El nuevo ccc dedica el capítulo III del título II a estas mismas cuestiones, a pesar de que ha utilizado la nominación “Efectos de las relaciones de poder” y en los artículos que se incluyen ha mantenido no solo la expresión inherentes a la posesión sino en el sentido expresado en el art. 2420 (son derechos inherentes a la posesión los que competen indeterminadamente al poseedor de una cosa determinada). Por otra parte, esos derechos y obligaciones también se extienden al tenedor.

 La expresión “inherentes a la posesión” aplicada tanto a los derechos (art. 1932), como a las obligaciones (art. 1933), implica que no se atiende a la persona en si misma sino en la calidad de poseedor o tenedor que se deriva de su relación real con la cosa.

1. Derechos inherentes a la posesión (o tenencia)

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

El art. 1932 del ccc confiere al titular de las relaciones de poder el derecho a ejercer las servidumbres reales. Dado que con la existencia de servidumbres se beneficia el fundo y no su poseedor, debe considerar que la norma se refiere a las servidumbres reales activas en tanto benefician a cualquier poseedor del inmueble, y no a las personales que solo favorecen a una persona determinada.

El mismo artículo agrega “también tienen derecho a exigir el respeto de los límites impuestos en el capítulo 4, título III de este libro” que se refiere a los límites al dominio; en este sentido, tanto el art 1932 como el 1933 extienden a los poseedores y tenedores el alcance de las normas comprendidas en los arts. 1970 a 1982 (límites al dominio), quedando los titulares de las relaciones de poder legitimados para exigir su cumplimiento y a su vez, obligados a cumplir dicha normativa, que involucra obligaciones de hacer y deberes de abstención relacionadas con el mantenimiento del fundo propio y las molestias causadas a los vecinos.

1. Deberes inherentes a la posesión

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

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

* 1. restitución de la cosa

El actual art. 1933 extiende la obligación de restituir la cosa a todos los supuestos en los que hubiera un sujeto con derecho a reclamar la relación de poder, y aclara “aunque no se haya contraído obligación al efecto”, es decir que puede o no existir obligación contractual de devolver la cosa.

* 1. cargas reales

El art. 1933, 2do párrafo, establece que el poseedor y el tenedor deben respetar las cargas reales. Por otra parte, el art. 1939 estipula, entre los efectos de la posesión, la obligación en cabeza del titular de la posesión de satisfacer el pago total de los impuestos, tasas y contribuciones que graven la cosa y cumplir la obligación de cerramiento. ¿Cuál es la diferencia entre ambas normas? Es necesario deslindar el significado de obligaciones propter rem y cargas reales; las primeras son obligaciones personales que ambulan o cabalgan adheridos a una cosa; las cargas reales son los derechos reales sobre cosa ajena, vistos desde el lado de quien los soporta (con relación al dueño de la cosa, los derechos reales sobre cosa ajena constituyen cargas o gravámenes reales); esto es, el nudo propietario en el caso del usufructo, uso, habitación y servidumbres y el titular de dominio en el caso de los derechos reales de garantía (hipoteca, prenda y anticresis)

* + 1. pago de impuestos

La obligación de pagar impuestos, tasas y contribuciones constituye una restricción al dominio privado impuesta por el derecho administrativo en interés público y en ejercicio del dominio eminente del Estado sobre su territorio. La obligación a la que alude la norma recae sobre todos los poseedores, cualquiera fuere el derecho real del que son titulares y, en caso que ocupen solo una parte del inmueble, pagaran en la proporción correspondiente (art. 2161). Por otra parte, tampoco se hace distinción entre cosa mueble e inmueble, por lo cual ambos están comprendidos. La norma se refiere a aquellas obligaciones que se tienen en razón de la cosa, por el solo hecho de ser el titular de la relación de poder. Dado que la obligación nace y se extingue con dicha titularidad, la posesión de la cosa sirve para individualizar al obligado: quien deja de poseer, deja de estar obligado; de allí que el abandono, enajenación o perdida liberen al deudor.

* + 1. obligación de cerramiento

Los arts. 2007 y 2008 se refieren al cerramiento forzoso urbano que se establece con carácter obligatorio; dicha obligación puede ser incluida dentro de las llamadas “obligaciones reales” y es, a su vez, una verdadera restricción legal al dominio, establecida en el interés reciproco de los propietarios colindantes. Nada se menciona allí acerca de los poseedores, sin embargo, la obligación en cabeza de estos últimos surge del art. 1939

* 1. medidas judiciales inherentes a la cosa

El art. 1933 también impone como deber respetar “las medidas judiciales inherentes a la cosa”; en realidad se trata de una norma de orden procesal que tiende a facilitar a comprobación de la existencia y características de la cosa respecto de la cual habrá de entablarse un litigio y su estado de conservación a fin de decidir, si resulta pertinente, el decreto de medidas cautelares. El art. 2417 del cc establece únicamente con relación a las cosas muebles, la obligación del poseedor de exhibirla ante el juez en la forma que establezcan los procedimientos locales. En cuanto al sujeto obligado a exhibir, si bien el art. 2417 se refiere al poseedor, debe entenderse que lo hace en sentido amplio (inclusivo de la posesión propiamente dicha y de la tenencia).

* 1. obligaciones de hacer o no hacer

La última parte del art. 2419 del código de Vélez se refiere a “las cargas de dar, hacer o no hacer, impuestas por el poseedor precedente al nuevo poseedor”.

Se trata de los cargos impuestos, por ejemplo, por el donante al donatario; sin embargo dichos cargos en tanto obligaciones personales, no constituyen obligaciones a cumplir por los sucesores particulares quienes deben limitarse a soportar los efectos de la revocación por inejecución de los cargos.

**V.3) Obligaciones y derechos del poseedor de buena o mala fe: indemnización. Productos y frutos. Gastos y mejoras. Riesgos. Disposición de cosas muebles. Compensación entre frutos, gastos y mejoras.**

Concepto de frutos y mejoras: El cc no tenía definiciones relativas a los frutos y productos si bien estaban incluidos en el concepto de cosas accesorias. El ccc ha incorporado acertadamente el art 1934 destinado a clasificar y definir los conceptos de fruto natural percibido y pendiente; fruto civil percibido y pendiente; mejora de mero mantenimiento, mejora necesaria, mejora útil y mejora suntuaria:

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

*a) fruto percibido: el que separado de la cosa es objeto de una nueva relación posesoria. Si es fruto civil, se considera percibido el devengado y cobrado;*

*b) fruto pendiente: el todavía no percibido. Fruto civil pendiente es el devengado y no cobrado;*

*c) mejora de mero mantenimiento: la reparación de deterioros menores originados por el uso ordinario de la cosa;*

*d) mejora necesaria: la reparación cuya realización es indispensable para la conservación de la cosa;*

*e) mejora útil: la beneficiosa para cualquier sujeto de la relación posesoria;*

*f) Mejora suntuaria: la de mero lujo o recreo o provecho exclusivo para quien la hizo.”*

**2. POSEEDOR DE BUENA FE**

El **artículo 1935** mantiene el principio del código anterior: el poseedor de buena fe hace suyos los frutos percibidos, con una ampliación: también hace suyos los frutos naturales devengados y no percibidos. Para la aplicación de esta regla es necesario:

1. que el poseedor se comporte como titular de un derecho real de la cosa que produce los frutos;
2. en el supuesto de posesión ilegitima, esta debe ser de buena fe; esa buena fe debe existir en cada percepción de frutos, como lo fija la norma. La buena fe del poseedor cesa cuando ha tenido conocimiento del vicio de su posesión, de cualquier forma que se hubiera anoticiado, incluyendo la notificación de la demanda en la cual se le reclama la restitución de la cosa objetándole su derecho de poseer (art. 1918)
3. que se trate de frutos naturales y civiles percibidos y/o naturales devengados.

Las condiciones para que el poseedor de buena fe haga suyos los frutos quedan ratificadas por la última parte del art. 1935 que se refiere a los frutos pendientes al momento de la restitución de la cosa: estos corresponden al propietario, sin embargo, el poseedor de buena fe debe ser reembolsado por los gastos incurridos para su producción.

El **art. 1918** dispone *“El sujeto de la relación de poder es de buena fe si no conoce, ni puede conocer que carece de derecho, es decir, cuando por un error de hecho esencial y excusable está persuadido de su legitimidad.”* La buena fe del poseedor cesa cuando ha tenido conocimiento del vicio de su posesión, de cualquier forma que se hubiera anoticiado.

2.1 Restitución del precio

2.1.1 En el código de Vélez

El art. 2422 regla el supuesto en el cual la cosa es reivindicada: si el poseedor hubiera pagado por ella una suma de dinero no puede efectuar reclamo alguno contra el reivindicante; este último es el verdadero propietario de la cosa, ha ejercido de su ius persequendi y ha obtenido la orden de restitución, en tales condiciones no sería lógico que deba pagar un precio para obtener su propiedad. Por otra parte, si el poseedor es de buena fe y en tal carácter adquirió la cosa de otra persona con la cual estableció una relación jurídica, en base a esta misma relación podrá accionar contra su cocontratante.

Del citado artículo no surge expresamente que cosas quedan incluidas en el por lo que, en principio, pareciera referirse tanto a cosas muebles como inmuebles. Sin embargo, la situación fáctica más común es la de reivindicación de cosas muebles robadas o perdidas ya que, fuera de este supuesto, la presunción del art 2412 impide la reivindicación.

El principio de no restitución del precio pagado por la cosa reivindicada admite dos excepciones:

1. el que por un título oneroso de buena fe, ha adquirido una cosa perteneciente a otro, que el propietario la hubiera difícilmente recuperado sin esta circunstancia, puede reclamar una indemnización proporcionada
2. en el supuesto que la cosa hubiera sido robada o perdida pero adquirida en una venta pública o en un lugar de venta de objetos semejantes, el propietario tendrá la obligación de reembolsar al poseedor el precio pagado por ella.

2.1.2 En el código civil y comercial

El ccc en el art. 2259 establece el derecho a reembolso cuando se trata de cosas muebles robadas o perdidas que fueron obtenidos por terceros ajenos a las circunstancias que provocaron el despojo inicial, el legislador considera especialmente su buena fe y la onerosidad de dicha enajenación. Esta solución excepcional se aplica en los siguientes supuestos:

1. respecto de cosas muebles no registrables robadas o perdidas, cuando están hayan sido adquiridas en una venta publica, con otras iguales, o en casas de ventas de cosas semejantes o por quien acostumbra a venderlos.
2. Tratándose de muebles registrables robados, hurtados o perdidas que se hayan inscripto a nombre del sujeto accionado.

2.2 Frutos y productos

En esta materia el principio queda establecido en el art. 2423 del cc, cuya primera parte establece: “El poseedor de buena fe hace suyos los frutos percibidos que correspondiesen al tiempo de su posesión”, con la aclaración de que los efectos de la posesión se limitan a la apropiación de los frutos y no de los productos; respecto de estos, el art. 2444 establece que los productos obtenidos de la cosa que no entre en la clase de frutos propiamente dichos, debe ser restituidos juntamente con ella. La norma citada en ultimo termino dispone: “Tanto el poseedor de mala fe como el poseedor de buena fe, deben restituir los productos que hubieren obtenido de la cosa, que no entran en la clase de frutos propiamente dichos”.

En el mismo sentido dispone el ccc, cuyo art. 1935 expresamente establece que los productos obtenidos de la cosa deben ser restituidos juntamente con ella, sin diferenciar entre poseedor de buena o mala fe. Esta solución gurda relación con el concepto de producto, que según define el art 233 del ccc “son los objetos no renovables que separados o sacados de la cosa alteran o disminuyen su sustancia”.

Si bien el artículo mantiene el principio del código anterior: el poseedor de buena fe hace suyos los frutos percibidos, contiene una ampliación: también hace suyo los frutos naturales devengados. Para la aplicación de esta regla es necesario:

1. que el poseedor se comporte como titular de un derecho real de la cosa que produce frutos;
2. en el supuesto de posesión ilegitima, esta debe ser de buena fe la cual debe existir en cada percepción de frutos, como lo fija la norma.
3. Que se trate de frutos naturales y civiles percibidos y/o naturales devengados.

En síntesis, cuando el poseedor es de buena fe, según el art. 1935:

1. hace suyos los frutos percibidos
2. hace suyos los frutos naturales devengados y no percibidos.
3. No se apropia de los productos.
4. No se apropia de los frutos pendientes, que corresponden a quien tiene derecho a la restitución de la cosa; sin embargo entendemos que, tal como sucedía en el régimen anterior, el poseedor de buena fe debe ser reembolsados por los gastos incurridos para su producción.

2.3 Gastos y mejoras

El art 2427 del cc establece que el que ha obtenido la restitución de la cosa debe reembolsar al poseedor de buena fe tanto los gastos necesarios o útiles como las mejoras necesarias que existieran a ese momento. En el rubro de gastos necesarios se incluyen, los impuestos extraordinarios, las hipotecas que lo gravaban cuando entró en la posesión, los dineros y materiales invertidos en mejoras necesarias o útiles que existiesen al tiempo de la restitución de la cosa.

Por su parte, el art 2430 dispone “Los gastos hechos por el poseedor de buena fe para la simple conservación de la cosa en buen estado, son compensables con los frutos percibidos y no puede cobrarlos”. Este principio ha sido mantenido en el ccc. Conforme lo regula el 1938, teniendo en cuenta la definición de mejoras que efectúa el 1934, cuando un sujeto de una relación de poder debe restituir la cosa, corresponde:

1. *mejoras de mantenimiento y suntuarias*: serán soportadas por el poseedor o tener. El art. 1934 diferencia entre *mejoras de mero mantenimiento* y *mejoras necesarias*: las primeras se refieren a la reparación de deterioros menores originados por el uso ordinario de la cosa, en tanto que las necesarias son las reparaciones indispensables para su conservación. Parece razonable por cuanto si el poseedor ha usado y gozado de la cosa reivindicada, los gastos que demando reparar el deterioro normal debe quedar estar a su cargo, enjugados además por el beneficio de apropiarse de los frutos naturales o civiles que ella produjo.

Aun en la situación del poseedor de buena fe de una cosa que no ha producido frutos o que, aun producidos, están pendientes y por lo tanto no pueden ser apropiados por el poseedor, la norma es terminante: “ningún sujeto de la relación de poder puede reclamar indemnización” por este tipo de mejoras.

1. *mejoras necesarias*: serán soportadas por el propietario, dado que incrementan el valor de la cosa, salvo que i) los daños o desperfectos que hicieron necesarios los arreglos fueron causados por el poseedor, ii) el poseedor fuera de mala fe.
2. *Mejoras útiles:* pueden serle reclamadas al propietario pero no en toda su extensión, sino solo hasta el mayor valor adquirido por la cosa.
3. *Mejoras suntuarias*: este tipo de mejoras favorece a quien las hace, en este caso, el poseedor, de allí que no tenga derecho a ser indemnizado, pero si puede retirarlas si la naturaleza de la obra realizada lo permite.
4. *Acrecentamientos originados en hechos naturales*: no son indemnizables, no hay en estos supuestos, inversión alguna por parte del poseedor. La doctrina divide en gastos necesarios y mejoras necesarias: las primeras son aquellas que imponen para la conservación de la cosa y no alteran, al realizarse, el valor de la misma; las segundas también tienden a preservar el buen estado de conservación de la cosa, pero de algún modo, incrementan o acrecen su valor. En el rubro de gastos necesarios se incluyen los impuestos, tasas y contribuciones que graven la cosa. Las mejores útiles son aquellas que agregaron valor a la cosa independientemente de la utilidad que reportaron al poseedor que las llevo a cabo.

2.4Compensaciones

Una vez establecido el tipo de erogaciones realizadas en relación con la cosa y distribuida su carga entre el poseedor y el propietario, el art 2429 del cc determina una suerte de compensación entre ambas partes por las sumas que una u otra hubieran desembolsado. En la primera parte de dicho artículo se prevé el supuesto que el dueño de la cosa pretenda compensar los gastos útiles y necesarios con los frutos percibidos por el poseedor de buena fe: dicha compensación no es posible por cuanto a) el poseedor ha hecho suyos los frutos percibidos por expresa disposición del art 2423 y, b) los gastos útiles y necesarios realizados por el poseedor deben ser reembolsados por el propietario según los términos del art 2427.

La segunda parte del art 2429 plantea distintas situaciones en las que la compensación es posible: a) cuando en caso de destrucción de la cosa el poseedor ha obtenido algún provecho, b) cuando el propietario ha pagado los impuestos que estaban a cargo del poseedor según lo dispuesto en el art 2427 puede reclamárselos y/o compensarlos con las sumas que este último reclame en calidad de gastos necesarios.

En el nuevo ccc no hay normas que se correspondan con las antes citadas referidas a la posibilidad de compensación entre poseedor y reivindicante; ello no significa la imposibilidad de compensar cuando surgen obligaciones de ambas partes, solución que se adoptara aplicando las reglas generales en dicha materia.

3. Derecho de retención

El poseedor de buena fe puede retener la cosa hasta ser pagado de los gastos necesarios o útiles; pero aunque no usare de este derecho y entregase la cosa, dichos gastos le son debidos. En el ccc no se prevé específicamente este derecho de retención para el titular de la relación real; sin embargo el poseedor o tenedor estaría legitimado para ejercer el derecho de retención en la medida que sea acreedor de una obligación cierta y exigible y la cosa pueda ser retenida en los términos del 2588.

4. Responsabilidad por destrucción o deterioro

El poseedor de buena fe, durante el tiempo que ejerció su potestad sobre la cosa, sea este mueble o inmueble, pudo haber realizado actos de disposición material que provocaran, inclusive, su destrucción; tal el ejemplo que menciona Alterini: demolición de una casa para construir otro inmueble. Por otra parte, la cosa pudo haberse deteriorado por causas ajenas a la voluntad del poseedor: inundación, obras realizadas en terrenos linderos, etc. En estas situaciones, cuando el propietario obtiene la reivindicación, conforme lo dispone el cc el poseedor de buena fe “no responde de la destrucción total o parcial de la cosa, ni por los deterioros de ella, aunque fuesen causados por hecho suyo, sino hasta la concurrencia del provecho que hubiese obtenido, y solo está obligado a entregar la cosa en el estado en que se halle”.

El mismo art. 2431 del cc, en su última parte, contiene un supuesto distinto: el objeto reivindicado es una cosa mueble de la cual el poseedor ha dispuesto jurídicamente, esto es: ha procedido a su venta, permuta, etc., en ese caso “está obligado a la restitución del precio que hubiera recibido”. El art 1936 del nuevo ccc mantiene cierta similitud con la legislación anterior y por tanto, el poseedor de buena fe no asume responsabilidad respecto del propietario, sino hasta la concurrencia del provecho subsistente.

En el nuevo ccc no se mantiene la extensión de la irresponsabilidad del poseedor de buena fe; por tanto, si la destrucción de la cosa se produjo por hecho del poseedor, este deberá responder.

**POSEEDOR DE MALA FE**

1. Restitución del precio

El poseedor de mala fe no puede reclamar al reivindicante el precio que hubiera pagado por la cosa que debe restituir; por lo demás en este caso tampoco hay norma que prevea situaciones de excepción, como lo hace el art 2422del cc para el poseedor de buena fe. El ccc cuando regula el derecho a reembolso en el supuesto de reivindicación de cosa mueble se refiere al poseedor de buena fe.

1. Frutos y productos

En el código velezano el poseedor de mala fe no solo no tiene derecho para apropiarse de los frutos percibidos, como lo hace el de buena fe, sino que “está obligado a entregar o pagar los frutos de la cosa que hubiese percibido, y los que por su culpa hubiese dejado de percibir”. Solo tiene derecho a ser reembolsado de los gastos de cultivo, cosecha o extracción de frutos.

Con relación a los frutos civiles del art/ 2439 aplica el mismo principio: el poseedor de mala fe debe indemnizar al propietario por aquellos que la cosa pudo producir. El art 2442 estipula que el propietario no necesita probar la mala fe del poseedor que comenzó de buena fe y que por esa circunstancia daba derecho al poseedor para apropiarse de los frutos naturales y civiles de la cosa, pudo devenir de mala fe, por ej a partir de la notificación de la demanda por reivindicación, y es desde ese momento que el reivindicado debe restituir los frutos percibidos y aun los dejados de percibir como lo mandan los arts. 2438 y 2439.

En cuanto a los productos extraídos de la cosa reivindicada, deben ser restituidos tanto por el poseedor de mala fe como por el de buena fe.

Conforme lo dispone el art 1935 del ccc el poseedor de mala fe no solo debe restituir los frutos percibidos sino que también es responsable por aquellos que dejo de percibir por su culpa; al igual que en el sistema anterior debe restituir los productos obtenidos de la cosa poseída.

1. Gastos y mejoras

La primera parte del art 2440 confiere al poseedor de mala fe “el derecho a ser indemnizado de los gastos necesarios hechos en la cosa” y el art 2441 agrega: “el poseedor de mala fe puede repetir las mejoras útiles que hayan aumentado el valor de la cosa hasta la concurrencia de mayor valor existente”.

Entendemos que en el concepto de gastos necesarios se incluyen según el art 2447 los impuestos extraordinarios y el pago de hipotecas efectuado por el poseedor, por lo que resulta de aplicación lo analizado supra respecto del poseedor de buena fe.

Las mejoras útiles a que se refiere el art 2441 son las que hubiera realizado el poseedor de mala fe no solo en provecho propio sino que también pueden ser de manifiesto provecho para cualquier poseedor de ella. Dichas mejoras deben existir al momento de la restitución de la cosa, aumentado su valor.

El poseedor de buena fe puede recuperar lo invertido en las mejoras necesarias o útiles realizadas en la cosa reivindicada, sin relación con el aumento de su valor; el poseedor de mala fe no recupera lo invertido sino hasta el límite del mayor valor de la cosa, y por lo tanto, si las mejoras no han aumentado el valor de la cosa no tendrá derecho al reembolso de las sumas invertidas.

Establecido el principio en matera de devolución de gastos en concepto de mejoras, a mayor abundamiento el mismo art 2441 en su última parte agrega: “pierde las mejoras voluntarias, pero puede llevarlas, si al hacerlo no causase perjuicio a la cosa”, solución equitativa en tanto no perjudica al propietario y tampoco permite su enriquecimiento sin causa.

Este sistema ¿se mantiene en el nuevo código? En cuanto a la indemnización por mejoras, el art 1938 es terminante “ningún sujeto de la relación de poder puede reclamar indemnización”, es decir que ni siquiera tiene esa facultad el poseedor de buena fe.

Las mejoras necesarias, aunque incrementen el valor de la cosa, deben ser soportadas por el poseedor de mala fe; en efecto dispone el art 1938 “todo sujeto de una relación de poder puede reclamar el costo de las mejoras necesarias, excepto que se hayan originado por su culpa si es de mala fe”.

Con relación a las mejoras útiles, la norma no distingue entre el poseedor de buena fe y el de mala fe, por lo cual se aplica la regla general: pueden serle reclamadas al propietario pero no en toda su extensión, sino solo hasta el mayor valor adquirido por la cosa.

Las mejoras suntuarias favorecen a quien las hace, en este caso el poseedor, de allí que no tenga derecho a ser indemnizado, pero si puede retirarlas si la naturaleza de la obra realizada lo permite. Tampoco en esta situación se discrimina entre poseedor de buena o mala fe en cuanto al art 1938 se refiere a “ningún sujeto de la relación de poder”.

1. Acrecentamientos

Se trata en el caso de una de las formas de adquirir el dominio por vía de accesión: la avulsión, reglada en el art 1961, que opera por una fuerza súbita que produce una adherencia natural de tierra al inmueble.

El aluvión regulado en el art 1959 es otro de los modos de adquisición del dominio entre avulsión y aluvión radica en el ímpetu con el que las aguas accionan sobre el terreno, ocasionando el desprendimiento de alguna cosa (ej. tierra, arena, plantas) y su posterior adherencia natural a otro fundo. Mientras en la avulsión la fuerza de estas es brusca y violenta, en el aluvión la corriente es moderada, generando el acrecentamiento de la cosa sea paulatino e insensible.

En ambos casos el acrecentamiento del inmueble se produce por causas naturales y lo beneficia, independientemente de quien es su titular. La calidad de ribereño, o de lindante con las márgenes de los ríos no aptos para la navegación resulta una condición ineludible para tener legitimación y reclamar se declare la accesión del aluvión al terreno.

En caso de haberse producido este tipo de acrecentamientos en el inmueble que el titular de la relación de poder debe reintegrar, ellos no son indemnizables, no hay en estos supuestos inversión alguna por parte del poseedor.

1. Derecho de retención

El art. 2440 del código velezano confiere al poseedor de mala fe el derecho de retención hasta ser indemnizado de los gastos necesarios hechos en la cosa. Sin embargo, queda excluido de este beneficio “el que hubiere hurtado la cosa”. Vélez se refiere únicamente al vicio de hurto, sin embargo parece razonable extender la situación allí planteada a toda posesión viciosa, cualquiera sea el vicio de su comienzo. Con respecto a las mejoras útiles efectuadas por el poseedor de mala fe, cuya repetición e concede el art 2441 no se prevé que le asista el derecho de retención. En el ccc no se prevé específicamente el derecho de retención para el titular de la relación real; sin embargo el poseedor o tenedor estaría legitimado para ejercer el derecho de retención en la medida que sea acreedor de una obligación cierta y exigible y la cosa pueda ser retenida en los términos del art 2588, teniendo en cuenta que la ley no distingue entre poseedor de buena o mala fe.

1. Responsabilidad por destrucción o deterioro

En el cc a diferencia de lo que se prescribe para el poseedor de buena fe, el de mala fe “responde de la ruina o deterioro de la cosa, aunque hubiese ocurrido por caso fortuito”, es decir de la destrucción total o parcial ocurrida al margen de su voluntad; sin embargo, el mismo art. 2435 reconoce una excepción: cuando en las mismas circunstancias el propietario hubiera soportado las consecuencias del caso fortuito y la cosa hubiera perecido para él, por ej. si la ruina se produjo por un terremoto, un tornado o una guerra.

La situación se agrava cuando el poseedor, además de ser de mala fe, es vicioso; en este caso el art 2436 estipula “si la posesión fuese viciosa, pagara la destrucción o deterioro de la cosa, aunque estando en poder del dueño no lo hubiese este evitado. Tampoco tendrá derecho a retener la cosa por los gastos necesarios hechos en ella”.

En relación con las cosas muebles accesorias de un inmueble, si el poseedor de mala fe realizo actos de disposición jurídica y por ende no puede restituirlas, debe pagar al propietario su valor, independientemente del precio que hubiera obtenido por ellas, y aun en el caso de enajenación gratuita debe responder en esta medida.

El art 1936 del ccc regula la responsabilidad del poseedor por destrucción de la cosa, separando los supuestos de buena y mala fe. También regula, las obligaciones del poseedor vicioso. El nuevo texto diferencia entre poseedor de mala fe vicioso y no vicioso y asigna consecuencias distintas para cada uno en caso de destrucción total o parcial de la cosa.

El poseedor de mala fe no vicioso es responsable del daño que cause al propietario, ya sea por caso fortuito o por hecho suyo, aun cuando no hubiera obtenido provecho alguno de la cosa. La única causal de exención de responsabilidad es la que establece la parte final del 1er párrafo del art 1936: que la cosa a restituir se hubiera destruido aun en poder del propietario, ya fuera por ej. un huracán o un terremoto. En cambio, el poseedor de mala fe vicioso debe responder aun en este último supuesto; es decir que su situación es más grave por cuanto no hay para el causal de exención alguna.

**V.4) La simple tenencia de las cosas: concepto. Terminología. Clasificación. Enumeración legal de los casos de tenencia. Clasificación de la tenencia. Adquisición de la tenencia. Obligaciones y derechos del tenedor.**

En el cc la definición de tenencia, explicitada en el art. 2352 es desarrollada en el capítulo VI bajo la denominación “De la simple tenencia de las cosas” y contemplada en el art 2461: “Cuando alguno por sí o por otro se hallase con la intención de poseer en nombre de otro, será también simple tenedor de la cosa”. En el art para definir la actuación del tenedor, se ha utilizado una expresión “posibilidad de ejercer actos de domino sobre alguna cosa” que ha motivado interpretaciones doctrinales diversas. Molinario ha concluido que solo un titular de derechos reales puede ejercer actos de dominio por lo cual en el artículo en cuestión Vélez ha tenido en mira a los titulares de derechos reales sobre un bien ajeno.

En sentido contrario, Borda entiende que la expresión inserta en el art 2461 no debe ser interpretada literalmente puesto que las características del tenedor que enuncia Vélez, son incompatibles con la realización de actos que solo puede llevar a cabo el titular dominical. A igual conclusión llega Alterini: el art 2461 tiene su fuente en Freitas quien trata la tenencia dentro de la esfera de los derechos personales por lo cual el tenedero solo puede ejercer respecto de la cosa actos que se deriven de esas fuentes.

**Clasificación**

Vélez ha separado los incisos del art 2462 que enumera los distintos supuestos de tenencia: en el inciso 1) incluye “los que poseyeren en nombre de otro, aunque con derecho personal a tener la cosa, como el locatario, o comodatario” (o sea aquel tenedor que la doctrina denomina *interesado*).

En el inc. 2) “los que poseyeren en nombre de otro sin derecho a tener la cosa, como el depositario, el mandatario o cualquier representante”. Es decir, se trata de tenedores desinteresados. La expresión utilizada en este inciso “sin derecho a tener la cosa” ha sido interpretada en forma diversa: Alterini sostiene que “el derecho” que allí se menciona (y que el tenedor desinteresado no tiene) es el de usar y gozar la cosa; por su parte Highton interpreta que la referencia al derecho implica que esos tenedores no tienen derecho personal alguno.

La tenencia en el ccc

El nuevo código ha receptado solo dos de las relaciones reales posibles: posesión y tenencia, desechando la mera yuxtaposición local por carecer de interés jurídico. Asimismo, los servidores de la posesiones son tenidos en cuenta para facilitar la defensa extrajudicial de la posesión (art 2240).

La definición de tenencia queda explicitada en el art 1910; a diferencia de los poseedores, que se comportan como titulares de un derecho real, los tenedores reconocen en otro la propiedad del bien que detentan.

A diferencia de lo reglado en el cc, tanto la posesión como la tenencia admiten la clasificación de legítima e ilegítima y de buena o mala fe, pero se ha desechado la división en tenencia interesada y desinteresada. En ambas el tenedor, en su calidad de tal, reconoce la propiedad en otra persona y tiene la cosa en su nombre, sin embargo en la tenencia interesada el tenedor es titular de derechos personales que le autoriza a usar y gozar de la cosa, obteniendo de ella un provecho económico, como el caso del locatario. El tenedor desinteresado es aquel que tiene la cosa en virtud de un contrato, por ej.de depósito, pero no puede utilizarla. Hay que dejar a salvo el supuesto del depósito irregular en el cual el depositario puede usar de la cosa y hasta consumirla, devolviendo otra de igual calidad. En ese caso el depositario se comporta como propietario y no como tenedor.

Obligaciones del tenedor

El cc incluye como obligaciones del tenedor la de conservar la cosa, denunciar el nombre del poseedor, restituir la cosa que se tiene en nombre de otro y la forma de hacerlo , incurriendo en el error de confundir la relación de hecho con la cosa y el derecho o causa *detentionis.*

El nuevo art 1940 regula los efectos propios de la tenencia en tres incisos:

**ARTICULO 1940**.- Efectos propios de la tenencia. El tenedor debe:

a) conservar la cosa: si bien el tenedor debe conservar la cosa, y, en principio, reintegrarla en el estado en que la recibió, es usual que en el contrato causa de esa tenencia se prevea al respecto, estipulado la distribución de gastos y/o la indemnización que pudiera corresponder por mejoras útiles o necesarias. A diferencia de lo previsto en el art 1938 en cuanto a la indemnización por mejoras que le corresponde al poseedor de buena fe, en el caso del tenedor, el inc. a) no contiene estipulación al respecto, dejando librado este punto al acuerdo de partes.

 b) individualizar al poseedor: cuando el tenedor es perturbado en razón de la cosa también debe individualizar al poseedor y/o comunicarle la situación. El tenedor esta legitimado para el ejercicio de las acciones posesorias y por esa vía recuperar o mantener la relación de poder, según fuera el caso. El tenedor que no cumple con la obligación de identificar al poseedor puede ser sancionado con la perdida de la garantía de evicción.

c) restituir la cosa a quien tenga derecho a reclamarla.

**Adquisición, conservación y pérdida**

Dado que la tenencia, como toda relación posesoria, implica el contacto físico con la cosa o la posibilidad de establecerlo en cualquier momento, el principio establecido tanto en el art 2460 del dcc como en el art 1923 del ccc es que la tenencia solo se adquiere por la tradición o entrega de la cosa por parte del poseedor al tenedor. (Se aplica lo expuesto a adquisición de posesión)

**UNIDAD VI: POSESION. PROTECCION DE LA RELACION POSESORIA**

1. **Acciones posesorias**

**VI.1) Concepto. Finalidad delas acciones posesorias. Lesiones que las habilitan. Concepto de desapoderamiento y de turbación. Proceso.**

Acción es el medio con que cuenta el titular de un derecho subjetivo o relación de hecho, de reclamar la intervención del órgano jurisdiccional del Estado, a efectos de obtener su reconocimiento y protección, cuando se los considere, de alguna manera, lesionados.

Una clasificación primigenia de las acciones es la que atiende a la naturaleza del derecho o interés defendidos: si es un derecho personal, la acción será personal; si es un derecho real, la acción entonces será real; si es una relación de poder entre una persona y una cosa, la acción será posesoria.

Principio general de las acciones posesorias (art. 2239): un título valido no da la posesión o tenencia misma, sino un derecho a requerir el poder sobre la cosa. El que no tiene sino un derecho a la posesión o tenencia no puede tomarla, debe demandarla por vías legales.

El ccc en su art. 2238 define las acciones posesorias y su finalidad: Las acciones posesorias según haya turbación o desapoderamiento, tienen por finalidad mantener o recuperar el objeto sobre el que se tiene una relación de poder. Se otorgan ante actos materiales, producidos o de inminente producción, ejecutados con intención de tomar la posesión, contra la voluntad del poseedor o tenedor.

La acción es posesoria si los hechos causan por su naturaleza el desapoderamiento o la turbación de la posesión, aunque el demandado pretenda que no impugna la posesión del actor. Los actos ejecutados sin intención de hacerse poseedor no deben ser juzgados como acción posesoria sino como acción de daños.

El objeto de las acciones posesorias (Gurfinkel de Wendy): las acciones posesorias están encaminadas a defender las relaciones de poder (posesión y tenencia (que se establecen con las cosas, sean estas muebles, muebles registrables o inmuebles. El art 2245 admite también la posibilidad de entablar las defensas para recobrar o exigir el cese de las molestias respecto de partes materiales de ellas.

En cuanto a las universalidades de hecho, pueden ser recobradas en tal condición, sin que sea necesario hacerlo una por una, en la medida en que todas y cada una de ellas correspondan en los hechos al mismo titular de la relación de poder.

Se encuentran al margen las cosas muebles no registrables que sin ser hurtadas o perdidas, están en poder de un subadquirente de buena fe y a título oneroso, atento a la presunción de propiedad del art 1895 del ccc.

Lesiones que las habilitan (desapoderamiento y turbación)

El art. 2238 del ccc dispone que hay **desapoderamiento** cuando los actos tienen el efecto de excluir absolutamente al poseedor o al tenedor. El precepto define a la figura por su resultado final o consecuencia, sin atender a los medios por los cuales se concreta.

Respecto de la **turbación,** también se la identifica con su resultado final: no provocar la exclusión absoluta del poseedor o tenedor. Se trata de una actividad que obstaculiza o torna más gravosa la relación de poder y genera un cambio en la situación de hecho, porque el poseedor o tenedor no pueden ejercer sus prerrogativas de manera cómo la venía haciendo hasta el momento de la molestia.

Las conductas que dan origen a la turbación en las relaciones de poder, en caso de perdurar en el tiempo ante la inactividad del titular de aquellas bien pueden confluir en desapoderamiento.

El legislador exige que las actividades descriptas como actos materiales sean ejecutadas por una persona con la intención de hacerse de la posesión de la cosa y contra la voluntad de su poseedor o tenedor.

**El proceso judicial al que se sujetan las defensas de las relaciones de poder (de las acciones posesorias):**

El art 2246 remite a las leyes de procedimientos, en todo lo referente al trámite de las acciones posesorias, con la única previsión de que debe aplicárseles en su sustanciación el proceso de conocimiento más abreviado que admita la norma adjetiva de cada demarcación o bien el que determine el juez, atendiendo a las circunstancias del caso.

Ello así, por girar en torno a situaciones de hecho bien puede resolverse en procesos abreviados, con prueba acotada a esas circunstancias y cuya solución, en modo alguno hará cosa juzgada en sentido material, respecto de la eventual titularidad de un derecho real que alguno de los contendientes (incluso la parte vencida) pueda tener sobre el objeto de la Litis, cuestión que se ventilara en un ulterior juicio petitorio, ordinario y con amplitud de pruebas.

Prescripción: tal como sucedía en el régimen anterior, el inc. B) de art 2564 del ccc dispone que las acciones posesorias prescriben al año, que deberán computarse desde el momento en que se verifique el ataque a las relaciones de poder.

**VI.2) Acción para adquirir la posesión y la tenencia. Principio general. Legitimación activa.**

1. **El principio general**

El **art. 2239** del ccc dispone: un título valido no da la posesión o tenencia misma, sino derecho a requerir el poder sobre la cosa. El que no tiene sino un derecho a la posesión o a la tenencia no puede tomarla, debe demandarla por las vías legales.

La norma inspira a evitar el accionar de propia autoridad. Si se trata de adquirir la relación de poder con la cosa, nunca puede acudirse a la justicia por mano propia sino que debe instar las acciones pertinentes para lograr la entrega efectiva de lo que corresponde. En cambio, quien ya está en posesión o tenencia de un objeto determinado, sin perjuicio de poder impetrar las acciones posesorias, excepcionalmente puede acudir a la legítima defensa extrajudicial para mantenerlas o recuperarlas frente a un ataque o agresión infundados, cuando la intervención judicial o policial llegarían tarde para evitar el daño.

**VI.3) Acción de mantener la tenencia y acción de despojo. Concepto. Legitimación activa y pasiva. Lesiones que habilitan la instancia posesoria: ejecución de obra. Denuncia por daño temido. Prueba.**

ACCION DE DESPOJO

Legitimación activa: conforme el **art. 2241** corresponde la acción de despojo para recuperar la tenencia o la posesión a todo tenedor o poseedor sobre una cosa o una universalidad de hecho, aunque sea vicioso y se ejerce contra el despojante, sus herederos y sucesores particulares de mala fe (legitimación pasiva), cuando de los actos resulte el desapoderamiento. La acción puede ejercerse aun contra el dueño del bien si toma la cosa de propia autoridad.

Esta acción comprende el desapoderamiento producido por la realización de una obra que se comienza a hacer en el objeto sobre el cual el actor ejerce la posesión o la tenencia.

La sentencia que hace lugar a la demanda debe ordenar la restitución de la cosa o de la universalidad, o la remoción de la obra que se comienza a hacer; tiene efecto de cosa juzgada material en todo cuanto se refiere a la posesión o a la tenencia.

ACCION DE MANTENER

Legitimación activa según el **art 2242** corresponde la acción de mantener la tenencia o la posesión a todo tenedor o poseedor sobre una cosa o una universalidad de hecho, aunque sea vicioso, contra quien lo turba en todo o en parte del objeto (legitimación pasiva).

Esta acción comprende la turbación producida por la amenaza fundada de sufrir un desapoderamiento y los actos que anuncian la inminente realización de una obra.

La sentencia que hace lugar a la demanda debe ordenar el cese de la turbación y adoptar las medidas pertinentes para impedir que vuelva a producirse; tiene efecto de cosa juzgada material en todo cuanto se refiere a la posesión o a la tenencia.

DENUNCIA DE DANO TEMIDO

Se trata de un caso especial de turbación en la relación de poder (el art 2442 la designa como “la amenaza fundada de sufrir un desapoderamiento”. Su diferencia con la acción de mantener es que acá no hay una actividad en curso o que se esté gestando de la cual pueda derivar un ataque (real o potencial) a la posesión o a la tenencia de una cosa. Por el contrario, se trata de una situación de hecho preexistente que se pretende modificar o remover, para evitar, así, que se produzca el daño.

Respecto de la naturaleza del objeto del cual puede derivar el daño, puede tratarse de cosas inmuebles (edificios ruinosos o parcialmente destruidos de los que puedan desprenderse materiales que pongan en riesgo la integridad de las personas y bienes que los circundan), cosas muebles que estén emplazadas en ellos (carteles o antenas mal fijados, columnas, árboles secos), o que existan de modo autónomo (automotores o buques abandonados).

Legitimación activa: compete a todo el que tema un daño a sus bienes. Siendo una acción de carácter subsidiario, no debe intentarse cuando se encuentra remedio por otra vía (EJ: regulaciones de restricción del dominio referidas al interés reciproco de los vecinos).

Legitimación pasiva: corresponde al propietario o poseedor de la cosa que amenace ruina o daño, sigue a la cosa en manos de quien se encuentre.

Presupuestos: el riesgo debe ser grave y probable aun cuando no es necesario que sea inminente. El daño no debe haberse producido porque en tal caso la acción que corresponde es daños y perjuicios.

1. **El régimen probatorio**

En todos los procesos instados a partir de las acciones posesorias, el actor debe justificar su relación de poder con la cosa motivo del pleito (posesión o tenencia) y también la lesión inferida a ella (turbación, desapoderamiento). Por ende, no es pertinente la justificación del derecho de poseer, o mejor derecho de poseer, es decir, aportar a la causa los títulos suficientes de los que se deriva que el accionante es dueño o condominio.

El art 2243 se concentra en el caso en el cual resulta dudosa la titularidad de la relación de poder sobre la cosa motivo del pleito. Esto es, de la prueba rendida, no surge con exactitud cuál de los dos contendientes era el que revestía la calidad de poseedor o tenedor, al momento de la agresión que dio origen a la causa judicial. En esta instancia se solucionara el conflicto de acuerdo a la regla del art 2471 del cc en el sentido de que prevalecer quien tenga derecho de poseer o mejor derecho de poseer la cosa.

En este sentido se ha afirmado: “al ser la posesión un hecho, el poseedor posee porque posee, su posesión es independiente de todo derecho y de todo título. No obstante, si resulta imposible establecer cuál ha sido el último estado de la posesión, es decir, quien era el último poseedor, existe una presunción en favor del poseedor más antiguo, es decir, del que primero haya entrado en posesión de la cosa; y si no se puede definir de este modo la cuestión, existe una nueva presunción a favor del único que tenga derecho de poseer, o mejor derecho si ambos lo tienen.”

Y que “en el ámbito de las acciones posesorias, cuando la disputa lo es en torno a la existencia de distintas posesiones, el debate debe versar sobre la posesión –ius possesionis- y no sobre el derecho a poseer –ius possidendi-, por lo cual cabe prescindir en principio del título que pueda o no respaldar la posesión, pudiéndose recurrir al examen del derecho o del mejor derecho de poseer cuando existan dudas sobre quién era el poseedor en el momento del ataque, juzgándose es estos que tiene la posesión quien probare la más antigua al mejor derecho de poseer; debiendo también señalarse que lo decidido en el posesorio acerca del derecho o mejor derecho de poseer no obsta a su consideración ene l eventual juicio posterior, a cuyo efecto no hará cosa juzgada,”

**VI.4) defensa extrajudicial de la posesión: principio general. Legitimación activa y pasiva. Requisitos para su procedencia. Lesiones que habilitan la instancia posesoria. Ejecución de obra. Denuncia de daño temido. Efecto de la sentencia que se dicte.**

Defensa extrajudicial: el legislador prohíbe la justicia por mano propia para resolver conflictos suscitados entre particulares e incluso, entre ellos y el Estado. Pero se consagra la excepción a la regla, acogiéndose entonces la defensa privada y extrajudicial de las relaciones de poder, que implica, ni más ni menos, contestar una agresión con otra.

El art. 2240 establece: *Nadie puede mantener o recuperar la posesión o la tenencia de propia autoridad, excepto cuando debe protegerse y repeler una agresión con el empleo de una fuerza suficiente, en los casos en que los auxilios de la autoridad judicial o policial llegarían demasiado tarde. El afectado debe recobrarla sin intervalo de tiempo y sin exceder los límites de la propia defensa. Esta protección contra toda violencia puede también ser ejercida por los servidores de la posesión.*

Legitimación activa: se concede por igual a poseedores de cualquier clase (aun los ilegítimos, de mala fe y viciosos), a los tenedores y a los servidores de la posesión.

Legitimación pasiva: puede aplicarse respecto de todo aquel que proceda de manera violenta (física o moral) e instantánea, por lo que se excluye su aplicación si la turbación y el desapoderamiento se pretenden concretar de manera clandestina o por abuso de confianza. La agresión que la motiva debe ser ilegitima, por lo que no será pertinente esgrimirla, frente a la ejecución de una orden judicial o administrativa tomadas en debida forma. El ataque que motiva dicha reacción debe estar encaminado a provocar el desapoderamiento o turbación del titular de la relación real.

Requisitos:

1. Que el auxilio de la autoridad judicial o policial sea tardío.

2. que no haya intervalo de tiempo entre el ataque y la defensa. Es decir se trata de una reacción inmediata a la agresión sufrida, puesto que debe existir unidad de tiempo y de acción entre el ataque y la defensa.

3. no se deben exceder los límites de la propia defensa, lo que supone que exista proporción entre los medios empleados en el ataque y los utilizados para la defensa.

La ejecución de obras

El ccc contempla la posibilidad de que las obras se ejecuten en toda clase de objetos, y no solamente en los inmuebles. Además no deben ser “nuevas”, están incluidas tanto las que comienzan a ejecutarse como la remodelación o alteración de las preexistentes.

La expresión “obra” debe entenderse también en sentido amplio, comprensivo de las construcciones, edificaciones, plantaciones y mejoras e igualmente de su demolición o destrucción. Si la ejecución de la obra se realiza en objetos del actor, se ajusta al esquema de la acción de despojo; en cambio, si se practica en o desde objetos ajenos, se perfila como una modalidad de la acción de mantener.

El actor puede impetrar su reclamo, en cualquiera de sus dos variantes, sea por el comienzo efectivo de la obra o bien ante la certeza de su futura realización.

Como la ejecución de las obras se engloba en el esquema de las defensas posesorias comunes, si ella ya está concluida, ello no obsta a la prosecución de la causa. En cambio el cc, ante ese acontecimiento, la acción de obra nueva debía trocarse en acción de manutención o de recobrar según el lugar donde hubiera sigo erigida.

La finalidad de este remedio, en cualquiera de sus dos alternativas, es la suspensión del comienzo o continuación de la ejecución de la obra molesta durante la tramitación del juicio, y la restitución de las cosas al estado inicial, con la consiguiente remoción, supresión o demolición de lo hecho hasta entonces en perjuicio del actor, todo ello, por cierto, a cosa de la parte vencida.

En estos casos, la acción posesoria esgrimida habrá de convertirse en la de resarcimiento de danos y perjuicios.

1. **Interdictos**

**VI.5) interdicto de adquirir. Concepto. Procedimiento. Procedencia. Prueba.**

Concepto: son aquellas acciones que nacen con motivo de la perturbación o despojo de la posesión o tenencia de un bien mueble o inmueble, o de una obra nueva que afectare a un inmueble, y cuya finalidad consiste en obtener una decisión judicial que ampare o restituya la posesión o la tenencia u ordene la suspensión definitiva o destrucción de la obra.

**INTERDICTO DE ADQUIRIR:** ART. 607 CPCC.

Requisitos:

1. Presentar título suficiente para adquirir la posesión o la tenencia con arreglo a derecho.

2. Que nadie tenga título de dueño o usufructuario de la cosa que constituye el objeto del interdicto.

3. Que nadie sea poseedor o tenedor de la misma cosa. El art. 608 CPCC establece las distintas alternativas del procedimiento y el 609 CPCC los recaudos para la procedencia de la anotación de litis como medida cautelar.

Se ha sostenido la inutilidad del inc. 2 del art. 607 porque los inmuebles nunca carecerán de dueño, ya que si no pertenecen a los particulares, integraran el dominio privado del E. Siendo cosas muebles, su posesión se adquiere por mera aprehensión, que constituye la materialidad de la apropiación, modo de adquirir su dominio. No pueden existir bienes sin dueño ni poseedor, cuando esto ocurre con los muebles, es innecesario el interdicto, porque se adquieren por mera aprehensión, y la cuestión siempre tramitara por juicio ordinario.

**VI.6) interdicto de recobrar. Concepto. Procedencia. Procedimiento. Modificaciones y ampliaciones de la demanda.**

**INTERDICTO DE RETENER: ART. 610 CPCC**

Para que proceda el interdicto de retener se requerirá:

1) Que quien lo intentare se encuentre en la actual posesión tenencia de una cosa, mueble o inmueble.

2) Que alguien amenazare perturbarle o lo perturbase en ellas mediante actos materiales.

PROCEDIMIENTO

Art. 611. - La demanda se dirigirá contra quien el actor denunciare que lo perturba en la posesión o tenencia, sus sucesores o copartícipes, y tramitará por las reglas del proceso sumarísimo.

OBJETO DE LA PRUEBA

Art. 612. - La prueba sólo podrá versar sobre el hecho de la posesión o tenencia invocada por el actor, la verdad o falsedad de los actos de perturbación atribuidos al demandado, y la fecha en que éstos se produjeron.

MEDIDAS PRECAUTORIAS

Art. 613. - Si la perturbación fuere inminente, el juez podrá disponer la medida de no innovar, bajo apercibimiento de aplicar las sanciones a que se refiere el artículo 37.

**INTERDICTO DE RECOBRAR** Art. 614.

Para que proceda el interdicto de recobrar se requerirá:

1) Que quien lo intente, o su causante, hubiere tenido la posesión actual o la tenencia de una cosa mueble o inmueble.

2) Que hubiere sido despojado total o parcialmente de la cosa, con violencia o clandestinidad.

PROCEDIMIENTO

Art. 615. - La demanda se dirigirá contra el autor denunciado, sus sucesores, copartícipes o beneficiarios del despojo y la tramitará por juicio sumarísimo.

Sólo se admitirán pruebas que tuvieren por objeto demostrar el hecho de la posesión o tenencia invocadas, así como el despojo y la fecha en que éste se produjo.

RESTITUCION DEL BIEN

Art. 616. - Cuando el derecho invocado fuere verosímil y pudieren derivar perjuicios si no se decretare la restitución del bien, el juez podrá ordenarla previa fianza que prestará el reclamante para responder por los daños que pudiere irrogar la medida.

MODIFICACION Y AMPLIACION DE LA DEMANDA

Art. 617. - Si durante el curso del interdicto de retener se produjere el despojo del demandante, la acción proseguirá como interdicto de recobrar, sin retrotraer el procedimiento, en cuanto fuese posible.

Cuando llegare a conocimiento del demandante la existencia de otros sucesores, copartícipes o beneficiarios, podrá ampliar la acción contra ellos en cualquier estado del juicio.

SENTENCIA

Art. 618. - El juez dictará sentencia, desestimando el interdicto o mandando restituir la posesión o la tenencia del bien al despojado.

**Vi.7) interdicto de obra nueva. Concepto. Procedencia. Procedimiento. Alcance y contenido de la sentencia que se dicte.**

**INTERDICTO DE OBRA NUEVA**

Art. 619. - Cuando se hubiere comenzado una obra que afectare a un inmueble, su poseedor o tenedor podrá promover el interdicto de obra nueva. Será inadmisible si aquélla estuviere concluida o próxima a su terminación. La acción se dirigirá contra el dueño de la obra y, si fuere desconocido, contra el director o encargado de ella. Tramitará por el juicio sumarísimo. El juez podrá ordenar preventivamente la suspensión de la obra.

SENTENCIA

Art. 620. - La sentencia que admitiere la demanda dispondrá la suspensión definitiva de la obra o, en su caso, su destrucción y la restitución de las cosas al estado anterior, a costa del vencido

**UNIDAD VII: EL DOMINIO**

**VII.1) Concepto. Criterio de nuestro código.**

En el derecho romano antiguo el *dominus* era el pater familias quien, como jefe de la casa (*domus*), ejercía una potestad absoluta sobre las tierras, animales, artículos de labranza, su mujer, los hijos y los esclavos. La abolición de la esclavitud y la evolución del concepto de patria potestad redujeron aquel *dominio* a las cosas.

El concepto de derecho de dominio tiene sus raíces en la idea romana de potestad, señorío, dominación que se tiene sobre una cosa material que queda sujeta a ese poder absoluto de su dueño.

La evolución del concepto de dominio, en cuanto se refiere a su amplitud, también se vio reflejada en la legislación argentina. El código civil fue elaborado por Vélez en un contexto en el cual primaban las ideas de la revolución francesa y la filosofía del iluminismo que, entre otros aspectos, colocaba al individuo como centro y su voluntad como máximo exponente de la libertad del hombre. En este sentido el código francés define en el art. 544: “la propiedad es el derecho de usar y disponer de las cosas de la manera más absoluta” y, si bien Vélez critica esta definición, no lo hace en cuanto al concepto que surge de ella sino solo en cuanto a su forma, y consagra siguiendo a Aubry y Rau: “derecho real es en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y a la acción de una persona” (art. 2506).

Esta filosofía individualista quedaba ratificada en el texto original del art. 2513 que disponía: “es inherente a la propiedad, el derecho de poseer la cosa, de disponer o de servirse de ella, de usarla y gozarla según la voluntad del propietario. Él puede desnaturalizarla, degradarla o destruirla; tiene el derecho de accesión, de reivindicación, de constituir sobre ella derechos reales, de percibir todos sus frutos, prohibir que otro se sirva de ella, o perciba sus frutos; y de disponer de ella por actos entre vivos”.

La reforma constitucional de 1994 tuvo un efecto decisivo sobre el concepto del derecho de dominio. Si bien es cierto que dominio es el derecho real que contiene el máximo de facultades admitidas respecto de una cosa, se han acotado sus límites y contenido teniendo en cuenta intereses colectivos consagrados en el art. 41 en cuanto reconoce a todos los habitantes el derecho de un ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano y para las actividades productivas. El ccc en el título III del libro IV al regular el derecho de dominio se refiere a los caracteres de perpetuidad y exclusividad, obviando toda referencia a su calidad de absoluto, tal como lo hacía la tradición romanista.

**Definición legal.**

1. Vélez (art. 2506): el dominio es el derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y a la acción de una persona.

2. Código Unificado:

2. 1.**Art. 1941:** el dominio perfecto es el derecho real que otorga todas las facultades de usar, gozar y disponer material y jurídicamente de una cosa, dentro de los límites previstos por la ley. El dominio es presume perfecto hasta que se pruebe lo contrario.

2.2 **Art. 1946:** el dominio es imperfecto si está sometido a condición o plazo resolutorios, o si la cosa esta gravada con cargas reales.

El art 1941 del ccc define al dominio perfecto como “El dominio perfecto es el derecho real que otorga todas las facultades de usar, gozar y disponer material y jurídicamente de una cosa, dentro de los límites previstos por la ley. El dominio se presume perfecto hasta que se pruebe lo contrario.” Este artículo, en lugar de dar una verdadera definición, hace más bien una enumeración de los principales atributos del domino, una descripción de ese derecho.

Molinario propone la siguiente definición: “el dominio es el derecho real que importa un poder exclusivo y perfecto limitado por el interés social y a él subordinado, que abarca el máximum de facultades y en cuya virtud su titular puede poseer, usar, gozar y disponer material o jurídicamente de una cosa singular, determinada y actual, en provecho propio pero sin menoscabo del bien común.”

En la misma línea de pensamiento dice Adrogue: “cuando nos referimos a la propiedad, estamos aludiendo al derecho subjetivo patrimonial, absoluto e inherente, cuyo objeto es una cosa mueble o inmueble, de carácter autónomo, pleno y diversificado, que acuerda a su titular (singular o plural) los mayores poderes de disposición y facultades de uso y goce conforme a la naturaleza de la cosa y su destinación económica y social con sujeción a los deberes y limitaciones establecidos por el ordenamiento jurídico”.

Molinario como drogue se refieren a todos los caracteres y a la extensión del dominio poniendo énfasis en las limitaciones que las leyes establece en aras del bien común.

**VII.2) Propiedad y dominio. Significado de ambos conceptos.**

En el código de Vélez, si bien la definición del art 2506 se refiere al dominio, en la nota se menciona indistintamente al dominio o la propiedad, y así lo hace en una gran cantidad de artículos del texto legal concernientes ya fuera al derecho real que reglamenta o a su titular a quien denomina propietario. Analizados cada uno de esos artículos, algunos han interpretado que cuando utiliza el termino *propiedad* para referirse a todos los derechos reales que se ejercen por la posesión en tanto que reserva la alocución *dominio* para reglar las cuestiones que atañen a este derecho real,. Pero también es cierto que el código argentino contiene el término propiedad como equivalente a derecho patrimonial.

Salvat opina que el codificador utiliza la palabra dominio para referirse en el sentido de propiedad, expresión que permite elaborar una teoría general aplicable a las distintas formas del derecho de propiedad, con las limitaciones que corresponden a cada una de ellas.

Adrogue sostiene que en la concepción moderna del derecho debe reemplazarse la palabra dominio por propiedad por cuanto esta resulta más abarcativa para describir los derechos subjetivos patrimoniales, escapar a la rigidez del dominio y abrirse a la plasticidad de la propiedad en sus diversas formas.

La *propiedad* abarca todo el derecho patrimonial subjetivo, esto es: derechos creditorios, reales e intelectuales en su aspecto económico. El *dominio*, en tanto derecho real, es una forma de propiedad. Resulta entonces, que la propiedad es el género y el dominio una de sus especies. Con esta premisa puede afirmarse que el objeto de la propiedad pueden ser cosas o bienes (derechos), en tanto el objeto del derecho real de dominio siempre consiste en cosas materiales, con el sentido y alcanza del art. 1883.

Entendemos que marcar las diferencias entre propiedad y dominio no es solo una cuestión terminológica sino que a los efectos jurídicos la propiedad abarca el estudio de todo el derecho patrimonial; el dominio privado, si bien como derecho patrimonial responde a los principios generales comunes a todos ellos, como derecho real queda enmarcado en el régimen de los derechos reales del ccc.

**VII.3) Clasificación: a) perfecto e imperfecto: b) clasificación efectuada en la nota del art. 2507; c) sistema del nuevo código: aplicación de las disposiciones y principios comunes de todos los derechos reales; a la adquisición, transmisión y extinción; y a los requisitos para su oponibilidad (artículos 1882 a 1907 del código civil)**

Clasificación:

**a) Perfecto e imperfecto.**

 Perfecto (art. 1941 CCC): El dominio perfecto es el derecho real que otorga todas las facultades de usar, gozar y disponer material y jurídicamente de una cosa, dentro de los límites previstos por la ley. El dominio se presume perfecto hasta que se pruebe lo contrario.

 Imperfecto (art. 1946 CCC): El dominio es imperfecto si está sometido a condición o plazo resolutorios, o si la cosa está gravada con cargas reales.

* Dominio revocable
* Dominio fiduciario
* Dominio desmembrado

**b) clasificación efectuada en la Nota del art. 2507 (enumerados en 2661 y 2672 CC, AHORA 1964)**

A su vez, dice el **art 1964**: “Supuestos de dominio imperfecto. Son dominios imperfectos el revocable, el fiduciario y el desmembrado. El dominio revocable se rige por los artículos de este Capítulo, el fiduciario por lo previsto en las normas del Capítulo 31, Título IV del Libro Tercero, y el desmembrado queda sujeto al régimen de la respectiva carga real que lo grava.”

* Dominio revocable (art. 1965): sometido a condición o plazo resolutorios a cuyo cumplimiento el dueño debe restituir la cosa a quien se la transmitió. La condición o plazo deben ser impuestos por disposición voluntaria expresa o por la ley. Las condiciones resolutorias impuestas al dominio se deben entender limitadas al término de 10 años, aunque no pueda realizarse el hecho previsto dentro de este plazo o este sea mayor o incierto. Si los 10 años transcurren sin haberse producido la resolución, el dominio debe quedar definitivamente establecido. El plazo se computa desde la fecha del título constitutivo del dominio imperfecto.

Facultades (art. 1966 CCC): iguales que el dueño perfecto, pero los actos jurídicos que realiza están sujetos a las consecuencias de la extinción de su derecho.

Efectos de la revocación (art. 1967 CCC): la revocación del dominio de cosa registrable tiene efecto retroactivo, excepto que lo contrario surja del título de adquisición o de la ley. Cuando se trata de cosas no registrables, la revocación no tiene efecto respecto de terceros, sino en cuanto ellos, por razón de su mala fe, tengan una obligación personal de restituir la cosa.

* Dominio fiduciario (art. 1964 CCC): El fideicomiso se rige por las normas del Cap. 31 Título IV del Libro III (Reales) del CCC.

El fideicomiso es un contrato. Elementos:

1. Fideicomisante (constituyente).

2. Fideicomiso (objeto).

3. Fiduciario (cumple la condición del fideicomiso).

4. Beneficiario final (recibe la cosa una vez cumplida la condición o plazo).

* Dominio desmembrado (art. 1964): queda sujeto al régimen de la respectiva carga real que lo grava.

Características: tipo de dominio que en forma transitoria por condición o plazo separa la posesión de la titularidad en sujetos diferentes.

Causa:

1. Otro derecho real (garantía, superficie, usufructo, habitación).

2. Un contrato (contratos reales-alquileres).

Sistema del CCC:

1. Con relación al sujeto:

1.1 Exclusivo: no admite la pluralidad de titulares sobre el mismo objeto.

1.2. De titularidad no limitada a las personas de existencia visible.

2. Con relacion al objeto:

2.1 Sobre cosa total o parcialmente propia.

2.2 De uso/goce.

3. Con relación a la causa:

3.1 Perpetuo: duran ilimitadamente.

3.2 No vitalicio: no duran tanto como la vida del titular.

3.2 No extinguible por el no uso.

3.4 Transmisible.

3.5 No admite como fuente a la ley.

4. Con relación al contenido:

4.1 Ejercido por la posesión: cuando la cosa se encuentra bajo el poder de hecho de su titular.

5. Con relación a la función:

5.1 Principal en función de garantía: existe por sí mismo.

5. 2. Registrable: cuando los documentos portantes de derechos sobre su objeto acceden a un registro a los fines de su inscripción.

**NOTA AL ART 2507**

Muchos autores dividen la propiedad, en propiedad soberana del Estado (dominio eminente) y en propiedad del derecho civil (dominio civil). El ser colectivo que se llama el Estado, tiene respecto a los bienes que están en el territorio, un derecho superior de legislación, de jurisdicción y de contribución, que aplicado a los inmuebles, no es otra cosa que una parte de la soberanía territorial interior. A este derecho del Estado, que no es un verdadero derecho de propiedad o dominio, corresponde solo el deber de los propietarios de someter sus derechos a las restricciones necesarias al interés general, y de contribuir a los gastos necesarios a la existencia, o al mayor bien del Estado.

Hay otro dominio que se llama “dominio internacional” que es el derecho que le pertenece a una nación de usar, de percibir sus productos, de disponer de su territorio con exclusión de las otras naciones, demandar en el cómo poder soberano, independiente de todo poder exterior, derecho que crea, para los otros estados, la obligación correlativa de no poder obstáculo al empleo que haga la nación propietaria de su territorio, y de no arrogarse ningún derecho de mando sobre este mismo territorio.

**VII.4) Caracteres del dominio: a) la exclusividad y su triple connotación; b) la perpetuidad y su doble connotación; c) el carácter absoluto de domino. En general y en forma exclusiva.**

La doctrina clásica ha estudiado los caracteres del dominio, tal como se derivan de la tradición romanista y han sido elaborados por la doctrina francesa y por las legislaciones que siguieron esa línea. Esos caracteres son: absoluto, exclusivo y perpetuo. De esos tres caracteres tradicionalmente distintivos del derecho de dominio, el código civil y comercial de la nación solo se refiere a dos: perpetuidad (art. 1942) y exclusividad (art 1943).

1. **Carácter absoluto**

El término absoluto puede ser interpretado en distintos sentidos:

1. *Derecho absoluto por oposición a derecho relativo*: los derechos patrimoniales en lo que hace a si oponibilidad, se clasifican en absolutos y relativos. Los primeros se hacen valer frente a toda la comunidad, de allí su denominación erga omnes, en tanto los segundos otorgan a su titular la facultad de exigir un determinado comportamiento de personas determinadas, ya fueran acciones o abstenciones. En este sentido el dominio, en cuanto derecho real, es absoluto.
2. *Absolutez como sinónimo de plenitud:* la calidad de absoluto del dominio está dado por las facultades que confiere a su titulas, y en este aspecto el derecho real de domino es aquel de grado mayor o derecho madre que contiene el máximo de poder que el sujeto ejerce sobre la cosa, con las restricciones que la ley impone.
3. *Absolutez como equivalente de usar y abusar del derecho de dominio*
4. *Absolutez como facultad de alterar la sustancia de la cosa:* Gatti propone que el derecho de dominio es absoluto porque es el unido que recae sobre la sustancia de la cosa, ya sea alterando su destino, destruyéndola o degradándola, marcando así una gran diferencia con los restantes derechos reales que no confieren a su titular grado similar.
5. **Carácter exclusivo**

A diferencia de lo que sucede con el carácter absoluto de dominio que no está expresamente enunciado en el ccc, el **art 1943** establece*: “El dominio es exclusivo y no puede tener más de un titular. Quien adquiere la cosa por un título, no puede en adelante adquirirla por otro, si no es por lo que falta al título.”*

El principio de exclusividad respecto de la relación real es explicado en el art 1913: *No pueden concurrir sobre una cosa varias relaciones de poder de la misma especie que se excluyan entre sí.*

El carácter exclusivo no es privativo del dominio sino que resulta común a los demás derechos reales en tanto todos ellos tienen la prerrogativa de satisfacerse directamente de la cosa, con exclusión de cualquiera, es una cualidad que precisamente diferencia los derechos reales de los personales.

b.1) adquisición por otro título: el **art 1943** en su segunda parte dispone*: “Quien adquiere la cosa por un título, no puede en adelante adquirirla por otro, si no es por lo que falta al título”.* En efecto, si el titular del derecho real sobre la cosa lo es en exclusividad y este ya lo había adquirido por alguna de las formas establecidas legalmente, es inútil que pretenda adquirirlo nuevamente. El principio de exclusividad, según la connotación de la norma citada, impide que una persona pueda tener más de un derecho real sobre la misma cosa, de allí la imposibilidad en nuestro sistema positivo de considerar la hipoteca del propietario, tal como lo hacen los códigos alemán y suizo.

b.2) exclusividad como exclusión: algunos juristas entienden que la exclusividad implica para el propietario la posibilidad de excluir a terceros del uso y goce de la cosa, facultad que en verdad le asiste por expresa disposición del **art 1944** en tanto dispone: “*El dominio es excluyente. El dueño puede excluir a extraños del uso, goce o disposición de la cosa, remover por propia autoridad los objetos puestos en ella, y encerrar sus inmuebles con muros, cercos o fosos, sujetándose a las normas locales.”*

Todos los titulares de derechos reales que se ejercen por la posesión tiene a su favor esta facultad de exclusión de terceros, derecho que queda protegido indirectamente por vía de las acciones posesorias, sean estas en sentido estricto, policiales o interdictos.

1. **Carácter perpetuo**

El ccc enuncia el carácter de perpetuidad del dominio en el **art 1942:** “*El dominio es perpetuo. No tiene límite en el tiempo y subsiste con independencia de su ejercicio. No se extingue aunque el dueño no ejerza sus facultades, o las ejerza otro, excepto que éste adquiera el dominio por prescripción adquisitiva.”*

De la norma surge el sentido en que el vocablo perpetuo debe ser interpretado:

1. Extensión ilimitada en el tiempo: hay que aclarar que cuando la norma afirma el dominio es perpetuo, hay que interpretar que se está refiriendo al dominio pleno o perfecto definido en el art 1942. En este sentido, “el dominio se llama pleno o perfecto, cuando es perpetuo”; y “se llama menos pleno o imperfecto, cuando debe resolverse al fin de un cierto tiempo o al advenimiento de una condición”. Cabe concluir que el dominio revocable y fiduciario carecen de perpetuidad.
2. El no uso de la cosa no extingue el derecho real: el mismo art.1942 expresa claramente el sentido de la frase “subsiste con independencia de su ejercicio” cuando continua: “no se extingue aunque el dueño no ejerza sus facultades….” Sin embargo, si además de no usarlo, deja que otro posea la cosa, su inacción durante todo el plazo de la prescripción se convertirá en una causal de su dominio en los términos del art 1942: “excepto que este (un tercero) adquiera el dominio por prescripción adquisitiva”.

**VII.5) Contenido del dominio: a) contenido afirmativo; b) contenido negativo; c) extensión objetiva.**

Al estudiar los caracteres del derecho real de dominio adelantamos que el carácter absoluto debía entenderse no como contrapuesto al carácter relativo de los derechos personales, sino como referido a la amplitud o plenitud que el dominio confiere al titular respecto de la cosa sobre la que ejerce su derecho, ejercicio que está limitado por las normas legales que emanan del derecho positivo en cualesquiera de sus aspectos (constitucional, privado, administrativo, etc).

En este sentido del derecho real de dominio es aquel de grado mayor o derecho madre que contiene el máximo de poderes que el sujeto ejerce sobre la cosa, con las restricciones que la ley impone, concepto reafirmado en la reforma introducida al ccc por la ley 17711, su adhesión tacita a la doctrina del abuso del derecho y expresamente contenida en el art 1942 en la definición del dominio perfecto, y que implica establecer un límite de contenido negativo, en el sentido de quedar vedados los poderes y facultades que no se correspondan con los fines tenidos en cuenta por el ordenamiento jurídico.

El contenido del derecho de dominio se determina en forma: positiva como negativa; en el primer aspecto: facultades que tiene el titular dominal respecto de la cosa que constituye el objeto del derecho, en el segundo: las restricciones y limites que puede consistir en un hacer o en un no hacer o tolerar.

Vamos a analizar separadamente las facultades materiales y las jurídicas, con la aclaración de que la totalidad de ellas corresponden al dominio pleno o perfecto.

1. **Facultades materiales**
	1. derecho de poseer: para los titulares de derechos reales que se ejercen por la posesión (el dominio es uno de ellos) la relación real es primordial y forma parte del contenido de su derecho. En este sentido, el **art 1891** expresa: “*Todos los derechos reales regulados en este Código se ejercen por la posesión, excepto las servidumbres y la hipoteca. (…)”* este *ius possidendi* o derecho de poseer genera en cabeza del titular dominial no solo los derechos inherentes a la posesión sino también la posibilidad de entablar acciones reales.
	2. derecho de usar: el derecho de usar de la cosa y servirse de ella también es una atribución conferida por el art 1941, que si bien confiere al titular dominial la facultad de usar, gozar y disponer de la cosa, esos poderes no son ilimitados, sino que deben ejercerse dentro de los limites previstos en la ley. El *ius utendi* o derecho de usar la cosa sometida al derecho real consiste en servirse de ella. En el derecho de dominio el dueño puede usar y gozar del inmueble libremente, aunque altere su sustancia, por tanto su destino económico está sometido a su voluntad ejercida dentro de los límites que marca el propio código civil o las normas administrativas dictadas por el Estado en ejercicio de su poder de policía. El límite para el ejercicio de este derecho de usar la cosa esta fijado en el ccc en su art 1970 en cuanto se refiere a las limitaciones impuestas al dominio privado ya sea un interés público o por relaciones de vecindad que causan molestias a los inmuebles vecinos o a sus ocupantes, excediendo la normal tolerancia. El derecho de uso queda limitado cuando causa molestias a los vecinos, por ej. cuando en un departamento de la planta baja se alojaban gran cantidad de perros y gatos con la consiguiente molestia ara los demás vecinos.
	3. derecho de gozar: el derecho de goce implica la facultad de obtener todos los provechos y ventajas que la cosa es capaz de brindar.
	4. disposición material: el *ius abutendi* es el derecho de disponer mencionado en el art 1941 del ccc y se refiere tanto a la disposición material o relativa como a la disposición jurídica o absoluta. La doctrina divide esta facultad en disposición material y disposición jurídica. Respecto de la primera, si bien se reconoce la potestad del titular dominial para alterar la cosa y aun destruirla se aplica el principio del límite legal establecido en la misma norma. ¿Cuándo se considera regular el ejercicio del derecho de dominio y cuando este resulta abusivo? No hay respuesta univoca al respecto, sin embargo existen algunos parámetros objetivos y subjetivos para tener en cuenta. En los supuestos de violaciones a las restricciones legales de dominio, en algunos casos se ha decidido que la mera transgresión de las normas, sean estas emanadas del ccc de reglamentos administrativos, o de reglamentos contractuales, constituyen elemento objetivo suficiente para sancionar al infractor; sin embargo la tendencia jurisprudencial dominante tiene a considerar no solo el elemento objetivo de la violación a las normas sino también las circunstancias del caso concreto tomando en consideración los daños a terceros y la conducta asumida por el titular de dominio.

El ejercicio del derecho se considera abusivo cuando se causa un daño a terceros que no queda reducido a una simple molestia sino que es grave, desproporcionado y socialmente objetable de acuerdo a los paradigmas culturales del lugar yen l tiempo en que ocurren.

1. **Facultades jurídicas**

El art 1941 entre las facultades que otorga al titular del derecho de dominio incluye la de disponer jurídicamente de una cosa. Con respecto a la facultad de disponer del derecho real, Gatti plantea el interrogante acerca de si esta posibilidad corresponde únicamente al titular de dominio o si es posible extenderla al derecho de propiedad en general. Sostiene que la facultad de disponer del propio derecho alcanza no solo a los derechos reales sino que se extiende a los creditorios por lo cual “no forma parte del contenido de ese derecho, sino de la capacidad de derecho de las personas para realizar actos de la vida civil que no les son prohibidos.”

Como consecuencia de esta facultad de disposición jurídica el titular del derecho de dominio puede:

1. Enajenar la cosa a título oneroso o gratuito, es decir: venderla, permutarla, aportarla a una sociedad, etc y también donarla o legarla a otra persona.
2. Desmembrar su derecho constituyendo usufructo, uso o habitación sobre la cosa. En ese caso mantiene su facultad de disposición jurídica y cede las de uso y goce;
3. Constituir derechos de garantía, con o sin desplazamiento de la cosa según el derecho real que se constituya; en principio el derecho de uso es mantenido por el titular dominial y también mantiene el goce de la cosa salvo en la anticresis, que confiere al acreedor la percepción de los frutos con la finalidad de aplicarlos al pago de la deuda garantizada, en la prenda cuando la cosa produce frutos e intereses el acreedor los percibe y los imputa a los intereses de la deuda;
4. Transmitir el dominio fiduciario o revocable, reservándose respecto de este ultimo la facultad de reversión o revocación;
5. Abandonar la cosa, sin transferirla a otra persona
6. Ejercer actos de administración como darla en locación o mantenerla en depósito.
7. **exclusión de terceros**

La facultad de exclusión surge del **art 1944** que dice: *“El dominio es excluyente. El dueño puede excluir a extraños del uso, goce o disposición de la cosa, remover por propia autoridad los objetos puestos en ella, y encerrar sus inmuebles con muros, cercos o fosos, sujetándose a las normas locales.”.*

El titular de derecho de dominio es dueño exclusivo de la cosa y en esa calidad solo a él compete las facultades de usar, gozar y disponer de ella, de allí que, sin confundir la exclusividad de dominio con el derecho de exclusión que asiste a su titular, la facultad que surge del art 1944 es la consecuencia del carácter exclusivo.

**VII.6) Restricciones y límites al dominio: a) concepto. Diferencia con las servidumbres; b) restricciones del código civil y del derecho administrativo; c) restricciones a la disposición jurídica; d) restricciones a la disposición material; e) restricciones del derecho aeronáutico; f) caso especial del artículo 2618 del CC.**

**a) concepto. Diferencia con las servidumbres**

Hay que preguntarse si ambas expresiones (restricciones y límites) pueden ser utilizadas como sinónimos o tienen implicancias distintas.

Marienhoff sostiene que hay entre límite y restricción una relación de género a especie, esta última incide sobre el carácter absoluto del derecho de dominio en tanto que las limitaciones tienen incidencia sobre los caracteres de exclusividad y perpetuidad. En estos términos las servidumbres administrativas constituyen una limitación al dominio en tanto que las restricciones consisten en un no hacer o en dejar hacer. En la postura citada, en la cual el límite es el género, bajo esta denominación quedan insertas todas las otras formas de constreñir el ejercicio del derecho de dominio.

Con estas premisas se puede establecer un cuadro comparativo entre restricción y servidumbre administrativa:

1. la restricción administrativa y la servidumbre administrativa, son especies del género “limitaciones” a la propiedad;
2. la restricción se vincula a lo absoluto del dominio; la servidumbre administrativa se vincula a lo exclusivo del domino;
3. la restricción no implica sacrificio alguno para el titular del bien al cual se aplica, solo consiste en la fijación de límites al ejercicio normal u ordinario del derecho de propiedad; en la servidumbre ay desmembración del dominio;
4. todo derecho real de dominio reconoce restricciones; las servidumbres configuran un régimen de excepción;
5. las restricciones no son indemnizables porque conforman el régimen normal de dominio; las servidumbres forzosas admiten reparación;
6. las restricciones son generales y se aplican a todos los propietarios en igualdad de condiciones; las servidumbres son especiales para los casos concretos que las determinan.

Las limitaciones impuestas al dominio, por configurar una regulación de ese derecho que en principio no causa menoscabo alguno, no dan lugar a la indemnización de daños, tal como lo prescribe el art 1971 con la salvedad de que “por la actividad del hombre se agrave el perjuicio”

 **b) restricciones del código civil y del derecho administrativo; c) restricciones a la disposición jurídica; d) restricciones a la disposición material; e) restricciones del derecho aeronáutico; f) caso especial del artículo 2618 del CC.**

**1. En el derecho administrativo**

El **art 1970** del ccc expresa: *“Las limitaciones impuestas al dominio privado en el interés público están regidas por el derecho administrativo. El aprovechamiento y uso del dominio sobre inmuebles debe ejercerse de conformidad con las normas administrativas aplicables en cada jurisdicción. Los límites impuestos al dominio en este Capítulo en materia de relaciones de vecindad, rigen en subsidio de las normas administrativas aplicables en cada jurisdicción.”*

* 1. Restricciones

Las restricciones administrativas pueden consistir en no hacer o en dejar hacer, a lo que alguna doctrina agrega obligaciones de hacer (por ej. Prohibición de construir mas de la altura reglamentariamente establecida –obligación de no hacer-; consentir la colocación de chapas indicadoras del nombre de las calles –dejar hacer-; colocar instalaciones de protección cuando se realizan obras en el frente de un edificio –obligación de hacer-). En cualquiera de estos casos la finalidad de la restricción es limitar la propiedad privada en interés público, reglamentando las facultades derivadas del derecho de dominio, reglamentación que puede emanar de las autoridades nacionales, provinciales o municipales.

En principio, recaen sobre inmuebles, sin embargo existen ejemplos de restricciones en materia mobiliaria como sucede con los automotores. Las restricciones administrativas son ejecutorias, esto es: la administración las hace efectivas por si, sin necesidad de acudir a la autoridad judicial puesto que actúa el campo del derecho público, ejerciendo su poder de imperio.

* 1. Servidumbres

Las servidumbres administrativas, en forma similar a las servidumbres del derecho civil, producen una desmembración del dominio del bien sobre el que se hace efectiva. A diferencia de las servidumbres del derecho privado, las administrativas son constituidas en interés público y no en beneficio de un fundo en particular. Si bien tienen en común con las restricciones administrativas esta connotación de “interés público”, en las restricciones no se causa daño alguno a los titulares de dominio, no importan sacrificios para él, en cambio a las servidumbres administrativas, al desmembrar el dominio, implican un menoscabo patrimonial, de allí que su existencia requiere una ley formal que las especifique.

Los casos más frecuentes de servidumbres administrativas son: acueducto que se establece a favor de un pueblo, gasoducto, electroducto o pasaje de cables conductores de energía eléctrica para uso público, de lugares y monumentos históricos, de minería, de fronteras, d seguridad en la navegación, entre otras.

1. **En el código civil y comercial**

Mantiene vigencia la nota al art 2611 del código anterior en cuanto expresaba: “Las restricciones y limites que en este título imponemos al dominio, son recíprocamente impuestos a los propietarios vecinos por su interés respectivo, y no suponen una heredad dominante, ni una heredad sirviente”, con lo cual, entre las restricciones del cc quedan desvirtuadas las servidumbres.

Metodológicamente el ccc trata los límites al dominio en el título III y de las servidumbres en el título XII, en el cual, si bien incluye la posibilidad de constitución de servidumbres forzosas, las acota en el 2do párrafo del art 2166, para aclarar luego que el titular del fundo sirviente tiene derecho a ser indemnizado, a diferencia de lo que sucede con las meras restricciones al dominio que “no generan indemnización de daños” (art 1971 ccc).

La relación de vecindad que queda regulada en el ccc es un elemento que permite diferenciar estas restricciones de las llamadas restricciones administrativas, en la primera limitación se establece en el interés privado, en las segundas se tiende a proteger a la comunidad, al público en general que habita una zona determinada.

**1. Restricciones a la disposición jurídica**

El **art 1972** pone límite a una voluntad de las partes en cuanto convienen cláusulas de Inenajenabilidad. Dice al respecto la norma *“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.”* Es decir, se establece una restricción a la facultad de disponer del derecho de dominio por vía convencional (las restricciones a la disposición jurídica de los derechos reales pueden ser: legales, judiciales y convencionales), sea por actos entre vivos o de última voluntad, con carácter genérico y perpetuo.

Hay que tener presente que el art 1971 otorga al titular del dominio perfecto la facultad de disponer jurídicamente de la cosa sobre la que recae su derecho. Con el agregado “dentro de los límites previstos por la ley”. El art 1972 contiene un límite específico: no solo prohíbe establecer cláusulas de no transmitir el dominio sino que tal prohibición se extiende a la de no constituir otros derechos reales.

A los fines de la interpretación de la norma bajo análisis habrá que considerar que la intención legislativa es no sustraer cosas del tráfico comercial, principio que también queda plasmado en el art 234 cuando al legislar sobre los bienes fuera del comercio, incluye aquellos cuya transmisión está prohibida… “b) por actos jurídicos, en cuanto este código permite tales prohibiciones”. El art 1972 permite establecer una cláusula de Inenajenabilidad cuando se refiera a persona determinada.

Con el mismo objetivo el 2do párrafo del art 1972 estipula que las cláusulas de no enajenar, incluyendo la transmisión contenidas en los actos a título gratuito son válidas si su plazo no excede de diez años.

La cláusula de Inenajenabilidad debe constar en el documento portante de trasmisión del derecho real. El art 1972 prevé la sanción para el supuesto de estipulación de no enajenar genérica: la nulidad de la cláusula que prohíbe la transmisión del dominio o la constitución de otros derechos reales, para el supuesto de actos entre vivos, y en el caso de actos a título gratuito, en los cuales la cláusula de no enajenar exceda el plazo de diez años, la reducción de la prohibición al límite legal.

* 1. Cláusula de no transferir a persona determinada

El art 1972 reconoce validez a las cláusulas que se refieren a persona determinada, por ej Juan Velázquez. Dicha estipulación, al constar en el título de dominio, obtiene publicidad mediante su registración y por ende puede ser conocida por terceros adquirentes si se tratare de cosas registrables; si el tercero hubiere podido conocer por otro medio la existencia de dicha cláusula, será considerado de mala fe y no podrá prevalerse de la falta de registración. En el supuesto de que a pesar de la prohibición pactada la cosa fuera enajenada a la persona indicada en el titulo (juan Velázquez), se producirían las siguientes situaciones:

1. si la mencionada clausula fue estipulada como condición resolutoria, el anterior propietario puede demandar la nulidad del acto y reivindicar la cosa
2. si solamente se hubiere estipulado para el caso de violación una pena de multa, será el cobro de esta multa lo único que podrá perseguir el anterior propietario.
3. Si la cláusula prohibitiva no estuviese pactada como condición resolutoria, ni tampoco impuesta como multa, y ella es violada, cabe interpretar que el anterior propietario puede demandar la devolución de la cosa a este tercer adquirente porque al estar dicho acto jurídico inscripto en el registro, este no puede alegar su buena fe.

**2. Restricción a la disposición material**

**2.1 camino de sirga**

El ccc en el **art 1974** mantuvo la regulación del camino de sirga en términos similares al anterior 2639. Sin embargo se produjeron modificaciones importantes:

* La reducción de 35 a 15 metros la franja de terreno a la orilla de los cauces, en la que no se puede afectar el transporte por agua
* Se amplía la legitimación activa puesto que la acción puede ser iniciada por todo aquel que se encuentre perjudicado por la violación de la norma.

El art 1974 hoy vigente establece *“El dueño de un inmueble colindante con cualquiera de las orillas de los cauces o sus riberas, aptos para el transporte por agua, debe dejar libre una franja de terreno de quince metros de ancho en toda la extensión del curso, en la que no puede hacer ningún acto que menoscabe aquella actividad. Todo perjudicado puede pedir que se remuevan los efectos de los actos violatorios de este artículo. ”*

* + 1. concepto y función del camino de sirga

El denominado camino de sirga no solo se encuentra instituido en beneficio de la navegación sino que también configura un derecho de tránsito para los propietarios de los fundos ribereños colindantes y terceros manteniendo el propietario el dominio restringido de la margen hasta llegar a la ribera. En la actualidad la verdadera finalidad de dejar ese margen de costa libre es para acceder al rio con fines de esparcimiento, recreación, deportivos, etc.

* + 1. inmuebles sobre los que recae la restricción

Los inmuebles afectados a esta restricción son aquellos que limitan con ríos u otros canales navegables o en los términos legales “aptos para el transporte por agua”.

La línea de la rivera es la orilla del rio y representa el límite entre el dominio público sobre las aguas de uso general y el dominio privado de los propietarios ribereños. El ancho de la calle o camino de sirga es de 15 metros contados desde la parte más alta de la terminación de la ribera interna del rio, y si fuera un canal desde la línea exterior de la obra construida.

* + 1. uso de la zona ribereña

La restricción al dominio impuesta por el art 1974 está contemplada para facilitar la navegación y actividades afines. La doctrina discrepa en cuanto a la interpretación que merece esta norma desde el punto de vista del uso a que se somete el camino de sirga. Con un criterio restringido, el uso de esa franja costera queda condicionado a las necesidades de navegación y pesca desde las embarcaciones. Con un criterio más amplio, se entiende que el propósito de la restricción no es solo facilitar la navegación sino que ha sido establecida en beneficio de la vialidad pública. En una interpretación literal del art 1974 se desprende que la norma ha adoptado un criterio restringido dado que no solo se refiere a los cauces aptos para el transporte por agua, sin que el concepto queda reafirmado cuando en la parte final del primer párrafo dice “en la que no puede hacer ningún acto que menoscabe aquella actividad”.

* + 1. facultades del titular dominical

El propietario ribereño no pierde su derecho real sobre la zona afectada a la restricción del art 1974. El Estado solo puede reglamentar el uso de dicho camino en función de los fines de interés público para los que fue legislado pero no emplearlo para la realización de obras ajenas al mismo, de hacerlo, debe recurrir a la expropiación. Ha sostenido la corte suprema “el Estado solo tiene derecho a reglamentar el uso del camino de sirga con el único destino que marca la ley, que obedece a las necesidades de navegación, de flotación y de la pesca realizada desde las embarcaciones; todo otro uso, realizado por quien no sea el propietario de la tierra, es ajeno a la institución y debe ser vedado.”

¿Es posible la siembra en la franja ribereña? Se ha entendido que el propietario no puede alterar el estado natural de la zona afectada a la restricción y en este sentido tampoco podría proceder a la siembra o plantación.

**2.2 Relaciones de vecindad**

Hay situaciones que, originadas en la vecindad de los inmuebles, pueden derivar en perjuicios para los propietarios; a fin de aventar esos posibles convenientes el ccc restringe ek uso y goce del dominio en aras de la pacífica convivencia, fijando los limites dentro de los cuales deben ejercerse las facultades del titular dominical a fin de que la institución cumpla sus fines individuales, económicos y sociales.

En el art 1971 el legislador establece un principio general: “los deberes impuestos por los límites al dominio no generan indemnización de danos, a menos que por la actividad del hombre se agrave el perjuicio.” El límite impuesto en cada caso no es casuístico, objetivo e inamovible, se trata de balancear el ejercicio regular del derecho de propiedad y el interés de los vecinos, evitando aquellas acciones u omisiones que puedan causar (o causaren) perjuicios. Dada la amplitud de facultades inherentes el derecho de dominio, los vecinos deben soportar ciertas molestias en la medida que deriven del ejercicio regulare del derecho de propiedad y no fueran ejecutadas en forma abusiva. Claro está, que la obligación de soportar molestias tiene un límite: la normal tolerancia, cuando se excede dicho límite, aparece la restricción, que es independiente de la idea de culpa.

Para el estudio de las restricciones impuestas por razones de vecindad es que los fundos no necesariamente deben ser contiguos, sino que puede tratarse de un inmueble situado en la otra vereda o puerta por medio dependiendo del presupuesto de hecho contenido en la norma que se invoque.

Las restricciones aplicables en las relaciones de vecindad tienen en cuenta los inmuebles y no las personas que resultan titulares de derechos reales sobre ellos, de allí que están obligados a su cumplimiento no solo el titular dominial sino también el usufructuario, el locatario y el poseedor; paralelamente pueden ser demandados los mismos sujetos: el propietario, el usufructuario, el poseedor, el tenedor.

* + 1. molestias ocasionadas a los vecinos

Dentro del concepto de molestias se distinguen:

* inmisiones directas (materiales) o indirectas (inmateriales): las primeras son las que se producen avanzando en el fundo vecino con ramas de árboles, por ejemplo o descargando en el agua de lluvia proveniente del techo. Las indirectas son las penetraciones que sufre una finca de elementos no corpóreos como ruidos, polvo, vibraciones, gases, olores, calor, cenizas y otros similares, provenientes de actividades que se desarrollan en inmuebles vecinos, supuesto contemplado en el **art 1973** ccc. *Las molestias que ocasionan el humo, calor, olores, luminosidad, ruidos, vibraciones o inmisiones similares por el ejercicio de actividades en inmuebles vecinos, no deben exceder la normal tolerancia teniendo en cuenta las condiciones del lugar y aunque medie autorización administrativa para aquéllas.*
* injerencias inmediatas y mediatas: las inmediatas son aquellas cuyos efectos comienzan sobre la esfera de la propiedad del vecino, como sería arrojar agua directamente en el mismo. Las mediatas son las que, empezando en el propio fundo, se extienden al vecino: tal el caso del agua que, vertida en aquel, penetra en la propiedad ajena.
* inmisiones negativas e ideales: en el supuesto en el cual el propietario de un fundo utiliza su propiedad de modo que priva a otra de ciertas ventajas que antes tenía, queda comprendido en la calificación de inmisiones negativas. La doctrina se ha ocupado de las llamadas injerencias ideales, también nominadas injerencias psíquicas o morales, consistentes en la exposición a la vista de cosas terroríficas, actividades repugnantes, u otras que resultan insoportablemente desagradables, o bien situaciones escandalosas que perturban a los habitantes de las fincas vecinas.
	+ 1. obras que pueden perjudicar a los vecinos

En atención a las relaciones de vecindad el art 1977 consagra una abstención: establece el deber de soportar que se pongan andamios, u otro servicio provisorio, cuando se están realizando obras en el inmueble vecino. En caso de que se produjeran daños, el que construye la obra carga con la indemnización correspondiente.

La norma citada resalta que dichas molestias deben ser soportadas en tanto sean transitorias. En cuanto a la necesidad de solicitar permiso previo a la introducción de andamios o materiales, es una cuestión de hecho en la cual se deberá merituar la condición de los inmuebles y la urgencia de las obras, entre otros extremos. Los daños que pudieran producirse, su reclamo y las indemnizaciones que se concedan, quedan inscriptos en la teoría general de la responsabilidad. Es decir, se mantiene la regla según la cual las molestias causadas a los vecinos no tienen como contraprestación indemnización alguna (art. 1971); sin embargo son resarcibles los danos generados en la falta de cuidado y diligencia o “por la actividad del hombre se agrave el prejuicio”.

* + 1. árboles y arbustos

El **art 1982** del ccc contiene el supuesto de molestias causadas al inmueble vecino por árboles, arbustos u otras plantas en los siguientes términos: *“El dueño de un inmueble no puede tener árboles, arbustos u otras plantas que causan molestias que exceden de la normal tolerancia. En tal caso, el dueño afectado puede exigir que sean retirados, a menos que el corte de ramas sea suficiente para evitar las molestias. Si las raíces penetran en su inmueble, el propietario puede cortarlas por sí mismo”.*

La primera aclaración es diferenciar entre árboles y arbustos: los primeros alcanzan un desarrollo superior en altura, de allí que dada su frondosidad, pueden ser mayores los perjuicios que causa su cercanía. A los efectos legales, para peticionar la extracción, es indistinto que el árbol o el arbusto hubiera sido plantado, por el actual propietario del fundo o que existiera con anterioridad, no está condicionada en el tiempo, ni por la existencia o no de construcciones anteriores o posteriores del nacimiento del árbol, por lo que le basta al actor acreditar el hecho de que las molestias generadas exceden la normal tolerancia, en cuyo caso el juez podrá autorizar la poda o el retiro de las plantaciones que las ocasionan, resultando indiferente la distancia de la plantación.

Cuando se contraria lo dispuesto en el art 1982 bajo análisis, el dueño del inmueble vecino está legitimado para solicitar la extracción del árbol o arbusto existente en el fundo vecino ¿es necesario que se pruebe el perjuicio para efectuar tal petición? En el art 1982 no hay parámetros objetivos que deban ser respetados por los propietarios de los fundos respecto de la plantación de árboles y otras plantas. Por el contrario, la situación de hecho que queda subsumida en la norma es aquella en que existan molestias “que excedan la normal tolerancia” provenientes de árboles o plantas que crecen en inmuebles vecinos. La razón de esta prohibición es evitar la proyección de sombra, humedades, daños materiales, etc.

* + 1. luces y vistas

Las *luces* son pequeñas aberturas, generalmente situadas a bastante distancia del piso y cerca del techo, destinadas a brindar iluminación a un ambiente, que se mantienen cerradas por rejas y vidrios.

Las *vistas* son las ventanas que permiten no solo iluminación sino también vista hacia el exterior. La vista sobre el inmueble vecino se ejerce generalmente a través de ventanas, balcones o de cualquier tipo de abertura que permita la perspectiva. Quedan fuera de este sistema las puertas de entrada y salida de los edificios, cuyo destino es completamente distinto, a lo que cabe agregar las terrazas. Los art 1978 a 1981 contienen una descripción detallada de supuestos de vistas y luces estableciendo ubicaciones y medidas permitidas, las que varias según la que la visión sea frontal o lateral en el primer caso, sin diferencias la calidad jurídica del muro divisorio. Los arts. 1878 y 1879 regulan la ubicación de las vistas y luces respectivamente, por su parte, los art 1980 y 1981 se aplican tanto a las luces como a las vistas.

* + - 1. muros linderos

Este concepto está inserto en el 2006 que define la calidad de los muros, cercos y fosos y en el inc. A) define al muro ”lindero, separativo o divisorio: al que demarca un inmueble y lo delimita del inmueble colindante”. A los efectos del tratamiento jurídico de las vistas y luces, es indistinto que el muro sea privativo o medianero. En ambos casos para abrir ventanas u otro tipo de luces deberá cumplirse con la reglamentación de los arts. 1978 y 1979.

**ARTICULO 1978**.- Vistas. Excepto que una ley local disponga otras dimensiones, en los muros linderos no pueden tenerse vistas que permitan la visión frontal a menor distancia que la de tres metros; ni vistas laterales a menor distancia que la de sesenta centímetros, medida perpendicularmente. En ambos casos la distancia se mide desde el límite exterior de la zona de visión más cercana al inmueble colindante.

**ARTICULO 1979**.- Luces. Excepto que una ley local disponga otras dimensiones, en el muro lindero no pueden tenerse luces a menor altura que la de un metro ochenta centímetros, medida desde la superficie más elevada del suelo frente a la abertura

* + - 1. vistas

El art 1978 estipula “*Excepto que una ley local disponga otras dimensiones, en los muros linderos no pueden tenerse vistas que permitan la visión frontal a menor distancia que la de tres metros; ni vistas laterales a menor distancia que la de sesenta centímetros, medida perpendicularmente. En ambos casos la distancia se mide desde el límite exterior de la zona de visión más cercana al inmueble colindante.”*

Las normas transcripta se refiere a un muro lindero, sea este privativo o medianero, autorizando a su dueño para abrir ventanas (u otro tipo de aberturas) sujetas a las características allí detalladas.

Las ventanas o vistas requieren prohibiciones más severas que las luces, en razón de que su trasgresión puede ocasionar un perjuicio mayor. En efecto, podrían molestar o afectar la intimidad del vecino, sea propietario, poseedor o tenedero, posibilitando una situación de fisgoneo, porque otra persona del predio lindero lo podría estar mirando sin ser visto; amen de los problemas de inseguridad (que no son menores) y de higiene que se podrían presentar.

Las vistas pueden ser frontales, laterales u oblicuas. La distinción se basa en la posibilidad de asomarse u observar el inmueble vecino, y tiene importancia por cuanto en el ccc se fijan distintas distancias según se trate de una u otra de las tipologías reseñadas.

Respecto de las vistas frontal dispone el art 1978: “no puede tenerse vistas que permitan la visión frontal a menor distancia que la de 3 metros”. Con relación a las laterales, la norma fija una distancia mínima de 60 cm. Para ambos casos, se mide desde el límite exterior de la zona de visión más cercana al inmueble colindante.

* + - 1. Luces

El art 1979 regula la posibilidad de instalar luces o fronteras en el muro lindero que bien puede ser privativo o medianero. En el supuesto que el referido muro lindero sea una pared privativa, resulta de aplicación el **art 1981** que expresa: “Quien tiene luces o vistas permitidas en un muro privativo no puede impedir que el colindante ejerza regularmente su derecho de elevar otro muro, aunque lo prive de la luz o de la vista.” Ni las vistas ni las luces configuran una servidumbre, por lo cual el propietario del muro lindero no puede argüir derecho real alguno que le permita mantener las luces que, aunque a el proporcionan ventajas, resulten lesivas del derecho colindante.

Cuando se trata de una pared medianera resulta de aplicación el art 2019 en cuanto a faculta a los condóminos para abrir cavidades en el muro común “aun en la totalidad de su espesor, siempre que del ejercicio regular de ese derecho no resulte peligro para la solidez del muro”.

1. requisitos de las troneras

La distancia mínima establecida por la norma para la instalación de luces es de 1,80 mts del suelo, medida desde la parte más elevada del suelo; sin embargo, dicha distancia mínima no se aplica “cuando la visión está impedida por elementos fijos de material no trasparente” (art 1980), excepción aplicable también al supuestos de vistas del art 1978. Es decir, pueden utilizarse paneles fijos con vidrios opacos que, sin perjuicio de evitar tal espionaje, permitan el paso de luz suficiente para iluminar la habitación o pasillo.

Parte de la doctrina como de los antecedentes jurisprudenciales en la materia, han establecido que aun a pesar del carácter de orden público que generalmente tienen las normas en materia de derechos reales, no debe ordenarse la modificación de las ventanas y luces ya existentes, cuando las mismas no causan perjuicio ni permitan una indebida invasión de la intimidad.

Las normas del ccc que prescriben los requisitos que deben cumplir las ventadas en los muros que no sean medianeros, deben ser aplicadas en forma prudente y cuidadosa, cuando ello signifique evitar perjuicios sensibles a los vecinos, de manera amplia y criteriosa, es decir, adaptada a las formas y procedimientos constructivos en uso. Otra parte de la doctrina propone una interpretación más estricta por entender que en la materia juega el orden público, poniendo el acento en el deber de soportar que tienen los vecinos.

1. naturaleza jurídica de las luces

El supuesto del art 1979 es el de un muro lindero en el cual se efectuar una abertura con las características de los denominadas luces; el vecino colindante tiene la facultad, establecida en el art 2009 de adquirir la medianería ya sea pagando su valor o por prescripción adquisitiva. Si esa adquisición tiene por finalidad apoyar en esa pared un edificio, en la medida que este requisito se cumpla, queda autorizado para cerrar las ventanas de luces.

1. privación de las luces

Como correlato del art 1979, el art 1981 dispone “quien tiene luces o vistas permitidas en un muro privativo no puede impedir que el colindante ejerza regularmente su derecho de elevar otro muro, aunque lo prive de la luz o de la vista”. Entendemos que en tanto se otorga al vecino lindero un derecho de adquirir la medianería y cerrar las luces, como contrapartida, se impone al dueño de la pared el deber de soportar no solo la construcción sino también la privación de la comodidad que implica la abertura de un tragaluz.

El art 1981 se refiere a luces o vistas permitidas, es decir, construidas de conformidad con la reglamentación local y/o el propio código. Va de suyo que si la abertura es antirreglamentaria podría ordenarse su cerramiento en cualquier momento, independientemente del hecho que el colindante quiera ejercer su derecho de elevar un muro.

Otro punto de destacar en la norma en cuestión es la referencia del derecho del colindante a elevar otro muro. Se plantea aquí el supuesto que el vecino no adquiera la medianería y con ello el derecho a cerrar las luces existentes, sino que edifique una pared próxima que disminuya la utilidad de las troneras porque les quita luminosidad, aun sin clausurarlas.

1. Legitimación

Están activamente legitimados para solicitar la clausura de las troneras o ventanas no solo los titulares dominicales sino todos los poseedores y aun los tenedores en la medida que acrediten la violación de las disposiciones legales y el perjuicio que ello les causa. Cuando las luces o ventanas están ubicadas en la pared divisoria de un edificio sujeto al régimen de la propiedad horizontal, se ha resulto que el consorcio puede ser sujeto pasivo de la acción incoada para que se cierren, por cuanto aunque el muro pertenece en condominio a los consorcistas su guarda se encuentra al cargo del consorcio.

Restricciones vinculadas al régimen de las aguas

Las aguas que pueden ser objeto de propiedad privada, así como su uso y goce, están legisladas en el **art 239** que expresa: “*Las aguas que surgen en los terrenos de los particulares pertenecen a sus dueños, quienes pueden usar libremente de ellas, siempre que no formen cauce natural. Las aguas de los particulares quedan sujetas al control y a las restricciones que en interés público establezca la autoridad de aplicación. Nadie puede usar de aguas privadas en perjuicio de terceros ni en mayor medida de su derecho.*

*Pertenecen al dominio público si constituyen cursos de agua por cauces naturales. Los particulares no deben alterar esos cursos de agua. El uso por cualquier título de aguas públicas, u obras construidas para utilidad o comodidad común, no les hace perder el carácter de bienes públicos del Estado, inalienables e imprescriptibles.*

*El hecho de correr los cursos de agua por los terrenos inferiores no da a los dueños de éstos derecho alguno*.”

1. aguas pluviales
	1. propiedad

El **art 2635** fijaba el dominio privado de las aguas pluviales en los siguientes términos: “*Las aguas pluviales pertenecen a los dueños de las heredades donde cayesen, o donde entrasen, y les es libre disponer de ellas o desviarlas, sin detrimento de los terrenos inferiores.”*

A los fines de la interpretación de la norma transcripta, la doctrina se ha dividido en dos corrientes de opinión: una entendió que el dominio de las aguas pluviales se adquiere por apropiación, en tanto otros sostuvieron que el modo de adquisición es la accesión. En la primera de las posturas, milita Salvat quien sostiene que debe haber un acto de apropiación por parte del dueño del fundo donde han caído las aguas, o bien que estas se hayan estancado allí naturalmente, ello por cuanto se asigna a las aguas de lluvia la condición jurídica res nullius y, en ese carácter pueden ser apropiadas no solo por el titular dominical del terreno en el que han caído sino, por quien las recoge.

En posición opuesta, Lafaille entiende que las aguas pluviales se adquieren por accesión, sin necesidad del acto voluntario que supone la apropiación. Si las aguas devienen de propiedad del titular dominical por accesión, al caer en lugares públicos pertenecen al Estado, quien faculta su uso y goce por parte de la comunidad. Por el contrario, si es posible apropiarse esas aguas pluviales, el que así adquiere puede usarlas u disponerlas ampliamente.

Tal como lo señala Salvat, el agua pluvial reúne la condición de res nullius y en consecuencia es susceptible de apropiación. Si bien el art 1947 se refiere al agua pluvial que caiga en lugares públicos, su condición de cosa sin dueño no varía aunque la lluvia causa en precios de dominio privado.

1. aguas surgentes

el art 239 establece: “las aguas que surgen en los terrenos de los particulares pertenecen a sus dueños, quienes pueden usar libremente de ellas siempre que no formen cauce natural…” en este punto, el art 239 contiene dos supuestos: 1) las vertientes o manantiales que por su poco caudal o la naturaleza del suelo no forman cauces, pertenecen al propietario del fundo que surgen y puede ejercer a su respecto todas las facultades que confiere el dominio; 2) cuando la corriente tiene magnitud para formar su propio lecho y su caudal es importante, se la considera de dominio Publio y no pueden ser alterados por los particulares.

* 1. la situación de los fundos superiores

El art 239 in fine dispone “el hecho de correr los cursos de agua por los terrenos inferiores no da a los dueños de estos derecho alguno”. El propietario del fundo superior está habilitado para usar el agua surgente, pero en la medida que esas aguas se deslicen hacia los terrenos inferiores, la ley pone un límite a ese uso: no perjudicar al vecino; en este sentido la ley aplica una regla genérica: “nadie puede usar aguas privadas en perjuicio de terceros ni en mayor medida de su derecho”

1. aguas subterráneas

Las aguas subterráneas son las napas que no han salido al exterior, en contraposición a las aguas surgentes como los manantiales y las fuentes. Son del dominio público del Estado (art 235 inc c), se permite al particular propietario del fundo extraerlas “en la medida de su interés y con sujeción a las disposiciones locales”. Los dueños de los terrenos inferiores por lo que pueda correr esa agua, no tienen sobre ella derecho alguno (art 239 in fine)

1. aguas publicas

El ccc en su **art 235** enumera las cosas consideradas bienes del Estado y entre ellas, el inc c incluye “los ríos y demás aguas que corren por cauces naturales, los lagos navegables y toda otra agua que tenga o adquiera aptitud de satisfacer usos de interés general…” más adelante, el art 237 regula su aprovechamiento: “las personas tiene su uso y goce, sujeto a las disposiciones generales y locales”, nadie puede impedir el ejercicio de ese derecho. Por otra parte, el Estado, en ejercicio de su poder de policía, tiene facultades para reglamentar el uso de las aguas que forman parte de su dominio, otorgar concesiones o prohibirlo en determinadas épocas del año, así como facultar a un particular para desviar el curso de las aguas.

* 1. restricciones en interés publico

El **art 1975** prescribe: *“Los dueños de inmuebles linderos a un cauce no pueden realizar ninguna obra que altere el curso natural de las aguas, o modifique su dirección o velocidad, a menos que sea meramente defensiva. Si alguno de ellos resulta perjudicado por trabajos del ribereño o de un tercero, puede remover el obstáculo, construir obras defensivas o reparar las destruidas, con el fin de restablecer las aguas a su estado anterior, y reclamar del autor el valor de los gastos necesarios y la indemnización de los demás daños. Si el obstáculo se origina en un caso fortuito, el Estado sólo debe restablecer las aguas a su estado anterior o pagar el valor de los gastos necesarios para hacerlo.”*

Los ribereños por el solo hecho de estar a la vera de los ríos, no tienen mejor derecho que el resto de la comunidad y por lo tanto, no pueden realizar obras que afecten el uso común. En el supuesto de violar esa prohibición, la sanción consistirá en la demolición de las obras y el pago de los daños y perjuicios. Si fueren motivadas por culpa de alguno de los ribereños, los gastos serán pagados por él, a más de la indemnización del daño.

* 1. restricciones en interés a los ribereños

Por otra parte, el art 1975 establece restricciones al uso de las aguas públicas, pero no ya en el interés general, sino en beneficio de los ribereños. Dice al respecto la norma “Si alguno de ellos resulta perjudicado por trabajos del ribereño o de un tercero, puede remover el obstáculo, construir obras defensivas o reparar las destruidas, con el fin de restablecer las aguas a su estado anterior…”

Cuando el ribereño realiza las obras amparado por el derecho que le confiere el art 1975 ¿Quién debe soportar su costo? La respuesta debe ser separada en dos partes:

1. cuando las alteraciones en el curso de las aguas públicas, que han hecho necesaria la realización de las obras, han sido producidas por caso fortuito o fuerza mayor, deben ser soportadas por el Estado, en su calidad de titular dominical; en subsidio el obligado a la reparación puede pagar el valor de los gastos necesarios para efectuarla;
2. cuando las alteraciones antedichas fueron motivadas por culpa o negligencia de alguno de los ribereños o por un tercero, estos no solo deberán soportar el corso de las obras realizadas sino que además, resulta de aplicación los principios generales de la responsabilidad y en debe reparar los daños provocados a terceros.

* 1. recepción de agua, arena y piedras
		1. aguas

El codificador impone a los fundos inferiores tolerar el paso de las aguas que naturalmente descienden de los terrenos superiores, “si no han sido degradas ni hubo interferencia del hombre en su desplazamiento”.

Cuando la acumulación de las aguas que debe recibir el otro fundo causare inundaciones, derrumbes u otros perjuicios al fundo inferior, su propietario nada podrá reclamar al dueño del inmueble desde el cual descendieron las aguas, salvo que éste contraviniendo la disposición legal, hubiere efectuado diques u otro tipo de obras tendientes a desviar el cauce natural. El propietario del fundo superior debe respetar la prohibición de efectuar obras dado que estas pueden perjudicas la situación del vecino, en tanto que el dueño del fundo inferior debe tolerar los perjuicios que pueda producirle el paso natural de las aguas (aguas pluviales, de deshielo, de vertientes, las que se escurren en consecuencia de la inclinación del terreno, etc.) por otro lado, el dueño del fundo superior tiene prohibido agravar la sujeción del terreno inferior dirigiendo las aguas a un solo punto o haciendo de cualquier modo más impetuosa la corriente, etc.

* + 1. piedras y arena

Como consecuencia del deber de tolerar las aguas pluviales, los dueños de los fundos inferiores también deben soportar las piedras y arenas que arrastren las aguas. En principio, esos materiales pertenecen al fundo inferior sin que puedan reclamarlas los propietarios de los terrenos superiores. Por el contrario, si se reúnen los requisitos de avulsión, el propietario del fundo superior puede reclamarlas por el plazo de 6 meses, en tanto no se hubieran adherido al suelo.

* + 1. extracción artificial

Ya se dijo que los propietarios de los fundos inferiores están obligados a recibir las aguas que naturalmente desciendan de los terrenos superiores no estando comprendidas aquellas que desciendan o que hayan salido al exterior por el trabajo del hombre. Sin embargo el **art 1976** contiene una excepción a dicha regla: cuando por la mano del hombre (por ejemplo construyendo canales, utilizando bombas de extracción de agua, molinos, etc) el agua es derivada artificialmente a fin de que desemboque en fundos inferiores, el titular del fundo que las recibe no puede oponerse, “si se prueba que no causan perjuicio a los inmuebles que las reciben”. (El dueño del fundo superior que hizo la obra no puede agravar la condición del fundo inferior)

Inmisiones indirectas o inmateriales (art 1973)

El **art 1973** en su actual redacción dice: *“Las molestias que ocasionan el humo, calor, olores, luminosidad, ruidos, vibraciones o inmisiones similares por el ejercicio de actividades en inmuebles vecinos, no deben exceder la normal tolerancia teniendo en cuenta las condiciones del lugar y aunque medie autorización administrativa para aquéllas.*

*Según las circunstancias del caso, los jueces pueden disponer la remoción de la causa de la molestia o su cesación y la indemnización de los daños. Para disponer el cese de la inmisión, el juez debe ponderar especialmente el respeto debido al uso regular de la propiedad, la prioridad en el uso, el interés general y las exigencias de la producción”.*

1. **condiciones de aplicación del art 1973**
2. la molestia debe provenir de un fundo vecino: no es necesario que el inmueble del cual emana la incomodidad linde con el perjudicado. Si se requiere que se trate de fincas vecinas, no importar si se trata de viviendas, oficinas, negocios, deptos., etc.
3. La inmisión debe ser cuantificable: no necesita ser palpado pero si medido a los fines de establecer si queda encuadrado en los parámetros que hacen a las incomodidades propias de a vida comunitaria si exceden la normal tolerancia.
4. La inmisión debe ser permanente: no es necesario que el ruido se perciba a toda hora y durante todo el dio, puede ser discontinuo pero repetido a intervalos más o menos regulares.
5. Afectación del inmueble ajeno: cuando el humo, ruido u olores se introducen en el inmueble que habita el afectado.
6. La molestia debe ser generada por un hecho humano
7. No es necesario que la inmisión cause daño
8. La inmisión debe exceder la normal tolerancia.
9. **concepto de normal tolerancia**
	1. uso regular de la propiedad

Promovida la demanda, el juez está facultado para ordenar la cesación de las molestias y además otorgar la inmunización de los daños, si correspondiere, a cuyo fin el párrafo 2 del art 1973 establece algunas pautas que deberán tenerse en cuenta para evaluar la situación de hecho y decidir en consecuencia. Se enumeran: uso regular de la propiedad, prioridad en el uso, interés general y las exigencias de la producción. La teoría de la inmisión parte del principio según el cual el propietario no puede impedir la producción de ruidos, olores, etc provenientes del fundo de otro, si el efecto producido no importa ningún perjuicio o este es insignificante.

* 1. prioridad en el uso

Lo que determina la prioridad en el uso de un fundo no es la fecha de adquisición del dominio sino el momento a partir del cual se desarrolló la actividad que se considera generadora de molestias, por lo que el actual titular podría invocar el uso de su transmitente, habida cuenta que este marco debe ser entendido como una prioridad cronológica entre los fundos a fin de establecer la prioridad a que se refiere el art 1973.

* 1. interés general y exigencias de la producción

En esta situación están en pugna dos intereses jurídicamente protegidos: por una parte, el derecho de trabajar y ejercer toda industria lícita y por la otra, el usar y disponer de la propiedad, ambos de raigambre constitucional, es función judicial equilibrarlos razonablemente contemporizando las exigencias de la producción y el respeto al uso regular de la propiedad.

* 1. autorización administrativa

El art 1973 hace expresa mención al supuesto en que mediare autorización administrativa y el lugar del cual provienen las molestias, humo, olores, etc hubiera cumplido los recaudos impuestos por las reglamentaciones distadas por la autoridad local, señalando que esa circunstancia no exime del cumplimiento de las obligaciones de vecindad. La incidencia de la autoridad administrativa está debilitada toda vez que predomina la postura de analizar la actividad dañosa en concreto por sobre la mera observancia de las reglamentaciones locales; en cambio la ausencia de autorización administrativa es un parámetro de apreciación de la conducta del demandado.

1. naturaleza del proceso

La naturaleza de la acción a iniciar para hacer cesar las molestias ¿es de carácter real o personal? Se ha dividido entre quienes sostienen que la acción tendiente al cese de las molestias es de carácter real y quienes la consideran de naturaleza personal:

1. acción real: las restricciones y límites al dominio son inherentes a dicho derecho real, de allí que su violación debe ser denunciada y reparada por vía de las acciones reales. Sea ésta confesoria o negatoria. Las molestias o inmisiones inmateriales invaden la esfera de exclusión del titular dominial y perturban el ejercicio de su derecho, de allí que sería la acción confesoria la vía procesal adecuada para recobrar su plenitud.

Dentro de la corriente, hay quienes se inclinan por proponer la acción negatoria y no la confesoria. En todo caso, la cuestión más difícil se relación con la legitimación activa; por tratarse de acciones reales, los legitimados serán siempre los titulares de derechos reales por lo cual quedarían sin protección frente a las inmisiones indirectas las personas que aun sin detentar esa calidad se ven perjudicados por ellas.

1. Acción personal: se ha considerado que el art 1973 confiere una acción persona a todo sujeto que, en su calidad de vecino, se vea perturbado por las molestias allí mencionadas. En esta tesis, la legitimación tanto activa como pasiva corresponde no solo a los titulares de derechos reales que se ejerza por la posesión sino también al tenedor u ocupante en interés ajeno.
2. Nuestra opinión: entendemos que la acción tendiente a hacer cesar las molestias ocasionadas por las inmisiones a que se refiere el art 1973 se inserta en el campo de las relaciones reales y no de los derechos reales, lo cual permite catalogar dicha acción como personal, sin perjuicio del ejercicio de las defensas posesorias y reales, si se reunieran los requisitos de procedencia de unas y otras. En efecto ¿Cuál es el interés tutelado por el art 1973? : las relaciones de vecindad.

Por otra parte, ¿Qué protegen a las acciones reales? La defensa de la existencia, plenitud y libertad de los derechos reales contra ataques que pidan su ejercicio

Resulta entonces que su se parte de relaciones de vecindad y no de las de dominio, la acción es personal. En esta concepción quedan legitimados para reclamar el cese de las molestias o la indemnización, tanto el propietario del fundo afectado por el uso excesivo, como también quienes ocupen el fundo vecino en virtud de otro derecho real o personal, que son quienes soportan las molestias excesivas. Será legitimado pasivo tanto el propietario del inmueble (incluyendo al titular dominical y a otros titulares de derechos reales que se ejercen por la posesión) como el locatario o quien lo ocupa en virtud de cualquier relación real.

* 1. Sanciones

El párrafo 2 del art 1973 dispone “según las circunstancias del caso, los jueces podrán disponer la remoción dela causa de la molestia o su cesación y la indemnización de los daños.” Las molestias que superen la normal tolerancia en los términos del art 1973 deben cesar y no cabe duda que ese debe ser el resultado de la intervención judicial. Dichas molestias no necesariamente produjeron daños, pero si así fuera y el perjuicio estuviera debidamente probado no podría negarse al vecino damnificado la indemnización que le correspondería de haber invocado los principios generales sobre responsabilidad civil.

* 1. Indemnización

En el supuesto que resulte procedente la indemnización, esta queda integrada por los rubros que se hubieran invocado y probado: daños materiales, morales y lucro cesante.

1. Prescripción

Las acciones tendientes al cese de las molestias y, en su cao, el resarcimiento de los daños que se hubieran producido ¿en qué plazo prescriben? Andorno ha sostenido que, por tratarse de una acción real que nace del dominio, el ejercicio de este derecho es imprescriptible, de tal modo, aun cuando una persona tolerase incomodidades o perturbaciones de las contempladas en el art 1973 del ccc durante muchos años no por ello prescribiría su derecho a reclamar la cesación de aquellas.

Tratándose de una acción personal, se aplicada la prescripción genérica de cinco años prevista en el art 2560 del ccc sin perjuicio de que si se optare por las defensas posesorias o las acciones reales, en cada caso se apliquen los plazos de prescripción que señala la ley.

¿Cuándo comienza a computarse el plazo de prescripción? En principio desde que se cometió el hecho o acto dañoso, sin embargo cuando la víctima no pudo conocerlo el tiempo se contara desde que esta, actuando con la debida diligencia, estuvo en condiciones de advertirlo. También se ha entendido que dicho computo se inicia a partir de que las molestias pasaros de ser tolerables a intolerables, cuestión difícil de probar, en la que se debe primar la prudencia judicial.

**VII.7) Dominio imperfecto: a) conceptos y casos; b) dominio fiduciario. Ley 24441. Artículo 2662 del código civil; c) dominio revocable; d) dominio desmembrado.**

Dice el **art 1964**: *Son dominios imperfectos el revocable, el fiduciario y el desmembrado. El dominio revocable se rige por los artículos de este Capítulo, el fiduciario por lo previsto en las normas del Capítulo 31, Título IV del Libro Tercero, y el desmembrado queda sujeto al régimen de la respectiva carga real que lo grava.*

1. Dominio revocable o resoluble

El **art. 1965** caracteriza el dominio revocable como aquel "sometido a condición o plazo resolutorios a cuyo cumplimiento el dueño debe restituir la cosa a quien se la transmitió. La condición o el plazo deben ser impuestos por disposición voluntaria expresa o por la ley". Hay que hacer notar que en la nueva legislación, a diferencia de la anterior, se establece un plazo máximo para la condición resolutoria.

De tal manera, el dominio, perpetuo por definición, altera dicho carácter cuando su duración queda subordinada al cumplimiento de un plazo o de una condición resolutoria.

En ese sentido Alterini entiende que la condición resolutoria puede ser expresa o implícita. Es expresa cuando fue pactada por las partes dentro del marco regulatorio del contrato de que se trate o implícita cuando su fuente es la ley. En todo caso, se trate de una u otra de las categorías enunciadas, la condición a la que se somete la duración del dominio debe ser siempre resolutoria. A dicha condición podrá ir unido (o no) un plazo resolutorio, ya que ambos (condición y plazo) han sido admitidos en el texto del art. 1965 al referirse a la extinción del dominio revocable.

2, Dominio fiduciario

 **En el Código Civil y Comercial**

Conforme lo adelantamos, el **art. 1701** del CCyCN adopta la definición de este instituto conforme la concebida en el art. 2662 con la modificación introducida por la ley 24.441 disponiendo que *"Dominio fiduciario es el que se adquiere con razón de un fideicomiso constituido por contrato o por testamento, y está sometido a durar solamente hasta la extinción del fideicomiso, para el efecto de entregar la cosa a quien corresponda según el contrato, el testamento o la ley".*

**Objeto**

El dominio fiduciario, como todos los derechos reales, puede recaer en cosas muebles o inmuebles individualmente determinados y no sobre universalidades.

**En el cc:** el dominio fiduciario existe cuando el titular, llamado propietario fiduciario recibe un bien, determinado, de una persona llamada constituyente del fideicomiso con el fin de que, al término de un cierto plazo o cumplimiento de determinada condición (resolutorio) lo transmita a un tercero denominado fideicomisario. El Código se refiere en el art. 2662 al dominio fiduciario.

**Art. 2.662.** *Dominio fiduciario es el que se adquiere en razón de un fideicomiso constituido por contrato o por testamento, y está sometido a durar solamente hasta la extinción del fideicomiso, para el efecto de entregar la cosa a quien corresponda según el contrato, el testamento o la ley.*

Intervienen tres partes: el fiduciante o fideocomitente: es el que trasmite los bienes a otro llamado fiduciario quien, a su vez, se obliga a trasmitirlo a un tercero llamado beneficiario (el código utiliza mal la palabra “restituir” porque el tercero beneficiario no ha tenido nunca la cosa). El fideicomiso solo puede constituirse sobre cosas particulares y no sobre un patrimonio o parte alícuota de un patrimonio. Las facultades del propietario fiduciario están sujetas a lo mínimo, no puede constituir usufructo, uso o habitación (arts. 2841 y 2949 cc). En el derecho moderno el negocio fiduciario ha adquirido gran expansión en el ámbito financiero y, bancario y también del seguro.

1. **Dominio desmembrado**

Tal como lo dispone el **art. 1964** el dominio desmembrado, como especie del dominio imperfecto, queda regulado conforme a la carga real de que se trate. Teniendo en cuenta que los derechos reales que recaen sobre cosa ajena quedan calificados como dominio desmembrado, se incluyen aquí la superficie, el usufructo, el uso, la habitación, la servidumbre, la hipoteca, la anticresis y la prenda.

**UNIDAD VIII: ADQUISICION Y PERDIDA DEL DOMINIO**

**VIIII.1) Enumeración legal. Artículo 2524. Clasificación: modos originarios y modos derivados. Metodología legal.**

**Art. 2.524 cc.** El dominio se adquiere:

1° Por la apropiación;

2° Por la especificación;

3° Por la accesión;

4° Por la tradición;

5° Por la percepción de los frutos;

6° Por la sucesión en los derechos del propietario;

7° Por la prescripción.

**Clasificación:**

**1. Originarios:** el derecho se adquiere con independencia de un derecho anterior de otra persona; no hay antecesor conocido, de manera que el derecho nace para el titular libre de todas las cargas o limitaciones que pudieren haberlo afectado en algún momento. Apropiación, especificación o transformación, accesión y percepción de frutos.

**2. Derivados:** la adquisición se apoya en el derecho de otra persona. Hay un titular anterior que pierde el derecho y un titular actual que, con motivo de la transmisión, lo recibe con todas las cargas, limitaciones y restricciones que lo afectaban. Tradición, sucesión mortis causa.

**1. A título universal o a título particular:** según que la adquisición recaiga sobre todo un patrimonio o una parte alícuota de él, como en la sucesión mortis causa, o bien sobre uno o varios objetos determinados, considerados individualmente, como en la tradición.

**2. Por actos mortis causa o inter vivos:** según los derechos sean recibidos o no por el actual titular en razón de la muerte del anterior y por haber sido llamado a sucederlo ocupando su lugar. EJ: sucesión mortis causa; todos los demás.

**3. A título oneroso o a título gratuito**: según que el adquiriente reciba o no la cosa a cambio de algo que el a su vez entrega.

**4. Aplicables a muebles o inmuebles**: códigos como el alemán, suizo, brasilero, etc, tratan por separado los modos de adquisición de cosas muebles e inmuebles.

**1. Muebles:** apropiación, especificación, percepción de frutos y, dentro de la accesión, la migración de animales domésticos, la adjunción, la mezcla y la confusión.

**2. Inmuebles:** restantes casos de accesión, sea avulsión, aluvión, edificación, siembra y plantación.

**3. Indistintamente en ambos:** tradición, sucesión y prescripción.

**VIII.2) Apropiación: a) concepto y requisitos; b) cosas susceptibles de apropiación y no susceptibles de adquisición; c) régimen especial de las cosas no apropiables: cosas perdidas y tesoros.**

**ARTICULO 1947.-** Apropiación. El dominio de las cosas muebles no registrables sin dueño, se adquiere por apropiación.

a) son susceptibles de apropiación:

i) las cosas abandonadas;

ii) los animales que son el objeto de la caza y de la pesca;

iii) el agua pluvial que caiga en lugares públicos o corra por ellos.

b) no son susceptibles de apropiación:

i) las cosas perdidas. Si la cosa es de algún valor, se presume que es perdida, excepto prueba en contrario;

ii) los animales domésticos, aunque escapen e ingresen en inmueble ajeno;

iii) los animales domesticados, mientras el dueño no desista de perseguirlos. Si emigran y se habitúan a vivir en otro inmueble, pertenecen al dueño de éste, si no empleó artificios para atraerlos;

iv) los tesoros.

El **art. 1947** menciona como apropiables las cosas muebles no registrables sin dueño, pero no proporciona un concepto o definición de esta forma de adquirir el dominio.

En ese sentido el art. 2525 del Código velezano dispone: "La aprehensión de las cosas muebles sin dueño, o abandonadas por el dueño, hecha por persona capaz de adquirir con el ánimo de apropiárselas, es un título para adquirir el dominio de ellas". En la nota al citado artículo Vélez aclara que es preciso "no confundir la ocupación con la posesión. La ocupación, y por ella la aprehensión, no tiene lugar sino en las cosas sin dueño. La posesión, al contrario, puede tener lugar en cosas sin dueño y en las que tienen dueño; pero está subordinada a las condiciones determinadas en el título "De la posesión".

La aprehensión a que hace referencia el art. 2525 había sido ya definida en el art. 2374: "La aprehensión debe consistir en un acto que, cuando no sea un contacto personal, ponga a la persona en presencia de la cosa con la posibilidad física de tomarla", es decir, como se amplía en la nota pertinente, no es necesario el contacto físico real y actual con la cosa sino que resulta suficiente la posibilidad que tiene el sujeto de tomar la cosa o disponer de ella en cualquier momento.

La primera pregunta a formular es, dada la diferente terminología utilizada en uno y otro código, si aprehensión y apropiación tienen el mismo significado.

Conforme la Real Academia Española aprehender es "coger, asir, prender a alguien, o bien algo", en tanto que apropiar significa "hacer algo propio de alguien". La concordancia entre la adquisición de la posesión y la del dominio en este aspecto no se limita a la aprehensión de la cosa sino que también se extiende al ánimo de apropiársela o intención de tenerla como suya, de allí que resulta más ejemplificativo utilizar el término apropiación para esta forma de adquisición del dominio, ya que incluye no sólo la aprehensión de la cosa sino también la intención de adueñarse de ella.

A la aprehensión y a la voluntad se suma otro requisito que guarda relación con la adquisición de la posesión: la capacidad. Al respecto sostiene Salvat que para adquirir el dominio por este medio la persona debe ser capaz de voluntad, lo cual basta para darse cuenta del acto de adquisición que realiza, es decir que resulta suficiente el discernimiento sin que se requiera la capacidad para contratar.

**1. Cosa mueble**

Este medio de adquisición del dominio sólo se aplica respecto de cosas muebles. Los inmuebles no pueden ser objeto de apropiación: en primer lugar porque tanto el CCyCN (art. 1947) como la anterior legislación expresamente se refieren a los muebles y en segundo término porque los inmuebles que carecen de dueño pertenecen al Estado por disponerlo el art. 2342. Sin embargo, no todas las cosas muebles son susceptibles de apropiación.

El art. 2527), en paralelo con el art. 2343), enumera aquellas incluidas en esta forma de adquisición del dominio: animales de caza, peces de los mares y los ríos, las cosas que se hallan en el fondo de los mares, el dinero y otros objetos voluntariamente anodinados por sus dueños, los animales bravíos o salvajes, los animales domesticados que recuperen su libertad.

El art. 2528 enumera una serie de cosas que no pueden ser objeto de apropiación: "los inmuebles, los animales domésticos o domesticados, aunque huyan o se acojan en predios ajenos, las cosas perdidas, lo que sin voluntad de los dueños cae al mar o a los ríos ni las que se arrojan para salvar las embarcaciones, ni los despojos de los naufragios".

**1.1. Cosa mueble no registrable**

Hacemos notar que el art 1947 del CCyCN, al regular la apropiación como forma de adquisición del dominio, no sólo se refiere a las cosas muebles sino que agrega "no registrables". Ello por cuanto en este aspecto las cosas muebles registrables se equiparan a los inmuebles, siempre tienen dueño (salvo el caso de abandono que luego veremos) y el derecho real sobre ellas se adquiere sólo con la inscripción registral que es constitutiva en tanto así lo determinen las leyes especiales (art. 1892).

**2. Cosas abandonadas**

El art. 1947 del CCyCN en su inc. a) enumera las cosas muebles susceptibles de apropiación, refiriéndose en primer término a las cosas abandonadas.

Por su parte, el art. 2526 del CCiv. define las cosas abandonadas por el dueño como "aquellas de cuya posesión se desprende materialmente, con la mira de no continuar en el dominio de ellas".

Hay que tener en cuenta que, para que se configure el abandono, el desprendimiento de la cosa debe ser voluntario y no forzado, de lo contrario estamos en el supuesto de pérdida de la posesión por el hecho de un tercero.

**3. Animales objeto de caza y pesca**

El art. 1947 del CCyCN enumera los animales que son el objeto de la caza y de la pesca como susceptibles de apropiación.

**3.1. Concepto de caza**

El art. 15 de la ley 22.421, a la que nos referiremos infra, define la caza como "la acción ejercida por el hombre, mediante el uso de artes, armas y otros medios apropiados, persiguiendo o apresando ejemplares de la fauna silvestre con el fin de someterlos bajo su dominio, apropiárselos como presa, capturándolos, dándoles muerte o facilitando estas acciones a terceros". Sin embargo la caza, como modo de adquisición del dominio por apropiación, tiene un alcance mucho más limitado.

El art. 1948 del CCyCN dice que "El animal salvaje o el domesticado que recupera su libertad natural, pertenece al cazador cuando lo toma o cae en su trampa...". Sólo los animales salvajes primeros pueden ser objeto de caza por cuanto son considerados res nullius y por lo tanto pueden pertenecer al primer ocupante. Los animales domesticados tienen dueño y se mantendrán en ese carácter en tanto aquél los persiga, actitud que evidencia su intención de conservarlo; en esa situación nadie puede tomarlo ni cazarlo; en ese sentido el art. 1947 del nuevo Código establece que no son susceptibles de apropiación "los animales domesticados, mientras el dueño no desista de perseguirlos".

Distinta es la situación que plantea la segunda parte del inc. iii) respecto de los animales domesticados: "Si emigran y se habitúan a vivir en otro inmueble, pertenecen al dueño de éste, si no empleó artificios para atraerlos".

**3.2. Lugares de caza**

El art. 2542 del Código velezano limita la caza a: 1) terrenos propios; 2) terrenos ajenos que no estén sembrados, plantados o cultivados; 3) reglamentariamente aptos para esa actividad. Cuando una persona caza en terreno ajeno sin contar con la autorización de su dueño, a él le pertenece la pieza capturada y "el cazador está obligado a pagar el daño que hubiere causado”.

En el mismo sentido el art. 1948 del CCyCN expresa: "Pertenece al dueño del inmueble el animal cazado en él sin su autorización expresa o tácita", pero nada dice respecto de la indemnización de los posibles daños. En realidad, en caso de haberse producido perjuicios para el dueño del fundo, su reparación corresponderá de conformidad con las normas del derecho de daños, por lo cual no concierne legislar sobre esa materia en este artículo**.**

**3.3. Lugares de pesca**

**3.3.1. En el Código Civil**

El art. 2527 del Código de Vélez enumera entre las cosas cuyo dominio puede adquirirse por apropiación "los peces de los mares y ríos y de los lagos navegables". Por su parte, el art. 2343 dice: "Son susceptibles de apropiación privada: 1º los peces de los mares interiores, mares territoriales, ríos y lagos navegables, guardándose los reglamentos sobre la pesca marítima o fluvial...".

El art. 2547 agrega: "La pesca es también otra manera de apropiación, cuando el pez fuere tomado por el pescador o hubiere caído en sus redes", es decir cuando la pieza ha quedado a disposición del sujeto.

**3.3.2. En el Código Civil y Comercial**

Entre las cosas muebles susceptibles de ser apropiadas se incluyen los animales de pesca (art. 1947) para disponer luego: "Quien pesca en aguas de uso público, o está autorizado para pescar en otras aguas, adquiere el dominio de la especie acuática que captura o extrae de su medio natural" (art. 1949). Teniendo en cuenta que en materia de recursos naturales en general y de pesca en particular existe regulación específica, no puede interpretarse la norma antes transcripta fuera de ese contexto.

En las aguas de propiedad individual, sólo el propietario de ellas tiene derecho a pescar, y goza de la facultad de autorizar o negar a extraños el permiso a hacerlo (art. 239).

**Requisitos**

a) Que el pez sea extraído de aguas de uso público. No se hace aquí distingo alguno entre aguas navegables y no navegables (como lo hacía Vélez).

b) Que el pez sea extraído de cursos de aguas privados con la autorización de su dueño. Si se pesca en aguas privadas sin la autorización tácita o expresa del dueño el pez atrapado le pertenece a este último y además —si corresponde— tiene derecho a solicitar una reparación por el daño ocasionado, conforme a los principios generales de la responsabilidad civil y derechos de daños.

c) Que el pescador aprehenda materialmente al pez, lo cual se configura cuando se captura o se lo extrae de su medio natural.

**3.3.3 Enjambres de abejas**

El **art. 1950** incorpora otra cosa que puede ser adquirida por apropiación: un enjambre de abejas, en los siguientes términos: "El dueño de un enjambre puede seguirlo a través de inmuebles ajenos, pero debe indemnizar el daño que cause. Si no lo persigue o cesa en su intento, el enjambre pertenece a quien lo tome. Cuando se incorpora a otro enjambre, es del dueño de éste".

**3.3.4. Animales domésticos**

El art. 1947 del CCyCN enumera como semovientes no susceptibles de apropiación los animales domésticos y los animales domesticados; sin embargo ambas categorías no sólo quedan incluidas en distintos incisos sino que además merecen distinto tratamiento jurídico.

En el primer caso, animales domésticos, no pueden ser apropiados aunque escapen e ingresen en inmueble ajeno.

En el segundo supuesto, animales domesticados, quedan sujetos a un régimen similar al de los enjambre de abejas antes estudiados. Cabe consignar que los animales domésticos son aquellos que conviven naturalmente con el hombre como los gatos y los perros y no son susceptibles de caza; en cambio, son animales domesticados aquellos naturalmente salvajes que se han sido dominados por los humanos y que, a diferencia de la categoría anterior, pueden ser cazados.

Los requisitos son: a) que se trate de animales domesticados; b) que esos animales hubieran recuperado su libertad; c) que se hubiesen alejado del lugar en que vivían; d) que se hubiesen asentado naturalmente en otro predio; e) que el dueño de este predio no los hubiera atraído.

Cuando se reúnen todos esos extremos el dueño de los animales pierde su derecho de dominio conforme lo estipula el art. 2605: "La propiedad de los animales salvajes o domesticados se acaba cuando recuperan su antigua libertad, o pierden la costumbre de volver a la residencia de su dueño". Producida esta pérdida para el anterior propietario, el titular del fundo en el cual se han asentado adquiere el derecho real sobre esos animales.

Cuando hay posibilidad de identificar al animal el anterior propietario dispone de la acción reivindicatoria que será procedente en tanto no se hubiera producido el acrecentamiento, sucedida esta circunstancia el dominio se pierde para él y por tanto carece de asidero la acción real.

El CCyCN no contiene disposiciones similares.

**4. Cosas perdidas**

Las cosas perdidas son aquellas que han salido del patrimonio del dueño contra su voluntad o sin su voluntad.

El art. 1947 del CCyCN establece que en caso de duda acerca de si la cosa es abandonada o perdida, se presume que es perdida si es de algún valor, presunción que admite prueba en contrario. Al respecto se ha dicho que "debe considerarse perdida... la cosa dejada por necesidad, como la dejada sin ella, pero sin intención de abandonarla

El que haya una cosa abandonada puede adquirir su dominio por apropiación, en cambio el que encuentra una cosa perdida tendrá las obligaciones del depositario y sólo puede reclamar una recompensa por sus cuidados, según veremos a continuación.

**4.1 Obligaciones de quien halla la cosa**

El art. 1955 del CCyCN estipula: "El que encuentra una cosa perdida no está obligado a tomarla, pero si lo hace asume las obligaciones del depositario a título oneroso...", en el mismo sentido que lo hacía el art. 2531 del Código velezano encuadra la situación en un deposito oneroso, a pesar que claramente no existe aquí contrato alguno.

Cuando el hallador opta por tomar la cosa perdida pueden darse dos situaciones: que conozca o pueda conocer al dueño de la cosa encontrada, o que no lo conozca.

En el primer caso manda el art. 1955 que la restituya inmediatamente a quien tenga derecho a reclamarla; en este mismo sentido dispone el art. 2532 del CCiv., con el agregado que, en caso de no hacerlo pierde el derecho a recompensa.

Cuando no supiera quién es el propietario debe entregar la cosa a la policía del lugar del hallazgo, quien debe dar intervención al juez. En el CCyCN, el art. 1955, si bien obliga al hallador a restituir la cosa inmediatamente, no contempla sanción alguna en caso de no hacerlo en la manera establecida por la norma como lo hacía Vélez en el artículo antes referenciado.

**4.2 Cosas robadas y abandonadas**

Las cosas robadas y luego abandonadas por el ladrón, ¿pueden quedar asimiladas a las cosas perdidas a los fines de solicitar recompensa?

La jurisprudencia se ha expedido en sentido favorable al resolver que "lo que interesa a los fines de establecer la viabilidad de la recompensa, es que el hallador encontró la cosa que se había perdido a raíz del robo, y que obviamente la reclamación no es hecha por el ladrón, cómplice o encubridor, quienes, va de suyo no pueden solicitar la tutela jurisdiccional frente al ilícito que cometieron o del que participaron".

**V.III.3) Especificación o trasformación: a) concepto y elementos; b) posibles criterios de solución del conflicto entre el interés del dueño de la materia y el especificador. Sistema del código civil.**

**TRANSFORMACIÓN**

**ARTICULO 1957.-** Transformación. *Hay adquisición del dominio por transformación si alguien de buena fe con una cosa ajena, mediante su sola actividad o la incorporación de otra cosa, hace una nueva con intención de adquirirla, sin que sea posible volverla al estado anterior. En tal caso, sólo debe el valor de la primera.*

*Si la transformación se hace de mala fe, el dueño de la materia tiene derecho a ser indemnizado de todo daño, si no prefiere tener la cosa en su nueva forma; en este caso debe pagar al transformador su trabajo o el mayor valor que haya adquirido la cosa, a su elección.*

*Si el transformador es de buena fe y la cosa transformada es reversible a su estado anterior, el dueño de la materia es dueño de la nueva especie; en este caso debe pagar al transformador su trabajo; pero puede optar por exigir el valor de los gastos de la reversión.*

*Si el transformador es de mala fe, y la cosa transformada es reversible a su estado anterior, el dueño de la cosa puede optar por reclamar la cosa nueva sin pagar nada al que la hizo; o abdicarla con indemnización del valor de la materia y del daño.*

En términos sencillos, transformación es cambiar una cosa por otra, convertirla en un objeto distinto del que era anteriormente; el objeto primitivo opera como materia prima para la obtención de un nuevo producto. Cuando el producto utilizado como materia prima y el objeto elaborado pertenecen al mismo titular la cuestión no reviste interés. El conflicto se produce cuando el dueño del producto final no lo es de los productos primarios.

**1. Transformación de buena fe**

En el supuesto de transformación de buena fe e imposibilidad de reducir la cosa al estado anterior, el art. 1957, 1er. párrafo, dispone que el transformador sólo debe el valor de la cosa ajena (o materia prima). La solución del caso tiene en cuenta los principios de equidad y de resguardo del mayor valor económico que la cosa ha adquirido como consecuencia del trabajo humano, resultaría a todas luces disvalioso no reconocer el valor, por ejemplo, de una escultura realizada con bronce ajeno.

El especificador habrá adquirido el dominio del objeto nuevo por él producido quedando a su cargo el pago de una indemnización al propietario de la materia prima utilizada, equivalente a su valor.

El tercer párrafo del artículo que analizamos resuelve el supuesto del especificador de buena fe y la posibilidad de reducir la cosa a su forma anterior: "el dueño de la materia es dueño de la nueva especie; en este caso debe pagar al transformador su trabajo; pero puede optar por exigir el valor de los gastos de la reversión".

El propietario de la materia prima tiene la opción: pagar al transformador su trabajo o exigir el valor de los gastos de la reversión. En el primer caso el valor a pagar debe guardar relación con el trabajo efectuado por el especificador en el producto elaborado, basta pensar al respecto el precio que tendría una escultura o una pintura realizada por un artista reconocido.

Cuando el dueño de la materia prima opta por conservar la propiedad del producto transformado cuenta con la acción real reivindicatoria para obtener su restitución teniendo en cuenta que según el art. 1957 aquél no ha perdido el dominio. En tal sentido el transformador adquiere el dominio del objeto nuevo sólo cuando el propietario de la materia prima ha efectuado la opción de ser reembolsado del valor de ésta, en cambio no pierde su dominio y, por ende, el transformador no lo adquiere, cuando opta por conservar para sí la obra o el producto terminado pagando la indemnización correspondiente.

En este aspecto el Código de Vélez es más explícito cuando, en el art. 2606 dice: "El derecho de propiedad se pierde cuando la ley atribuye a una persona, a título de transformación, accesión, o prescripción, la propiedad de una cosa perteneciente a otra".

**2. Transformación de mala fe**

El segundo párrafo del art. 1957 reglamenta la situación del transformador de mala fe en los siguientes términos: "Si la transformación se hace de mala fe, el dueño de la materia tiene derecho a ser indemnizado de todo daño, si no prefiere tener la cosa en su nueva forma; en este caso debe pagar al transformador su trabajo o el mayor valor que haya adquirido la cosa, a su elección".

En este supuesto el especificador ha actuado de mala fe, es decir sabiendo o pudiendo conocer que la materia prima que utiliza es ajena; se regula aquí la situación en la cual es imposible volver al estado anterior y recuperar la materia prima: el dueño tiene dos opciones:

a) ejercer su derecho a ser indemnizado de todo daño;

b) hacer suya la cosa en su nueva forma. En caso de elegir esta última vía deberá retribuir al transformador: a) pagando su trabajo o b) pagando el mayor valor que haya adquirido la cosa, solución que tiende a evitar un enriquecimiento sin causa en perjuicio del transformador.

En esta situación la cosa ha desaparecido perdiendo su individualidad, de allí la imposibilidad para el titular dominical de reivindicarla.

El CCiv. de Vélez no contempla expresamente la situación del transformador de mala fe cuando hay posibilidad de volver al estado anterior. La doctrina mayoritaria coincide en aplicar al caso el art. 2570 previsto inicialmente para el transformador de buena fe, poniendo a su cargo la indemnización de todos los daños por aplicación de los principios de la responsabilidad por los actos ilícitos.

Esta laguna legal ha sido completada en el cuarto párrafo del art. 1957 del CCyCN al disponer que si el transformador es de mala fe y la cosa transformada es reversible "el dueño de la cosa puede optar por reclamar la cosa nueva sin pagar nada al que la hizo; o abdicarla con indemnización del valor de la materia y de daño".

**V.III.4) Accesión: a) concepto. Casos. Clases; b) distintos supuestos de accesión: i) aluvión; ii) avulsión; iii) edificación, siembra y plantación; iv) adjunción.**

El **art. 2571** del ccc introduce otro de los modos de adquirir el dominio: *"Se adquiere el dominio por accesión, cuando alguna cosa mueble o inmueble acreciere a otra por adherencia natural o artificial".*

En el CCyCN se mantiene esta forma de adquisición del dominio pero se legisla por separado la accesión de cosas muebles (art. 1958) y la accesión de inmuebles en sus distintas variables: aluvión (art. 1959), avulsión (art. 1961), construcción, siembra y plantación (art. 1962) e invasión de inmueble colindante (art. 1963). Analizaremos dichos supuestos separadamente:

**1. Accesión de cosas muebles**

Conforme se desprende del art. 1958 del CCyCN la accesión es un modo autónomo de adquisición del dominio en virtud del cual cosas muebles que pertenecen a distintos titulares de dominio acceden entre sí sin que medie hecho del hombre y no es posible su separación material sin deteriorarlas o sin gastos excesivos. En tal supuesto el propietario de la nueva especie es el dueño de la que tenía mayor valor económico al momento de la accesión.

Si las cosas tenían el mismo valor, o no fuere posible determinar cuál de ellas era de mayor valor, la nueva especie pasa a estar en condominio por partes iguales. En este último supuesto entendemos que se constituyó un condominio por adquisición legal, razón por la cual en este caso los derechos y obligaciones respecto de la nueva especie se rigen por las normas del derecho real de condominio.

**i) En el Código velezano**

El Código de Vélez regula en los arts. 2594 al 2600 los supuestos de adjunción, mezcla y confusión, que han sido simplificados en la presente norma. Pasaremos revista a dicha reglamentación:

**1.1. Adjunción**

El art. 2594, si bien no contiene una definición de adjunción, esboza un concepto a partir del cual es posible establecer sus caracteres y ámbito de aplicación. Dice la norma citada: "Cuando dos cosas muebles, pertenecientes a distintos dueños, se unen de tal manera que vienen a formar una sola, el propietario de la principal adquiere la accesoria, aún en el caso de ser posible la separación, pagando el dueño de la cosa accesoria lo que ella valiere".

La adjunción, como modo de adquisición del dominio por accesión requiere:

**1.1.1. Cosas muebles que pertenezcan a distintos propietarios**

Conviene diferenciar el supuesto de adjunción del de transformación; en ambos las cosas muebles pertenecen a distintos propietarios, sin embargo en la adjunción ambas forman una sola cosa conservando su identidad en tanto que transformar es cambiar una cosa por otra, convertirla en un objeto distinto del que era anteriormente, el objeto primitivo opera como materia prima para la obtención de un nuevo producto.

**1.1.2. Posibilidad de separación**

Las cosas muebles pertenecientes a distintos propietarios, sin perder su sustancia, han formado una sola cosa con individualidad propia. A los fines de la calificación de adjunción es irrelevante que las cosas muebles que han accedido una a otra sean susceptibles o no de separación. Pero esa circunstancia es tenida en cuenta a los efectos de regular los derechos del dueño de la cosa anexada. En este sentido el art. 2595 establece que "cuando la cosa unida para el embellecimiento, o perfección de la otra, es por su especie mucho más preciosa que la principal, el dueño de ella puede pedir su separación, aunque no pueda verificarse sin algún deterioro de la cosa a que se ha incorporado".

**1.1.3. Adquisición del derecho por el propietario de la cosa principal**

Por aplicación del principio de accesoriedad la cosa principal es la que determina la propiedad del conjunto dejando a salvo el derecho del dueño de la materia empleada.

**1.1.4. Indemnización**

La parte final del art. 2594 prescribe que quien adquiera la cosa por adjunción debe al dueño de la accesoria "lo que ella valiere"; se aplica al caso del principio de enriquecimiento sin causa. El valor debido es el que la cosa tenía al momento de producirse la unión.

El dueño de la materia empleada de mala fe, puede pedir que se le devuelva en igual especie y forma, cantidad, peso o medida que la que tenía, o que así se avalore la indemnización que se le debe; se concede de esta forma una opción al propietario de la cosa accesoria: obtener la devolución de otra cosa de la misma especie y calidad o la indemnización correspondiente que consistirá en la reparación integral del daño causado en el mismo sentido que prescribe el art. 2437.

**ii) En el nuevo Código**

Los requisitos hasta aquí analizados a los efectos de la accesión de cosas muebles por adjunción están presentes en el art. 1958 del CCyCN: cosas muebles que pertenecen a distintos propietarios, imposibilidad de separación, adquisición del derecho por uno de los propietarios, indemnización.

Sin embargo hay que marcar algunas diferencias: en el régimen del Código velezano, dada la accesión de cosas muebles, el propietario de la principal adquiere la accesoria, en tanto que según el CCyCN se atribuye el dominio al dueño de la que tenía más valor económico.

En cuanto al pago de indemnizaciones, el art. 1958 nada regula al respecto; si bien en esta situación no puede catalogarse la buena o mala fe de los actores por cuanto no medió hecho del hombre, implicaría un enriquecimiento sin causa atribuir la titularidad del derecho sobre la totalidad a uno de los dueños sin que medie una indemnización al propietario de la cosa de menor valor.

**1.1.2. Mezcla y confusión**

En tanto la adjunción se refiere a dos o más cosas muebles sólidas que se yuxtaponen, la mezcla y la confusión supone cosas sólidas o líquidas que se mezclan. Esta forma de adquisición del dominio de cosas muebles por accesión es regulada específicamente en el Código velezano en tanto no merece legislación especial en el CCyCN.

El art. 2597 del CCiv. nada aclara respecto de esta diferencia terminológica ya que se refiere a ambas indistintamente: "Cuando cosas secas o fluidas de diversos dueños se hubiesen confundido o mezclado, resultando una transformación, si una fuese la principal, el dueño de ella adquiere el dominio del todo, pagando al otro el valor de la materia accesoria".

Nótese que la norma califica la mezcla como transformación, de allí que sea aplicable a estos supuestos la regla del art. 1957 del CCyCN.

Esta forma de adquisición del dominio por accesión requiere, conforme la norma transcripta, el cumplimiento de los siguientes **requisitos:**

1º) cosas secas o fluidas que pertenecen a dueños distintos;

2º) las cosas se han mezclado o confundido. Como consecuencia de la mezcla o la confusión surge una materialidad distinta de sus componentes;

3º) las cosas pueden o no ser separables.

4º) indemnizaciones. En forma similar a los restantes supuestos de accesión, cuando el codificador otorga la titularidad del todo a uno de los dueños de las cosas que luego se han mezclado, también pone a su cargo la indemnizaciones que correspondan: a) cuando entre las cosas confundidas hubiese una principal, el dueño de ella debe pagar al otro el valor de la materia accesoria; b) cuando las cosas son separables, esa separación se hará a costa del que las unió sin consentimiento de la otra parte; c) cuando las cosas son inseparables, el que voluntariamente unió su cosa a la ajena debe pagar al propietario el valor que tenía al tiempo de la confusión. En el nuevo Código estas situaciones se resuelven aplicando las reglas del art. 1957.

**2. Accesión de cosas inmuebles**

Aluvión, avulsión, edificación, siembra y plantación, invasión de inmueble colindante, son modalidades de la accesión reguladas en el CCyCN. No se contempla aquí la migración de animales domesticados como lo hace el Código velezano**.**

Entre las distintas formas de accesión cabe distinguir:

i) Accesión natural: se refiere a la adherencia natural o artificial de una cosa a otra. En la primera (adherencia natural) no hay acción humana, sino que se produce como hecho de la naturaleza, por ejemplo aluvión y avulsión.

ii) Accesión artificial: la edificación, la siembra y la plantación requiere de la labor del hombre, de allí que son catalogadas como accesión artificial.

iii) Accesión moral: el CCiv. no contiene esta calificación, sin embargo la migración de animales domésticos queda incluida en esta categoría ya que no se produce naturalmente ni es resultado de la voluntad humana.

**2.1. Aluvión**

El aluvión es uno de los modos de accesión natural que beneficia a los inmuebles ribereños puesto que, como lo explica Vélez en la nota al art. 2572 "El lecho de agua corriente no tiene un límite invariable. Este límite, por el contrario, es movible; avanza o se retira. Los terrenos, pues, que lindan con los ríos, pueden unas veces perder, y es justo que otras puedan por las mismas causas, ganar para conservar su límite señalado...".

El aluvión puede ser de dos clases: 1) por acarreo y 2) por abandono. El primero se produce como consecuencia del deslizamiento de piedras, arena, fango, algas, etc. que arrastran las aguas y que se deposita a lo largo de la zona ribereña, el segundo también se denomina cauce seco y consiste en tierras que quedan al descubierto cuando el curso de los ríos ha variado o estos lo han abandonado.

**Para adquirir el dominio por aluvión en los términos del art. 1959 de la nueva legislación, deben reunirse ciertas condiciones:**

**2.1.1. Fundo ribereño**

Este beneficio de acrecentamiento del terreno propio sólo se otorga a un fundo ribereño, requisito que surge del art. 1959. Se confirma la exigencia del art. 2572 del CCiv.: "El derecho de aluvión no corresponde sino a los propietarios de tierras que tienen por límite la corriente del agua de los ríos o arroyos...".

Sin embargo no todos los ribereños tienen el derecho de adquirir por aluvión, en este sentido la segunda parte el art. 2574 aclara: "...no corresponde a los ribereños de un río canalizado y cuyas márgenes son formadas por diques artificiales", ello por cuanto en los hechos las márgenes de los ríos canalizados forman parte de la obra de canalización y si existiera algún tipo de sedimentación no sería el resultado del movimiento de las aguas que es el factor natural que el codificador ha tenido en cuenta al regular este instituto.

El fundo ribereño debe colindar con el río y no con un camino público que forma parte del Estado nacional, provincial o municipal. En todo caso, tratándose de bienes del dominio público, el acrecentamiento que pudiera obtenerse por aluvión corresponde al titular dominical y por ende al Estado nacional o municipal según corresponda.

**2.1.2. Aguas durmientes o corrientes**

Los fundos ribereños deben tener por límite el agua de los ríos o arroyos.

En este punto hay una diferencia importante entre el régimen del Código Civil y la legislación recientemente sancionada.

**2.1.1.1. Código Civil**

El art. 2574 aclara que no tendrán derecho de avulsión "los ribereños de un río canalizado y cuyas márgenes son formadas por diques artificiales". Es decir: el codificador hace una diferencia entre aguas corrientes y aguas durmientes como las que llenan un lago. En este aspecto el art. 2578 dispone que "Los dueños de los terrenos confinantes con aguas durmientes, como lagos, lagunas, etcétera, no adquieren el terreno descubierto por cualquiera disminución de las aguas, ni pierden el terreno que las aguas cubrieren en sus crecientes".

La doctrina ha justificado esta diferencia de régimen jurídico según se trate de aguas corrientes o durmientes en el hecho que las aguas estancadas tiene menos movimiento y, por ende, menor posibilidad de provocar erosión en las tierras lindantes.

A los efectos de atribuir la propiedad del aluvión formado por los cursos de agua el Código de Vélez distingue si éstos son navegables o no; en el primer caso (cursos navegables) el aluvión pertenece al Estado, en el segundo (cursos no navegables) el aluvión corresponde al ribereño.

Esta adjudicación de la propiedad del aluvión al Estado guarda relación con el art. 2340 del CCiv. en cuanto incluye entre los bienes públicos: "Las playas del mar y las riberas internas de los ríos, entendiéndose por tales la extensión de tierra que las aguar bañan o desocupan durante las altas mareas normales o las crecidas medias ordinarias" (inc. 4º). El Estado —como ribereño— se ve beneficiado por el hecho de la naturaleza.

**2.1.1.2. Código Civil y Comercial**

En sentido contrario a lo dispuesto en el art. 2578 el Proyecto de Código Unificado de 1998 no hace distinción alguna entre aguas corrientes y durmientes a los efectos de adjudicar la pertenencia del aluvión al dueño del inmueble. Esta es precisamente la solución que adopta el art. 1959 del CCyCN cuando atribuye la posibilidad de adquirir por aluvión a los propietarios ribereños de aguas durmientes o corrientes. Tampoco mantiene la diferencia de régimen implementada en el art. 2572 según que los terrenos linden con ríos navegables o no navegables. Dicha diferenciación resulta irrelevante, conforme opiniones doctrinales antes mencionadas, por cuanto el acrecentamiento siempre corresponde al dueño del inmueble, conforme lo estipula el art. 1959, es decir que, si el dueño es un particular, se beneficiara su inmueble, en cambio si se trata de bienes del Estado, será éste quien se beneficie. En efecto, conforme a lo normado por el art. 235, que regula los bienes pertenecientes al dominio público, se infiere que el aluvión como modo de adquisición del dominio pertenece al Estado si ocurre en las costas del mar o de los ríos navegables.

Por otra parte, la navegabilidad o no de las aguas es un elemento indispensable para regular el camino de sirga, en tanto límite al dominio, pero no para el acrecentamiento por aluvión. En caso de producirse una alteración del curso del río, también hay un corrimiento de la franja ribereña y por ende la limitación que sobre ella se establece. Ello por cuanto el propietario ribereño no pierde su derecho real sobre la zona afectada a la restricción del art. 1974.

**2.1.3. Obra de la naturaleza**

El concepto de aluvión vertido tanto en el art. 2572 del Código velezano, como en el art. 1959 del CCyCN, lleva ínsito el hecho que el acarreo que provoca el acrecentamiento de tierras se produce por obra de la naturaleza, descartando aquel derivado del trabajo humano, salvo que se tratara de obras meramente defensivas. Dado que el aluvión es obra de las aguas, no quedan incluidas en este concepto las tierras ganadas al río o al mar ya que en ese supuesto es el trabajo del hombre, y no la acción natural, lo que produce el aumento y acumulación de tierra.

El art. 2579 del CCiv. dispone*: "El aumento de tierra no se reputará efecto espontáneo de las aguas, cuando fuere a consecuencia de obras hechas por los ribereños en perjuicio de otros ribereños. Estos tiene derecho a pedir el restablecimiento de las aguas en su lecho; y si no fuere posible conseguirlo, pueden demandar la destrucción de esas obras".*

La primera parte del artículo es consecuente con el principio según el cual hay adquisición del dominio por aluvión cuando el acrecentamiento se produce por obra de la naturaleza y no como consecuencia de obras realizadas por los ribereños, sin embargo la norma atiende sólo aquellas situaciones en las cuales las obras causan perjuicio a otros ribereños. En este caso los afectados pueden solicitar: a) el restablecimiento de las cosas a su estado anterior a cargo de quien ejecutó las obras de manera indebida y b) la destrucción de las obras.

En el CCyCN no se reproduce una norma similar a la transcripta, sin embargo, establecido el principio que "no hay acrecentamiento del dominio de los particulares por aluvión si se provoca por obra del hombre" (art. 1959), producida una violación corresponderá la aplicación de las reglas generales y los ribereños afectados podrán efectuar los reclamos pertinentes.

**2.1.4. Acumulación paulatina e insensible**

El art. 1959 conceptúa el aluvión como "el acrecentamiento paulatino e insensible", es decir: que la acumulación de tierra en el predio ribereño debe producirse en forma lenta y casi imperceptible.

**2.1.5. Adhesión a la tierra**

Este requisito está plasmado en el art. 1959 al conceptualizar el aluvión como aquel acrecentamiento que se produce por sedimentación, para agregar en el segundo párrafo "no existe aluvión si no hay adherencia de la sedimentación al inmueble. No obsta a la adherencia el curso de agua intermitente". La ley distingue entre corriente de agua continua o intermitente o discontinua, reconociendo el derecho de aluvión sólo en este último supuesto.

La unión entre los sedimentos producto del aluvión y la tierra debe ser completa y permanente sin que exista algún hilo de agua que se interponga entre ambos; si el aluvión no estuviera definitivamente formado el propietario ribereño sólo tendrá un derecho en expectativa pero no habrá adquirido el dominio de la franja acrecida por aluvión.

**2.1.6. No constituye aluvión: cauce del río**

El art. 1960 del CCyC dispone: *"No constituye aluvión lo depositado por las aguas que se encuentran comprendidas en los límites del cauce del río determinado por la línea de ribera que fija el promedio de las máximas crecidas ordinarias".*

**2.1.7. División del acrecentamiento por aluvión**

El art. 1959, párr. 3°, contiene el supuesto de acrecentamiento aluvional a lo largo de varios inmuebles, en ese caso el producto de la accesión "se divide entre los dueños en proporción al frente de cada uno de ellos sobre la antigua ribera".

En sentido similar el art. 2582 del CCiv. ordena: *"Cuando se forma un terreno de aluvión a lo largo de muchas heredades, la división se hace entre los propietarios que pueden tener derecho a ella, en proporción del ancho que cada una de las heredades presente sobre el antiguo río".*

**2.1.8. Registración de la adquisición por aluvión**

La adquisición del dominio por aluvión se produce de pleno derecho una vez cumplidos todos los requisitos que hacen a su procedencia tal como lo explicamos hasta aquí. No es necesaria la realización de actos posesorios ni trámites judiciales. Según enseña Marienhoff la propiedad del terreno constituido por el aluvión se adquiere por accesión y no por ocupación, por ello el dominio del aluvión se adquiere de pleno derecho y no requiere acto alguno de toma de posesión.

Sin embargo, tratándose de inmuebles, a los fines de la publicidad del acrecentamiento de la superficie del predio el adquirente necesitará un título formal que tenga acceso al Registro de la Propiedad inmueble.

**2.1.9. Aplicación de las normas sobre aluvión**

El art. 1959 en su parte final dice: "Se aplican las normas sobre aluvión tanto a los acrecentamientos producidos por el retiro natural de las aguas, como por el abandono de su cauce".

Del párrafo transcripto surgen dos situaciones: a) cuando el río abandona parcialmente su cauce produciéndose un desplazamiento de las aguas de una de las riberas a la otra, es lo que se conoce con el nombre de "cauce seco" y consiste en tierras que quedan al descubierto por el desplazamiento de las aguas; b) alveus derelictus (cause abandonado), cuando un río público varía de cauce y el lecho abandonado se adquiere por el dueño de las fincas en las que fueron sus orillas.

**2.2. Avulsión**

El concepto de avulsión está contenido en el art. 1961 del CCyCN. Se trata también en este supuesto de un acrecentamiento del inmueble pero, a diferencia del aluvión, se produce por la fuerza súbita de las aguas.

En sentido similar pero con distinta descripción el art. 2583 del Código de Vélez establece: "Cuando un río o un arroyo lleva por una fuerza súbita alguna cosa susceptible de adherencia natural, como tierra, arena o plantas, y las une, sea por adjunción, sea por superposición, a un campo inferior, o a un fundo situado en la ribera opuesta, el dueño de ella conserva su dominio para el solo efecto de llevársela".

**Para que exista avulsión deberán reunirse los siguientes requisitos:**

**2.2.1. Corrientes de agua**

El curso de agua es el elemento esencial para que pueda existir acrecentamiento por avulsión dado que es su torrente el que arrastra los elementos materiales desde un fundo a otro. En este modo de adquisición del dominio, a diferencia del aluvión, no se hace diferencia entre aguas durmientes o corrientes (CCyCN) o entre ríos navegables o no (CCiv.), por lo cual la doctrina acepta que ambos casos quedan comprendidos en el concepto de avulsión.

**2.2.2. Otra fuerza natural**

En la primera parte el art. 1961 se refiere al acrecentamiento producido por las aguas, sin embargo más adelante dice: "también le pertenece si ese acrecentamiento se origina en otra fuerza natural". Entendemos que podría tratarse de un maremoto, tsunami u otras fuerzas naturales que mantengan la impronta de lo inesperado e imparable, en los términos de la norma: fuerza súbita.

**2.2.3. Objetos susceptibles de adherencia**

El art. 1961 se refiere al acrecentamiento causado por avulsión, sin especificar el tipo de materia capaz de causar este acrecentamiento. En todo caso debe tratarse de cosas susceptibles de adherencia natural.

En este aspecto el Código de Vélez resulta más ilustrativo. El art. 2583 menciona como cosas susceptibles de adherencia física: arena, tierra y plantas. Esta mención es sólo ejemplificativa, atendiendo a la redacción de la norma citada: "...alguna cosa susceptible de adherencia natural, como tierra, arena o plantas..." el codificador sólo quiso aclarar la calidad de las cosas a que se refiere la avulsión. En consecuencia podría tratarse de fango, piedras, pastos, etc., en la medida en que puedan conformar naturalmente un todo con la ribera a la que acceden.

Este aspecto es mantenido en el CCyCN en cuanto expresa: "Cuando la avulsión es de cosa no susceptible de adherencia natural, se aplica lo dispuesto sobre las cosas perdidas" (art. 1961, párr. 3°).

La adherencia natural de las cosas arrastradas por la corriente a un fundo ribereño puede ser por adjunción o por superposición.

**2.2.4. Derechos del antiguo dueño**

**2.2.4.1. En el Código Civil**

En el apartado anterior explicamos que las cosas adheridas al fundo ribereño como consecuencia del arrastre natural producido por las corrientes son adquiridas de pleno derecho por el titular dominial de aquél. En forma paralela el antiguo dueño de la tierra, arena, piedras, etc. desprendidas de su heredad pierde su derecho de dominio sobre ellas. En este sentido el art. 2606 del CCiv. dice que "El derecho de propiedad se pierde cuando la ley atribuye a una persona, a título de transformación, accesión, o prescripción, la propiedad de una cosa perteneciente a otra". Una vez perdido el dominio por parte del anterior propietario, éste carece de la acción real que se deriva de ese derecho por lo cual no puede reivindicarla, como expresa el art. 2584 en su parte final.

La situación cambia cuando las cosas desprendidas de un fundo aún no han quedado definitivamente adheridas a otro. El dueño de la cosa avulsa tiene, respecto a ésta, dos derechos fundamentales: a) el de reclamarla, a fin de reconducirla a su heredad; b) el de abandonar dicha cosa.

El art. 2585 del Código velezano dispone: "No queriendo reivindicarlas antes que se adhiriese al terreno en que las aguas las dejaron, el dueño del terreno no tendrá derecho para exigir que sean removidas"; es decir que el dueño del predio del cual se desprendieron las cosas por avulsión, todavía no adheridas a otro fundo, puede intentar su reivindicación porque aún es titular dominical de ellas. El derecho del dueño de la cosa avulsa para reclamar la propiedad de ésta, cesa por dos causas: a) prescripción de la respectiva acción; en este sentido dispone el art. 4039 del CCiv. que "Se prescribe por seis meses, la acción de los propietarios ribereños para reivindicar los árboles y porciones de terrenos, arrancados por la corriente de los ríos"; b) cuando la cosa avulsa se adhiere naturalmente al terreno al que fue transportada. Es decir que cuando aun dentro de los seis meses de la prescripción de la acción reivindicatoria se produjera la adhesión natural y definitiva, la acción reivindicatoria no resulta procedente.

**2.2.4.2. En el Código Civil y Comercial**

El CCyCN mantiene el régimen vigente. El 2do. párrafo del art. 1961 dispone: "Si se desplaza parte de un inmueble hacia otro, su dueño puede reivindicarlo mientras no se adhiera naturalmente. El dueño del otro inmueble no tiene derecho para exigir su remoción, mas pasado el término de seis (6) meses, la adquiere por prescripción".

Es decir que las cosas desprendidas de un inmueble cambian su titularidad cuando: a) han quedado adheridas naturalmente al otro inmueble, b) dentro del término de seis meses el anterior propietario no intenta la reivindicación. Claro está que, para que proceda la reivindicación el dueño de las cosas debe identificarlas; si ello no fuera posible, la acción no podría prosperar desde el momento que uno de los requisitos esenciales del éxito de la acción reivindicatoria es la perfecta individualización de la cosa que se pretende recuperar.

En cualquier caso el dueño del otro inmueble no puede exigir la remoción de las partes desplazadas, ello es así en razón de que tal circunstancia se da como consecuencia de un hecho de la naturaleza y configura un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor.

**2.2.5. Derechos del dueño del fundo acrecido**

El art. 2585 del CCiv. es terminante cuando dispone: "No queriendo reivindicarlas antes de que se adhiriesen al terreno en que las aguas las dejaron, el dueño del terreno no tendrá derecho para exigir que sean removidas". En el mismo sentido dispone el art. 1961 conforme lo analizamos en el apartado anterior.

**2.2.6. Indemnización por daños**

Conforme las disposiciones legales antes analizadas el dueño de las cosas desprendidas de su terreno tiene el derecho de reivindicarlas. La cuestión a dilucidar consiste en determinar si, en el caso que se produzca algún perjuicio al fundo acrecido, el dueño del predio acrecido tiene derecho a ser indemnizado por tales daños.

La doctrina mayoritaria da respuesta positiva, esto es: al dueño del fundo acrecido le asiste el derecho para demandar indemnización por los daños causados por el dueño de la cosa avulsa al retirarla. En sentido contrario opina Marienhoff, quien entiende que dentro de las condiciones establecidas por la ley, el dueño de la cosa avulsa tiene el indiscutible derecho de reclamarla y llevársela y, en caso de causar algún daño, ello sería la resultante del ejercicio de un derecho, lo cual basta para excluir la responsabilidad de su autor y por consiguiente la obligación de reparar.

La legislación actual no ha dado respuesta específica a esta cuestión, sin embargo, los supuestos de hecho que puedan plantearse al respecto deberán ser resueltos conforme las reglas generales en materia de daños y la consiguiente obligación de repararlos.

**2.3. Construcción, siembra y plantación**

En este tema hay que recordar en primer lugar la visión del derecho de dominio delineada tanto en el art. 2518 del Código de Vélez como en el art. 1945 del CCyCN, en cuanto fija su extensión según la fórmula atribuida a Cino de Pistoia y luego adoptada por los prácticos de la época medieval, que decía: qui dominus est soli, dominus est usque ad coelum et usque ad inferos, que marca lo ilimitado del señorío sobre lo que está por encima o por debajo de la superficie del fundo de que se es propietario. Como lógica consecuencia, todas las construcciones, plantaciones y obras existentes en la superficie o en el interior de un terreno se presumen hechas por el propietario y que a él le pertenecen.

Por aplicación práctica del principio comentado supra, cuando se edificare, sembrare o plantare con semillas o materiales propios en terreno ajeno, el dueño del terreno tendrá derecho a hacer suya la obra, siembra o plantación. Pero lo tajante de este precepto es de alguna forma morigerado cuando se tiene en cuenta la posición subjetiva en que se halla el que ha edificado o plantado: si es de buena fe, tendrá derecho a que se le paguen las indemnizaciones, en tanto que si es de mala fe, el dueño podrá pedir la demolición de la obra y la reposición de las cosas a su estado primitivo.

En todo caso hay que tener presente que lo principal es el inmueble por naturaleza, el suelo sobre el que luego se edifica o se planta y a partir de allí, quien tiene la titularidad dominial adquiere también lo construido o sembrado, que se transforma en inmueble por accesión física en tanto se han adherido al suelo y conforman un todo con él, siendo imposible su separación.

Con fundamento en los principios hasta aquí indicados cuando se edifica en terreno propio con materiales también propios no hay conflicto de intereses que deba ser regulado; los conflictos se presentan cuando se edifica en terreno propio con materiales ajenos o cuando dicha construcción se realiza en fundo ajeno con materiales propios, supuestos que analizaremos por separado:

**2.3.1. Terreno propio y materiales ajenos**

El **art. 1962** estipula: "Si el dueño de un inmueble construye, siembra o planta con materiales ajenos, los adquiere, pero debe su valor. Si es de mala fe también debe los daños".

El Código velezano dispone en el mismo sentido en el art. 2587 haciendo aplicación del art. 2571 en cuanto requiere la adherencia para que se produzca la adquisición del dominio por accesión, en este supuesto de trata de adherencia artificial puesto que ha sido consecuencia de la labor humana y no de la naturaleza.

**2.3.1.1. Buena fe**

Para determinar la buena o mala fe del sembrador se aplican los principios generales según los cuales la buena fe se presume y será el propietario de las semillas o de los materiales de construcción quien deberá probar la mala fe de quien utilizó dichos elementos. En todo caso el poseedor de las cosas muebles (semillas, ladrillos, etc.) tiene para sí la presunción de propiedad del art. 1895, salvo que ellas hubieran sido robadas o perdidas, o si la adquisición no se hizo a título oneroso; también habrá que considerar la posibilidad que se hubiera cumplido la prescripción adquisitiva del art. 1898.

¿Cuál es el valor que el propietario del fundo debe al dueño de las cosas muebles incorporadas? Se trata del valor de las semillas o materiales utilizados al momento de su empleo. En este caso no se indemniza el mayor valor adquirido por el inmueble sino que el valor a rembolsar por el propietario del suelo es el de los materiales.

**2.3.1.2. Mala fe**

Cuando el plantador o edificador en terreno propio hubiese procedido de mala fe, además del valor de los materiales que hubiera incorporado a su inmueble, debe los daños, según expresa el art. 1962.

**2.3.1.3. Reivindicación de materiales**

La última parte del art. 2587 del CCiv.expresa: "El dueño de las semillas, plantas o materiales, podrá reivindicarlos si le conviniese, si ulteriormente se separasen". En la nota respectiva aclara Vélez: "…Cuando el artículo decide que el propietario de los materiales pierde la propiedad de ellos y la adquiere el que los empleó, supone que los materiales están incorporados al suelo. El derecho de propiedad debe revivir para el que no había consentido perderlos, pues podría tener motivos particulares para desear recuperarlos como se hallasen".

**2.3.2. Terreno ajeno y materiales propios**

El segundo párrafo del art. 1962 contempla el supuesto en el cual la construcción, siembra o plantación es realizada por una persona en terreno ajeno. También en este supuesto la solución es distinta según que el edificador sea de buena o mala fe.

El Código de Vélez legisla el supuesto de edificación, siembra o plantación en terreno ajeno y con materiales propios en tres artículos, diferenciando los casos de edificador de buena fe, de mala fe y existencia de mala fe no sólo en el que edifica sino también en el dueño del inmueble.

**2.3.2.1. Buena fe del edificador o plantador**

Conforme lo dispone el art. 1962, efectuada la construcción, siembra o plantación por un tercero de buena fe en terreno ajeno, como consecuencia del principio de accesión los materiales que se hubiera incorporado al inmueble corresponden al dueño de éste. Sin embargo, y a fin de evitar un enriquecimiento sin causa, el propietario debe indemnizar el mayor valor adquirido.

En todo caso, "para que haya buena fe, es necesario que exista persuasión de estar legítimamente investido del derecho de edificar, sembrar o plantar en el terreno donde se ha hecho, ya sea en razón de su posesión legítima, o de las relaciones de derecho que hubieran mediado entre las partes".

En el mismo sentido el Código de Vélez, en su art. 2588 resuelve: "Cuando de buena fe, se edificare, sembrare o plantare, con semillas o materiales propios en terreno ajeno, el dueño del terreno tendrá derecho para hacer suya la obra, siembra o plantación, previas las indemnizaciones correspondientes al edificante, sembrador o plantador de buena fe, sin que éste pueda destruir lo que hubiese edificado, sembrado o plantado, no consintiéndolo el dueño del terreno".

**2.3.2.2. Mala fe del edificador o plantador**

El edificador, sembrador o plantador es de mala fe cuando conoció o pudo conocer la ilegitimidad de su derecho a edificar o plantar en terreno ajeno; en esta situación "el dueño del inmueble puede exigirle que reponga la cosa al estado anterior a su costa, a menos que la diferencia de valor sea importante, en cuyo caso debe el valor de los materiales y el trabajo, si no prefiere abdicar su derecho con indemnización del valor del inmueble y daño".

Dada la edificación o plantación por un tercero de mala fe el dueño del inmueble puede optar: a) que se reponga la cosa al estado anterior y b) abdicar su derecho.

En caso de elegir la primera opción (reponer la cosa al estado anterior) pueden darse a su vez dos situaciones: 1) que el costo de la reposición no resulte excesivo, caso en el cual debe ser soportado por el tercero de mala fe, y 2) que el valor de las obras realizadas sea importante, en este supuesto el propietario debe pagar el valor de los materiales y el trabajo.

**2.3.3. Indemnización que corresponde**

Los antecedentes y opiniones reseñadas han merecido atención legislativa en el CCyCN; en este sentido el art. 1962 circunscribe el monto de las indemnizaciones que correspondan de la siguiente manera: i) si el tercero es de buena fe, el dueño debe indemnizar el mayor valor adquirido por el inmueble; ii) cuando es de mala fe, debe el valor de los materiales y el trabajo; iii) cuando la suma a pagar es excesiva, puede abdicar su derecho en los términos antes analizados.

**2.3.4. Destrucción o retiro de materiales**

La última parte del art. 2588 del CCiv.plantea la posibilidad, para el edificador, de destruir lo edificado, plantado o sembrado según que el dueño del terreno acceda a ello o se niegue; ante la negativa del titular dominial nada se podrá retirar, por el contrario cuando se cuenta con su autorización, aquél podrá optar por la destrucción.

En el CCyCN no hay disposición similar al respecto, salvo que se entienda que cuando se otorga al dueño del inmueble la facultad de exigirle al tercero de mala fe "que reponga la cosa al estado anterior" (art. 1962), esta expresión comprende la destrucción de las obras o plantaciones que hubiera efectuado.

**2.3.5. Mala fe de ambas partes**

El art. 2590 del Código velezano normatiza una situación especial en la cual el propietario del terreno y el edificador son de mala fe, producida esa situación "se arreglarán los derechos de uno y otro según lo dispuesto respecto al edificante de buena fe. Se entiende haber mala fe por parte del dueño, siempre que el edificio, siembre o plantación, se hicieren a vista y ciencia del mismo y sin oposición suya".

**2.4. Empleo de materiales ajenos en fundo ajeno**

El último párrafo del art. 1962 establece: "Si la construcción, siembra o plantación es realizada por un tercero con trabajo o materiales ajenos en inmueble ajeno, quien efectúa el trabajo o quien provee los materiales no tiene acción directa contra el dueño del inmueble, pero puede exigirle lo que deba al tercero".

En todos los supuestos de accesión artificial reglados en el CCyCN que venimos analizando hay dos sujetos: el dueño de la tierra y el de los materiales, cuyos respectivos derechos quedan fijados en los distintos párrafos del art. 1962. En el párrafo del mismo artículo transcripto supra aparece un tercer sujeto: el dueño de los materiales utilizados en la construcción, de las semillas sembradas o de los árboles plantados, surge claramente en este esquema que esa persona será un acreedor de quien efectuó las obras pero ninguna relación jurídica lo une al dueño del terreno.

El derecho a reclamar la indemnización que pudiera corresponder al edificador ha sido interpretado como una aplicación de la acción subrogatoria. Si el tercero que construyó, sembró o planto en terreno ajeno, con trabajo o materiales ajenos es de buena fe, la accesión es posible y quién realizó el trabajo o el dueño de los materiales podría, por vía de subrogación, reclamarle al dueño del terreno el mayor valor adquirido, pero si el tercero es de mala fe y el dueño del inmueble solicita que se reponga la cosa al estado anterior, el dueño de los materiales o el que realizó el trabajo no tendría ninguna acción contra el propietario.

**2.5. Edificación en terreno contiguo**

Hay situaciones de hecho, bastante frecuentes, en las cuales por errores de medición o por mala fe, se avanza sobre un terreno contiguo ya sea en la siembra o en la construcción. Estos supuestos no están especialmente regulados en el CCiv. Este vacío legislativo fue cubierto en el CCyCN por el art. 1963 el cual, siguiendo los lineamientos del Proyecto de Código unificado de 1998, regula específicamente las distintas situaciones: "Quien construye en su inmueble, pero de buena fe invade el inmueble colindante, puede obligar a su dueño a respetar lo construido, si éste no se opuso inmediatamente de conocida la invasión. El dueño del inmueble colindante puede exigir la indemnización del valor de la parte invadida del inmueble. Puede reclamar su adquisición total si se menoscaba significativamente el aprovechamiento normal del inmueble y, en su caso, la disminución del valor de la parte no invadida. Si el invasor no indemniza, puede ser obligado a demoler lo construido. Si el invasor es de mala fe y el dueño del fundo invadido se opuso inmediatamente de conocida la invasión, éste puede pedir la demolición de lo construido. Sin embargo, si resulta manifiestamente abusiva, el tribunal puede rechazar la petición y ordenar la indemnización".

**2.5.1. Oposición inmediata**

¿Qué implica, en los términos de la ley, oponerse inmediatamente? Aunque la norma no lo aclara, y teniendo en cuenta que está prohibido ejercer justicia por mano propia, salvo casos excepcionales (arts. 2240), el dueño perjudicado deberá recurrir a las defensas de la relación real, para el caso la acción de despojo, que "comprende el desapoderamiento producido por la realización de una obra que se comienza a hacer en el objeto sobre el cual el actor ejerce la posesión o la tenencia" (art. 2241).

La expresión obra debe también entenderse en un sentido amplio, compresivo de las construcciones, edificaciones, plantaciones y mejoras. El actor puede impetrar su reclamo, en cualquiera de sus dos variantes, sea por el comienzo efectivo de la obra o bien ante la certeza de su futura realización (art. 2242), pues a estos efectos, alcanza con invocar y probar una posible amenaza de daño de carácter cierto y concreto a su relación de poder con un objeto determinado.

En nada afecta para esgrimir esta defensa el hecho de haber obtenido el ejecutor la autorización pertinente de la autoridad de contralor de la demarcación, la aprobación de los planos correspondientes o la apertura y trámite de expedientes de construcción.

En todo caso hay que tener en cuenta que el plazo de prescripción de las acciones posesorias es de un año (art. 2564).

Dado que la finalidad de este remedio es la suspensión del comienzo o continuación de la ejecución de la obra invasiva durante la tramitación del juicio y la restitución de las cosas al estado inicial, con la consiguiente remoción, supresión o demolición de lo hecho hasta entonces en perjuicio del actor, cobra sentido la imposición de iniciar las acciones pertinentes en forma inmediata a fin de evitar el avance de las obras con los consiguientes perjuicios económicos que luego irrogara su demolición.

**2.5.2. Buena fe del invasor**

Cuando la construcción sobre el terreno ajeno ha sido efectuada de buena fe y el dueño invadido no se ha opuesto en forma inmediata, queda obligado a respetar lo edificado.

En esta situación tiene distintas opciones: i) exigir la indemnización del valor de la parte invadida de su inmueble; ii) cuando la porción invadida es de suficiente envergadura como para disminuir significativamente el valor del fundo, puede reclamar que el invasor lo adquiera en su totalidad (y no sólo la parte invadida); iii) demandar la indemnización de la parte no invadida. Entendemos que en este último supuesto le corresponde, además, el pago del valor de la parte invadida.

Sólo procederá la demolición cuando, efectuada el reclamo pertinente por el dueño del terreno invadido, el tercero invasor no cumple con las indemnizaciones que legalmente corresponden.

**2.5.3. Mala fe del invasor**

Cuando el invasor ha obrado de mala fe y el dueño del terreno contiguo ha opuesto las defensas posesorias en forma inmediata, puede solicitar la demolición de lo construido. En este supuesto el art. 1963 deja librado al arbitrio judicial rechazar el pedido de demolición y ordenar la indemnización, lo cual sucederá cuando la obra esté avanzada, los valores incorporados son de envergadura y las lesiones que causan al inmueble colindante son mínimas. Se hace aquí aplicación de la teoría del abuso del derecho.

**VIII.5) Tradición traslativa de dominio: a) concepto y diferencia entre la tradición traslativa de dominio y traslativa de la posesión; b) extensión y campo de aplicación; c) requisitos: propiedad, capacidad y título suficiente.**

a) Concepto: entrega voluntaria de una cosa (por una de las partes) y aceptación voluntaria de esa cosa (por otra parte).

Diferencia con tradición traslativa de la posesión:

1. Para que haya tradición posesoria son necesarias la entrega y la recepción voluntaria de la cosa, que quedan consumadas solo a través de la realización de actos materiales de ambas partes o de alguna de ellas con el asentimiento de la otra.

2. Para que haya tradición traslativa de dominio, además del cumplimiento de los actos materiales, es indispensable que concurran la legitimación y la capacidad del tradens y la capacidad del adquiriente, y que la tradición sea consecuencia de una obligación asumida en virtud de título suficiente.

3. Función:

3.1 Constitutiva de derecho real en los términos del art. 277 (ahora 750): antes de la tradición el adquiriente no adquiere ningún derecho.

3.2 Publicitaria de los derechos reales.

**b) Extensión. Campo de aplicación. Requisitos:**

1. Propiedad: por parte del tradens:

1.1Art. 2601 CC: para que la tradición traslativa de la posesión haga adquirir el dominio de la cosa que se entrega, debe ser hecha por el propietario que tenga capacidad para enajenar, y el que reciba ser capaz de adquirir.

1.2 Art. 3270 CC: nadie puede transmitir a otro sobre un objeto, un derecho mejor o más extenso que el que gozaba, y recíprocamente, nadie puede adquirir sobre un objeto un derecho mejor y más extenso que el que tenía aquel de quien lo adquiriere.

1.3 Art. 2504 CC: si el que transmitió o constituyo un derecho real que no tenía derecho a transmitir o constituir, lo adquiriese después, entiéndase que transmitió o constituyo un derecho real verdadero como si lo hubiera tenido al tiempo de la transmisión o constitución.

1.4 Art. 1051 CC: todos los derechos reales o personales transmitidos a terceros sobre un inmueble por una persona que ha llegado a ser propietario en virtud del acto anulado, quedan sin ningún valor y pueden ser reclamados directamente del poseedor actual; salvo los derechos de terceros adquirientes de buena fe a título oneroso, sea el acto nulo o anulable.

2. Capacidad de las partes: refiere a que el tradens tenga capacidad de enajenar y el accipiens de adquirir. No basta el mero discernimiento del accipiens del art. 2392 CC, ya que la tradición en cuestión no conduce solo a la posesión, sino al dominio. La falta de capacidad puede ser suplida por representantes legales. La capacidad debe estar presente al momento de la tradición.

3. Titulo suficiente:

3.1 Concepto: acto jurídico que sirve de causa a la tradición. Se incluyen todos aquellos títulos que importen una enajenación: compraventa, donación, permuta, mutuo, etc.

3.2 Requisitos legales:

a) Fondo: legitimación y capacidad.

b) Forma:

1. Inmuebles: se requiere escritura pública (art. 1184 inc. 1 CC).

2. Muebles: instrumento privado o forma verbal.

3.3Diferencia con el justo título:

1. Título suficiente: reúne todos los recaudos de fondo y forma, pudiendo transferir el dominio.

2. Título justo: reúne los recaudos de forma solamente, por lo que necesita buena fe y el efecto consolidado del tiempo a través de usucapión breve para consumar la adquisición del dominio; solo transmite la posesión.

4. Relación temporal entre título y modo: en principio, y como la tradición debe reconocer como causa un título suficiente, debe tener lugar después de este (art. 2609 CC). En la práctica es común que la tradición se haga en base a un título suficiente para traspasar la posesión, como boleto de compraventa, habrá entonces tradición posesoria, algo que luego se agrega el requisito del título, consolidándose recién entonces la transmisión del dominio.

5. Inscripción registral: la tradición cumple junto con el título una función constitutiva del derecho real. El requisito de la inscripción se limita a dar dicho derecho nacido por la conjunción y el modo, oponibilidad frente a terceros interesados. Con título y tradición hay derecho real, aunque no esté inscripto. Puede ocurrir que haya título registrado y no se haya hecho la tradición, en cuyo caso, no obstante la exteriorización del título, no habrá nacimiento del derecho real. Esto es así porque el registro argentino es de documentos y no de derechos reales.

**VIII.6) Extinción y perdida del dominio. Generalidades. Causales de extinción absoluta y causales de extinción relativa.**

Causales de extinción absoluta: el derecho se extingue tanto para su titular como para cualquier otra persona:

1. Destrucción o consumo total de la cosa (art. 2604 CC).

2. Puesta de la cosa fuera del comercio (art. 2604 CC): el dominio subsiste, pero al pasar al dominio público del E se extingue para todos.

3. Alzamiento de animales domesticados (art. 2605 CC): es dudoso que se trate de una extinción absoluta, ya que el animal vuelve a ser res nullius.

Causales de extinción relativa: (también llamados de pérdida).

1. Disposición de la ley (art. 2606 CC): la ley atribuye la propiedad de una cosa a título de transformación, accesión o prescripción. Cuando alguien adquiere por cualquiera de estos modos, hay otra persona que pierde.

2. Abandono (art. 2607 CC): rige para muebles e inmuebles, los primeros se convierten en res nullius susceptibles de apropiación, los segundos pasan al dominio privado del E (art. 2342 inc. 1 CC).

3. Enajenación (art. 2609 CC): el dominio se pierde por enajenación de la cosa a otra persona.

4. Transmisión (art. 2610 CC): toda sentencia que ordena la restitución de la cosa por haberse anulado el título que acordaba el derecho de poseerla.

**UNIDAD IX: PRESCRIPCION ADQUISITIVA**

**IX.1) La prescripción en general. Concepto. Clases y metodología.**

PRESCRIPCION EN GENERAL

Existen dos clases de prescripción: la adquisitiva o usucapión y la liberatoria. Debemos entender a la prescripción adquisitiva y a la liberatoria como las dos caras de una misma moneda: Ia prescripción.-

Prescripción: Según el art. 3947 del código Velezano, es un medio de adquirir un derecho (usucapión) o de liberarse de una obligación (prescripción liberatoria) por el transcurso del tiempo. Pero ese concepto es criticado por los siguientes motivos:

-Por la prescripción adquisitiva solo pueden adquirirse derechos reales, no cualquier derecho. Además solo algunos derechos reales, no todos.

-La prescripción liberatoria opera sobre muchas clases de derechos ( y no solo sobre los creditorios-obligaciones). Además la prescripción liberatoria no libera al deudor, sino que por ella el acreedor pierde las acciones judiciales correspondientes y asi el derecho se convierte en una obligación natural.

-En ambos casos además del tiempo se requiere la posesión y la inacción del titular de derecho.-

CLASES DE PRESCRIPCION:

A) PRESCRIPCION ADQUISITIVA (USUCAPION): Según el art. 3948 del Cód. Velezano es un “derecho por el cual el poseedor de una inmueble, adquiere la propiedad de ella por la continuación de la posesión, durante el tiempo fijado por la ley”. Pero esta definición también es criticada porque:

-No es un derecho, sino un modo de adquirir un derecho real,

-Por el cual no solo se adquiere la propiedad (dominio), sino también otros derechos reales (uso, usufructo, servidumbre, etc.)

-A partir de la ley 17.711 también pueden usucapirse las cosas muebles.

B) PRESCRIPCION LIBERATORIA: “Excepción para repeler una acción por le solo hecho de que quien la entabla ha dejado durante un lapso de tiempo de intentarla o de ejercer el derecho al cual ella se refiere”.

METODOLOGÍA

**1. En el Código Civil de Vélez Sarsfield**

De los cuatro libros en que se divide el Código velezano, el libro tercero reglamenta los derechos reales, luego de legislar sobre las personas (libro primero) y los derechos personales (libro segundo). Ese libro tercero está dividido en diez y seis títulos, sin secciones. Es recién en el título IV cuando el código se refiere a los derechos reales, cuestión no menor desde el punto de vista metodológico.

A partir del título V se reglamentaban cada uno de los derechos reales en particular, con excepción del título IX que se refiere a las acciones reales.

¿Dónde aparece la regulación de la prescripción adquisitiva como modo de adquisición de los derechos reales? Recién en la sección tercera trata "De la adquisición y pérdida de los derechos reales y personales por el transcurso del tiempo", comenzando con **el art. 3947** que conceptúa la prescripción como "un medio de adquirir un derecho, o de libertarse de una obligación por el transcurso del tiempo".

En los dos artículos siguientes caracteriza la prescripción adquisitiva y la prescripción liberatoria. Con relación a la primera, que es el objeto de nuestro interés, define: "La prescripción para adquirir, es un derecho por el cual el poseedor de una cosa inmueble, adquiere la propiedad de ella por la continuación de la posesión, durante el tiempo fijado por la ley", plazos estos fijados en los arts. 3999 y 4015.

Una de las críticas que mereció esta metodología se basa en el hecho de que en el Código de Vélez no se ha estructurado una parte general dedicada a delinear una teoría de los derechos reales en la que se ubicaran fácilmente los principios rectores en la materia, apartándose en este punto de la metodología de Freitas, quien fuera su modelo en muchos aspectos, según citas que el mismo Vélez ha efectuado.

**2. En el Código Civil y Comercial**

El libro cuarto, dedicado a los Derechos reales, comienza con un título I que incluye las "Disposiciones generales", dividido a su vez en dos capítulos: 1) "Principios comunes"; 2) "Adquisición, transmisión, extinción y oponibilidad". Esta innovación, la inclusión de un título destinado a disposiciones generales, hace innecesario reiterar en los distintos derechos reales que es menester la tradición, o exigir para los derechos reales sobre inmuebles la forma especial de la escritura pública, o detenerse exageradamente en cuáles son los medios de constitución o de extinción, pues serán siempre los modos generales salvo que se agregue uno especial o se excluya alguno de aquéllos.

Respecto de la prescripción adquisitiva de los derechos reales, el CCyCN, al igual que el Proyecto de Código Civil Unificado de 1998, si bien dedica el libro sexto a las "Disposiciones comunes a los derechos personales y reales" y trata allí las reglas generales de la prescripción, las disposiciones procesales, la prescripción extintiva y la caducidad de derechos y acciones, reserva la regulación de la prescripción adquisitiva para su desarrollo en la parte general de los derechos reales, cuando trata la adquisición, transmisión y extinción de ellos, comenzando precisamente con el art. 1897.

**IX.2) Usucapión: a) concepto y fundamentos; b) naturaleza jurídica e importancia; c) formas de hacerla valer; d) renuncia a la prescripción.**

CONCEPTO

Definimos a la prescripción adquisitiva como el instituto que permite adquirir los derechos reales que se ejercen por la posesión continua durante el plazo que la ley establece. Conviene tener en cuenta que la prescripción adquisitiva, si bien en principio queda limitada a la adquisición de derechos reales, no todos ellos la admiten, sino sólo aquellos que se ejercen por la posesión como el dominio, condominio, propiedad horizontal, usufructo, uso y las servidumbre positivas, en tanto que las demás servidumbres, así como los derechos reales de garantía (hipoteca, prenda y anticresis) no conceden su constitución por prescripción.

En cuanto a la prescripción liberatoria, si bien en principio ella queda referida a los derechos creditorios, hay derechos reales en los que el transcurso del tiempo provoca su extinción por el no uso de la cosa gravada, como sucede en el usufructo, el uso, las servidumbres y superficie (art. 2124 del CCyCN).

FUNDAMENTO

El fundamento de la inclusión de la prescripción adquisitiva en el derecho positivo puede sintetizarse en dos palabras: seguridad jurídica y más concretamente seguridad en el tráfico inmobiliario. Basta pensar en una larga cadena de transmisiones de derechos reales por venta, donación, herencia, etc. ¿podría asegurarse que en alguno de esos eslabones no hubo algún vicio que tornó inválida esa transmisión?

En este sentido, el instituto de la prescripción adquisitiva cumple una doble función: a) conceder efectos jurídicos a las relaciones de hecho estables y permanentes y convalidar los defectos que pudiesen adolecer los títulos; b) castigar con la pérdida del derecho real a quien se ha comportado en forma negligente dejando pasar el tiempo en completa inactividad. Es decir, se toma en cuenta el ejercicio de actos posesorios por el prescribiente y la presunción de renuncia a su derecho por el propietario, y la conjunción de la acción de uno y la omisión del otro a lo largo del tiempo, constituyen los pilares de la usucapión que cumple, en definitiva, una función de estabilidad de las relaciones jurídicas y de los derechos que se ejercen sobre inmuebles que conforman el territorio nacional.

NATURALEZA JURÍDICA

La prescripción adquisitiva, por definición, es una de las formas de adquisición de los derechos reales que se ejercen por la posesión, tal como lo explicamos supra. Dado que en todas las legislaciones de origen romanista, incluida la argentina, se ha conservado esta diferencia entre adquisición originaria y derivada, resulta de interés establecer a qué categoría se incorpora la usucapión.

¿Cuál es la consecuencia práctica de considerar la usucapión una forma de adquisición originaria o derivada? En el primer caso, el adquirente es un tercero que, si bien debe respetar las cargas impuestas al inmueble, sólo responde con la cosa y no con todo su patrimonio, por el contrario, si esa adquisición se considera derivada no sólo soporta las cargas sino que las debe cumplir como si fuera directamente obligado, en cuyo caso responderá con todo su patrimonio, resultando que esta última queda sometida, en principio, a la regla del nemo plus iuris contenida en el art. 3270 del CCiv. y art. 399 del CCyCN. A diferencia de la adquisición originaria, en este caso el titular recibe la propiedad tal como la tenía el cedente, con todas las cargas con las que estuviese gravada.

Lafaille adhiere a la postura que sostiene que en el caso se está en presencia de una adquisición originaria en la cual no hay nexo alguno entre el titular anterior y el actual, de allí que los vicios del título no pasan al adquirente por prescripción. En esta misma postura Borda fundamenta el carácter de adquisición originaria de la usucapión en el hecho que el actual poseedor no recibe el derecho de su antecesor, criterio que hace extensivo al supuesto de prescripción breve por cuanto, aunque en este caso existe un justo título, éste no es el título suficiente para una adquisición derivada sino sólo la prueba de la buena fe del prescribiente.

El art. 1830 del Proyecto de 1998 fijaba posición al respecto en forma expresa al establecer: "Adquisiciones originarias. Las adquisiciones originarias sólo requieren modo suficiente. Son modos suficientes, la prescripción adquisitiva, la apropiación, la transformación y la accesión. Se adquieren por prescripción adquisitiva todos los derechos reales principales que se ejercen por la posesión. Por apropiación y transformación el dominio y el condominio, y por accesión, además de estos últimos la propiedad horizontal y la superficie" (es destacado nos pertenece).

El nuevo CCyCN no contiene disposición similar, y a pesar de haber seguido en este aspecto los lineamientos del Proyecto antecedente no contiene una calificación referida a la naturaleza jurídica de la prescripción adquisitiva, por lo cual la discusión doctrinal mantiene su vigencia.

IRRENUNCIABILIDAD

El art. 3965 del CCiv., refiriéndose tanto a la prescripción adquisitiva cuanto a la liberatoria, dispone: "Todo el que puede enajenar, puede remitir la prescripción ya ganada, pero no al derecho de prescribir para lo sucesivo".

En sentido similar dispone el art. 2535 del CCyCN: "La prescripción ya ganada puede ser renunciada por las personas que pueden otorgar actos de disposición...", lo cual reafirma el carácter imperativo de la prescripción contenida en el art. 2533.

Las normas citadas contienen una prohibición: renunciar a la prescripción futura, y una autorización: renunciar a una prescripción ganada. Supongamos que en un contrato de compraventa de un inmueble se inserta una cláusula por la cual el comprador renuncia a la prescripción adquisitiva para el supuesto de que su título o alguno de los títulos antecedentes contengan un vicio que provoque la nulidad de la transmisión dominical. Estaríamos aquí en el caso que describe la nota al art. 3965 2ª parte, del Código velezano: "renunciar con anticipación a la prescripción, es derogar por pactos una ley que interesa al orden público y autorizar convenciones que favorecen el olvido de los deberes de un buen padre de familia, fomentando la incuria en perjuicio de la utilidad general...". Esta solución está en línea con el principio de irrenunciabilidad anticipada de derechos y, por otra parte, con la función y fundamentos de la usucapión a la que antes nos referimos.

En cambio, cuando ya ha pasado el tiempo legal para la prescripción adquisitiva y el poseedor ha cumplido con las condiciones normadas, es decir: ha ganado el derecho de adquirir por este medio, puede válidamente renunciar a él "renunciando al objeto mismo que la prescripción ha hecho adquirir y por consiguiente puede hacerlo el que tenga capacidad para enajenar".

El poseedor, teniendo esa capacidad para disponer, puede renunciar a la prescripción en forma onerosa o gratuita, en forma expresa o tácita, en cuanto se admite que la renuncia "puede tener lugar aun tácitamente, a excepción de los casos en que la ley exige que sea manifestada de una manera expresa". En todo caso hay que recordar que "la intención de renunciar no se presume y la interpretación de los actos que induzca a probarla debe ser restrictiva". Es decir: deben existir de parte del deudor o del poseedor, según el caso, actos concretos de los cuales pueda inducirse con certidumbre la voluntad de renunciar a la prescripción ganada.

En cuanto a la posibilidad de renuncia a una prescripción en curso, cabe interpretar que dicha renuncia se refiere a los plazos corridos (prescripción ganada) pero no a los futuros, de allí que pueda promoverse una nueva usucapión una vez completado el nuevo período de prescripción.

**IX.3) Elementos de la usucapión: a) sujetos. Quienes y contra quienes se puede prescribir; b) objeto. Cosas a las que se aplica. Derechos reales usucapibles.**

OBJETO

Mediante la usucapión se persigue el reconocimiento de la adquisición de un derecho real ejercido por la posesión, por ello el objeto debe reunir las características que lo hacen apto para constituirse en asiento de la posesión, en una primera etapa y del derecho real con posterioridad. En este contexto debe ser interpretado el art. 3952 del Código velezano cuando dispone que "pueden prescribirse todas las cosas cuyo dominio o posesión pueden ser objeto de una adquisición", es decir, muebles o inmuebles cuya adquisición por prescripción no esté prohibida, por ejemplo: las cosas del dominio público, las cosas que pertenecen al Estado nacional o provincial, las declaradas imprescriptibles por leyes especiales.

El nuevo Código, si bien no contiene una norma expresa en tal sentido, implícitamente dicho principio se mantiene teniendo en cuenta que para adquirir por prescripción se requiere la posesión de una cosa determinada en los términos del art. 1912, analizado al estudiar el objeto de las relaciones reales (posesión y tenencia).

SUJETOS

El art. 3950 del Código de Vélez sienta la regla que "todos los que pueden adquirir pueden prescribir" para ampliar en el art. 3951: "El estado general o provincial, y todas las personas jurídicas están sometidas a las mismas prescripciones que los particulares, en cuanto a sus bienes o derechos susceptibles de ser propiedad privada; y pueden igualmente oponer la prescripción". Por tanto pueden ser sujetos prescribientes tanto las personas físicas como las jurídicas, particulares o de derecho público, así como el Estado nacional.

Tampoco en este aspecto el CCyCN contiene normas similares a las señaladas en el párrafo anterior, sin embargo, al referirse en el art. 1897 a la prescripción adquisitiva como forma general de adquisición de los derechos reales que se ejercen por la posesión, nomina como sujeto al *poseedor de una cosa*, sin discriminar si éste es persona física o jurídica, un particular o el Estado.

Cuando se trata de adquisición por parte del Estado nacional hay que separar dos aspectos: a) cuando éste actúa en carácter de persona privada resultan aplicables los mismos principios que a los particulares; b) en su carácter de poder público puede oponer la prescripción en tanto no existan leyes nacionales que determinen expresamente la imprescriptibilidad. En este último aspecto se ha entendido que el Estado puede adquirir por usucapión bienes expropiados a los que no se les hubiera dado el destino previsto en la ley que dispuso dicha medida.

**IX.4) Distintas clases de usucapión: a) de muebles; b) de inmuebles: i) requisitos comunes. Posesión y tiempo; ii) suspensión del curso de la prescripción; iii) interrupción del curso de la prescripción.**

PRESCRIPCIÓN BREVE Y USUCAPIÓN (prescripción larga)

El art. 3999 del Código velezano establece: "el que adquiere un inmueble con buena fe y justo título prescribe la propiedad por la posesión continua de diez años" y el art. 4015) dice: "Prescríbese también la propiedad de cosas inmuebles y demás derechos reales por la posesión continua de veinte años, con ánimo de tener la cosa para sí, sin necesidad de título y buena fe por parte del poseedor, salvo lo dispuesto respecto a las servidumbres para cuya prescripción se necesita título".

En ambos artículos (3999 y 4015) se habla de la prescripción de inmuebles. En el Código de Vélez las cosas muebles no podían ser usucapidas por contravenir el principio establecido en el art. 2412, sin embargo quedaba sin resolver la cuestión de las cosas robadas o perdidas que quedaban entonces sujetas a reivindicación sine die; como veremos más adelante, la ley 17.711 agrega al CCiv. el art. 4016 bis que contempla la prescripción mobiliaria.

En el nuevo código no sólo se mantiene esta forma de adquisición de los derechos reales sino también las dos formas legisladas en el código anterior: la prescripción breve y la prescripción adquisitiva larga, que son receptadas en los arts. 1898 y 1899.

A pesar de los elementos comunes a ambos tipos de prescripción cabe resaltar que la llamada prescripción breve no hace adquirir el derecho real sino que corrige los vicios de que adolecía el título, en este supuesto la adquisición se perfecciona mediante la prescripción. Por el contrario, la usucapión o prescripción larga hace adquirir el derecho real el cual es reconocido en la sentencia declarativa con que finaliza el procedimiento.

**1. Requisitos comunes**

La prescripción adquisitiva, en cualquiera de sus dos formas (breve o larga) requiere, como elementos comunes, la posesión y el transcurso del tiempo:

**1.1. Posesión**

La posesión a que se refieren los artículos antes referenciados (tanto en el Código de Vélez como en el CCyCN) consiste en el hecho de tener una cosa corporal, reteniéndola en su poder, con la voluntad de poseerla y disponer de ella como lo haría un propietario; sólo la posesión, definida en el art. 2351 del Código velezano y art. 1909 del CCyCN, es la que sirve para la prescripción.

Recordemos que el concepto de posesión, destaca la presencia de dos elementos esenciales: la cosa que se tiene por sí o por otro y el comportamiento de su titular destinado a someterla al ejercicio de un derecho de propiedad.

La posesión, así caracterizada, debe ser: pública, pacífica, continua y no interrumpida, (conforme el CCiv.) o en los términos del art. 1900 del CCyCN: ostensible y continua. En primer término cabe hacer notar que de los antes mencionados cuatro requisitos necesarios para la posesión para prescribir, el art. 1900 sólo recepta dos: ostensible (manifiesta, visible o pública) y continua.

Trataremos la primera en este apartado reservando la última para el acápite referido al transcurso del tiempo.

1.1.1. Posesión ostensible

A nuestro juicio, el requisito de la posesión ostensible puede ser evaluado en dos aspectos: a) publicidad de la posesión y b) como antónimo de clandestinidad. El primero de esos aspectos se aplica a todo tipo de posesión puesto que es la forma de exteriorizar erga omnes la existencia de una relación real y su naturaleza; la segunda —prevista en el art. 1921— está referida al ocupante desposeído y toma en consideración los actos de ocultamiento realizados por el poseedor.

El concepto de publicidad que emana del artículo citado debe ser interpretado en consonancia con el art. 2370 en cuanto establece que "La posesión pública en su origen, es reputada clandestina cuando el poseedor ha tomado precauciones para ocultar su continuación".

Como la posesión es una cuestión eminentemente de hecho, la misma debe ser ejercitada de forma tal que pueda ser conocida en forma indubitable, no sólo por terceros desinteresados, sino fundamentalmente por los interesados directos.

1.1.2. Pacífica

1.1.2.1. En el Código de Vélez

El carácter de posesión pacífica surge también de la normativa en materia de acciones posesorias, en ese sentido el art. 2478 menciona, en su primera parte, aquella adquirida sin violencia, y más adelante incluye en esta categoría la posesión no violenta en su momento inicial pero que luego fue turbada por violencias reiteradas. La posesión no sólo es pacífica cuando ha sido adquirida sin violencia sino también cuando se ha conservado de esa manera durante el primer año aunque no lo sea en los restantes. Ello por cuanto en el plazo de un año quedan purgados los vicios de la posesión cuando durante ese período no se hubiesen promovido las acciones posesorias, que caducan para el antiguo poseedor.

1.1.2.2. En el Código Civil y Comercial

Según señalamos supra, el carácter de posesión pacífica puede ser evaluado en dos momentos: en su inicio, es decir, adquirida sin violencia, y luego, durante su ejercicio por el plazo legal, no turbada por violencias reiteradas.

Respecto de la primera situación: adquirida sin violencia, hay que tener en cuenta que a los efectos de la prescripción adquisitiva la ley no distingue entre poseedor vicioso y no vicioso, por lo cual aquel poseedor que ha adquirido por violencia, clandestinidad o cualquiera de los vicios enumerados en el art. 1921, luego de prescriptas al año las acciones posesorias, ha purgado su vicio.

Respecto de la segunda cuestión: posesión no turbada por violencia posterior a su adquisición, el CCyCN no contiene disposiciones similares a las del Código velezano. Por el contrario, los arts. 2241 y 2242 disponen una legitimación activa amplia para el ejercicio de las defensas posesorias, que se conceden, así, a todos los poseedores (aun los viciosos), y a los tenedores.

**1.2. Transcurso del tiempo**

La prescripción adquisitiva requiere de la posesión ejercida durante el tiempo en marca la ley en forma continua.

Los arts. 3939 y 4015 del Código de Vélez, referidos a la prescripción breve y a la usucapión respectivamente, mencionan la posesión continua. En el mismo sentido, el art. 2481, al calificar la posesión que sirve para las acciones posesorias, agrega que ella "debe ser continua y no interrumpida", para luego aclarar estos conceptos en la nota pertinente en los siguientes términos: "Es preciso no confundir la discontinuidad de la posesión con la interrupción de la posesión. Sin duda que una posesión es discontinua, cuando ha sido interrumpida, pero una posesión puede ser discontinua, sin haber sido interrumpida. La discontinuidad tiene por causa la omisión del que posee, mientras que la interrupción supone un hecho positivo, sea el hecho del poseedor, por ejemplo, el reconocimiento que hiciese del derecho del propietario, sea el hecho de un tercero, como una desposesión o una citación a juicio".

La continuidad de la posesión requiere un hacer por parte del poseedor, es decir: la realización de actos posesorios que exterioricen el efectivo ejercicio de la relación posesoria existente. Ello no implica un uso y goce constante de la cosa pero sí un cuidado de ella y un aprovechamiento acorde con su naturaleza y destino. La situación de abandono e inhabitabilidad de un inmueble urbano o un predio rural improductivo evidencian la pasividad del poseedor quien no podrá invocar, en esas circunstancias, la posesión requerida para usucapir.

La interrupción de la posesión sucede cuando un tercero realiza actos tendientes a tal fin como, por ejemplo, la interposición de una demanda contra el poseedor, o cuando este último reconoce expresa o tácitamente el derecho de la persona contra la que prescribía. Estos supuestos son conocidos doctrinalmente como interrupción civil, a la cual hay que añadir la interrupción natural que se produce "cuando se priva al poseedor durante un año, del goce de la cosa por el antiguo propietario, o por un tercero, aunque la nueva posesión sea ilegítima, injusta, o violenta".

En ambos casos la interrupción de la posesión hace perder el tiempo anterior que se considera como si no hubiera existido; si el poseedor recupera la cosa comienza a correr un nuevo plazo de prescripción.

**1.3. Comienzo del cómputo**

El plazo de diez o veinte años para la prescripción adquisitiva comienza a correr desde el inicio de la posesión siempre que no se tratara de una posesión viciosa. La fecha de adquisición de la posesión será una de las pruebas más importantes en el proceso de usucapión, en algunos supuestos bastará con la documental, por ejemplo en la prescripción breve se tendrá en cuenta la fecha estampada en el justo título que sirve de base para adquirir por este medio, en la prescripción larga podrá acudirse a todo medio de prueba procesalmente admitido.

En este sentido, el art. 1903 del CCyCN presume, salvo prueba en contrario, que la relación real se inicia en la fecha del justo título, punto de partida de gran importancia por cuanto la sentencia de prescripción adquisitiva tiene efecto retroactivo al tiempo del comienzo de la posesión. En este supuesto también hay que considerar que la referencia al título invoca el acto jurídico en que se basa la posesión.

En teoría, cuando la posesión es viciosa debe transcurrir un año para que los vicios sean purgados y a partir de allí iniciar el cómputo legal. Cabe advertir que el adquirente con vicios es poseedor vicioso exclusivamente con relación al poseedor que los sufrió.

En el CCyCN la prescripción adquisitiva el art. 1899 fija un plazo de 20 años de posesión continua para aquel poseedor que no tiene título o buena fe, pero no reglamenta el inicio del cómputo de dicho plazo, como lo hacía Vélez. Si bien el art. 1904 remite a las normas sobre prescripción adquisitiva allí tampoco se resuelve este tema. El art. 2564 establece un plazo de prescripción liberatoria para las acciones posesorias, es decir que, a partir de allí el vicio quedaría purgado. Sin embargo, quedaría por establecer si ese año debería anexarse al plazo de veinte años que rige para la prescripción larga (art. 1899).

La purga de los vicios de la posesión tampoco está especialmente regulada por lo cual debería interpretarse que, dada la relatividad de los vicios, al prescribirse las acciones posesorias en el plazo de un año (art. 2564, inc. b]), quedan purgados los vicios.

**1.4. Accesión de posesiones**

El tiempo que debe transcurrir para la adquisición de un derecho real por prescripción es largo aun en el supuesto de la prescripción breve, de allí que en ocasiones durante ese período la posesión ha sido ejercida por más de un sujeto. La ley contempla esta situación de hecho que suele darse mediante sucesivas traslaciones de la posesión, acompañada generalmente por un boleto de compraventa, que configura una cadena de poseedores sin derecho real sobre el inmueble que ocupan. Durante ese mismo plazo tampoco ha habido actividad por parte del titular de dominio lo cual conlleva la necesidad de estabilizar y transparentar la situación dominial de los predios.

El sucesor particular puede unir su posesión a la de sus antecesores cumpliendo ciertos requisitos:

a) que procedan una de otra. Respecto de esta última exigencia, entiende Salvat que la vinculación entre el autor y el sucesor se materializa en la existencia de un título legal y oneroso como la compraventa, permuta, etc., siendo éste el único medio de probar la condición de sucesor y con ella el derecho de operar la accesión de posesiones;

b) en todo caso, las posesiones que pretenden unirse deben ser del mismo tipo, es decir: que ambos posean a título de dueño, o de usufructuario, etc.;

c) la buena o mala fe del autor de la posesión no es requerida para la usucapión; en cambio cuando se trata de la prescripción breve es necesario que las posesiones que intentan unirse sean de buena fe dado que éste es uno de los elementos requeridos, además del justo título para poder adquirir por prescripción;

d) para probar la accesión de posesiones no basta el título legal a que hace referencia Salvat, sino que además debe demostrarse el ejercicio de la posesión que se exterioriza mediante la realización de actos posesorios, resultando insuficiente la mera exposición efectuada en escritura pública en el sentido que el cedente ha detentado la posesión pública, pacífica, ininterrumpida, con ánimo de dueño.

**1.5. Suspensión del cómputo**

La suspensión del cómputo de la prescripción adquisitiva, a diferencia de lo que sucede con la interrupción, no borra el período anterior al hecho suspensivo, el que seguirá corriendo una vez subsanada la situación que la motivó.

La suspensión de la prescripción se extiende durante el tiempo que se mantiene la causa que justifica la inactividad, dejando intacto el período anterior al hecho suspensivo; una vez que éste desaparece el curso de la prescripción vuelve a correr sumándose al período anterior.

Las causales de suspensión previstas en el Código de Vélez y en el CCyCN, respectivamente son:

a) Vínculo matrimonial: en aras de preservar la armonía conyugal, la primera parte del art. 3969 dispone que: "La prescripción no corre entre marido y mujer, aunque estén separados de bienes, y aunque estén divorciados por autoridad competente". La jurisprudencia ha interpretado que la suspensión de la prescripción subsiste mientras dura la convivencia y el vínculo matrimonial, pero la norma del art. 3969 no es aplicable cuando hay separación de hecho y juicio de divorcio, con la aclaración de que el cese del efecto suspensivo recién opera cuando la sentencia queda firme teniendo en cuenta que "la sentencia de divorcio es de naturaleza constitutiva, en el sentido de que extingue el estado de familia existente, efecto que no puede operar mientras está sometida a un recurso".

El art. 2543 del CCyCN también dispone la suspensión del curso de la prescripción: a) entre cónyuges, durante el matrimonio, y b) entre convivientes, durante la unión convivencial, resultando aplicable al caso la jurisprudencia antes citada para los supuestos de divorcio, teniendo en cuenta que la disolución del matrimonio se produce cuando el divorcio ha sido declarado judicialmente (art. 435, inc. c]).

b) Vínculo entre tutores y curadores, y sus representados: por razones similares a las que motivan la suspensión de la prescripción entre cónyuges, en el art. 3973 del Código velezano dispone: "La prescripción de las acciones de los tutores y curadores contra los menores y las personas que están bajo curatela, como también las acciones de éstos contra los tutores y curadores, no corren durante la tutela o curatela".

En el CCyCN se mantiene ese principio en el art. 2543, inc. c) por lo cual la prescripción se suspende durante la responsabilidad parental, la tutela o la curatela.

Nótese que la nueva norma subsana el defecto que se atribuye a la legislación anterior en cuanto no menciona la relación de potestad existente entre padres e hijos como una de las causales de suspensión.

c) Interpelación fehaciente: El art. 2541 del CCyCN introduce esta forma de suspensión de la prescripción ubicándola en forma correcta. Dice la norma citada: "El curso de la prescripción se suspende por una sola vez, por la interpelación fehaciente hecha por el titular del derecho contra el deudor o el poseedor. Esta suspensión sólo tiene efecto durante seis (6) meses o el plazo menor que corresponda a la prescripción de la acción".

d) Solicitud de mediación: En este sentido el art. 2542 establece que "El curso de la prescripción se suspende desde la expedición por medio fehaciente de la comunicación de la fecha de la audiencia de mediación o desde su celebración, lo que ocurra primero. El plazo de prescripción se reanuda a partir de los veinte (20) días contados desde el momento en que el acto de cierre del procedimiento de mediación se encuentre a disposición de las partes".

**PRESCRIPCIÓN DE INMUEBLES**

En el Código de Vélez sólo se contemplaba la prescripción adquisitiva de derechos reales sobre inmuebles, dado que, en virtud del principio establecido en el art. 2412 se consideraba inaplicable este instituto a las cosas muebles. Sin embargo, dado que el precepto posesión vale título cede frente a las cosas muebles robadas o perdidas, estas últimas quedaban sujetas a reivindicación sine die con la consiguiente inseguridad jurídica que provocaba esta situación. Por ello, la reforma introducida en el Código por la ley 17.711 incorporó un régimen de prescripción adquisitiva para este tipo de cosas. Con referencia a los inmuebles el CCiv. organiza dos sistemas de adquisición por prescripción: el art. 3999 fija un plazo de posesión continua de diez años en tanto que el art. 4015 señala un plazo en veinte años.

El CCyCN mantiene esas dos formas de prescripción de inmuebles: breve y larga (arts. 1898 y 1899, respectivamente).

En los apartados precedentes de este capítulo hemos pasado revista a las generalidades en materia de prescripción adquisitiva y a los elementos comunes a los dos tipos de prescripción: posesión que cumpla con los requisitos legales y el transcurso del tiempo marcado por la ley, según el caso. Corresponde ahora analizar los requisitos diferenciales entre la prescripción breve y la prescripción larga o usucapión.

**PRESCRIPCIÓN DE COSAS MUEBLES**

En materia mobiliaria es de aplicación el principio contenido en el art. 2412 que se condensa en la conocida expresión: posesión vale título; de tal modo la adquisición del dominio de una cosa mueble queda demostrada mediante la posesión de buena fe. En consecuencia, mientras el poseedor de buena fe a título oneroso siempre puede repeler la acción reivindicatoria, aun contra el verus dominus, aquel que la hubo a título gratuito será considerado dueño frente a todos menos respecto del propietario anterior. El poseedor de mala fe también queda excluido de esta presunción.

En el Código Civil y Comercial

El art. 1898 dispone: "La prescripción adquisitiva de derechos reales con justo título y buena fe se produce sobre inmuebles por la posesión durante diez años. Si la cosa es mueble hurtada o perdida el plazo es de dos años. Si la cosa es registrable el plazo de la posesión útil se computa a partir de la registración del justo título".

El art. 1899 establece que "También adquiere el derecho real el que posee durante diez (10) años una cosa mueble registrable, no hurtada ni perdida, que no inscribe a su nombre pero la recibe del titular registral o de su cesionario sucesivo, siempre que los elementos identificatorios que se prevén en el respectivo régimen especial sean coincidentes".

Es decir que también respecto de las cosas muebles se admite y reglamenta la adquisición por prescripción en sus dos formas: breve y larga, en la primera durante la posesión por dos años, y en la segunda, por diez años.

Cuando la cosa mueble hurtada o perdida fuera registrable, el término de dos años para la prescripción se computa a partir del momento de la inscripción en el Registro pertinente, ello es así porque en esta materia nuestra legislación adopta el sistema de inscripción constitutiva, o sea que no se transmite ni se adquiere la propiedad de la cosa si no se efectúa la registración.

**MUEBLES REGISTRABLES**

El caso de los muebles registrables requiere explicación adicional:

1. Automotores

Partiendo de la base de que los automotores están sujetos a un sistema registral constitutivo, para que sea procedente la usucapión deben concurrir los siguientes requisitos:

Para la prescripción adquisitiva breve: 1) existencia de inscripción a favor del usucapiente; 2) posesión de buena fe continua; 3) transcurso del plazo de dos años, cosa hurtada o perdida. Es decir que para que sea aplicable la prescripción adquisitiva de dos años en materia de automotores, es inexcusable que exista una inscripción en el Registro de la Propiedad del Automotor a nombre del usucapiente, tal como claramente lo expresa el art. 1898 del CCyCN y el art. 4º del decreto-ley 6582/1958 y haya posesión de buena fe continua, durante dos años, computados desde la inscripción.

1.1. Automotor hurtado o perdido

¿Qué sucede cuando el automotor registrado a nombre del poseedor fue hurtado? Esa adquisición, proveniente de un título emanado de quien no era titular del derecho real ¿puede ser perfeccionada por prescripción adquisitiva?

La reforma del Código Civil por la ley 17.711 modificó esta materia, al establecer un plazo de dos años para las cosas muebles registrables en general.

Posteriormente el decreto 6582 (según DJA E-0492) en su art. 4º (primer párrafo) estableció: "El que tuviese inscripto a su nombre un automotor hurtado o robado, podrá repeler la acción reivindicatoria transcurridos dos años de la inscripción, siempre que durante ese lapso lo hubiese poseído de buena fe y en forma continua".

El art. 1898 del CCyCN no sólo mantiene el plazo de dos años para la prescripción breve sino también la forma del cómputo de la posesión útil: a partir de la registración del justo título.

En todo caso es indispensable que el automotor esté registrado a nombre del poseedor.

La falta de inscripción y, por ende, de publicidad en la posesión que da el registro, hace inaplicable la norma citada para el adquirente de cosa registrable que no la tenga inscripta a su nombre porque constituyéndose el derecho sólo registralmente el poseedor no inscripto no puede tener la creencia, sin duda alguna, de ser el dueño y señor de la cosa.

Manteniéndose la posesión ostensible y continua (art. 1900) durante el lapso de dos años, se consolida el dominio en cabeza del sujeto que aparece en el registro operándose a su favor el modo de adquisición previsto en el art. 1898 del CCyCN.

1.2. Buena fe

La buena fe del titular registral consiste en creer que la cosa ha sido adquirida de su dueño, o sea de quien figura inscripto como tal en el Registro Nacional de la Propiedad del Automotor, y queda expuesta con la diligencia inicial que el comprador ha puesto en conocer el estado jurídico del automotor a la que se suma la inscripción de la transferencia a su nombre. En este sentido el Proyecto de Código Unificado de 1998 dispone expresamente que "respecto de las cosas muebles registrables no existe buena fe sin inscripción a favor de quien la invoca".

Al respecto cabe recordar que el art. 1918 del CCyCN califica de buena fe al sujeto de la relación de poder que "no conoce ni puede conocer que carece de derecho", excusando el error de hecho esencial, por lo cual en el caso de la falta de inscripción no cabe tal excusa por cuanto la ignorancia de las leyes no sirve de excusa para su cumplimiento (art. 8º). Téngase en cuenta que la inscripción registral es constitutiva por imperio legal.

Por lo demás, a efectos de evaluar la buena fe del titular resultan de aplicación las reglas generales estudiadas en este capítulo para la prescripción breve.

Respecto de la calificación de buena fe en el adquirente de un automotor, una de las circunstancias que se evalúa es la diligencia previa a la inscripción y el cumplimiento, al tiempo de la adquisición, de medidas de prevención tales como demandar del enajenante la entrega de la documentación del vehículo, requerir del Registro un certificado sobre condiciones de dominio y efectuar la verificación del estado físico ante la autoridad competente.

1.3. Poseedor de mala fe de cosas muebles

El caso del poseedor de mala fe, o el del autor del hurto o robo de una cosa mueble, no estaba previsto ni en la legislación general ni en el régimen especial, de allí que existieran opiniones divergentes entre la imprescriptibilidad y la aplicación por analogía de la prescripción inmobiliaria larga, habiéndose inclinado la jurisprudencia por esta última solución.

El actual art. 1899, al establecer el plazo de veinte años para la prescripción adquisitiva larga, no hace distinción entre cosas muebles o inmuebles, por lo cual resulta aplicable a todo poseedor que reúna las condiciones que exige el art. 1900, aunque fuera de mala fe, como expresa la norma.

2. Otros muebles registrables

Es importante aclarar aquí que en el caso de los buques y aeronaves, que también son cosas muebles registrables, no es aplicable la conclusión que antecede respecto de los automotores por cuanto:

2.1. Buques

La Ley de Navegación 20.094, incorporada al Código de Comercio prevé una inscripción registral no constitutiva y la registración es al solo efecto de hacer las transmisiones oponibles a terceros. El art. 162 de la ley citada admite la adquisición por prescripción cuando media buena fe, justo título y más de tres años de posesión continua; la inexistencia de buena fe y justo título habilita la prescripción adquisitiva pero el plazo es de diez años.

2.2. Aeronaves

El Código Aeronáutico, ley 17.285, establece el régimen de las aeronaves e impone la inscripción de los títulos en el Registro Nacional de Aeronaves a los efectos de la oponibilidad a terceros. Se trata de una inscripción declarativa —similar a los inmuebles— y no constitutiva como en los automotores.

2.3. Equinos

El régimen de propiedad de los equinos de pura sangre de carrera fue implementado por la ley 20.378, que establece una inscripción de carácter constitutivo. La propiedad de esos animales se acredita con la inscripción en los registros genealógicos, por ello la sola entrega del caballo es insuficiente para la transmisión del dominio dado que éste se perfecciona tanto entre partes como con respecto a terceros mediante la inscripción registral (art. 2º). En este caso, por tratarse los caballos de carrera de bienes registrables, resulta de aplicación el art. 1898 del CCyCN en cuanto fija el plazo de dos años para adquirir por prescripción el dominio de las cosas hurtadas o perdidas. Entendemos que a los fines de merituar la buena fe de la posesión continua que debe ostentar el prescribiente, son aplicables las conclusiones antes vertidas respecto de los automotores porque los caballos también se adquieren por inscripción constitutiva y, por tanto, la posesión resulta insuficiente no sólo para adquirir el dominio sino también para probar la buena fe del poseedor. También en este supuesto la adquisición del derecho por justo título y buena fe queda perfeccionada por el transcurso del plazo legal.

2.4. Semovientes

La ley 22.939 unificó el régimen de marcas y señales en todo el país. Con la vigencia de ese régimen el ganado mayor marcado y el ganado menor señalado se presumen de propiedad de la persona a cuyo nombre se hubiesen registrado. Toda persona que tuviera en su poder animales marcados o señalados sin haber cumplimentado los requisitos para la transferencia que marca el art. 12 de la ley citada, no puede ser considerada de buena fe y, por lo tanto, no puede usucapir en el plazo del art. 4016 bis del Código velezano y art. 1898 del CCyCN.

Entendemos que en el supuesto de semovientes también resulta aplicable el último párrafo del art. 1899 del CCyCN que regula la adquisición de la prescripción larga. Hay que recordar que en esta variable no se requiere buena fe ni justo título; sin embargo, a pesar de la falta de inscripción a nombre del poseedor la cosa no debe ser hurtada ni perdida y la adquisición se produce por la posesión ostensible y continua de diez años "siempre que los elementos identificatorios que se prevén en el respectivo régimen especial sean coincidentes".

**IX.5) Usucapión breve. Concepto y requisitos. El supuesto introducido por la ley 24.374**

1. Prescripción breve

La prescripción para adquirir por la posesión continua de diez años requiere justo título y buena fe a diferencia de la prescripción larga en la cual no son requeridos ninguno de estos extremos

Estos conceptos son perfectamente aplicables en el CCyCN por cuanto en el **art. 1898** se mantiene la posibilidad de perfeccionar la adquisición del derecho real para aquel poseedor que ostenta justo título y buena fe, por el plazo de diez años tratándose de inmuebles, que disminuye a dos, si se trata de cosa hurtada o perdida, según analizaremos al estudiar la prescripción de cosa muebles.

**1.1. Justo título**

El art. 2602 del CCiv. de Vélez dispone que "la tradición debe ser por título suficiente para transferir el dominio", entendiéndose por título el acto jurídico que reúne los requisitos de fondo y de forma para transmitir el derecho real de que se trate. Es importante destacar que el título no se refiere sólo a la forma, es decir al documento portante del acto jurídico, sino al acto en sí mismo.

El título, así concebido, debe emanar del titular del derecho real que se transmite, que a su vez tenga la capacidad suficiente para ello.

En el CCyCN, según lo estudiamos en el capítulo III, el art. 1892, siguiendo la misma ley que la legislación anterior, define el título suficiente como aquel revestido de las formas establecidas por la ley, manteniendo la exigencia de la escritura pública para la transmisión, constitución, adquisición de derechos reales sobre inmuebles (art. 1017, inc. a]).

Establecido el concepto de título suficiente para adquirir el dominio, resta definir cuando el título es justo en los términos del art. 4015 del Código velezano y art. 1898 del CCyCN. Para ello, el art. 1902 del CCyCN mantiene el concepto de justo título del cc pero mejora la redacción: "El justo título para la prescripción adquisitiva es el que tiene por finalidad transmitir un derecho real principal que se ejerce por la posesión, revestido de las formas exigidas para su validez, cuando su otorgante no es capaz o no está legitimado al efecto".

En cuanto al cómputo del plazo, conforme con el art. 4003 del Código velezano se presume que ha poseído desde la fecha del título, si no se probare lo contrario.

El art. 1903 del CCyCN mantiene el sistema anterior, es decir: la presunción que la posesión válida para usucapir se inicia en la fecha del justo título, punto de partida al cual se agrega ahora otro supuesto: aquellos derechos reales en los que la registración es constitutiva (por ej. automotores), el inicio del cómputo será la fecha de anotación en el registro respectivo.

Al respecto cabe reiterar que la usucapión corta, en relación al sucesor a título singular, está sujeta a las condiciones legales que autoriza la accesión de posesiones siempre que las dos posesiones sean de buena fe, que ellas se liguen inmediatamente sin que se haya intercalado una posesión de mala fe y que lo sea por un vínculo de derecho.

**1.2. Buena fe**

El art. 1902 del CCyCN, al tratar la buena fe requerida para la prescripción adquisitiva breve, establece que consiste en no haber conocido ni podido conocer la falta de derecho a la relación posesoria.

La buena fe no consiste solamente en la creencia de la bondad de su derecho, sino que también el poseedor debe exhibir diligencia en su actuar.

**IX.6) Usucapión larga. Concepto. Acción declarativa de la usucapión larga: sistema anterior y posterior a la ley 14.159**

Usucapión

La adquisición por usucapión o prescripción larga requiere la reunión de los requisitos de posesión y transcurso del tiempo. Con respecto al primero: posesión, son aplicables todos los conceptos mencionados al evaluar los elementos comunes a todo tipo de prescripción adquisitiva, con la salvedad respecto de la prescripción breve, que en este caso el poseedor no deberá exhibir buena fe como lo prescribe el art. 4016 del Código de Vélez: "Al que ha poseído durante veinte años sin interrupción alguna, no puede oponérsele ni la falta de título ni su nulidad, ni la mala fe en la posesión".

En el mismo sentido y con una ligera variación en sus términos el art. 1899 del CCyCN establece que "No puede invocarse contra el adquirente la falta o nulidad del título o de su inscripción, ni la mala fe de su posesión".

Con relación al transcurso del tiempo, el plazo se contará conforme con las pautas generales.

Una vez reunidos estos requisitos el poseedor, aun vicioso, adquiere la titularidad del derecho real a pesar de no tener título alguno o teniendo un título emanado de quien no era titular. Mediante la usucapión se subsanan no sólo los vicios de que pudiera adolecer la posesión sino también el título, si lo hubiere. En tal sentido se ha resuelto que la carencia de fecha cierta o el deber de conocer al verdadero propietario, se hallan desprovistos de trascendencia en la especie ya que, aun cuando le asistiera razón, "al que ha poseído durante 20 años sin interrupción no puede oponérsele ni la falta del título, ni su nulidad, ni la mala fe en la posesión".

El momento de adquisición del derecho real por parte del usucapiente marca, a su vez, el de extinción de ese mismo derecho del anterior titular que se ha mantenido inactivo durante todo el plazo de la prescripción. Sin embargo, cabe señalar que el propietario precedente no pierde el dominio (o el derecho real de que se trate) sólo por su inactividad sino por la circunstancia concomitante de la adquisición por el poseedor.

La usucapión, una vez cumplida, genera por sí un derecho de propiedad en cabeza del poseedor, y goza por ello del ius persequendi, en tanto puede hacerse valer ante cualquiera que contra la voluntad del usucapiente haya entrado en posesión de la cosa y, por vía de excepción, contra todos los que intenten reivindicar el bien.

2.1. Procedimiento

La ley 14.159 implementó un procedimiento especial, hasta entonces inexistente, incorporando en su título VI las pautas para el "Juicio de adquisición de dominio por la posesión continuada", como lo denomina la propia normativa. El **art. 22** dispone: "En el juicio de adquisición del dominio de inmuebles por la posesión continuada de los se observarán las siguientes reglas:

"a) El juicio será de carácter contencioso y deberá entenderse con quien resulte titular del dominio de acuerdo con las constancias del catastro, Registro de la Propiedad o cualquier otro registro oficial del lugar del inmueble, cuya certificación sobre el particular deberá acompañarse con la demanda. Si no se pudiera establecer con precisión quién figura como titular al tiempo de promoverse la demanda, se procederá en la forma que los códigos de procedimientos señalan para la citación de personas desconocidas;

"b) Con la demanda se acompañará plano de mensura, suscripto por profesional autorizado y aprobado por la oficina técnica respectiva, si la hubiere en la jurisdicción;

"c) Se admitirá toda clase de pruebas, pero el fallo no podrá basarse exclusivamente en la testimonial. Será especialmente considerado el pago, por parte del poseedor, de impuestos o tasas que graven el inmueble, aunque los recibos no figuren a nombre de quien invoca la posesión;

"d) En caso de haber interés fiscal comprometido, el juicio se entenderá con el representante legal de la Nación, de la provincia o de la municipalidad a quien afecte la demanda.

"Las disposiciones precedentes no regirán cuando la adquisición del dominio por posesión treintañal no se plantea en juicio como acción, sino como defensa.

"Serán asimismo subsidiarias del régimen especial a que puede someterse por leyes locales, la adquisición por posesión de inmuebles del dominio privado de la Nación, provincias o municipios".

Cabe destacar que los requisitos exigidos por la ley 14.159 son innecesarios cuando la usucapión se hace valer como defensa contra la acción reivindicatoria, pues aquí el demandado no pretende la formación de un título sino evitar su desposesión. Sin embargo, se ha admitido que no puede reclamar esa dispensa el poseedor que no se ha limitado a defenderse de la reivindicación evitando su desposesión sino que ha reconvenido pretendiendo la declaración de un modo de adquirir el dominio y la formación de un título.

2.1.1. Competencia

La competencia para el juicio de usucapión recae en el juez del lugar donde se encuentra ubicado el inmueble, por aplicación de la regla general impuesta en el art. 5º, inc. 1º, del CCyCN, reproducido en la mayoría de los códigos provinciales.

2.1.2. Legitimación

El poseedor —persona física o jurídica— es el legitimado activo para promover el juicio. El legitimado pasivo es el titular de dominio del inmueble cuyo derecho real está inscripto en el registro de la propiedad, en la Dirección de Catastro o cualquier otro registro oficial, a cuyo fin se acompañarán los informes pertinentes (art. 24, inc. a]).

2.1.3. Carácter del juicio

La ley 14.159 expresamente dispone que el juicio es de carácter contencioso y se entabla con quien resulte titular del dominio de acuerdo con las constancias de Catastro, Registro de la Propiedad o cualquier otro registro oficial cuya certificación sobre el particular deberá acompañarse con la demanda. En cuanto al procedimiento, en el supuesto de que el código procesal local no previera un proceso especial, tramitará por el procedimiento del juicio ordinario.

El CCyCN, si bien no reglamenta el procedimiento para adquirir los derechos reales por prescripción, establece que el proceso debe ser contencioso (art. 1905), reafirmando de tal manera lo dispuesto en la ley que comentamos.

2.1.4. Orden público

Resulta de interés para el Estado, en virtud del dominio eminente que ejerce sobre el territorio nacional, mantener los registros inmobiliarios con el mayor grado de certeza en cuanto a su correspondencia entre la realidad registral y la extrarregistral, de allí que en el juicio de usucapión queda comprometido el orden público. Por lo tanto, el incumplimiento de los requisitos establecidos por la ley 14.159 configuran un vicio de orden público declarable de oficio en tanto no hay sido purgado por la cosa juzgada.

2.1.5. Prueba

El que intenta obtener un pronunciamiento judicial acerca de la adquisición de su derecho real por prescripción larga deberá probar los extremos legales requeridos: posesión y transcurso del tiempo.

Poseer implica comportarse en los hechos como propietario de una cosa, esto es, ejercer sobre ella un poder de hecho concretado en los actos físicos que realizaría cualquier propietario sin reconocer en otro un señorío superior.

En principio, cualquier tipo de prueba es admitida en este proceso; en todo caso se trata de una prueba compuesta, según así lo dispone el art. 24, inc. c), ley 14.159. La singularidad de esta "prueba compuesta" veda, en esta materia, al sentenciante fundar su sentencia con apoyo exclusivo en la prueba testimonial y exige que esta prueba sea corroborada o integrada por evidencias de otro tipo.

2.2. Valor de la sentencia

La adquisición del dominio del inmueble se produce por la posesión continua por el plazo que ella exige, se trata por tanto de una adquisición ex lege. La intervención judicial lleva a la comprobación de los requisitos legales para usucapir y, una vez rendida la prueba al respecto, al dictado de una sentencia meramente declarativa. Es decir: el derecho real ya fue adquirido por la concurrencia de posesión más tiempo, la sentencia con la que culmina el procedimiento de adquisición por prescripción sólo constata tales extremos y declara cumplidos los requisitos legales.

2.2.1. Anotación de litis

El último párrafo del art. 1905 del CCyCN contiene una disposición de carácter procesal en tanto ordena al juez de la causa disponer de oficio la anotación de la litis en el registro respectivo, a fin de dar a conocer la pretensión. Como consecuencia de la publicidad que genera toda anotación registral, la medida tiende a proteger a terceros interesados en adquirir derechos reales o personales sobre el inmueble cuya titularidad pretende el poseedor.

2.2.2. Inscripción de la sentencia

El testimonio de la sentencia que declara adquirido el dominio por usucapión y la cancelación de la inscripción anterior se anota en el registro inmobiliario de la jurisdicción a la que pertenece el inmueble; dicha inscripción registral es exigida a los efectos de publicitar el derecho real, pero no queda excluida la posibilidad de que los terceros arriben por otras vías al conocimiento de la realidad jurídica extrarregistral, supliendo dicho conocimiento la inscripción.

2.3. La usucapión como defensa

La usucapión también puede hacerse valer como excepción, en tal caso, iniciada contra el poseedor una acción reivindicatoria éste opone la prescripción adquisitiva como defensa al progreso de la acción. En tal caso la prueba a producir será similar a la del juicio por usucapión y fundamentalmente estará enderezada a demostrar la posesión pública, pacífica, ininterrumpida durante los 20 años que marca la ley.

En este supuesto, en que la usucapión se plantea como defensa y no como acción, el poseedor no intenta la declaración judicial de la adquisición del dominio sino tan solo pretende defender su relación real ante la petición del propietario para recuperarla.

La diferencia entre la usucapión como acción y como defensa se explica en razón de que, en el proceso reivindicatorio, el objeto de la pretensión consiste en la recuperación de una posesión perdida, y el objeto de la defensa no estriba en la formación de un título supletorio de dominio sino en la conservación de aquélla. Por otra parte, interviene en dicho proceso un propietario cierto provisto de obvio interés en controlar la seriedad de la prueba que se produzca.

**IX.7) La prescripción con relación a los derechos reales de goce y disfrute sobre cosa ajena: a) usufructo, uso y habitación. Prescripción extintiva del derecho personal. Prescripción adquisitiva del derecho real. Cuasi prescripción extintiva del derecho real; b) servidumbre**

La prescripción con relación a los derechos reales de goce y disfrute sobre cosa ajena: DERECHOS REALES SOBRE COSA AJENA:

CLASES: (guía pág. 159)

Los derechos reales sobre cosa ajena pueden ser de 2 clases:

1) De garantía: se llaman así porque garantizan el pago de una deuda. Son 3: hipoteca, prenda y anticresis.

2) De disfrute: se llaman así porque se tiene sobre la cosa el uso y goce, pero no la propiedad (ej. Si me dan en usufructo un auto, puedo manejarlo pero no venderlo, porque esa es una facultad del dueño) Los derechos de disfrute son 4: usufructo, uso, habitación y servidumbre activa.

**USUFRUCTO:**

Concepto: “usufructo es el derecho real de usar, gozar y disponer jurídicamente de un bien ajeno, sin alterar su sustancia.

Hay alteración de la sustancia, sin es una cosa, cuando se modifica su materia, forma o destino, y si se trata de un derecho, cuando se lo menoscaba.” Art. 2129.-

Modos de Constitución: ART. 2134 CCyCN El usufructo puede constituirse:

a. Por la transmisión del uso y goce con reservas de la nuda propiedad;

b. por la transmisión de la nuda propiedad con reserva del uso y goce;

c. por transmisión de la nuda propiedad a una persona y el uso y goce a otra.

**USUFRUCTO NACIDO POR PRESCRIPCION: (de Wendy pág. 966)**

Nace también este derecho por la prescripción adquisitiva, cumpliendo los requisitos que se establecen en las normas pertinentes de la materia.

En materia de inmuebles puede plantearse el caso de una prescripción adquisitiva breve en el caso de un usufructo donde el adquirente de buena fe cuenta con justo título, pero es poco menos que inimaginable el caso de la prescripción adquisitiva larga, ya que quien haya poseído durante 20 años el inmueble querrá ser propietario y no usufructuario. No obstante, puede ocurrir si quien cuanta con justo título por un error no excusable no poder ser considerado de buena fe, pero por definición su posesión ha sido a título de usufructuario, por lo que al término de los 20 años solo adquirirá el usufructo y no el dominio.-

Constitución por prescripción: (guía pág. 161)

Art. 2817 del cód. Velezano: puede adquirirse la prescripción breve (posesión x 10 años con justo título y buena fe) o por prescripción larga (posesión por 20 años). En la práctica no es muy común, ya que por el mismo tiempo puede adquirirse el dominio.

En todos los casos, para que el usuario sobre inmuebles sea oponible a terceros debe inscribirse en el Registro de la Propiedad Inmueble.

EXTINCION:

El art. 2152 del CCyCN legisla los medios especiales de extinción del usufructo. Con buena técnica legislativa, ello nos está remitiendo a los modos generales de extinción de TODOS los derechos reales legislados en el art. 1907 CCyCN, el cual, a su vez, nos remite a los medios de extinción de todos los derechos patrimoniales, lo cual termina siendo una remisión vacía de contenido. No existen en el CCyCN tales causas.

Causas comunes de extinción de los derechos reales:

a- Destrucción total de la cosa

b- Abandono

c- Consolidación

d- Cumplimiento del plazo o de la condición.

ART. 2152: Medios ESPECIALES de extinción: Son medios especiales de extinción del usufructo:

**a.** La muerte del usufructuario, aunque no se haya cumplido el plazo o condición pactados. Si no se pactó la duración del usufructo, se entiende que es vitalicio; - Debe tenerse presente que cualquiera sea el plazo o la condición a la que esté sometida el usufructo, el mismo se extingue por la muerte del usufructuario de cualquier manera que suceda.- El usufructo jamás pasa a los herederos.

La excepción está dada por el caso del usufructo conjunto con derecho de acrecer, en que la muerte de un usufructuario aumenta el derecho de los demás, y solo se revertirá el dominio en cabeza del propietario una vez fallecidos la totalidad de los usufructuarios.(Wendy pag.995)

**b.** la extinción de la persona jurídica usufructuaria. Si no se pactó la duración, se extingue a los 50 años desde la constitución del usufructo.

Tal como sucede con las personas físicas, la extinción o disolución de la persona jurídica a favor de la cual se encontraba constituido el usufructo acarrea la inexorable extinción del mismo. No integra este derecho el patrimonio de liquidación ni puede ser adjudicado a ninguno de los socios por partición o distribución.- Si no existe plazo pactado, el usufructo a favor de persona jurídica se extingue a los 50 años.(Wendy pag.996)

**c.** el no uso por persona alguna durante 10 años, por cualquier razón. El desuso involuntario no impide la extinción, ni autoriza a extender la duración del usufructo;

Se extingue también el usufructo por su no uso durante el término de 10 años, modo de extinción que suele concurrir en todos los derechos de disfrute sobre cosa ajena. Según la doctrina clásica, esta causal de extinción no es otra cosa que una verdadera prescripción liberatoria, o extintiva, pues libera al dominio del gravamen que representa el derecho real sobre cosa ajena en su aspecto pasivo.

**d.** el uso abusivo y la alteración de la sustancia comprobada judicialmente.

No estaba prevista como causal autónoma de extinción del usufructo ni en el Código derogado, ni había sido incorporada como tal por la reforma de la ley 17.711.- Sin embargo funciona como tal en varios ordenamientos legislativos extranjeros, también de origen meramente romanista como el nuestro.-

Para determinar que se entiende por “uso abusivo”, debemos remitirnos a la norma de los art. 10 y concs.del CCyCN: “Se considera tal el que contraria los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres”.-

Esta causal de extinción se aplica no solamente al usufructo, sino también a los derechos de uso y habitación, a la prenda y al derecho de retención. (Wendy pag.998)

Alteración de la sustancia: Debe ser comprobada judicialmente.

El CCyCN considera que se altera la sustancia cuando se modifica su materia forma o destino (si se trata de una cosa) o se lo menoscaba en el caso de un derecho.

**DERECHOS REALES DE USO Y HABITACION EN CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION:**

EL CCyCN legisla estos derechos en dos títulos separados, aunque con normas paralelas entre ambos institutos. Se aleja, sin embargo, en forma sustancial de los derechos de uso y habitación legislados por el Código derogado y normados por la mayoría de los sistemas del derecho comparado estableciendo un sistema totalmente novedoso y opuesto al anterior.-

EL DERECHO REAL DE USO:

El derecho real de uso ha dejado de ser atípico y de constituir una excepción dentro del mundo de los derechos reales. El uso es perfectamente típico y su normativa está totalmente encuadrada dentro del orden público, quedando, como en la mayoría de los derechos reales la voluntad de las partes reducidas a límites estrechos.

Las partes solo podrán acordar cual ha de ser la extensión o los límites del uso. Fuera de esta posibilidad, nada más podrán modificar del estatuto legal del derecho real. Esta facultad que se acuerda a las partes no solo constituye un derecho sino que además es un presupuesto ineludible de validez del derecho como tal, ya si el titulo no estableciera ninguna limitación, la ley considera que el derecho real constituido no es un uso sino un usufructo, más allá del carácter que le hubieren asignado las partes.

Han desaparecido de nuestro derecho positivo las dos limitaciones que con respecto a los frutos traían las normas derogadas. No existe ya ninguna relación entre la cantidad de frutos que el usuario puede hacer suyos en cuanto al destino que se ha de dar a los frutos. Podrá el usuario disponer libremente de ellos sin ninguna necesidad de que sean consumidos directamente como ocurría en el Código derogado.

NORMA SUPLETORIAS:

Siendo ahora el derecho real de uso un derecho típico se rige por normas codificadas, quedando, sólo librado a la voluntad de las partes la extensión del uso y goce o el límite de apropiación de los frutos.

Por expresa remisión legal a la analogía el derecho de uso se rige por las normas que regulan el usufructo.

¿Cuáles son estas "disposiciones particulares" a que hace referencia el art. 2155 CCyCN? La primera es que se excluye la posibilidad de constituir uso a favor de una persona jurídica, ya que sólo puede establecerse a favor de persona humana (art. 2154 CCyCN).

La segunda es la imposibilidad de constituir derechos reales sobre su derecho de uso, facultad que, le es acordada al usufructuario, quien puede constituir servidumbres, derechos de uso y habitación o anticresis sobre su derecho de usufructo.

Puede, constituir derechos personales, pues están dentro de las facultades de administración del usuario que, siendo iguales a las del usufructuario no tiene limitación expresa alguna dentro de este título. El usuario puede constituir derechos personales sobre su derecho o la cosa objeto del uso. Siempre, claro está, respondiendo personalmente frente al nudo propietario y con el límite de la duración del derecho real de uso.

En tercer lugar se impide a los acreedores embargar los frutos cuando éstos tienen carácter alimentario, cuestión que no sucede en el usufructo.-

 Objeto

El objeto del derecho de uso podrá ser una cosa mueble o inmueble, una parte material de ella o una parte indivisa, como lo marca la ley. Las cosas que puedan ser objeto del uso serán las mismas que lo podrían ser del usufructo. También podrá ser objeto del derecho de uso una parte indivisa de una cosa mueble o inmueble. También aquí se aplican las reglas del co-usufructo por analogía legal.

 Frutos

El art. 2157 CCyCN, norma que "Los frutos no pueden ser embargados por los acreedores cuando el uso de éstos se limita a las necesidades del usuario y su familia". Con lo cual ha de entenderse que éstos podrían —y utilizamos el condicional expresamente— embargar los frutos que excedan las necesidades del usuario y su familia.

Lo cierto es que, como ocurre en el usufructo, los frutos los adquiere el usufructuario (en este caso el usuario) por percepción, siendo éste el único modo de adquisición de frutos previsto por el CCyCN para estos derechos reales de disfrute sobre cosa ajena.

Por tanto, es incorrecto decir que los acreedores pueden embargar "los frutos", pues éstos, mientras estén unidos a la cosa fructífera, o sea no percibidos por el usuario, integran un todo con la cosa y, por lo tanto, son, en verdad, propiedad del nudo propietario.

Lo que podrán embargar los acreedores del usuario es el derecho a percibir los frutos en la medida que excedan las necesidades del usuario y su familia, o, en última instancia, los frutos ya percibidos por el usuario, pero en este caso ya no tendrán más relación con el derecho de uso que el origen material de los mismos, pues ya serán propiedad exclusiva del usuario. Sin embargo, aun en este caso habrá de mantenerse la inembargabilidad de los mismos en la medida de los arts. 744, inc. e), y 2157 del CCyCN.-

 DERECHO REAL DE HABITACIÓN

Concepto

La habitación es, según la norma del art. 2158, el derecho real que consiste en morar en un inmueble ajeno construido, o en parte material de él, sin alterar su sustancia.

Se trata de un derecho real autónomo con características propias, y que cobran importancia no tanto por la posibilidad de que resulte constituido un derecho real de habitación por contrato o testamento, sino por la importancia que revisten los derechos de habitación del cónyuge supérstite y del conviviente supérstite como normas de carácter tuitivo del derecho de familia.-

 Normas supletorias

Se aplican al derecho de habitación las reglas del derecho de uso, en tanto no resulten modificadas por normas del título X, y como al uso se aplican las pautas del usufructo, resulta que, en definitiva, el derecho real de habitación terminará siendo normado por las reglas del usufructo, salvo en las modificaciones específicamente establecidas en este título.

Objeto

A diferencia del uso, cuyo objeto era similar al del usufructo, el objeto del derecho real de habitación está circunscripto a un inmueble ajeno construido, que, lógicamente, debe resultar habitable.

No podrá constituirse este derecho real sobre bienes muebles ni sobre derechos ni sobre cosas fungibles, como lo podrían ser el usufructo o el uso.

También prevé la norma que el inmueble construido y habitable debe ser ajeno, lo cual es de la esencia de estos derechos reales, lo mismo que el límite de no alterar la sustancia.

Se excluye la posibilidad de establecer derecho de habitación sobre la parte indivisa de este inmueble construido. Sólo podrá ser objeto del derecho de habitación la totalidad del inmueble o una parte material de él.

En este último caso, el art. 2161 CCyCN prevé que el habitador de una parte material de la cosa debe, como es lógico, contribuir con el pago de las cargas, contribuciones y reparaciones de la casa en que habita, a prorrata con el dueño y en proporción a la parte que ocupa.-

Habitador - Limitaciones

El derecho de habitación, al igual que el de uso sólo puede ser constituido a favor de persona humana. Sin embargo, las facultades tanto jurídicas como materiales del habitador son sustancialmente inferiores a las del usuario.

El derecho de habitación, a diferencia del uso y el usufructo en la forma que los ha legislado el CCyCN, es un derecho real constituido intuitu personae, es decir, teniendo en mira única y exclusivamente la persona del habitador.

De allí que resulte totalmente intransmisible, ni por causa de muerte, al igual que el uso y el usufructo, pero tampoco por actos entre vivos. Esta última prohibición veda también la posibilidad de que pueda ser embargado o ejecutado por los acreedores del habitador.

Al ser un derecho real concebido intuitu personae, también se veda al habitador la posibilidad de constituir no sólo derechos reales sin también, y en forma expresa, derechos personales.

Es decir, los derechos del habitador sólo se extienden, y a su vez limitan, exclusivamente a morar en un inmueble ajeno.

SERVIDUMBRES

1 Definición y fundamento

El art. 2162 CCyCN define la servidumbre como "el derecho real que se establece entre dos inmuebles y que concede al titular del inmueble dominante determinada utilidad sobre el inmueble sirviente ajeno".

La justificación de la existencia del derecho real de servidumbre se encuentra en la atribución de utilidad de un fundo a otro para la mejor valorización de la propiedad inmobiliaria o, expresado de otra manera, para el mejor aprovechamiento de los fundos, lo que repercute en su valor. Claro está que en nuestro derecho esa repercusión será mayor en el caso de la servidumbre real y menor en el de la personal.-

2. Inmueble dominante e inmueble sirviente

Los términos "inmueble dominante" y "sirviente" aparecen ahora ya en la definición.

Con el nuevo Código podemos decir que el inmueble dominante es aquel cuyo titular obtiene una determinada utilidad del inmueble ajeno y el inmueble sirviente es aquel cuyo titular debe soportar la obtención, de la heredad, de determinada utilidad por parte del titular del inmueble ajeno.

Para el titular del predio dominante la servidumbre, es un derecho real que tiene en su patrimonio; para el del predio sirviente, se trata de una carga que grava su fundo y se manifiesta con signo negativo. Por tanto, la misma servidumbre vista desde el ángulo del dominante es "activa", y desde la óptica del sirviente, "pasiva".

Son necesarios siempre dos fundos.

CONSTITUCIÓN DE SERVIDUMBRES

1. Modos de constitución de servidumbres

1.1. Constitución por contrato

1.2. Constitución por disposición de última voluntad

1.3. Constitución por usucapión

 La cuestión en el nuevo Código. ¿Pueden usucapirse las servidumbres?

Para Mariani de Vidal y Abella, la usucapión de servidumbres ha quedado descartada del nuevo Código.

Alterini, por su parte, advierte sobre la ausencia de una norma similar a la del art. 1830 del Proyecto de 1998, y propone, "para sortear la cuestionable ausencia normativa, que se interprete que si al definirse la prescripción adquisitiva se establece que es un modo para adquirir 'mediante la posesión', es porque son usucapibles todos los derechos reales que se ejercen por la posesión, con el sentido amplio que predicamos en el nro. 6". Recordemos que en ese párrafo al que alude el citado jurista, había propugnado convincentemente que en rigor las servidumbres positivas se ejercen mediante la posesión.

Por ende, entendemos más coherente con el sistema integral de los derechos reales y el instituto de la usucapión sostener que una interpretación finalista debe llevar a aceptar este medio de constitución de las servidumbres, siempre que se den los requisitos de la misma, considerando que la posesión sí concurre, al modo de las servidumbres, manifestada en los pertinentes actos posesorios.

1.4. Por disposición de la ley: servidumbres forzosas

1.5. Modos suprimidos de constitución de servidumbre

1.5.1. Constitución por destino del padre de familia

1.5.2. Servidumbre que revive

**UNIDAD X: DOMINIO MOBILIARIO. REGIMENES ESPECIALES DE ADQUISICION.**

**X.1) Dominio de cosas muebles: art. 2412 (excepción al art. 3270). Antecedentes. Fundamento y carácter de la presunción de propiedad de cosas muebles. Naturaleza de la adquisición. Condiciones de aplicación: a) desprendimiento voluntario del dueño; b) posesión del tercero; c) buena fe; d) la adquisición onerosa. Supuesto de cosas muebles embargadas (tercería de dominio). Acciones excluidas.**

Dominio de cosas muebles (viejo Art. 2412 CC, y nuevo 1895)

**Art. 2412 CC**: la posesión de buena fe de una cosa mueble, crea a favor del poseedor la presunción de tener la propiedad de ella, y el poder de repeler cualquier acción de reivindicación, si la cosa no hubiese sido robada o perdida.

Excepción al art 3270: Nadie puede transmitir a otro sobre un objeto un derecho mejor o más extenso que el que gozaba y recíprocamente, nadie puede adquirir sobre un objeto un derecho mejor y más extenso que el que tenía aquel quien lo adquiere.

“La apropiación de cosas muebles se da cuando alguien, que tenga la capacidad para ello, aprehende o toma una cosa mueble, sin dueño o abandonada, con ánimo de tenerla para sí (arts. 2351 y 2525) o bien pone la cosa en su presencia con la posibilidad física de tomarla (art. 2374) y con intención de tenerla como suya (art. 2373).

En consecuencia: el adquirente tiene la posibilidad de adquirir, respecto a lo cual se dice que lo que se requiere es la capacidad exigida para la adquisición de la posesión por sí, es decir, la contemplada en el art. 2392.

Por otro lado la cosa debe ser susceptible de apropiación: Cosas muebles sin dueño, es decir, las que nunca tuvieron dueño y las cosas muebles abandonadas por su dueño.”

Naturaleza Jurídica:

Las formas de adquisición se catalogan como originales y derivadas, a la segunda se le aplica la tradición y los modos de adquirir el derecho civil que hacen pasar la propiedad de una persona a otra, por lo que se llaman modos derivados. En este caso el titular recibe la propiedad tal como la tenía el cedente con todas las cargas con las que estuviese gravada (principio Nemo plus juris). El art. 2412 contenía una presunción de propiedad iures et de iure, por lo que se trataba de una adquisición legal y por ende originaria.

Antecedentes:

1. En el derecho romano los muebles eran reivindicables por el propietario contra cualquiera que los tuviera en su poder, salvo que se hubiera cumplido la prescripción adquisitiva.

2. En el derecho germánico, la propiedad de muebles se adquiría por simple posesión, salvo casos de robo o pérdida.

1. Si el propietario se había desprendido voluntariamente de la cosa, solo tenía una acción personal contra aquel a quien había confiado la cosa y no contra terceros a quienes este último la hubiera transmitido.

2. Si la cosa era perdida o robada, tenía una acción real, que le permitía recuperarla en manos de quien la tuviera.

3. En el derecho francés:

1. En un principio se adoptó el principio del derecho germánico.

2. En el siglo XII volvió a imperar el principio de reivindicación, salvo prescripción, se hubiera el propietario desprendido de ellas voluntariamente o no.

3. En el siglo XVII, luego de experimentar dificultades de seguridad y celeridad en las transacciones (ya que la transmisión de cosas muebles difícilmente deja rastros documentales que permitan reconstruir su historia jurídica), se comienzan a hacer esfuerzos para volver al sistema originario, la acción reivindicatoria queda eliminada para los casos de abusos de confianza o violación de depósito y subsistió para robo o pérdida.

4. Fundamento: la norma recoge el principio “la posesión vale título” consagrada en el derecho francés, en aras de la seguridad y celeridad del trafico jurídico de cosas muebles, ya que las transmisiones de muebles no dejan rastros documentales que permitan reconstruir su historia jurídica para constatar la perfección de los títulos. De este modo la adquisición del dominio de una cosa mueble queda demostrada mediante la posesión de buena fe.

5. Condiciones de aplicación:

**a) desprendimiento voluntario del dueño:** Este supuesto se refiere a la transmisión del dominio por tradición: hay entrega y recepción voluntaria y el hecho de la posterior buena fe hace presumir el título y llega a constituir el título mismo de la propiedad. Supone la transmisión de la cosa mueble a un tercero y no se aplica en las relaciones directas entre el dueño de ella y el depositario, comodatario, etc.

**b) Posesión del tercero**: El tercero que contrató con la persona obligada a devolver una cosa a su dueño, y este tercero ignora la situación, lo hace de buena fe; ya que se guía por la apariencia. Aquí rige el principio de que nadie puede transmitir un derecho que no tiene, pero se aclara que es sin perjuicio de las excepciones legalmente dispuestas, es decir que este tercero poseedor de buena fe está protegido jurídicamente como así también todos los posteriores adquirientes de buena fe de esa cosa mueble.

**c) Buena Fe (se da por entendido)**

**d) La adquisición onerosa**: de los arts. 2767 y 2778 surgía que la reivindicación que intentara el verdadero propietario de la cosa procedía contra el poseedor de buena fe que la había adquirido a título oneroso, siempre podía repeler la acción reivindicatoria, aun contra el verus dominus, aquel que la hubo a título gratuito era considerado dueño frente a todos menos respecto del propietario anterior. En el nuevo código el art 1895 dicta que “cuando la posesión es de buena fe vale título excepto que el verdadero propietario pruebe que la adquisición fue gratuita”.

6. Supuesto de cosas muebles embargadas (tercería de dominio): al acreedor le basta con probar que las cosas estaban en poder del deudor, mientras que el terceristas debe probar que el deudor es tenedor de la cosa para lo cual debe invocar un deposito o acto jurídico con fecha anterior a la del embargo.

1. Fundamento: teoría de la custodia, nota al art. 2386 CC.

2. Vía de oposición: tercería de dominio.

**X.2) Dominio de automotores: decreto ley 6582 y su modificación ley 22977. Adquisición por título suficiente e inscripción constitutiva (art. 1). Adquisición legal (art. 2). Adquisición por prescripción adquisitiva (art. 3 y 4 y art. 4016 bis CC). Otros modos de adquisición. El título del automotor. Casos jurisprudenciales.**

Decreto Ley 6582 y su modificación ley 22.977: resolvió el debate sobre si se regían estas cosas muebles por el art. 2412 CC o si debía ser integrado con los distintos sistemas de inscripción registral existentes en las provincias y en la Capital Federal. Para una corriente interpretativa era posible armonizar ambos regímenes, ya que si bien la inscripción en el registro local no era suficiente para acreditar la propiedad del vehículo. Su falta a nombre del vendedor eliminaba la buena fe en el adquiriente, lo que impedía la aplicación del art. 2412.

Adquisición por título suficiente e inscripción constitutiva:

1. Art. 1: la transmisión de dominio de los automotores deberá formalizarse por instrumento público o privado, solo producirá efectos entre las partes y con relación a terceros desde la fecha de su inscripción en el Registro de la Propiedad del Automotor.

2. Se establece un sistema registral constitutivo dado que antes de la inscripción no se constituye o transmite el derecho real.

3. El título es el contrato consensual, acuerdo de voluntades que puede formalizarse por instrumento público o privado, mientras que el modo lo constituye la inscripción registral.

Adquisición legal:

1. Art. 2: la inscripción de buena fe de un automotor en el registro confiere al titular de la misma la propiedad del vehículo y el poder de repeler cualquier acción de reivindicación si el automotor no hubiera sido robado o hurtado.

2. Houghton: el art. 2 sustituye la posesión del art. 2412 por la inscripción, y suprime las cosas perdidas porque es difícil o imposible la pérdida de un automotor. La falta de inscripción registral a nombre del poseedor importa mala fe de este, porque es exigible al adquiriente una investigación sobre la situación jurídica del objeto. La ley exige dos requisitos:

1. Inscripción.

2. Buena fe para conferir la propiedad del vehículo.

Adquisición por prescripción adquisitiva:

1.Art. 3: si el automotor hubiese sido hurtado o robado, el propietario podrá reivindicarlo contra quien lo tuviese inscripto a su nombre, debiendo resarcirlo de lo que hubiese abandonado si la inscripción fuera de buena fe y conforme a las normas establecidas por este DL.

2.Art. 4: el que tuviese inscripto a su nombre un automotor hurtado o robado, podrá repeler la acción de reivindicación transcurridos 2 años de la inscripción siempre que durante ese lapso lo hubiese poseído de buena fe y en forma continua.

3. Cuando un automotor hurtado o robado fue adquirido antes de la vigencia de este en venta pública o el comercio dedicado a venta de automotores, el reivindicarte debe resarcir al poseedor de buena fe del importe pagado en la venta en que lo adquirió. El reivindicarte puede repetir lo que pagase contra el vendedor de mala fe.

4. Art. 4016 bis CC: el que durante 3 años sin registración ha poseído de buena fe una cosa robada o perdida adquiere el dominio por prescripción. Si se trata de cosas muebles cuya transferencia exija inscripción en registros creados o a crearse, el plazo es de 2 años en el mismo supuesto de cosas robadas o perdidas. En ambos casos la posesión debe ser de buena fe y continúa.

**X.3) Dominio de semovientes: ley 22.939. Propiedad del ganado mayor y menor: presunción de propiedad. Marcas y señales. Transferencia de ganado. Registros genealógicos y los animales de pura raza. Ley 20.378: régimen de los equinos de sangre pura de carrera.**

Ley 22.939.

1. La sanción de la ley implico resolver el conflicto entre el CC y las legislaciones locales, porque es una ley nacional que unifica el régimen de marcas y señales en todo el país.

2. Presunción de propiedad: Art. 9: se presume salvo prueba en contrario que el ganado mayor marcado y el menor señalado pertenecen a quien tiene registrado a su nombre el diseño de la marca o señal aplicable al animal. Se presume igualmente, salvo prueba en contrario, que las crías no marcadas o señaladas pertenecen al propietario de la madre, pero se requiere que se encuentren al pie de la madre.

3. Marcas y señales: no se admite el registro de marcas iguales o que pudieran confundirse entre sí. Si estuvieran ya registradas en una misma provincia marcas iguales o que puedan confundirse entre sí, el titular de la más reciente debe modificarla dentro de los 90 días de recibir la comunicación formal.

4. Transferencia de ganado:

1. Art. 12: todo acto jurídico mediante el cual se transfiera la propiedad del ganado mayor o menor deber instrumentarse con un certificado de adquisición que otorgado por las partes, será autenticado por la autoridad local competente.

2. Art. 13: el certificado deberá contener:

1. Lugar y fecha de emisión.

2. Nombre y apellido de las partes y en su caso de los representantes, domicilio y DNI.

3. Operación de que se trata, matrícula de la marca o señal y diseño de estas o de los tatuajes de los animales de raza.

4. Cantidad, sexo y especie de los animales.

5. Firma del transmitente o su representante.

6. Firma y sello del oficial publico interviniente

 La falta de alguno de ellos invalida el documento.

 La autoridad competente que alude al art. 12 puede ser el juzgado de paz letrado, el agente municipal o escribano público.

 La doctrina discute acerca de si la propiedad del ganado se transmite con la suscripción de los certificados de compraventa o si a ello debe sumarle la tradición de los animales. Rabón se inclina por esta última.

 Cabe agregar que el ganado sin marca queda sometido al régimen del 2412 CC.

5. Registro genealógico y animal de pura raza: la propiedad de ejemplares de pura raza se probara por el respectivo certificado de inscripción en los registros genealógicos y selectivos reconocidos que concuerde con los signos individuales que lleven los animales. La transmisión podrá perfeccionarse mediante acuerdo de partes por la inscripción del acto en los registros genealógicos y selectivos organizados por entidades privadas de criadores de reproductores de cada especie o raza animal.

6. Ley 20.378: Régimen de los equinos de sangre pura de carrera: estos animales están excluidos de la ley 22.939, ya que están regulados por la ley 20.378. Esta ley excluye a los equinos de pura sangre de carrera del art. 2412 CC y los somete a sus disposiciones.

1. Establece una inscripción de carácter constitutivo, ya que la propiedad de estos animales se acredita con la inscripción en los registros genealógicos que reconoce y la transmisión del dominio solo se perfecciona entre las partes y con relación a terceros mediante la inscripción del respectivo acto jurídico en dichos registros.

2. La inscripción en el Registro Genealógico debe conferir la propiedad del caballo. Si ha sido robado o perdido mediando inscripción y buena fe, se podrá adquirir su dominio al cabo de 2 años de posesión continua, fuera de este supuesto podrá ser objeto de prescripción a los 20 años.

**UNIDAD XI: DOMINIO INMOBILIARIO**

**XI.1) Extensión: a) espacio aéreo; b) subsuelo; c) accesorios; d) producciones.**

EXTENSIÓN DEL DOMINIO DE INMUEBLES

El art. 1945 del CCyCN, partiendo de la premisa que "el dominio de una cosa comprende los objetos que forman un todo con ella o son sus accesorios", sienta el principio de la extensión del dominio de los inmuebles en los siguientes términos: "El dominio de una cosa inmueble se extiende al subsuelo y al espacio aéreo, en la medida en que su aprovechamiento sea posible, excepto lo dispuesto por normas especiales...".

En este sentido, el libro V del Proyecto de 1998, en el art. 1886, al reglar la extensión del dominio, si bien mantuvo el principio de su antecedente (art. 2518) establece como excepción que "Todas las construcciones, siembras o plantaciones existentes en un inmueble pertenecen a su dueño, salvo lo dispuesto respecto de los derecho de propiedad horizontal y superficie". Éste es el principio que se conserva en el art. 1945, actualmente vigente.

**1. Subsuelo y espacio aéreo**

A pesar de la extensión que el CCiv. otorga al dominio de inmuebles, el mismo art. 1945 acepta limitaciones en los que se refiere a los objetos que se encuentren bajo el suelo, como los tesoros y las minas, los primeros regulados en los arts. 1951 a 1954 del mismo cuerpo legal, y las segundas en el Código de Minería.

* 1. **Tesoros**

La adquisición de un tesoro es una de las formas de adquisición del dominio, en ese sentido su regulación está incorporada en el capítulo II del título III, pero se diferencia de la adquisición por apropiación y de las cosas perdidas.

El actual CCiv. declara expresamente que "no son susceptibles de apropiación... los tesoros" (art. 1947). Ello así por cuanto, a los fines de la apropiación, la cosa debe ser "sin dueño" en tanto que técnicamente el tesoro es una cosa "sin dueño conocido". Resulta entonces que en este último caso el tesoro no es res nullius, tiene un dueño, a pesar de que no se lo conoce.

1.1.1. Concepto de tesoro

El art. 1951 contiene el concepto jurídico de tesoro considerando tal a toda cosa mueble, que no tiene dueño conocido, oculta en otra cosa mueble o inmueble.

En primer lugar debe tratarse de cosas muebles porque 1°) los inmuebles siempre tienen dueño, 2°) debe estar oculto en otro mueble o en un inmueble, 3º) esa cosa mueble debe tener individualidad propia sin haberse convertido en un inmueble por accesión puesto que en este último supuesto pertenece al titular de dominio del inmueble.

En cualquier caso el hallazgo debe estar referido a cosas de valor, a pesar de que la norma no lo adjetiva, es decir no lo limita al valor económico. De allí que el hallazgo puede referirse a cosas valiosas económicamente (joyas, monedas, dinero) o de valor arqueológico, histórico, etc.

1.1.2. Dueño no conocido

A diferencia de lo que sucede en la apropiación de cosas muebles (arts. 1947 y ss.), cuando se trata de un tesoro el codificador se encarga de destacar que no se trata de objetos sin dueño, sino que el dueño no es conocido, se supone que ha sido éste quien ha escondido o enterrado la cosa para resguardarla.

1.1.3. Lugar donde se oculta

i) Descubrimiento y búsqueda

El descubrimiento que presuponen los arts. 1952 y 1953 tiene como denominador común la casualidad, es decir: se produce un hallazgo sin una intención previa al respecto. La búsqueda de tesoros (en su acepción jurídica) puede realizarse en terreno propio o en terreno ajeno y dentro de esta última modalidad, con o sin autorización del dueño del predio. Analizaremos cada una de estas situaciones:

ii) Búsqueda por el titular de dominio

El dominio del suelo se extiende a toda su profundidad (art. 1945), principio que fundamenta la solución que brinda el art. 1953: el dueño del predio que encuentra un tesoro enterrado en él, adquiere su dominio. El titular dominial podrá efectuar la búsqueda por sí o encargar a otro la realización de esa tarea.

iii) Búsqueda por otros titulares de derechos reales

La búsqueda sólo está admitida para los titulares de derechos reales sobre cosa propia y para aquellos que ejercen su derecho por la posesión sobre cosa ajena, con excepción de la prenda (art. 1952). Respecto de estos últimos cede la prohibición de buscar un tesoro en predio ajeno sin autorización del dueño y se convalida la doctrina que interpretaba que "todos los poseedores legítimos o no pueden buscar tesoros" por cuando la relación real que establecen con el fundo conlleva el ejercicio de actos posesorios, pero también se admite que frente a la reivindicación del inmueble por el propietario, el poseedor tanto de buena como de mala fe debe restituir "la mitad del tesoro reservado al propietario del fundo en que se ha encontrado, y aun la totalidad del tesoro que ellos hubiesen descubierto por diligencias hechas con ese objeto"(68).

Si el poseedor halla (casualmente) el tesoro, se ubica en la misma posición que un tercero a quien corresponde la mitad de dicho tesoro y la otra mitad al dueño del predio; cuando el poseedor ha buscado el tesoro sin autorización del propietario, deberá devolver la totalidad de su valor.

iv) Búsqueda por el propietario del tesoro

En principio nadie puede buscar tesoros en predios ajenos, salvo que pretenda haber guardado una cosa determinada en él; en ese supuesto puede iniciar la búsqueda sin autorización del titular dominial pero previamente debe designar el lugar preciso del escondite y garantizar la indemnización de los daños que eventualmente produzca (art. 1954).

1.1.4. Derechos del descubridor

Conforme el art. 1952 se llama descubridor del tesoro "el primero que lo hace visible, aunque no sepa que es un tesoro". Según sea la calidad de ese descubridor (dueño del predio, poseedor, tercero, etc.) y el carácter del hallazgo (encuentro casual o búsqueda) la ley le asigna diferentes derechos:

i) Dueño del inmueble

Cuando el dueño de un inmueble encuentra un tesoro en cosa propia lo hace suyo en su totalidad. Se hace referencia aquí a la cosa en la cual se encuentra oculto el tesoro, sea ésta mueble o inmueble y la titularidad es unipersonal, es decir: el dominio recae sobre cosa totalmente propia.

Si el descubridor tiene un derecho parcial sobre la cosa donde encontró el tesoro, por ejemplo es un condómino, le corresponde el cincuenta por ciento (50%) por ser el descubridor y sobre el otro cincuenta por ciento (50%) le corresponde en la proporción que tiene sobre la cosa.

ii) Tercero

Cuando una persona ha efectuado el hallazgo en terreno ajeno el principio que se aplica es la distribución por mitades: una mitad para el dueño del fundo y la otra para persona que lo encontró (art. 1953, 2ª parte).

Cuando se contrata a una persona para realizar tareas de reparación o de conservación sobre la cosa mueble o inmueble y se le advierte la mera posibilidad de que encuentre un tesoro, si lo descubre igualmente tiene derecho al cincuenta por ciento (50%) de su valor (art. 1953, 3ª parte). Ello es así no sólo porque fue descubierto por casualidad sino también porque no fue contratado a los fines de buscar un tesoro.

iii) Propietario del tesoro

El art. 1954 contiene un supuesto de búsqueda de tesoros en predio ajeno distinto de aquellos contemplados en el artículo anterior. Se trata en este caso de una persona que dice tener un valor oculto o enterrado en un lugar determinado del inmueble, para rescatarlo no necesita autorización del dueño pero, para quedar amparado por la norma debe designar, en la forma más exacta posible, el lugar donde está el tesoro. Ante la negativa del dueño para realizar la búsqueda podrá solicitar autorización judicial garantizando la indemnización de todo daño al propietario en los términos de la norma citada.

Una vez encontrado el tesoro la persona que se dice propietaria de él debe demostrar su titularidad, de lo contrario quedaría en la situación de un tercero que, sin autorización, ha excavado en predio ajeno por lo cual la totalidad del valor del tesoro corresponde al titular dominial.

1.1.5. Prueba de la propiedad del tesoro

La prueba de la titularidad dominial se hará conforme las reglas procesales, por todos los medios admitidos de conformidad con la calidad de la cosa hallada.

**1.2. Minas**

La propiedad y forma de explotación de la riqueza minera está regulada en el Código de Minería, que establece distintas categorías:

1°) las que corresponden al dominio privado del Estado nacional o provincial sólo pueden ser explotadas por éstos o por concesión. El art. 236, inc. b) incluye entre los bienes privados del Estado las minas de oro, plata, cobre, piedras preciosas, sustancias fósiles y toda otra de interés similar, y quedan sujetas a lo normado en el Código de Minería.

2°) también corresponden al dominio privado del Estado y pueden dividirse en aquellas de aprovechamiento común: arenas metalíferas y piedras preciosas del lecho de los ríos, y otras que son concedidas preferentemente al dueño del suelo cuando éste contiene boratos, salitres, turberas y metales no comprendidos en la primera categoría;

3°) las regidas por el art. 1945: como consecuencia del principio de la extensión del dominio hacia el subsuelo, pertenecen al titular dominial las producciones minerales y de naturaleza pétrea o terrosa y canteras en general.

**1.3. Aguas subterráneas y yacimientos arqueológicos**

Las aguas subterráneas, ruinas y yacimientos arqueológicos son del dominio público del Estado. Respecto a las aguas subterráneas el dueño del fundo tiene privilegio para extraerlas, siempre en la medida de su interés y respetando la reglamentación vigente.

El agua surgente, llámese fuente, manantial o vertiente, pertenece al dueño del terreno en el cual surgen, de conformidad con lo dispuesto en el art.

La ley 25.743, de protección del patrimonio arqueológico y paleontológico, ha sido dictada a fin de preservar el patrimonio cultural de la nación y evitar el saqueo y la pérdida de piezas de valor arqueológico. En el art. 9° se reafirma lo ya expresado en el Código Civil y Comercial y en el art. 141 de la Constitución Nacional, asignando la propiedad de dichos bienes al Estado nacional, provincial o municipal, de acuerdo al lugar donde se encuentren.

En la ley citada también se establecen limitaciones a la propiedad particular cuando los vestigios arqueológicos o paleontológicos se encuentren en inmuebles de dominio privado; se podrá disponer por ley la ocupación temporaria del predio a fin de resguardar los bienes allí localizados, con indemnización al propietario.

**1.4. Espacio aéreo**

El art. 1945 del CCyCN extiende la propiedad del suelo al espacio aéreo. En realidad no se trata de la propiedad del espacio por cuanto el espacio no es una cosa desde el punto de vista físico y por ende no puede constituir el objeto de la posesión ni de los derechos reales; se trata de un concepto de relación en tanto las cosas ocupan un lugar en el espacio. De allí que el artículo citado se refiere a la propiedad de las cosas existentes en el espacio que se extiende perpendicularmente desde la superficie del inmueble.

El propietario está facultado para extender en él sus construcciones y plantaciones y también demandar la demolición de las obras del vecino que avancen sobre ese espacio, ello así por aplicación de la facultad de exclusión que le confiere el art. 1944 al titular del derecho de dominio. En todo caso, el ejercicio del derecho sobre el espacio aéreo queda limitado por las reglamentaciones locales y no puede ser abusivo de conformidad con la norma contenida en el art. 1941. En sentido concordante, el art. 1981 establece que "Quien tiene luces o vistas permitidas en un muro privativo no puede impedir que el colindante ejerza regularmente su derecho de elevar otro muro, aunque lo prive de la luz o de la vista".

En ese sentido el Código Aeronáutico dispone: "Nadie puede, en razón de un derecho de propiedad, oponerse al paso de una aeronave. Si le produjere perjuicio tendrá derecho a una indemnización" (art. 6°). El propietario del fundo también deberá soportar aterrizajes forzosos y, producido éste, no puede impedir la continuación del vuelo (art. 5° del Código Aeronáutico).

Conforme la normativa que venimos citando, la seguridad del vuelo exige fijar disposiciones que limiten la altura de los obstáculos a la circulación aérea ubicados en las proximidades de los aeropuert. Por ello "En las áreas cubiertas por la proyección vertical de las superficies de despeje de obstáculos de los aeródromos públicos y sus inmediaciones, las construcciones, plantaciones, estructuras e instalaciones de cualquier naturaleza no podrán tener una altura mayor que la limitada por dichas superficies, ni constituir un peligro para la circulación aérea" (art. 31).

Además de estas, también se fijan en él obligaciones de hacer, por ejemplo: señalizar obstáculos que constituyen un peligro para la circulación aérea, quedando a cargo del dueño del inmueble los gastos de instalación y funcionamiento de las señales o luces que hubiera instalado en el predio (art. 35 del Código Aeronáutico).

**2. El principio de accesión**

2.1. Edificación y plantación

Como lógica consecuencia y aplicación práctica del principio referido a la extensión del dominio contenido en el **art. 1945** "todas las construcciones, siembras y plantaciones existentes en un inmueble pertenecen a su dueño, excepto lo dispuesto respecto de los derechos de propiedad horizontal y superficie".

2.2. Accesorios

El art. 1945 también extiende el dominio a los accesorios de la cosa en los siguientes términos: "El dominio de una cosa comprende los objetos que forman un todo con ella o son sus accesorios". La normativa hasta aquí referenciada parece estar dirigida únicamente a los inmuebles, sin embargo se ha entendido que dichos principios también son aplicables a las cosas muebles. Esta conclusión queda ratificada cuando en el art. 1958 se regula específicamente la accesión de cosas muebles, supuesto que sucede cuando "cosas muebles de distintos dueños acceden entre sí sin que medio hecho del hombre y no es posible separarlas sin deteriorarlas o sin gastos excesivos".

**3. Frutos**

El dominio de una cosa también se extiende a los frutos que ella produce.

En términos generales se considera fruto el producido de una cosa, su rendimiento o la utilidad que presta, que a su vez el código divide en naturales y civiles: los primeros son los que produce la naturaleza (cosechas, árboles y arbustos, miel de abejas, leche, etc.), los segundos son recursos que pueden obtenerse de una cosa (alquileres, intereses, dividendos, etc.). En uno y otro caso los rendimientos tienen carácter periódico, su aprovechamiento es acorde con el destino de la cosa principal y el desprendimiento del accesorio no altera la sustancia del principal.

A diferencia de los frutos, los productos se extraen de la cosa principal, la que queda alterada y disminuida en su sustancia y no vuelve a reproducirse: la minería, los yacimientos, las canteras, etc.. En este sentido establece el art. 233 que los "productos son los objetos no renovables que separados o sacados de la cosa alteran o disminuyen su sustancia".

La distinción entre frutos y productos puede resultar irrelevante en cuanto al derecho del dueño sobre la cosa que los produce, pero cobra interés en cuanto al derecho del usufructuario para quien rigen normas específicas respecto de la propiedad de frutos y productos (art. 2141). La excepción es de aplicación al caso del usufructuario, del usuario y del anticresista; el usuario se apropiará de los frutos en la medida de sus necesidades y la de su familia (arts. 2154 y 2157) y el anticresista lo hará para aplicarlo a los intereses de su crédito (art. 2215).

Cuando se hubiera constituido un derecho real de superficie los frutos son de propiedad del superficiario; una vez extinguido su derecho el propietario del suelo extiende su dominio a las plantaciones que subsistan, debiendo indemnizar al superficiario, salvo pacto en contrario (arts. 2115, 2125 y 2126).

**XI.2) Restricciones y límites al dominio. Naturaleza jurídica. Clasificación. Limitaciones en el interés reciproco de los vecinos: casuismo del código. Caso especial de responsabilidad por inmisiones inmateriales: el art 2618**. (VER UNIDAD 7)

**XI.3) Regímenes especiales de afectación del dominio: a) bien de familia: ley 14394 (arts. 34/50). Concepto y fundamento. Requisitos. Beneficiarios. Constitución e inscripción. Enajenación y gravámenes. Desafectación; b) venta de lotes a plazo: leyes 14005 y 23266. Justificación de su sanción. Ámbito de aplicación. Anotación del inmueble y de los contratos. Efectos; c) pre horizontalidad: ley 19724. Justificación de su sanción. I) su ámbito de aplicación. Artículo 1ro: afectación. Excepciones ley 20276.ii) la escritura de la afectación: contenido. Efectos de la inscripción. Publicidad de la afectación. Desafectación. Sus formas. Iv) enajenación de las unidades: contenido y redacción de los instrumentos. Responsabilidad de los intervinientes. Cesión. Rescisión y resolución de los contratos. Efectos de la inscripción de los instrumentos. Y) hipoteca del inmueble afectado: casos, derechos de los adquirentes, cancelaciones parciales; vi) administración provisoria: administración, expensas, proyecto del reglamento de copropiedad y administración intervención judicial.**

La institución BIEN DE FAMILIA se inscribe dentro de la legislación enderezada a salvaguardar el bienestar de la familia, asegurando su vivienda o sustento a través de una regulación tuitiva del patrimonio familiar.

Nuestra Constitución Nacional la prevé en el art. 14 bis en el que se dispone que la ley establecerá la defensa del bien de familia.

La ley 14.394 la regula específicamente (arts. 34 a 50); sus disposiciones son de orden público. La reglamentación de la ley se halla contenida en el decreto 2513/60.

**ARTICULO 34. –**Toda persona puede constituir en "bien de familia" un inmueble urbano o rural de su propiedad cuyo valor no exceda las necesidades de sustento y vivienda de su familia, según normas que se establecerán reglamentariamente.

**ARTICULO 35. –**La constitución del "bien de familia" produce efecto a partir de su inscripción en el Registro Inmobiliario correspondiente.

**ARTICULO 36. –**A los fines de esta ley, se entiende por familia la constituida por el propietario y su cónyuge, sus descendientes o ascendientes o hijos adoptivos; o en defecto de ellos, sus parientes colaterales hasta el tercer grado inclusive de consanguinidad que convivieren con el constituyente.

**ARTICULO 37. –**El "bien de familia" no podrá ser enajenado ni objeto de legados o mejoras testamentarias. Tampoco podrá ser gravado sin la conformidad del cónyuge; si éste se opusiere, faltare o fuese incapaz, sólo podrá autorizarse el gravamen cuando mediare causa grave o manifiesta utilidad para la familia.

**ARTICULO 38. –**El "bien de familia" no será susceptible de ejecución o embargo por deudas posteriores a su inscripción como tal, ni aún en el caso de concurso o quiebra, con excepción de las obligaciones provenientes de impuestos o tasas que graven directamente el inmueble, gravámenes constituidos con arreglo a lo dispuesto en el artículo 37, o créditos por construcción o mejoras introducidas en la finca.

**ARTICULO 39. –**Serán embargables los frutos que produzca el bien en cuanto no sean indispensables para satisfacer las necesidades de la familia.

En ningún caso podrá afectar el embargo más del cincuenta por ciento de los frutos.

**ARTICULO 40. –**El "bien de familia" estará exento del impuesto a las transmisión gratuita por causa de muerte en todo el territorio de la Nación cuando ella se opere en favor de las personas mencionadas en el artículo 36 y siempre que no resultare desafectado dentro de los cinco años de operada la transmisión.

**ARTICULO 41. –**El propietario o su familia estarán obligados a habitar el bien o a explotar por cuenta propia el inmueble o la industria en él existente, salvo excepciones que la autoridad de aplicación podrá acordar sólo transitoriamente y por causas debidamente justificadas).

**ARTICULO 42. –**La inscripción del "bien de familia" se gestionará, en jurisdicción nacional, ante la autoridad administrativa que establezca el Poder Ejecutivo nacional. En lo que atañe a inmuebles en las provincias, los poderes locales determinarán la autoridad que tendrá competencia para intervenir en la gestión.

**ARTICULO 43. –**El solicitante deberá justificar su dominio sobre el inmueble y las circunstancias previstas por los artículos 34 y 36 de esta ley, consignando nombre, edad, parentesco y estado civil de los beneficiarios, así como los gravámenes que pesen sobre el inmueble. Si hubiere condominio, la gestión deberá ser hecha por todos los copropietarios, justificando que existe entre ellos el parentesco requerido por el artículo 36.

**ARTICULO 44. –**Cuando se hubiere dispuesto por testamento la constitución de un "bien de familia", el juez de la sucesión, a pedido del cónyuge o, en su defecto, de la mayoría de los interesados, ordenará la inscripción en el registro inmobiliario respectivo siempre que fuere procedente con arreglo a las disposiciones de la presente ley. Si entre los beneficiarios hubiere incapaces, la inscripción podrá ser solicitada por el asesor o dispuesta de oficio por el juez.

**ARTICULO 45. –**No podrá constituirse más de un "bien de familia". Cuando alguien resultase ser propietario único de dos o más bienes de familia, deberá optar por la subsistencia de uno solo en ese carácter dentro del plazo que fija la autoridad de aplicación, bajo apercibimiento de mantenerse como bien de familia el constituido en primer término.

**ARTICULO 46. –**Todos los trámites y actos vinculados a la constitución e inscripción del "bien de familia" estarán exentos del impuesto de sellos, de derecho de oficina y de las tasas correspondientes al Registro de la Propiedad, tanto nacionales como provinciales.

**ARTICULO 47. –**La autoridad administrativa estará obligada a prestar a los interesados, gratuitamente, el asesoramiento y la colaboración necesarios para la realización de todos los trámites relacionados con la constitución e inscripción del "bien de familia". Si ello no obstante, los interesados desearen la intervención de profesionales, los honorarios de éstos no podrán exceder, en conjunto, del 1% de la valuación fiscal del inmueble para el pago de la contribución territorial.

**ARTICULO 48. –**En los juicios referentes a la transmisión hereditaria del bien de familia, los honorarios de los profesionales intervinientes no podrán superar al 3 % de la valuación fiscal, rigiéndose por los principios generales la regulación referente a los demás bienes.

**ARTICULO 49. –**Procederá la desafectación del "bien de familia" y la cancelación de su inscripción en el Registro Inmobiliario:

a) A instancia del propietario, con la conformidad de su cónyuge, a falta del cónyuge o si éste fuera incapaz, se admitirá el pedido siempre que el interés familiar no resulte comprometido;

b) A solicitud de la mayoría de los herederos, cuando el "bien de familia" se hubiere constituido por testamento, salvo que medie disconformidad del cónyuge supérstite o existan incapaces, caso en el cual el juez de la sucesión o la autoridad competente resolverá lo que sea más conveniente para el interés familiar;

c) A requerimiento de la mayoría de los copartícipes, si hubiere condominio, computada en proporción a sus respectivas partes;

d) De oficio a instancia de cualquier interesado, cuando no subsistieren los requisitos previstos en los artículos 34, 36 y 41 o hubieren fallecido todos los beneficiarios;

e) En caso de expropiación, reivindicación, venta judicial decretada en ejecución autorizada por esta ley o existencia de causa grave que justifique la desafectación a juicio de la autoridad competente.

**ARTICULO 50. –**Contra las resoluciones de la autoridad administrativa que, en el orden nacional, denieguen la inscripción del "bien de familia" o decidan controversias referentes a su desafectación, gravamen u otras gestiones previstas en esta ley, podrá recurrirse en relación ante el juez de lo civil en turno.

La finalidad del instituto es la protección de la familia y su objetivo es doble: económico, tendiente a la conservación de una parte del patrimonio dentro del núcleo familiar, y social, en cuanto propende al mantenimiento de la familia bajo un mismo techo.

El bien de familia "es una institución jurídica del derecho de familia patrimonial y por lo tanto del derecho civil, concerniente a un inmueble urbano o rural, ocupado o explotado por los beneficiarios directamente, limitado en su valor, que por destinarse al servicio de la familia goza de inembargabilidad, es de restringida disponibilidad, se encuentra desgravado impositivamente y subsiste en su afectación después del fallecimiento del titular del dominio".

En punto a su naturaleza jurídica han sido propiciadas diversas tesis; entre ellas las que lo consideran un condominio familiar, o una propiedad de la familia, o una fundación familiar y aun se ha sostenido que nos enfrentamos a un dominio imperfecto.

El propietario constituyente del bien de familia (sea una o varias personas) no deja de serlo a raíz de la afectación, afectación que no implica el nacimiento de un condominio entre constituyente y beneficiario, sino sólo que el derecho del titular se verá sometido, a partir de ella en adelante y mientras perdure, a determinadas restricciones: el inmueble no podrá ser enajenado (pasa a estar fuera del comercio), ni tampoco gravado sino sujetándose a las prescripciones legales y, aunque aquél puede continuar usando y gozando del inmueble, debe tolerar que los beneficiarios también se sirvan de él, en la medida compatible con su naturaleza y concurrencia de los respectivos derechos.

El cumplimiento efectivo de estas limitaciones puede ser exigido al propietario por los beneficiarios quienes, asimismo, pueden hacerlas valer frente a terceros (por ejemplo, la Inembargabilidad e inejecutabilidad del inmueble).

**OBJETO:** puede ser afectado cualquier inmueble urbano o rural, pero no podrá constituirse más de un bien de familia. Cuando alguien resulta propietario único de dos o más bienes de familia, debe optar por la subsistencia de uno solo dentro del plazo que fije la autoridad de aplicación.

Según la ley, sólo son aptos para ser afectados los inmuebles urbanos o rurales "cuyo valor no exceda las necesidades del sustento y vivienda de la familia del propietario, según norma que se establece reglamentariamente".

Por su parte, el art. 9, decreto reglamentario, deja librado a las provincias el establecer dicho valor tope, de acuerdo con el nivel económico local, criterio adecuado porque brinda la posibilidad de contemplar las características socioeconómicas del núcleo familiar, tan dispares a lo largo de nuestro extenso país.

En el ámbito del territorio sometido a jurisdicción nacional, el dec. 2080/80 dispone por su art. 168 que "se admitirá la constitución de un inmueble en bien de familia, cualquiera sea su valuación fiscal, siempre que estuviere destinado a vivienda del constituyente o su familia o cuando, además de ese destino, se llevare a cabo actividad lucrativa desarrollada personalmente por el titular o los beneficiarios de la institución. En los restantes supuestos previstos por el art. 41, ley 14.394, será menester para acogerse a los beneficios de este régimen, además de la explotación personal por parte del propietario o su familia, que la valuación fiscal del inmueble no exceda los montos que semestralmente fijará el Ministerio de Justicia de la Nación"; con lo que tendríamos que cualquiera fuera la valuación, se admitirá la constitución de un inmueble como bien de familia siempre que estuviera destinado a vivienda del constituyente o su familia.

No es indispensable que el inmueble se halle destinado a vivienda: puede ser afectado un inmueble que se dedique al cultivo o ganadería, o si en él se desarrolla por el propietario o su familia una actividad comercial, industrial o profesional que brinde sustento a la familia, o si se trata de un inmueble con destino mixto.

Un inmueble hipotecado o embargado puede afectarse; ello así en tanto la ley no dispone expresamente lo contrario y el art. 43 determina que el solicitante debe acreditar "los grava menes que pesen sobre el inmueble". En cambio, parece que no podría serlo un inmueble alquilado o dado en comodato.

**CONCEPTO DE BIEN DE FAMILIA:** El art. 36 define lo que debe entenderse por familia a los fines de la ley. Éstos serán los beneficiarios, pero el constituyente puede designar beneficiarios a alguno o algunos de los parientes mencionados y no a otros.

Familia es para la ley la que constituye el propietario y su cónyuge, sus descendientes, ascendientes o hijos adoptivos; o en defecto de ellos, sus parientes colaterales hasta el tercer grado de consanguinidad que convivieren con el constituyente. Como el art. 36 de la ley no menciona a los parientes por afinidad, se ha sostenido que no pueden ser designados beneficiarios.

La posibilidad de designar beneficiarios a los colaterales es subsidiaria ("en defecto" de las otras personas mencionadas, dice la ley) y únicamente pueden serlo si convivieren con el constituyente requisito este último de la convivencia que no resulta exigido para los otros parientes81. No existe límite en cuanto a la cantidad de miembros que pueden constituir la familia y, a la inversa, bastará la presencia del cónyuge o de alguno de los parientes mencionados por el art. 36 para que se reúna el requisito de familia.

**CONSTITUCIÓN. REQUISITOS SUSTANCIALES:** El constituyente debe ser titular del dominio del inmueble y capaz para disponer a título oneroso, ya que la afectación comporta un verdadero acto de disposición en tanto el propietario verá seriamente restringidas sus facultades sobre el bien.

En la hipótesis de que se trate de un inmueble ganancial o propio en las condiciones del art. 1277, Código Civil, resultará necesario el asentimiento conyugal.

Si el bien está sujeto a condominio, será menester el consentimiento unánime de los condóminos y que aparezca justificado que entre los condóminos existe el parentesco al que se refiere la ley y, además, cada condómino deberá acreditar que existe ese parentesco con los beneficiarios que cada uno designa y, en caso de nombrar colaterales beneficiarios uno de los condóminos, que media la convivencia requerida por la ley.

En jurisdicción nacional la inscripción del bien de familia debe solicitarse ante el Registro de la Propiedad Inmueble. El trámite es gratuito, tanto en el ámbito nacional como provincial, pero los interesados pueden requerir asesoramiento profesional, en cuyo caso los honorarios no serán superiores al 1% de la valuación fiscal del bien. En todos los casos el constituyente debe justificar su dominio sobre el inmueble y las circunstancias previstas por los arts. 34 y 36 de la ley.

Puede concretarse, en jurisdicción nacional, a través de acta labrada ante el mismo Registro o por escritura pública. También puede disponerse la constitución por testamento.

No es necesaria la aceptación de los beneficiarios.

Tampoco exige la ley que se acredite que no existe deuda por impuestos o tasas relativamente al bien que se pretende afectar.

Los efectos de la constitución se producen a partir de la inscripción en el Registro Inmobiliario correspondiente y subsisten hasta la desafectación, aun cuando se produjera el fallecimiento del propietario constituyente, interpretación valiosa (ya que cuando fallece el propietario es cuando más necesaria se torna la tutela del grupo familiar) que puede derivarse del art. 37 (que dispone que el bien de familia no puede ser objeto de legados o mejoras testamentarias), del art. 40 (que exime al bien de familia del pago del impuesto a la transmisión gratuita de bienes) y del art. 48 (referido a la reducción del honorario vinculado a "la transmisión hereditaria del bien de familia"), y aun del art. 49, inc. b) (desafectación a solicitud de la mayoría de los herederos en caso de constitución por testamento), normas las citadas que carecerían de sentido si la afectación caducara con la muerte del constituyente.

**EFECTOS DE LA CONSTITUCIÓN:**

Respecto del constituyente: El constituyente del inmueble afectado no pierde el dominio de éste (con toda la secuela de derechos y deberes que la calidad de propietario implica), ni debe compartirlo con los beneficiarios (estos adquieren ciertas prerrogativas sobre el bien que ha de tolerar el propietario, pero sin convertirse en propietarios ellos mismos). El constituyente debe habitarlo personalmente o explotar personalmente la industria o comercio en él instalado; el inmueble aparece sometido a una inalienabilidad relativa: no puede ser enajenado, ni objeto de legados o mejoras testamentarias (es decir que se halla fuera del comercio) y para gravarlo es necesario el consentimiento del cónyuge" y si éste se opusiere, faltare o fuere incapaz, deberá requerirse autorización al órgano administrativo de aplicación (Registro de la Propiedad Inmueble, con recurso ante la justicia civil) que sólo se otorgará si mediare causa grave o manifiesta utilidad para la familia. El propietario conserva la administración del inmueble, con la salvedad de que o puede celebrar actos de administración que se contrapongan con el régimen del bien de familia (así, no podría arrendarlo), porque ello impediría el cumplimiento de su deber de habitar el inmueble o explotarlo personalmente, en su caso, pero nada impide la percepción y enajenación de los frutos que aquél produzca, en cuanto excedan las necesidades de sustento de la familia; debe tolerar que los beneficiarios ejerciten su facultad de habitar el inmueble o gozar de sus frutos.

Por hallarse fuera del comercio, el inmueble sometido al régimen de bien de familia resulta imprescriptible. También está sometido a un régimen de Inembargabilidad, tratamiento impositivo y régimen de honorarios profesionales favorables.

Si el propietario del inmueble afectado falleciere, la afectación subsiste y ella no impide la transmisión sucesoria del bien, que integra la masa hereditaria a los efectos del cálculo de la legítima, pero la subsistencia del régimen se traduce en un estado de indivisión forzosa que equivale a un goce comunitario del bien y de sus frutos por lo herederos beneficiarios.

Respecto de los beneficiarios: les asiste un derecho de servirse del inmueble (uso y goce). Pueden exigir el cumplimiento de la inenajenabilidad a la que se halla sometido el bien, así como el respeto de la Inembargabilidad y el tratamiento impositivo favorable y la subsistencia de la afectación luego del fallecimiento del propietario.

Los acreedores y el bien de familia: el art. 38 de la ley 14.394 establece que el bien de familia no será susceptible de ejecución o embargo por las deudas posteriores a su constitución, ni aun en el caso de concurso.

Las excepciones a la inembargabilidad e inejecutabilidad son las siguientes: deudas anteriores; obligaciones provenientes de impuestos y tasas que graven directamente al inmueble; gravámenes constitutivos de conformidad a lo establecido en el art. 37; créditos derivados de construcciones o mejoras introducidos en la finca.

Sin embargo, la Inembargabilidad del inmueble no obsta la adopción de otras medidas cautelares a las que podrían recurrir los acreedores del titular.

Deudas anteriores: para establecer si la deuda es anterior a la inscripción debe estarse al hecho generador de la obligación (a la fecha del contrato o del hecho ilícito), no resultando determinante la fecha del incumplimiento contractual, ni de la demanda por indemnización de daños y perjuicios, ni de la sentencia que condene su pago.

Afectado el bien por ambos condóminos, la ejecución seguida por los acreedores de uno de ellos, por deudas anteriores a la constitución, determina la desafectación de todo el bien, pues no se concibe el mantenimiento de la afectación por una porción indivisa, a lo que cabe añadir que, si se subastara una parte ideal del inmueble, difícilmente podría concurrir el requisito de parentesco entre el adquirente y el condómino restante.

Frutos y productos del inmueble: Los frutos del inmueble resultan embargables en cuanto excedan los indispensables para satisfacer las necesidades de la familia, pero en ningún caso el embargo podrá superar el 50% de los frutos. En cuanto a los productos, dada su naturaleza de producciones no renovables del objeto, cuya extracción lo disminuye definitivamente, puede ser sostenida su inembargabilidad ya que se encontraría comprometida la cosa misma.

Concurso del propietario: esta situación no se encuentra contemplada en la ley 14.394 ni en la ley de concursos. La doctrina y la jurisprudencia han establecido que si no existían créditos de fecha anterior a la constitución, el inmueble queda fuera del activo de la falencia, pero en el caso de que existan créditos anteriores, las posiciones no son uniformes:

a) según una postura, si el bien de familia es inoponible a los acreedores individuales por título anterior a su constitución, desafectado del régimen de amparo, queda desafectado en favor de todos los acreedores verificados, es decir que el inmueble se incorpora a la masa de bienes atrapados por la ejecución concursal, quedando sujeto al desapoderamiento consecuente a la declaración de quiebra, ya que la situación concursal importa un fenómeno universal que impone apreciar igualitariamente la situación de todos los acreedores, hallándose el síndico legitimado para promover la respectiva desafectación;

b) otra postura se inclina por considerar que a los acreedores de fecha posterior a la afectación del inmueble no les es posible beneficiarse del producido de su ejecución, y que ésta puede ser promovida únicamente por los acreedores con título anterior y no por el síndico.

El bien de familia está exento del impuesto a la transmisión gratuita por causa de muerte cuando ella opere a favor de las personas mencionadas en el art. 36 y siempre que no resultare afectado dentro de los cinco años de operada la transmisión.

Pero esta excepción no juega en el caso de la tasa de justicia.

La ley también exime a los trámites y actos vinculados a la constitución a inscripción del pago del impuesto de sellos, derecho de oficina y tasas correspondientes al Registro de la Propiedad Inmueble, tanto nacionales como provinciales.

Asimismo, "la autoridad administrativa estará obligada a prestar a los interesados gratuitamente el asesoramiento y la colaboración necesarios para la realización de todos los trámites relacionados con la constitución e inscripción de familia. Si ello no obstante, los interesados desearen la intervención de profesionales, los honorarios de éstos no podrán exceder, en conjunto, del uno por ciento de la valuación fiscal del inmueble para el pago de la contribución territorial".

**DESAFECTACIÓN:**

La desafectación del inmueble y la extinción del régimen y de los efectos que de él deriven se consuma con la cancelación de la inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble cuando concurre alguna de las causales taxativamente enumeradas en el art. 49 de la ley 14.394.

Producida la desafectación resultan las siguientes consecuencias:

1. las obligaciones contraídas por el constituyente con anterioridad y las surgidas durante el período de afectación (a fortiori las deudas posteriores a la desafectación) pueden ser hechas efectivas sobre el inmueble, que se torna embargable, ejecutable y prescriptible;
2. si el titular del inmueble hubiere fallecido, es pertinente la partición entre los herederos;
3. puede ser objeto de mejoras testamentarias y legados
4. las restricciones a sus facultades que debía tolerar el propietario desaparecen, así como las facultades que el sistema otorgaba sobre el inmueble a los beneficiarios.

La desafectación puede formalizarse por acta registral (que se labra ante el mismo Registro de la Propiedad Inmueble), por oficio judicial o por acta notarial.

En caso de controversia, entiende la autoridad registral o la judicial, directamente o por vía de recurso.

Distintos supuestos:

1. "A instancias del propietario, con la conformidad de su cónyuge; a falta del cónyuge, o si éste fuera incapaz se admitirá el pedido siempre que el interés familiar no se encuentre comprometido" (art. 49, inc. a).

La separación de hecho o el divorcio (decretado o en trámite) de los cónyuges no constituyen, en principio, causales de desafectación, en tanto la ley no las contempla específicamente, razón por la que debería estarse a la continuidad del régimen de indivisión respecto del inmueble afectado, de modo que en cada situación será necesario examinar si concurre alguno de los supuestos previstos en el art. 49 de la ley que justifique la desafectación.

1. "A solicitud de la mayoría de los herederos, cuando el bien de familia se hubiere constituido por testamento, salvo que mediare disconformidad del cónyuge supérstite o existan incapaces, caso en el cual el juez de la sucesión o la autoridad competente resolverá lo que sea más conveniente para el interés familiar" (art. 49, inc. b).

La mayoría de edad de los herederos beneficiarios no es causal por sí misma de desafectación, pues la subsistencia del bien de familia no se condiciona a la presencia de herederos menores o incapaces.

1. "A requerimiento de la mayoría de los copartícipes, si hubiera condominio, computada en proporción a sus respectivas partes". Así como la ley tolera la afectación de un inmueble en condominio al régimen de bien de familia, siempre que existiera unanimidad (art. 43), también contempla su desafectación, siendo suficiente para ello la decisión de la mayoría de los condóminos, computada según el valor de sus partes indivisas (se requeriría entonces el voto favorable de condóminos cuyas porciones representen el 51% del valor del bien). La ley no contempla específicamente el supuesto de empate, por lo que son plausibles dos soluciones: 1) entender que, toda vez que la enumeración de las causales es taxativa, de no lograrse la mayoría exigida la desafectación no resultaría posible fundarla en esta causal; no obstante, si concurrieren las causas graves a que se refiere el inc. e), podría obtenerse por esta vía; 2) La otra solución apela al régimen del condominio común y a lo dispuesto en el art. 2706, Código Civil, para el caso de empate ("no prefiriendo los condóminos la decisión por la suerte o por árbitros, decidirá el juez sumariamente a solicitud de cualquiera de ellos con audiencia de los otros").

"De oficio o a instancia de cualquier interesado cuando no subsistieren los requisitos previstos en los arts. 34, 36 o 41 o hubieren fallecido todos los beneficiarios" (art. 49, inc. d). Relativamente a la exigencia del art. 36, será necesario determinar, en cada caso, si el incumplimiento del deber de habitar o explotar personalmente el bien es transitorio y justificado (por ejemplo, por viaje, enfermedad, necesidades laborales; si la presencia de un extraño a la familia en la explotación obedece a un vínculo de dependencia o se trata de una actividad meramente complementaria; etc.). La muerte de todos los beneficiarios es causal de desafectación, porque en ese supuesto desaparecería el propósito del instituto. Pareciera, entonces, que la subsistencia de un solo beneficiario, aunque se haya convertido en titular del inmueble, obsta la desafectación.

En la hipótesis de que subsistiera un solo beneficiario y el propietario del inmueble, ya no podría hablarse de inexistencia del núcleo familiar. Y en el caso de que coincidieran la calidad de único beneficiario sobreviviente con la de propietario del inmueble (por ejemplo, por ser el beneficiario sobreviviente único heredero del propietario fallecido), parece que la intención del legislador al permitir la constitución del bien de familia ha sido la defensa del núcleo que existía en el momento de su constitución; de allí que la desafectación, en principio, no procedería mientras subsista algún beneficiario, pues el fin tuitivo de la ley no puede ser burlado cuando ese interés exige proteger a uno de sus miembros; "precisamente es para estos casos en que recobra su fuerza, pues el constituyente quiso asegurarle el techo a los familiares más cercanos que vivían en él, fue previsor y recurrió al apoyo de la ley para que, inclusive una vez muerto, se respete su voluntad".

1. "En caso de expropiación, reivindicación, venta judicial decretada en ejecución autorizada por esta ley o existencia de causa grave que justifique la desafectación a juicio de la autoridad competente" (art. 49, inc. e). En las tres primeras hipótesis, la desafectación es consecuencia de la sentencia que se dicte en los respectivos procesos, en los que se ordenará la desafectación, previo trámite incidental. En el supuesto de mediar causa grave, el trámite será autónomo. Cuando la desafectación se ordenara a consecuencia de una sentencia favorable a un acreedor de uno de los condóminos del bien de familia, dicha desafectación se referirá a todo el inmueble, pues no satisfaría la finalidad del instituto el mantenimiento del sistema sobre una parte indivisa y, además, podría resultar adquirente de la porción indivisa subastada un tercero respecto del cual no apareciera satisfecho el requisito de parentesco entre los condóminos que exige el art. 43 de la ley.

Causales no admisibles:

Se ha sostenido que no configuran causales de desafectación: el aumento de valor del inmueble posterior a su afectación, si deriva de causas generales o sociales (como la evolución del precio del inmueble en el mercado); la mayoría de edad en los herederos beneficiarios; ausencias transitorias justificadas.

Tampoco configura causal de desafectación, como principio (en tanto no concurra alguna otra de las enumeradas por la ley), el fallecimiento del propietario del inmueble, siempre que existan beneficiarios que lo sobrevivan.

**b) venta de lotes a plazo: leyes 14005 y 23266. Justificación de su sanción. Ámbito de aplicación. Anotación del inmueble y de los contratos. Efectos;**

La ley 14005, modificada por la ley 23266 regula la adquisición de lotes a plazo. Estableciendo:

Los contratos que tengan por objeto la venta de inmuebles fraccionados en lotes, cuyo precio haya de ser satisfecho por cuotas periódicas, quedan sometidos, como forma esencial para su validez a las condiciones y requisitos establecidos en la ley 14.005 cuando la escritura traslativa de dominio no se otorgue de inmediato.

 El propietario de inmueble que desee venderlo en la forma prevista, hará anotar en el Registro Público Inmobiliario que corresponda a la ubicación del bien, su declaración de voluntad de proceder a la venta en tal forma, acompañando a la vez un certificado de escribano de registro sobre la legitimidad extrínseca del título y un plano de subdivisión con los recaudos que establezcan las reglamentaciones respectivas.

La anotación a que se referida, sólo procederá si el inmueble estuviere libre de todo gravamen y su propietario en condiciones para disponer.

Si el bien estuviere hipotecado, podrá efectuarse la anotación siempre que el acreedor o los acreedores acepten la división de la deuda en los diferentes lotes, o cuando fueren compelidos judicialmente a ella. La división de la deuda extingue el derecho del acreedor o los acreedores a perseguir el pago del crédito contra la totalidad del inmueble.

Celebrado el contrato y dentro de los seis días de su fecha, deberá proceder a la anotación preventiva del instrumento que entregue el vendedor al comprador, en el Registro Público Inmobiliario. Este plazo  podrá ser extendido por los reglamentos en razón de la distancia, no pudiendo exceder de treinta días.

**Dicho instrumento deberá contener:**
a) Nombre y apellido de los contratantes, nacionalidad, estado civil, edad, fecha y lugar en que se otorgue;

b) Individualización del bien con referencia al plano de loteo, su ubicación, superficie, límites y mejoras existentes;

c) Precio de venta, forma de pago e intereses convenidos;

d) Correlación del título del vendedor y el de su antecesor en el dominio;

e) Especificación de los gravámenes que afecten el inmueble, con mención de los informes oficiales que los certifiquen.

 En caso de conflicto entre adquirentes de lotes y terceros acreedores del enajenante, se observarán los siguientes principios:

1º) El comprador que tuviere instrumento inscripto será preferido a cualquier acreedor para la escrituración de la fracción adquirida;

2º) Los embargos e inhibiciones contra el vendedor, ulteriores a la fecha del otorgamiento del instrumento prenotado, sólo podrán hacerse efectivos sobre las cuotas impagas.

- El comprador podrá reclamar la escrituración después de haber satisfecho el veinticinco por ciento del precio, siendo esa facultad irrenunciable y nula toda cláusula en contrario, pudiendo el vendedor exigir garantía hipotecaria por el saldo de precio.

 El pacto comisorio por falta de pago, no podrá hacerse valer después que el adquirente haya abonado parte de precio que se establece en el artículo anterior, o haya realizado construcciones equivalentes al cincuenta por ciento del precio de compra.

El comprador podrá abonar la totalidad de la deuda o pagar cuotas con anticipación al vencimiento de los plazos convenidos.

El comprador que transfiera el contrato deberá anotar esta transferencia en el Registro Público Inmobiliario.

**c) pre horizontalidad: ley 19724. Justificación de su sanción. I) su ámbito de aplicación. Artículo 1ro: afectación. Excepciones ley 20276.ii) la escritura de la afectación: contenido. Efectos de la inscripción. Publicidad de la afectación. Desafectación. Sus formas. Iv) enajenación de las unidades: contenido y redacción de los instrumentos. Responsabilidad de los intervinientes. Cesión. Rescisión y resolución de los contratos. Efectos de la inscripción de los instrumentos. Y) hipoteca del inmueble afectado: casos, derechos de los adquirentes, cancelaciones parciales; vi) administración provisoria: administración, expensas, proyecto del reglamento de copropiedad y administración intervención judicial.**

PREHORIZONTALIDAD

El nuevo Código Civil y Comercial incluye en el art. 2070 la figura de la prehorizontalidad, regulada inicialmente por la [ley 19.724,](http://www.abeledoperrotonline2.com/maf/app/authentication/formLogin?redirect=%2Fmaf%2Fapp%2FdocumentVM%3Fsrc%3DexternalLink%26crumb-action%3Dreplace%26docguid%3DiA8A481BE01414786BA07AA5ACF35932E) en los siguientes términos: "Los contratos sobre unidades funcionales celebrados antes de la constitución de la propiedad horizontal están incluidos en las disposiciones de este Capítulo".

Luego, en el art. 2071 reglamenta el seguro obligatorio requerido para esas transacciones: "Para poder celebrar contratos sobre unidades construidas o proyectadas bajo el régimen de propiedad horizontal, el titular del dominio del inmueble debe constituir un seguro a favor del adquirente, para el riesgo del fracaso de la operación de acuerdo a lo convenido por cualquier razón, y cuya cobertura comprenda el reintegro de las cuotas abonadas con más un interés retributivo o, en su caso, la liberación de todos los gravámenes que el adquirente no asume en el contrato preliminar".

"El incumplimiento de la obligación impuesta en este artículo priva al titular del dominio de todo derecho contra el adquirente a menos que cumpla íntegramente con sus obligaciones, pero no priva al adquirente de sus derechos contra el enajenante".

El Código de Vélez no preveía un régimen de esta naturaleza, pero tengamos presente que tampoco aceptaba la propiedad horizontal.

Es común que una vez comenzada la construcción de un edificio destinado a ser sometido al régimen de propiedad horizontal, comiencen a venderse las futuras unidades funcionales. En virtud del tiempo que transcurre entre la celebración del contrato cuyo objeto es el departamento en construcción y la traslación del derecho real al comprador puede suceder —y ha sucedido— que el adquirente vea desbaratados sus derechos y sus expectativas por diversas situaciones fácticas que algunas veces son imputables a la empresa constructora y en ocasiones, simplemente a circunstancias ajenas a la voluntad de las partes.

**1.1. Afectación del inmueble**

El art. 1º de la [ley 19.724](http://www.abeledoperrotonline2.com/maf/app/authentication/formLogin?redirect=%2Fmaf%2Fapp%2FdocumentVM%3Fsrc%3DexternalLink%26crumb-action%3Dreplace%26docguid%3DiA8A481BE01414786BA07AA5ACF35932E) pone en cabeza del propietario del edificio construido o en construcción o del terreno destinado a construir en él un edificio, la obligación de afectarlo al régimen de la prehorizontalidad.

La afectación consiste en una declaración unilateral de voluntad, previa a la celebración de los negocios jurídicos bilaterales de enajenación que el propietario afectante puede o no celebrar en el futuro, que debe ser realizada por el titular de dominio del inmueble, sus representantes o supletoriamente, el juez que disponga el cumplimiento de la obligación legal.

En los hechos, la afectación importa una reserva del inmueble a fin de que, trabado el propietario en su libre disponibilidad, se garantice el derecho de quienes contratan sobre ella. ¿Cómo se garantiza el derecho de los compradores de futuras unidades? Fundamentalmente mediante la publicidad previa a la contratación, a la que nos referimos infra, y la registración tanto de la afectación al régimen de prehorizontalidad como de los boletos de compraventa.

Una vez cumplidas todas las previsiones legales al respecto, el adquirente tendrá las obligaciones y derechos emergentes de su relación contractual con el vendedor, pero además su derecho trasciende la esfera de los derechos personales en cuanto su boleto de compraventa es oponible al acreedor hipotecario o a otros acreedores del vendedor, siempre que esté debidamente registrado.

**1.2. Redacción e inscripción de los contratos**

La promesa de venta de las futuras unidades funcionales genera una relación jurídica entre el propietario vendedor y el adquirente que, a los efectos de la [ley 19.724,](http://www.abeledoperrotonline2.com/maf/app/authentication/formLogin?redirect=%2Fmaf%2Fapp%2FdocumentVM%3Fsrc%3DexternalLink%26crumb-action%3Dreplace%26docguid%3DiA8A481BE01414786BA07AA5ACF35932E) debe instrumentarse por escrito, con las especificaciones contenidas en el art. 13, e inscribirse en el Registro de la Propiedad Inmueble. El boleto de compraventa puede instrumentarse por instrumento privado, pero en ese caso la ley impone que las firmas de los contratantes sean certificadas por escribano público, juez de paz o funcionario competente.

Dado que los contratos de compraventa deben ser inscriptos en el Registro de la Propiedad Inmueble, dicho organismo, ejerciendo el control de legalidad de las formas extrínsecas de los documentos que en él se anotan, deberá verificar el cumplimiento de los recaudos que establece la [ley 19.724](http://www.abeledoperrotonline2.com/maf/app/authentication/formLogin?redirect=%2Fmaf%2Fapp%2FdocumentVM%3Fsrc%3DexternalLink%26crumb-action%3Dreplace%26docguid%3DiA8A481BE01414786BA07AA5ACF35932E) al respecto. El art. 12 de la ley citada dispone que los contratos deben ser inscriptos por el propietario, pero en caso de que éste no lo hiciera el adquirente puede registrarlo en cualquier momento.

En la estructura de la [ley 19.724](http://www.abeledoperrotonline2.com/maf/app/authentication/formLogin?redirect=%2Fmaf%2Fapp%2FdocumentVM%3Fsrc%3DexternalLink%26crumb-action%3Dreplace%26docguid%3DiA8A481BE01414786BA07AA5ACF35932E) sólo los adquirentes cuyos contratos cumplieron las formalidades antes mencionadas quedan protegidos por el régimen de prehorizontalidad, de allí la importancia de obtener la registración, porque a partir de ese momento su derecho es oponible a terceros como consecuencia de los efectos publicitarios que cumple el Registro de la Propiedad Inmueble.

Por el contrario, si el edificio no se hubiera afectado a dicho régimen, los boletos de compraventa serán perfectamente válidos y deberán encuadrarse en las previsiones del derecho común sobre la materia, pero el derecho de los adquirentes carecerá de preferencia frente a terceros.

**2.1. Incumplimiento**

El incumplimiento de contratar el seguro obligatorio a que hace referencia el párrafo 1º de la norma que comentamos, conlleva la sanción establecida en la segunda parte del mismo artículo, que sigue los lineamientos del art. 12, [ley 19.724](http://www.abeledoperrotonline2.com/maf/app/authentication/formLogin?redirect=%2Fmaf%2Fapp%2FdocumentVM%3Fsrc%3DexternalLink%26crumb-action%3Dreplace%26docguid%3DiA8A481BE01414786BA07AA5ACF35932E).

Hay que tener en cuenta que la falta de cumplimiento en la contratación del seguro expone a los compradores a riesgos que no se evitan con el mero sometimiento al régimen de propiedad horizontal; los derechos del adquirente quedarán a salvo cuando el enajenante esté en condiciones de transferir la titularidad del derecho real de propiedad horizontal, esto es: escriturar la unidad y hacer tradición de ella. En una etapa previa pueden existir intereses contrapuestos de acreedores del vendedor, con o sin garantía real, o de otros compradores que menoscaben los derechos del adquirente, situaciones que no se oponen a la circunstancia fáctica de que el inmueble esté terminado y en condiciones de habitabilidad.

La obligación de contratar el seguro en las condiciones previstas por el art. 2071 no tiene plazo legal para su cumplimiento, por lo cual, a menos que se hubiera pactado un plazo para ello en el respectivo contrato de compraventa, el comprador deberá intimar al vendedor en forma fehaciente para ponerlo en mora(91). Esa situación de mora le impide a este último exigir al comprador el cumplimiento de sus obligaciones, fundamentalmente el pago del precio, o pedir la resolución del contrato.

La mora del vendedor no podrá ser redimida cuando el comprador opte por la resolución del contrato, en este caso no sería posible la redención del estado de mora porque el contrato se habría extinguido por causal imputable a la parte hasta entonces morosa a cuyo cargo quedará el resarcimiento de los daños, no ya moratorios sino aquellos derivados de la resolución.

**2.2. Exclusiones**

Dispone al respecto el art. 2072: "Están excluidos los contratos siguientes:

"a) aquellos en los que la constitución de la propiedad horizontal resulta de la partición o liquidación de comuniones de cosas o bienes, o de la liquidación de personas jurídicas;

"b) los que versan sobre inmuebles del dominio privado del Estado;

"c) los concernientes a construcciones realizadas con financiamiento o fideicomiso de organismos oficiales o de entidades financieras especialmente calificadas por el organismo de control, si de sus cláusulas resulta que los contratos definitivos con los adquirentes deben ser celebrados por el ente financiador o fiduciario, a quien los propietarios deben otorgarle poder irrevocable a ese fin".

En este sentido se siguen los lineamientos del anterior sistema de prehorizontalidad que tiene por objeto eliminar del régimen aquellas adjudicaciones o enajenaciones de unidades particulares que por la naturaleza del acto, el carácter del enajenante o las modalidades de la operación, no justifican el cumplimiento de la obligación contenida en el art. 2071 en los supuestos que enumera el art. 2072:

a) partición o división del condominio, comunidad hereditaria, sociedad o asociación. En efecto, si se considera que la ley tiene por finalidad proteger al comprador a fin de impedir que el propietario del terreno desbarate sus derechos, en la división del condominio y adjudicación de unidades a los comuneros, éstos aparecen suficientemente garantizados por cuanto el derecho real del bien ya está inscripto a su favor de manera que no podría ser gravado o enajenado sin su conformidad;

b) contratos que versen sobre inmuebles del dominio privado del Estado;

c) la adjudicación o enajenación de unidades particulares en inmuebles cuya construcción se realice con financiamiento o fideicomiso de organismos oficiales y los propietarios otorguen poder irrevocable a favor de dicho ente. Si bien en principio los supuestos contenidos en este inciso coinciden con los incorporados en la [ley 20.276,](http://www.abeledoperrotonline2.com/maf/app/authentication/formLogin?redirect=%2Fmaf%2Fapp%2FdocumentVM%3Fsrc%3DexternalLink%26crumb-action%3Dreplace%26docguid%3DiC1EF7E1DD3894C258F43C22D97B32FF6) se actualiza con la mención al fideicomiso y al financiamiento por entidades especialmente calificadas por el organismo de control.

**UNIDAD XII: PROPIEDAD HORIZONTAL**

**XII.1) Concepto. Terminología. Ley Nº13.512 y las modificaciones introducidas por la ley Nº 26.994. Naturaleza jurídica.**

El código de Vélez sostenía que “el propietario de edificios no puede dividirlos horizontalmente entre varios dueños, ni por contrato, ni por actos de última voluntad”. Es decir negaba la institución de la PH.

La ley 13.512 viene a receptar la necesidad de vivienda en las grandes urbes con el aumento poblacional, donde se dieron desarrollos inmobiliarios que requirieron regulación jurídica que, sin dislocar el régimen del derecho, contemplara y diera soluciones a la construcción en altura.

En la misma se levanta la prohibición del código de Vélez solo para los efectos de la presente ley, admitiendo la división de un edificio en pisos y/o departamentos adjudicándolos en propiedad a distintas personas que adquieren un derecho exclusivo sobre los sectores privativos y un derecho compartido sobre las partes de aprovechamiento común.

El nuevo código civil y comercial incorpora el derecho real de PH en la enumeración del 1887, calificándolo como el derecho real de la cosa parcialmente propia.

Vélez pensaba que las definiciones no eran propias de un código de leyes, sin embargo la comisión redactora ha tomado otra postura plasmando en el nuevo código el concepto de varios institutos. En el caso sostiene que:

**ARTICULO 2037.-** Concepto. *La propiedad horizontal es el derecho real que se ejerce sobre un inmueble propio que otorga a su titular facultades de uso, goce y disposición material y jurídica que se ejercen sobre partes privativas y sobre partes comunes de un edificio, de conformidad con lo que establece este Título y el respectivo reglamento de propiedad horizontal. Las diversas partes del inmueble así como las facultades que sobre ellas se tienen son interdependientes y conforman un todo no escindible.*

Naturaleza jurídica:

La doctrina francesa ha dividido la exposición de las teorías en dos criterios:

a. Teoría unitaria: la propiedad de pisos o departamentos no implica más que una yuxtaposición o superposición de derechos de propiedad individual provistos de una serie de servidumbres activas y pasivas destinadas a permitir la utilización de los departamentos.

b. Teoría dualista o clásica: el titular del derecho tiene dos tipos de facultades:

* Derecho de propiedad sobre las partes privativas
* Derecho de copropiedad sobre las partes comunes.

**1. Teoría del condominio y el dominio:**

El propietario tiene dos tipos de facultades: derecho de propiedad sobre las partes privativas y un derecho de copropiedad sobre las partes comunes. De manera que las prerrogativas del titular de un departamento o local son a la vez un derecho de propiedad y un derecho de copropiedad con indivisión forzosa. Ambas partes están indisolublemente ligadas.

Esta explicación acerca de la naturaleza jurídica del PH aparece como la solución más simple para explicar la esencia de la institución, sin embargo es insuficiente para resolver efectos jurídicos producidas por la acción combinada de dos instituciones tan diferentes.

CRITICAS: para Alterini no hay goce completo de las partes privativas y por lo tanto no hay dominio.

**2. Teoría del derecho real autónomo**

La copropiedad es un desmembramiento del derecho de propiedad que configura un derecho real nuevo, lo que trae como consecuencia que la comunidad de propietarios quede investida de las facultades restadas a los copropietarios tomados individualmente. Ello explica que el consorcio tenga el poder de conservación y administración del edificio en sus partes comunes y de actuación en la justicia en defensa de derechos referentes al edificio.

Esta es la postura que toma Wendy, el derecho es un derecho AUTONOMO.

**XII.2) Objeto: partes privativas y cosas y partes comunes. Lo principal y lo accesorio en el objeto de la propiedad horizontal.**

PH como el derecho real autónomo que se ejerce sobre un inmueble propio y que otorga a su titular facultades de uso, goce y disposición material y jurídica, cuyo extensión y limites varían según se ejerciten sobre partes privativas del titular del derecho, o sobre las partes comunes del edificio. Las diversas partes del inmueble así como las facultades que sobre ellas se ejercen son interdependientes y conforman un todo inescindible.

Cabe demostrar que el objeto sobre el que se ejerce este derecho real que es autónomo es una unidad: edificio, lote o conjunto edilicio. Los diversos sectores de dicho inmueble son inseparables, de allí el carácter inescindible del derecho que se tiene sobre las partes propias y comunes, si bien a los efectos de su ejercicio son diferenciadas ambas categorías a los fines de fijar extensión y facultades que hacer al contenido del derecho de PH.

1. Sectores de propiedad exclusiva:

**ARTICULO 2039.-** Unidad funcional. *El derecho de propiedad horizontal se determina en la unidad funcional, que consiste en pisos, departamentos, locales u otros espacios susceptibles de aprovechamiento por su naturaleza o destino, que tengan independencia funcional, y comunicación con la vía pública, directamente o por un pasaje común.*

*La propiedad de la unidad funcional comprende la parte indivisa del terreno, de las cosas y partes de uso común del inmueble o indispensables para mantener su seguridad, y puede abarcar una o más unidades complementarias destinadas a servirla.*

• Concepto de unidad funcional: es el conjunto de superficies, cubiertas, descubiertas, y/o semi descubiertas directamente comunicadas y unidas entre si, necesarias para el desarrollo de las actividades compatibles y concordantes con el destino del edificio indicado por el plano de obra.

• Unidad complementaria: es el conjunto de superficies, cubiertas, descubiertas, y/o semi descubiertas directamente comunicadas y unidas entre si, que por su naturaleza intrínseca no puede constituir una UF, debiendo forzosamente unirse a una de ellas para formar una superficie de dominio exclusivo.

• Partes descubiertas:

* Balcón: para algunos es una parte común (Ricciatti), Highton distingue la estructura y baranda son comunes, las baldosas, espacio y superficie que encierra el balcón son exclusivas.

EL REGLAMENTO ES EL ENCARGADO DE DEFINIR LA CALIDAD DE PRIVATIVA O COMUN DEL BALCON.

Si el reglamento de propiedad enumera un balcón o una terraza como parte privativa integrante de una unidad funcional determinada, el espacio aéreo es común, lo que impide hacer construcciones en ellas.

Los sectores exclusivos tienen dos requisitos:

**a. independencia funcional**: solo puede la UF cumplir el requisito de independencia funcional si cuenta con baño, cocina, y demás elementos que lo hagan apto para cumplir con la función de habitabilidad. Debe respetarse el destino fijado en el reglamento de copropiedad. Es decir debe ser autónoma en su funcionamiento (independencia) y apta para el destino que se le fijo (funcional).

**b. comunicación a la vía pública**: ya sea en forma directa o por pasaje común

Las cocheras: espacio destinado al guardado de coches el cual está cerrado o techado. Las mismas pueden figurar como:

a. Unidad complementaria o unidad funcional que pertenecen a un solo titular. Este tiene un derecho exclusivo, que con las limitaciones propias del régimen se extienden a las dos unidades.

b. Edificio destinado a cocheras: caso en el cual las UF son equiparables a pisos o departamentos

c. Guarda vehículos: estacionamiento común sin parte asignada a ningún condómino.

Cosas y partes propias:

**ARTICULO 2041**.- Cosas y partes necesariamente comunes. *Son cosas y partes necesariamente comunes:*

*a) el terreno; su descripción está contenida en el reglamento de copropiedad, es siempre parte común al igual que el espacio aéreo sobre este.*

*b) los pasillos, vías o elementos que comunican unidades entre sí y a éstas con el exterior; elemento necesario al concepto de unidad funcional.*

*c) los techos, azoteas, terrazas y patios solares; el patio solar es necesariamente común y por ende no admite reconversión. El solario puede o no existir y depende del reglamento si es común de uso exclusivo o común.*

*d) los cimientos, columnas, vigas portantes, muros maestros y demás estructuras, incluso las de balcones, indispensables para mantener la seguridad; en cuanto al balcón es el reglamento el que define su uso. La loza que sirve de voladizo es común.*

*e) los locales e instalaciones de los servicios centrales;*

*f) las cañerías que conducen fluidos o energía en toda su extensión, y los cableados, hasta su ingreso en la unidad funcional;*

*g) la vivienda para alojamiento del encargado;*

*h) los ascensores, montacargas y escaleras mecánicas;*

*i) los muros exteriores y los divisorios de unidades entre sí y con cosas y partes comunes;*

*j) las instalaciones necesarias para el acceso y circulación de personas con discapacidad, fijas o móviles, externas a la unidad funcional, y las vías de evacuación alternativas para casos de siniestros;*

*k) todos los artefactos o instalaciones existentes para servicios de beneficio común;*

*l) los locales destinados a sanitarios o vestuario del personal que trabaja para el consorcio.*

*Esta enumeración tiene carácter enunciativo.*

**ARTICULO 2042.**- Cosas y partes comunes no indispensables. *Son cosas y partes comunes no indispensables:*

*a) la piscina;*

*b) el solárium;*

*c) el gimnasio;*

*d) el lavadero;*

*e) el salón de usos múltiples.*

*Esta enumeración tiene carácter enunciativo. Cada reglamento puede enunciar otras partes como comunes sin la obligatoriedad de ceñirse a la enumeración.*

**ARTICULO 2043.-** Cosas y partes propias. *Son necesariamente propias con respecto a la unidad funcional las cosas y partes comprendidas en el volumen limitado por sus estructuras divisorias, los tabiques internos no portantes, las puertas, ventanas, artefactos y los revestimientos, incluso de los balcones.*

*También son propias las cosas y partes que, susceptibles de un derecho exclusivo, son previstas como tales en el reglamento de propiedad horizontal, sin perjuicio de las restricciones que impone la convivencia ordenada.*

Otra forma de distinción versa en si el aprovechamiento del espacio es común o no.

Es importante diferenciarlas correctamente ya que afectara el porcentual de cada titular.

Hay partes comunes que pueden ser de uso exclusivo, como lo son patios solares, jardines, etc. En la que puede darse el uso exclusivo sin perjuicio de las restricciones que se le puedan imponer para la ordenada conveniencia.

Lo principal y lo accesorio: lo principal serían las partes privativas y lo accesorio las comunes, aunque para Wendy carece de fundamento esta discusión.

**XII.3) Adquisición de la propiedad horizontal. El llamado “estado de propiedad horizontal”. Modos de adquisición. Posibilidad de arribar a la propiedad horizontal a través de la partición del condominio.**

La constitución del sistema en el código de Vélez no se podía. En el código civil y comercial establece:

**ARTICULO 2038.**- Constitución. *A los fines de la división jurídica del edificio, el titular de dominio o los condóminos deben redactar, por escritura pública, el reglamento de propiedad horizontal, que debe inscribirse en el registro inmobiliario.*

El reglamento de propiedad horizontal se integra al título suficiente sobre la unidad funcional.

No queda un edificio automáticamente sometido a la PH sino que hay que cumplir todos y cada uno de los requisitos formales a los fines que la división jurídica del edificio y posterior venta de las unidades funcionales que resulten de la decisión. Hasta tanto no se cumpla con esto hay dominio, si es un solo dueño, o condominio si son varios.

Debe inscribir el reglamento de copropiedad y según las normas locales un plano en el que consten las partes comunes e independientes. Además el código pide que se enuncien estas cuestiones, que surgen del plano.

El reglamento debe ser redactado por el titular del dominio, si no lo hace la constructora, lo hacen los condóminos, previo debate y votación redactan y acuerdan el reglamento de copropiedad. Para ello necesita la unanimidad. En caso de no reunir las mayorías puede realizarse asamblea judicial.

El estado de propiedad horizontal: hace referencia al omento a partir del cual un edificio construido en altura queda encuadrado dentro del régimen de PH, y por consiguiente cada una de las unidades funcionales puede ser transferida a distintos titulares.

Subdivisión por único propietario: en la mayoría de los casos lo redacta al reglamento la empresa constructora. En la escritura que se instrumenta la venta se da una constancia de que el adquirente conoce y acepta la venta.

División por condominio: dos o más personas construyen en un terreno varios pisos. Cuando redactan el reglamento de copropiedad pasa de ser un condominio a otro derecho real como lo es el derecho de propiedad horizontal.

La jurisprudencia acepta este tipo de división siempre que resulte material y jurídicamente posible y no cause perjuicio.

**XII.4) Reglamento de copropiedad y administración: cláusulas obligatorias y facultativas. Modificación y mayorías en la ley actual y en el nuevo Código.**

El 2056 designa lo que debe contener el reglamento. El mismo es el ACTO JURIDICO destinado a dar comienzo al sistema de PH.

El mismo contiene una serie de cláusulas destinadas a dar vida a la comunidad, integrando el título del derecho de propiedad horizontal.

Le mismo posee fuerza obligatoria. La inscripción registral le da publicidad registral. Ligando a todos los propietarios los cuales no pueden desprenderse de ese acto.

**ARTICULO 2056.-** Contenido. El reglamento de propiedad horizontal debe contener:

a) determinación del terreno;

b) determinación de las unidades funcionales y complementarias;

c) enumeración de los bienes propios;

d) enumeración de las cosas y partes comunes;

e) composición del patrimonio del consorcio;

f) determinación de la parte proporcional indivisa de cada unidad;

g) determinación de la proporción en el pago de las expensas comunes;

h) uso y goce de las cosas y partes comunes;

i) uso y goce de los bienes del consorcio;

j) destino de las unidades funcionales;

k) destino de las partes comunes;

l) facultades especiales de las asambleas de propietarios;

m) determinación de la forma de convocar la reunión de propietarios, su periodicidad y su forma de notificación;

n) especificación de limitaciones a la cantidad de cartas poderes que puede detentar cada titular de unidad funcional para representar a otros en asambleas;

ñ) determinación de las mayorías necesarias para las distintas decisiones;

o) determinación de las mayorías necesarias para modificar el reglamento de propiedad horizontal;

p) forma de computar las mayorías;

q) determinación de eventuales prohibiciones para la disposición o locación de unidades complementarias hacia terceros no propietarios;

r) designación, facultades y obligaciones especiales del administrador;

s) plazo de ejercicio de la función de administrador;

t) fijación del ejercicio financiero del consorcio;

u) facultades especiales del consejo de propietarios.

**El reglamento posee:**

a. Cláusulas obligatorias: son las estipuladas ut supra en el art 2056.

b. Clausulas facultativas: la terminología utilizada no significa que las disposiciones facultativas carezcan de la misma fuerza obligatoria que las anteriores, ya que son ley entre las partes, algunas clausulas son:

a. Las que fijan el procedimiento extrajudicial para perseguir el cobro de expensas atrasadas.

b. Los intereses moratorios que se aplicaran en el supuesto de retardo en el cumplimiento pago de expensas.

c. Multas en caso de distintas violaciones al reglamento de propiedad o interno

d. Fondo de reserva y forma de integración.

e. Facultad o prohibición de hacer publicidad y límites en el caso de locales comerciales.

f. Facultades o prohibición de tenencia de animales.

g. Condiciones de uso de la piscina o sum

c. Clausula estatutarias: las diversas cláusulas del reglamento de propiedad también pueden ser clasificadas en estatutarias y reglamentarias. Ambas calificaciones no son excluyentes. De tal modo puede ser obligatoria y estatutaria por ejemplo el % que fija los porcentuales.

Puede haber también cláusulas facultativas y estatutarias: como la que establece la formación de un fondo de reserva. Son consideradas clausulas estatutarias aquellas de contenido patrimonial cuya suspensión o modificación pueda afectar patrimonialmente a los titulares del derecho real de propiedad horizontal.

d. Clausulas reglamentarias: en oposición a las consideradas disposiciones estatutarias, las clausulas reglamentarias son aquellas que establecen derechos y obligaciones de los propietarios que hacen a la convivencia dentro del sistema, sin afectación patrimonial.

Las reglamentarias no requieren unanimidad.

e. Cláusulas abusivas: se procede su modificación por asamblea o vía judicial.

**Modificación del reglamento:**

**ARTICULO 2057**.- Modificación del reglamento. El reglamento sólo puede modificarse por resolución de los propietarios, mediante una mayoría de dos tercios de la totalidad de los propietarios.

La mayoría es la mínima aceptada el reglamento podría agravarla. Y no debe afectar clausulas estatutarias, ya que para alterar estos e requiere la unanimidad. Vg. el % de pago de expensas de un propietario.

**XII.5) Facultades y prohibiciones del titular: respecto de su departamento y respecto de las cosas comunes. Prohibiciones de los propietarios.**

FACULTADES DE LOS TITULARES DE PROPIEDAD HORIZONTAL

1. Facultades sobre las partes privativas

* **Derecho de usar:** consiste en servirse de ella. En el derecho de dominio el dueño puede usar y gozar del inmueble libremente, por tanto su destino económico está sometido a su voluntad ejercida dentro de los límites que marca la legislación nacional o las normas administrativas dictadas por el Estado en ejercicio de su poder de policía. El límite para el ejercicio de este derecho de usar la cosa está fijado en el art. 1973 del CCyCN en cuanto se refiere al uso regular de la propiedad que es aquel que no causa molestias a los inmuebles vecinos o a sus ocupantes, excediendo la normal tolerancia.

En consonancia con la norma citada el art. 2047, inc. a) prohíbe "destinar las unidades funcionales a usos contrarios a la moral o a fines distintos a los previstos en el reglamento de propiedad horizontal" y perturbar la tranquilidad de los demás de cualquier manera que exceda la normal tolerancia.

* **Destino de las unidades**: está establecido en el reglamento de copropiedad. El reglamento es ley para los consorcistas que a él han adherido al momento de adquirir el derecho real de propiedad horizontal, y en dicho estatuto queda fijado el destino de las unidades funcionales, modificarlo unilateralmente implica la violación del reglamento que, como tal, debe ser sancionada.

Dicha cláusula no sólo es obligatoria sino que además es estatutaria por lo cual, para proceder a su modificación, se requerirá unanimidad de votos.

* **Uso contrario a la moral:** el reglamento de propiedad horizontal debe fijar un destino lícito para las distintas partes del inmueble.
* **Actividades peligrosas:** El art. 2047, establece también la prohibición de ejercer actividades que comprometan la seguridad del inmueble y depositar mercaderías peligrosas o perjudiciales. Los criterios de peligrosidad y de moral, son variables según las épocas y los lugares y responden más que a criterios de razonabilidad que a conceptos jurídicos.
* **Tenencia de animales:** si nada dice están permitidos, puede restringir su circulación por determinados lugares, o pueden estar prohibidos. (esto es mas o menos asi, hay una acordada de la corte en la que se permiten animales de menos de x cantidad de Kg. Pero no figura en el libro, aunque no deja de ser un dato interesante, porque es un conflicto recurrente en los edificios)
* **Derecho de gozar:** El derecho de goce implica la facultad de obtener todos los provechos y ventajas que la cosa es capaz de brindar. En el caso de inmuebles urbanos y específicamente, departamentos o pisos sometidos al régimen de la propiedad horizontal, el derecho de goce se ejerce obteniendo los frutos civiles, es decir: dando en locación la parte privativa. En principio cualquiera de las partes privativas puede ser dada en locación, sin embargo el reglamento puede establecer ciertas limitaciones, por ejemplo que las unidades destinadas a cochera no se alquilen a personas extrañas al edificio. Los locatarios tienen la obligación de respetar el reglamento de propiedad no sólo en lo que respecta al mantenimiento del destino en él fijado sino también en el cumplimiento de todas las pautas de convivencia establecidas: normas sobre uso de terraza y tendederos —si los hubiere—, horarios para sacar la basura, horarios en que se debe hacer silencio, etc.
* **Derecho de disponer:** amplias facultades de disposición jurídica respecto de su unidad funcional, con la aclaración que en el acto de disposición que se realice quedan comprendidas las unidades complementarias, si existieran, y las cosas y partes comunes.
* **Disposición material son comunes:** el espacio propio está constituido por el cubo de aire encerrado entre las divisiones horizontales y verticales, cuyos revestimientos y demás ornamentos pertenecen al dueño del departamento, así como las paredes que dividan distintos ambientes. Siendo ello así, se comprende que el dueño del piso o departamento tendrá facultades para cambiar revestimientos, ya fuera de paredes, techos o pisos, cambiar artefactos de baños y cocina, redecorar los interiores. Con respecto a los tabiques interiores podrá hacer remodelaciones, por ejemplo demoler una pared divisoria y ampliar con ello algún ambiente, siempre que no se altere la seguridad del edificio o los servicios comunes.
* **Disposición jurídica:** La facultad de disposición jurídica de la unidad funcional tan extensa como en el derecho real de dominio. El derecho de propiedad horizontal contiene en su objeto no sólo el piso o departamento sino también una parte ideal sobre los bienes comunes, por ello, cuando se dispone jurídicamente de la unidad funcional, conjuntamente se transfiere el derecho sobre las partes comunes, que forman un todo inescindible, asi como también de la unidad complementaria.

2. Facultades sobre las partes comunes

* **Derecho de usar y gozar**: El CCyCN no contiene normas que se refieran expresamente al uso y goce de las partes comunes, sin embargo el art. 2056 dispone que el reglamento de propiedad horizontal debe establecer el destino de las partes comunes, por lo tanto, dado que los propietarios están obligados a cumplir todas y cada una de las normas reglamentarias, debe respetar el destino impuesto a las partes comunes de la misma forma que lo hace respecto de su piso o departamento. En un edificio construido en altura hay elementos comunes que no requieren de asignación de destino, por ejemplo los ascensores, las escaleras, los muros maestros, las cañerías de carga y descarga, etc., puesto que la naturaleza misma de tales bienes marca claramente su destino.

Hay otras en cambio que no tienen una naturaleza específica o que aun teniéndola pueden ser usadas con otra finalidad por acuerdo de partes, es decir: por disponerlo el reglamento.

* **Derecho de disponer:** El titular del derecho de propiedad horizontal no goza —individualmente. La asamblea es la que decidirá la realización de obras nuevas, innovaciones o mejoras en dichos sectores, siempre que las decisiones en tal sentido se tomen conforme a las mayorías que en cada caso fijan la ley y el reglamento de propiedad.

**XII.6) Obligaciones de los titulares: enumeración. Concepto y extensión. Crédito por expensas comunes: titular del crédito y sujeto obligado al pago. Naturaleza jurídica. Garantías para el cobro.**

 OBLIGACIONES DE LOS TITULARES DE PROPIEDAD HORIZONTAL

El derecho de propiedad horizontal es un derecho real autónomo y una de las notas sobresalientes de esta diferenciación respecto de los demás derechos reales es que, juntamente con la adquisición del derecho real, el titular queda obligado al pago de los gastos de conservación y reparación del inmueble común.

1. Gastos de conservación de las partes privativas:

El art. 2046, inc. b) obliga al propietario a "conservar en buen estado su unidad funcional". Es decir que los gastos de pintura, alfombras, reparación de pisos, cambio de sanitarios, amoblamiento de cocina, calefones, estufas, etc. correrá por cuenta de cada uno de los dueños de las distintas unidades funcionales. Si la falta de mantenimiento de alguna de las partes privativas ocasiona daños en otros departamentos o en partes comunes, aquél podrá ser intimado para proceder a su realización y demandado por los perjuicios que hubiera causado.

2. Gastos de conservación de las partes comunes

Los gastos que se realicen con la finalidad de administrar, conservar, reparar o mejorar las partes comunes del edificio quedan incluidos en el rubro expensas comunes, independientemente de quién efectúe las erogaciones, el trámite que requieran para su aprobación y la posibilidad de impugnación que merezcan.

El citado art. 2046 fija la obligación a cargo de todos los titulares del derecho de propiedad horizontal de pagar, en proporción de su parte indivisa, las expensas de administración y reparación de las partes y bienes comunes del edificio, sean estas ordinarias o extraordinarias. El reglamento de propiedad deberá fijar la proporción en el pago de las expensas comunes.

• **Expensas comunes**

El art. 2048 dispone que cada propietario "debe pagar las expensas comunes ordinarias de administración y reparación o sustitución de las cosas y partes comunes o bienes del consorcio, necesarias para mantener en buen estado las condiciones de seguridad, comodidad y decoro del inmueble y las resultantes de las obligaciones impuestas al administrador por la ley, por el reglamento o por la asamblea. Igualmente son expensas comunes ordinarias las requeridas por las instalaciones necesarias para el acceso o circulación de personas con discapacidad, fijas o móviles, y para las vías de evacuación alternativas para casos de siniestros.

Cuando ese derecho real es transmitido, el nuevo adquirente también adhiere al reglamento de copropiedad y, en lo personal, se obliga a pagar las expensas que se devenguen en el futuro. En caso de existir deudas por tal concepto correspondientes a períodos anteriores a esa adquisición, no puede liberarse de su pago, Art. 2049 "Los propietarios no pueden liberarse del pago de ninguna expensa o contribución a su cargo aun con respecto a las devengadas antes de adquisición...".

Gastos realizados por un propietario

El art. 2054 dispone: "Cualquier propietario, en ausencia del administrador y de los integrantes del consejo de propietarios puede realizar reparaciones urgentes en las cosas y partes comunes, con carácter de gestor de negocios. Si el gasto resulta injustificado, el consorcio puede negar el reintegro total o parcial y exigir, si corresponde, la restitución de los bienes a su estado anterior, a costa del propietario".

**• Expensas extraordinarias**

El tercer párrafo del art. 2048 se refiere a la realización de gastos provenientes de trabajos que no son indispensables para el mantenimiento del conjunto, pero que tienden a su mejoramiento y serán o no llevados a cabo según la decisión que al respecto hubiera tomado la asamblea llevada a cabo en legal forma. Por tratarse de gastos extraordinarios, que no devienen del normal desenvolvimiento de la vida consorcial, dichas erogaciones sólo pueden efectuarse por la voluntad de los propietarios expresada en asamblea.

Resulta entonces que en tanto las expensas ordinarias son periódicas, responden a erogaciones corrientes y son efectuadas por el administrador, las extraordinarias (como su nombre lo indica) se devengan cuando ocurre algún suceso inesperado que requiere ser solucionado mediante el pago de cantidades de dinero no previstas, y si bien son ejecutadas por el administrador, éste debe contar con la aprobación previa de la asamblea.

Sujetos obligados al pago

El **art. 2050** del CCyCN dispone: "Además del propietario, y sin implicar liberación de éste, están obligados al pago de los gastos y contribuciones de la propiedad horizontal los que sean poseedores por cualquier título".

Poseedor por boleto, ocupante, sucesor que no inicio la sucesión, pueden ser ejecutados.

El derecho de abandono: El art. 2049 "Los propietarios no pueden liberarse del pago de ninguna expensa contribución a su cargo... ni por abandono de su unidad funcional"(48). La ley introduce una regla singular opuesta al principio según el cual el crédito y la deudapropter rem se extinguen mediante el abandono de la cosa.

Retardo en el pago. Intereses

El retardo en el pago de las expensas comunes genera intereses moratorios que comienzan a correr desde el vencimiento de la obligación, si así se hubiera estipulado en el reglamento de propiedad horizontal, o desde la puesta en mora del deudor por alguno de los medios idóneos para hacerlo.

Prescripción: Las cuotas de expensas comunes prescriben a los dos años de su exigibilidad, por aplicación del art. 2562.

**UNIDAD XIII: OTRAS FIGURAS DE PROPIEDAD INMOBILIARIA**

**XIII.1) Tiempo compartido. Terminología. Concepto. Naturaleza jurídica. Tesis del derecho personal y del derecho real. Requisitos. Inscripción. Deberes del emprendedor, del usuario y del administrador. Cobro efectivo. Relación de consumo. Regulación según las leyes Nº 26.356 y Nº 26.994.**

LA NOCIÓN DE TIEMPO COMPARTIDO Y SUS CARACTERES

Esta figura se puede concebir como el derecho que atribuye a una persona la facultad de usar y gozar con exclusividad de determinados bienes aplicándolos a fines o destinos preestablecidos, de manera sucesiva y alternadamente, por períodos o plazos también fijados, de duración perpetua o temporal y transmisible por actos entre vivos o por causa de muerte*.*

El **art. 2087** CCyCN lo define así: *"se considera que existe tiempo compartido si uno o más bienes están afectados a su uso periódico y por turnos, para alojamiento, hospedaje, comercio, turismo, industria u otros fines y para brindar las prestaciones compatibles con su destino".*

He aquí sus aspectos relevantes:

a) Se trata de un derecho que el CCyCN tipifica como real.

b) Tal prerrogativa, concedida a una o más personas en particular, tiene una finalidad específica, cual es la de transmitirle la posibilidad de usar y gozar de determinados bienes, conforme a su destino. La cobertura y el sustento jurídicos de esa facultad pueden ser tanto real como personal, según lo indicado en el inciso anterior.

c) Respecto de la identidad del objeto de esta prerrogativa, corresponde hacer algunas precisiones. Puede aplicarse sobre cosas o bienes por igual.

Por ende, además de los inmuebles, puede proyectarse a yates y embarcaciones deportivas, aeronaves, automotores, equipos y sistemas informáticos, diseños industriales, marcas y patentes, material médico (aparatos, prótesis) e infraestructuras de diversa índole.

d) Respecto de las calidades de los derechos de uso y goce concedidos se ejercerán de manera exclusiva sobre el bien afectado al sistema. Ello supone que su titular no está obligado a compartirlo con otros.

Sin embargo, a renglón seguido, se previene que esa exclusividad está acotada, a un período de tiempo determinado, que se ajusta al número de semanas que comprende cada año calendario. Así: el uso y goce exclusivo de los bienes se circunscribe a una o más semanas, que se erigen en el parámetro o unidad para medir el derecho en juego.

Se trata de un derecho que fija turnos para su ejercicio efectivo (y exclusivo) por parte de sus posibles titulares. Las semanas (días, meses o años) adquiridas pueden ser "fijas" o "flotantes".

Las semanas son fijas, si están expresamente determinadas en el contrato de adquisición (por ejemplo: la primera semana del mes de enero de cada año), o flotantes, cuando no existe esa precisión inicial, en el sentido de que se las identifica por el plazo de tiempo (una o más semanas o días), pero sí en ciertas estaciones del año, sin otras precisiones (por ejemplo, dos semanas durante la época estival) o bien, sin ninguna especificación.

e) Respecto de la duración del derecho concedido, puede ser perpetua o temporaria, pero en ambos casos, respetando las unidades de medida (las semanas o días del año) que fijan la forma como éste se ejercerá en la práctica.

En este sentido, corresponde distinguir según la índole del derecho que se le confiera al inversor.

Si se trata de un derecho real, puede ser perpetuo o temporario.

Si es un derecho personal, comúnmente derivado de la participación del adquirente como accionista, en la sociedad anónima propietaria del bien sometido al régimen, la duración será equivalente a la del último sujeto de derecho mentado (generalmente, noventa y nueve años computados desde la fecha de su inscripción en el registro correspondiente).

f) Finalmente, como es un derecho que se incorpora al patrimonio de su titular, puede ser transmitido por actos inter vivos o mortis causa.

Los distintos sujetos que pueden interactuar en dicho régimen:

a) El usuario, que es quien adquiere el derecho de uso periódico en el sistema, sea por sí mismo o por terceros, o quien accede momentáneamente al sistema ostentando un derecho personal.

b) El propietario, que es el titular de los objetos afectados al sistema de tiempo compartido

c) El emprendedor, que es el desarrollista o inversor, que acomete la instalación del sistema de tiempocompartido sobre uno o más objetos determinados, lo financia y eventualmente también lo comercializa.

Si no coincide con el propietario, lo asesorará en las distintas etapas que insume el desarrollo y gestión del proyecto.

d) El comercializador, que existirá cuando el emprendedor delegue la promoción, publicidad y colocación en el mercado de los períodos de tiempo compartido en otras personas.

Se colige que en la práctica es posible que propietario, emprendedor y comercializador confluyan en un mismo y único sujeto de derecho.

e) El administrador es la persona que tiene a su cargo la gestión y coordinación del mantenimiento y uso de los bienes que integran el tiempo compartido.

Éste también podrá coincidir con el emprendedor y el propietario.

EL PROCEDIMIENTO A SEGUIR PARA AFECTAR UNO O MÁS BIENES AL SISTEMA DE TIEMPO COMPARTIDO

Los arts. 2089 a 2093 CCyCN consagran todos los recaudos a observar para someter distintos bienes, sean o no cosas, al régimen del tiempo compartido (es decir, su uso y goce por períodos de tiempo preestablecidos y de manera alternada), con expresa mención de los efectos que dicho resultado produce.

**1. El acto de afectación al esquema del tiempo compartido**

El punto de partida del régimen lo constituye el sometimiento de uno o más bienes al sistema, a través del otorgamiento del acto de afectación.

Se trata de un acto de disposición jurídica, y solamente está legitimado para celebrarlo el propietario de los objetos en juego.

Si son cosas, están por ende facultados los titulares de derechos reales sobre cosa propia (dominio, condominio, propiedad horizontal y superficie, respecto de la propiedad superficiaria).

Si se trata de inmuebles, corresponderá su formalización por escritura pública.

Si son muebles registrables, bastará con la celebración del acto bajo la forma de instrumento privado con firmas autenticadas.

Lo propio sucederá con las cosas muebles no registrables y los bienes que no son cosas.

Tratándose de bienes raíces, el notario interviniente deberá cumplir con los actos previos usuales cuando se celebran negocios jurídicos reales inmobiliarios.

Otro tanto ocurre respecto de las cosas muebles registrables (buques, aeronaves o automotores).

Por ende, corresponderá la solicitud de los certificados registrales de rigor, de dominio (con reserva de prioridad) y de anotaciones personales.

En cuanto al certificado de anotaciones personales, la exigencia debe cumplirse no sólo respecto de los comparecientes al acto de afectación (el propietario y el emprendedor, en el supuesto de que se trate de sujetos distintos), sino igualmente sobre las personas del comercializador y administrador, en su caso.

La existencia de despachos desfavorables en este último sentido, también impedirá la concreción del acto.

El funcionario autorizante también deberá recabar los certificados de catastro y municipales para verificar el valor fiscal del inmueble a afectar, y la inexistencia de deudas por impuestos y tasas comunales.

El Código no indica el contenido del acto de afectación, remitiendo a esos efectos, a lo dispuesto en la legislación específica.

**2. Los efectos de la toma de razón del acto de afectación en los registros pertinentes**

Una vez otorgado el acto de afectación por el legitimado activo y bajo la forma que legalmente corresponda, el paso siguiente será la rogación de su toma de razón en el Registro que corresponda por la naturaleza del objeto así gravado, como así también en el Registro de Prestadores y Establecimientos afectados a Sistemas de Tiempo Compartido que disponga la legislación especial (para los STTC es el Registro de Prestadores y Establecimientos Vacacionales afectados a Sistemas Turísticos de Tiempo Compartido, dependiente del Ministerio de Turismo).

Así, tratándose de bienes raíces dicho acto deberá se inscripto en el Registro Inmobiliario, en los plazos y con las formalidades que contemplen las disposiciones pertinentes

Si son muebles registrables, corresponderá hacer lo propio en el Registro Nacional de Buques, de Aeronaves o de la Propiedad del Automotor, cumpliendo siempre con los plazos especiales que cada normativa disponga a esos efectos.

La anotación en el otro Registro es común a todos los actos de afectación con independencia de la naturaleza del objeto sobre el cual recaiga.

En consecuencia, para las cosas muebles no registrables y los bienes que tampoco revistan esa calidad, la obligación de inscribir solamente habrá de cumplirse respecto del mentado Registro de Prestadores, una vez que se ponga en funcionamiento.

Ahora bien, la inscripción del acto en cuestión en la matrícula, ficha, legajo o folio de los objetos involucrados tiene un claro efecto constitutivo, como es el de generar respecto de aquéllos el "estado jurídico de tiempo compartido", que será el punto de partida para la posterior comercialización de los períodos de uso y disfrute sobre los distintos sectores en que se subdivida.

La sanción del reglamento de uso y administración de los bienes afectados al tiempo compartido

Puede revestir la forma de instrumento público o privado (en este último caso, con las firmas autenticadas) y que indicará los derechos y deberes a los que sujetarán los usuarios y toda otra persona que se incorpore al sistema, como también los que asume el emprendedor, el régimen de su administración y las atribuciones y facultades de quien la ejerza, los destinos de los sectores de uso privativo y los afectados a instalaciones de servicios y áreas comunes (si se trata de inmuebles), y todo otro aspecto de interés que haga al normal desarrollo del emprendimiento.

Su sanción queda a cargo del emprendedor.

Cada vez que se transfiera una unidad de tiempo del sistema, junto con el contrato de adquisición se entregará al usuario una copia de dicho reglamento, a cuyo acatamiento se obligará de manera expresa en ese acto.

**LOS DEBERES DEL EMPRENDEDOR**

Respecto del emprendedor, el art. 2094 CCyCN indica algunos de sus deberes esenciales, como son:

a) Establecer el régimen de utilización y administración de las cosas y servicios que forman parte del tiempo compartido y controlar el cumplimiento de las obligaciones a cargo del administrador.

b) La habilitación de un registro de transacciones supervisado por la autoridad de contralor, en el cual se anotarán los datos de los distintos adherentes al sistema y los derechos adquiridos, como así también los posteriores cambios de titularidad.

c) Garantizar a los usuarios el uso y disfrute de las instalaciones en los plazos y condiciones prometidos en los contratos.

d) Abonar las cuotas por gastos del sistema de las unidades que no sean comercializadas pero que por cualquier título sean cedidas en su uso y disfrute, de manera temporaria, a terceros y en suma, afrontar cualquier otro gasto derivado del funcionamiento del complejo y su administración.

Sus derechos surgirán del contrato por el cual se transmitan las unidades del tiempo compartido, siendo el más importante el de percibir el precio convenido por la adquisición de los períodos de uso y disfrute.

**LOS DEBERES DE LOS USUARIOS EN EL SISTEMA DE TIEMPO COMPARTIDO**

De manera no taxativa se fijan en el art. 2095 CCyCN cuatro deberes básicos en cabeza de los usuarios, a saber:

a) Ejercitar su derecho conforme a la naturaleza y destino de los objetos afectados, sin alterarlos ni sustituirlos, ni impedir a otros usuarios disfrutar de los turnos que les correspondan.

b) Responder por los daños a la unidad, al establecimiento o a sus áreas comunes, ocasionados por él, sus acompañantes o las personas a las que hubiera autorizado el ingreso, en la medida que tales daños no fueran ocasionados por el uso normal y regular de las cosas o por el mero transcurso del tiempo.

c) Comunicar a la administración toda cesión temporal o definitiva de sus derechos, conforme a los procedimientos fijados en el reglamento de uso interno del complejo.

En todos estos casos, se impone la notificación al administrador, de manera que se sepa a ciencia cierta quién ocupa efectivamente las instalaciones o se sirve de los objetos afectados al sistema en un momento determinado.

d) Finalmente, abonar en tiempo y forma las cuotas por las expensas y gastos que irrogue el funcionamiento del sistema y el fondo de reserva, como así también cualquier otra contribución que le sea imputable.

El art. 2098 CCyCN consagra a estos efectos que el certificado de deuda por dichos conceptos es un documento que habilita la vía ejecutiva para perseguir su cobro.

En efecto, se reconoce el carácter de título ejecutivo al certificado de deuda por gastos del sistema de tiempo compartido, en el entendimiento de que esos ingresos son vitales para su funcionamiento y desarrollo.

 **LA ADMINISTRACIÓN DEL TIEMPO COMPARTIDO**

Un aspecto esencial del régimen propuesto es el vinculado con la administración del sistema que estará a cargo de una persona física o jurídica que designe el emprendedor y que podrá coincidir con alguno de los sujetos antes considerados (el mismo emprendedor o el propietario).

El primer administrador del complejo será nominado por el emprendedor (pudiendo igualmente identificarse con él), quien podrá reservarse también la facultad de designar a quienes lo sucedan en ese cargo.

Los usuarios sólo podrán participar en las posteriores elecciones y remociones de aquél, en la medida en que en los contratos por los cuales adhirieron al esquema se les haya reconocido esa facultad, y que el régimen jurídico interno del complejo lo permita.

Se fija la responsabilidad solidaria de ambos (el emprendedor y el administrador), frente a los usuarios, por la debida gestión y coordinación en el mantenimiento, funcionamiento y uso de los bienes afectados al sistema.

Las facultades y los deberes del administrador son los siguientes: conservar el establecimiento y sus unidades en condiciones adecuadas para el ejercicio de los derechos de los usuarios en los tiempos y condiciones debidos; verificar las infracciones al reglamento de uso y aplicar las sanciones que correspondan; instar los recursos y acciones administrativos y judiciales pertinentes contra los usuarios e invitados que infrinjan las disposiciones y reglas dispuestas en los reglamentos vigentes en el sistema, llevar los libros de contabilidad que correspondan en el caso, confeccionar y ejecutar el presupuesto de recursos y gastos, dentro del término fijado en el reglamento de uso y administración; realizar la cobranza a los usuarios de las cuotas y gastos del sistema, fondos de reserva y demás cargos que se liquiden; abonar con los importes recaudados los gastos que se deriven del funcionamiento del complejo; rendir cuentas al emprendedor y los usuarios, si corresponde, respecto de las liquidaciones de ingresos y gastos certificadas por contador público; entregar la documentación y los libros de la administración en debida forma, cuando cese en sus funciones.

En circunstancias comunes, los gastos de administración y mantenimiento deberán ser soportados por los usuarios en las proporciones que se hayan fijado en los respectivos contratos de adquisición de derechos sobre el tiempo compartido.

Igualmente, el emprendedor deberá afrontar la parte proporcional de éstos por los períodos de disfrute que no hayan sido comercializados, y en cambio, se hayan cedido para su uso temporario a favor de terceros.

Finalmente, se consagra un deber genérico en abstracto para el administrador, que es el de comportarse como lo haría alguien probo e idóneo, según los usos y prácticas del sector.

LAS CAUSALES DE EXTINCIÓN DEL SISTEMA DE TIEMPO COMPARTIDO

El **art. 2099** CCyCN considera tres causales por las cuales concluye el régimen jurídico del tiempo compartido, a saber:

a) El vencimiento del plazo previsto en la escritura de afectación al régimen.

b) Cuando no se hubieran producido enajenaciones o se hubiera rescindido la totalidad de los contratos celebrados con los usuarios del sistema.

c) Cuando se verifiquen los casos de destrucción o vetustez.

**XIII.2) Clubes de campo. Características. Naturaleza jurídica: distintas tesis. Cosas y partes pertenecientes. Facultades y obligaciones del propietario. Ley Nº26.994**

**ARTICULO 2073.-** Concepto. Son conjuntos inmobiliarios los clubes de campo, barrios cerrados o privados, parques industriales, empresariales o náuticos, o cualquier otro emprendimiento urbanístico independientemente del destino de vivienda permanente o temporaria, laboral, comercial o empresarial que tenga, comprendidos asimismo aquellos que contemplan usos mixtos, con arreglo a lo dispuesto en las normas administrativas locales.

Los clubes de campo constituyen conjuntos inmobiliarios en particular.

El art. 64 del dec.-ley 8912/1977 los define de manera descriptiva como las áreas territoriales de extensión limitada que no conforman núcleos urbanos y reúnen las siguientes características básicas, a saber:

a) Están localizados en áreas no urbanas.

b) Una parte de ellos se encuentra equipada para la práctica de actividades deportivas, sociales o culturales en pleno contacto con la naturaleza.

c) Las partes restantes se encuentran acondicionadas para la construcción de viviendas de uso transitorio.

d) Las áreas comunes de esparcimiento y las áreas de viviendas deben guardar una mutua e indisoluble relación funcional y jurídica, que las convierte en un todo inescindible. Esto así, de manera que el uso recreativo de las áreas comunes de esparcimiento no pueda ser modificado (aunque puedan reemplazarse unas actividades por otras) y que las mismas tampoco puedan subdividirse ni enajenarse de forma independiente de las unidades que constituyan las áreas de viviendas.

Características: Son elementos característicos de estas urbanizaciones, los siguientes:

* cerramiento, partes comunes y privativas,
* estado de indivisión forzosa y perpetua de las partes, lugares y bienes comunes,
* reglamento por el que se establecen órganos de funcionamiento, limitaciones y restricciones a los derechos particulares y régimen disciplinario,
* obligación de contribuir con los gastos y cargas comunes y entidad con personería jurídica que agrupe a los propietarios de las unidades privativas.
* Las diversas partes, cosas y sectores comunes y privativos, así como las facultades que sobre ellas se tienen, son interdependientes y conforman un todo no escindible.

 Clases

a) **Los clubes de campo propiamente dichos**, que nacen por decisión de personas físicas o jurídicas, caso en que las instalaciones deportivas y comunes son usadas solamente por los propietarios de los lotes que integran el complejo. La titularidad sobre una parcela, aunque en los hechos no esté efectivamente construida, permite el acceso a las áreas de disfrute y esparcimiento indicadas.

b**) Los clubes de campo fundados por una institución deportiva o educativa de existencia previa al complejo**. En esta segunda variante, la condición para acceder al uso y goce de las áreas de recreación y esparcimiento será la pertenencia a la entidad fundadora, con independencia de si los asociados detentan, además, la propiedad de uno o más lotes del conjunto (y de si en ellos están construidas sus viviendas de uso transitorio o definitivo).

c) **Los clubes de campo "náuticos" o "marinas"** (también designados con las expresiones inglesas "*boating clubs*"), donde se agrega como incentivo adicional, la utilización de un espejo de agua, que podrá ser natural o artificialmente creado por los promotores del emprendimiento inmobiliario, y que permite a sus integrantes el desarrollo de actividades relacionadas con la navegación deportiva, destinándose un sector del complejo para el amarre de embarcaciones y con la posibilidad de instalar en los sectores privativos muelles o terrazas a tales efectos.

Esta figura puede revestir las dos variantes antes consideradas, a saber:

c') Para acceder al uso y goce de las áreas comunes, se exige detentar la propiedad de una o más parcelas que integren el conjunto inmobiliario.

c'') Para acceder a las áreas de recreación y esparcimiento se debe revestir la condición de asociado a la entidad que haya fundado el complejo.

Todos los conjuntos inmobiliarios deben someterse a la normativa del derecho real de propiedad horizontal establecida en el Título V de este Libro, con las modificaciones que establece el presente Título, a los fines de conformar un derecho real de propiedad horizontal especial.

Los conjuntos inmobiliarios preexistentes que se hubiesen establecido como derechos personales o donde coexistan derechos reales y derechos personales se deben adecuar a las previsiones normativas que regulan este derecho real.

PARTES

* Cosas y partes necesariamente comunes. Son necesariamente comunes o de uso común las partes y lugares:
	+ del terreno destinadas a vías de circulación, acceso y comunicación,
	+ áreas específicas destinadas al desarrollo de actividades deportivas,
	+ recreativas y sociales, instalaciones y servicios comunes, y
	+ todo otro bien afectado al uso comunitario, calificado como tal por el respectivo reglamento de propiedad horizontal que regula el emprendimiento.
	+ Las cosas y partes cuyo carácter de comunes o propias no esté determinado se consideran comunes.
* Cosas y partes privativas.

La unidad funcional que constituye parte privativa puede hallarse construida o en proceso de construcción, y debe reunir los requisitos de independencia funcional según su destino y salida a la vía pública por vía directa o indirecta.

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

La ley 26994 incorpora al tiempo compartido como un derecho real.

**XIII.3) Régimen jurídico de los cementerios: públicos y privados. Artículos 2103 a 2112 del Código civil. Inembargabilidad. Relación de consumo. Derechos y obligaciones del titular del derecho de sepultura.**

LOS CEMENTERIOS

Los cementerios son los terrenos destinados a la inhumación de cadáveres.

**A) LOS CEMENTERIOS PÚBLICOS**

Se trata de bienes de dominio público de los municipios. No sólo queda a cargo del Estado local la titularidad del predio donde se instala la necrópolis, sino también (y como en circunstancias comunes) el poder de policía mortuoria y, con ello, el control sobre la inhumación de cadáveres.

El municipio, a través de sendos actos administrativos, concede el uso de distintos sectores del cementerio a los particulares, para la sepultura de sus deudos, con el permiso para la construcción de bóvedas o nichos, en su caso (derecho a sobre elevar).

Se generan así, a favor de los particulares, derechos reales administrativos, que se rigen por el derecho público y exceden por tanto, el esquema que presenta el CCyCN.

La relación real que el particular entabla con el sector concedido es de tenencia, que será absoluta y contará con las defensas posesorias y petitorias pertinentes, para el caso de que se lo afecte en el ejercicio de su prerrogativa.

Como derecho real, será oponible erga omnes, pero no estará sujeto a publicidad registral.

Respecto de la identidad del derecho real administrativo que se le concede al beneficiario, adhiere Wendy a la tesis que sostiene que se trata de un derecho real de superficie. Ello así, en razón de permitir a su titular utilizar para estos fines, por igual, el subsuelo (sepultura) o el espacio aéreo (bóveda, nichera).

Ahora bien, la calificación de los bienes como de dominio público del Estado implica que a su respecto se afirme que se trata de cosas que están fueran del comercio, y, por ende, que resultan inenajenables, inembargables e imprescriptibles.

En una palabra, de acuerdo a lo que antecede resultaría imposible entablar relaciones jurídicas de derecho privado sobre los sepulcros de un cementerio público.

Por ende, los sepulcros integran el patrimonio de sus titulares, por lo que:

a) Pueden ser transmitidos, por actos inter vivos y mortis causa, en tanto la concesión sea a perpetuidad o no se encuentre vencida al momento de verificarse la sucesión en los derechos de su titular.

b) Los sepulcros son inembargables, salvo que el crédito que da origen a la cautela corresponda a su precio de venta, construcción o suministro de materiales, casos en que sí resultará procedente la traba solicitada

c) Pese a tratarse de bienes de dominio público se ha admitido su adquisición por prescripción adquisitiva.

d) En torno a la partición de los sepulcros, en el caso de que a consecuencia de uno o más procesos sucesorios confluyan sobre él distintos cotitulares, se ha sostenido que ello es posible en la medida en que haya conformidad de todos los causahabientes; que se encuentre vacío (habiéndose en el caso verificado su desocupación en forma regular) y que resulte viable la división material de aquél sin afectar su valor y estructura arquitectónicos.

**B) LOS CEMENTERIOS PRIVADOS**

Se trata de aquellas necrópolis cuya estructuración, desarrollo y funcionamiento queda en manos de los promotores particulares, con sujeción a las directivas y controles que imponga en el caso concreto, el ente comunal, que no resigna por ello, el poder de policía mortuorio.

El terreno donde se erigen estas necrópolis, a diferencia del caso anterior, pertenece al dominio privado de quien encare el emprendimiento con fines lucrativos.

Esta última es la noción que plantea el art. 2103 del CCyCN.

**ARTICULO 2103**.- Concepto. *Se consideran cementerios privados a los inmuebles de propiedad privada afectados a la inhumación de restos humanos.*

1. El régimen de los cementerios privados

A continuación, describimos los distintos pasos o etapas que deben cumplirse para poder comercializar estos conjuntos inmobiliarios.

**1.1. La afectación del inmueble a la finalidad de cementerio privado**

De los arts. 2104 y 2105 CCyCN se derivan tres aspectos de interés, a saber: quiénes son los legitimados activos para sujetar el inmueble al destino de necrópolis; de qué manera se cumple con dicho objetivo y qué incidencia tiene en ese proceso la habilitación de la autoridad comunal.

1.1.1. Los legitimados activos

Si bien el art. 2104 CCyCN solamente se refiere al titular del derecho real de dominio, va de suyo que están facultados para cumplir también con este cometido, los condóminos de uno o más predios, en tanto y en cuanto exista acuerdo en someter la cosa común a la finalidad de cementerio privado.

1.1.2. La afectación del inmueble al destino indicado

Se dispone que el dueño (o los condóminos), debe(n) otorgar una escritura pública en la cual se exprese la decisión de afectarlo al destino de cementerio privado y también sancionar un reglamento de administración y uso.

Ambos actos tienen vocación registral, por lo que pese a que la forma notarial solamente se prescriba para el primero, nada obsta a que la escritura de afectación comprenda también al reglamento.

En caso de documentarse por separado, el susodicho reglamento deberá revestir por lo menos la forma de instrumento privado con firmas autenticadas

i) Para la confección de la escritura de afectación, el notario interviniente deberá cumplir con los actos previos usuales cuando se celebran negocios jurídicos reales inmobiliarios, dado que se está en presencia de un acto de disposición jurídica. Por tanto, corresponderá la solicitud de los certificados registrales de rigor, de dominio y de anotaciones personales por el propietario.

La existencia de gravámenes o restricciones respecto del inmueble, impedirán la concreción de la afectación de marras, sucediendo lo propio si el propietario registra inhibiciones u otras anotaciones personales. El funcionario autorizante también deberá recabar los certificados de catastro y municipales para verificar el valor fiscal del inmueble a afectar, y la inexistencia de deudas por impuestos y tasas comunales.

Amén de todo esto, y aunque la ley no lo disponga de manera expresa, el notario deberá tener a la vista el plano por el cual se subdivida el complejo en parcelas y se discriminen los sectores y áreas de uso común.

La norma impone al acto de afectación la forma de escritura pública, pero no indica como consecuencia de su inobservancia la nulidad de aquél. De aquí que se esté frente a un acto formal solemne pero relativo, de manera que su confección por instrumento privado provocará las consecuencias previstas por el art. 285 (v.gr., conversión del acto de afectación en otro por el cual, el propietario queda conminado a elevarlo a escritura pública).

En cuanto a su contenido y aunque el art. 2104 no se expide de modo expreso, va de suyo que en el documento lucirá, en primer término, la descripción del inmueble general, de acuerdo a título y/o plano, como así también la manifestación del interesado de someterlo al destino específico de enterratorio privado.

La toma de razón del acto de afectación en el Registro de la Propiedad Inmueble no provoca ipso facto, la erección del cementerio privado y, con ello, la subdivisión interna del predio, la imposibilidad para el propietario de alterar el destino fijado, de constituir derechos reales de garantía (hipoteca, anticresis) o comercializarlo bajo el régimen distinto al previsto por el capítulo en estudio, sino que todos esos efectos se derivan, en sentido estricto, a partir de la obtención de la habilitación municipalidad pertinente.

Todo esto implica que la mentada conformidad de la comuna se verificará de modo previo o simultáneo con el acto de afectación, so riesgo de fracasar el emprendimiento si aquélla no se obtiene en tiempo y forma.

ii) El reglamento de administración y uso, por su parte, versará sobre la descripción física del inmueble, indicando sus partes privativas o parcelas, y las de uso común; las disposiciones que establezcan la manera como los titulares de las parcelas en que se divida el predio podrán ejercer las facultades inherentes al derecho real de sepultura; las contribuciones o cánones que los propietarios de las parcelas deban abonar de manera anual (generalmente fraccionados en dos cuotas), o bien a perpetuidad, para el mantenimiento y desarrollo del complejo, las pautas para la construcción de sepulcros o bóvedas (si están admitidas en el complejo), el procedimiento a seguir respecto de los restos mortales frente al caso de sepulturas abandonadas, o cuando sus propietarios no paguen las tasas y cánones fijados en tiempo y forma; el régimen de las inhumaciones, exhumaciones; cremaciones; reducciones y traslados de restos humanos desde o hacia el cementerio; la creación y el funcionamiento de los órganos de administración del complejo, entre otros aspectos de interés . La eficacia de todas estas disposiciones también queda sujeta, como el acto de afectación, a la aprobación municipal del proyecto.

1.1.3. La habilitación municipal del cementerio

En cada comuna existen ordenanzas que establecen los recaudos que deberán cumplirse para obtener el permiso para la instalación de un enterratorio privado, que debe ajustarse a los caracteres de los cementerios parques o cementerios jardines.

Esta modalidad determina que, en principio, no se admitan en estos camposantos, bóvedas, nichos u otras construcciones.

Cada parcela ocupada deberá contar con una placa de forma y color uniformes, ubicada al ras del suelo, donde se indiquen los nombres de los difuntos que allí reposan y, eventualmente, las fechas de sus nacimientos o decesos y los signos que denoten sus creencias religiosas.

El entorno general debe ser habitualmente el de un jardín, con abundante vegetación, que puede estar sectorizada por motivos o recursos naturales o artificiales

El diagrama del cementerio (estableciendo los sectores de uso privativo y los de uso común) deberá ser presentado, como proyecto, con planos adjuntos, por el interesado, ajustándose para ello, a los recaudos generales que cada municipio fije para esta clase de emprendimientos. Una vez verificada la observancia de las exigencias que anteceden, el municipio, a través de su Concejo Deliberante, dictará la ordenanza que permita la instalación del cementerio.

Esto así, sin perjuicio de que la Comuna se reserva el poder de policía mortuorio, fiscalizando e interviniendo, por tanto, en todo lo relativo a inhumaciones, exhumaciones, reducciones o traslados de cadáveres, restos o cenizas, fijando igualmente las normas sobre higiene, salubridad y moralidad a cumplir.

Igualmente, es privativo del municipio autorizar las tarifas que se pretendan cobrar por los servicios que se presten en los cementerios.

Respecto de la oportunidad de comercializar las parcelas en que se divida el predio, resulta evidente entonces que no corresponderá hacerlo hasta tanto no se haya dictado la ordenanza municipal que apruebe la radicación del cementerio en el radio de la comuna.

**1.2. La administración del cementerio privado**

Estos complejos serán gestionados y dirigidos por un administrador cuya designación constará en el reglamento de uso y administración (generalmente es una persona jurídica, que escoge el esquema organizativo de las sociedades anónimas), cuya actuación puede durar todo el tiempo que exista aquél, o bien por períodos temporarios, aunque con la posibilidad de renovar su mandato.

En las necrópolis privadas la elección del primer administrador es privativa de propietario del predio, quien puede asumir también esa función.

El reglamento puede consagrar que quienes lo sucedan sean designados en asambleas de propietarios que estén al día en el pago de las cuotas y cánones de mantenimiento y conservación del predio.

Sin embargo, en la práctica ello no sucede con frecuencia, pues los adquirentes de las sepulturas no tienen interés en la gestión del emprendimiento, sino en que se les brinden los servicios prometidos, contra el pago del precio de compra y los cánones y contribuciones que se le exigen anualmente.

Así, el administrador tiene a su cargo lo referente a la conservación y mantenimiento de las instalaciones de uso común, el parquizado del predio de acuerdo a las estaciones del año, la reposición y renovación del césped, plantas, árboles y arbustos, la colocación de placas o monolitos en las sepulturas que se encuentren ocupadas, su refacción, aseo y mantenimiento; el cobro de las expensas y cánones anuales, la prestación de los servicios de vigilancia y control de ingreso y egreso de personas dentro y fuera de los horarios de visita, la ejecución de las actividades inherentes al servicio público mortuorio (v.gr., la inhumación, traslado, reducción o cremación de los restos mortales de los deudos de los propietarios de las parcelas), en los horarios y días que se fijen en el reglamento, y la percepción de las tasas que a estos efectos disponga la comuna.

En consonancia con esta última función, el art. 2106 CCyCN dispone que el regente del cementerio debe llevar un registro de inhumaciones, con los datos que permitan identificar a las personas sepultadas (manda común a los cementerios públicos, gestionados por las comunas locales). Dicho registro hace al correcto desempeño de la potestad de policía mortuoria que al habilitarse el complejo se ha delegado en quien lo administra y gestiona, pero que siempre será supervisado y controlado en última instancia, por la autoridad comunal, pues ello hace al bienestar, la salud pública y la higiene de la población toda y al respeto a la memoria de los difuntos.

Asimismo, deberá llevarse un registro interno que indique a nombre de quién se encuentran las parcelas afectadas al derecho real de sepultura, su estado de ocupación (se suelen fijar en los reglamentos capacidades máximas según si la inhumación se verifica en ataúdes o féretros, urnas o ceniceros) e igualmente los cambios en su titularidad (lo que denota que el derecho real de sepultura se puede transferir por actos inter vivos o bien, mortis causa).

**El derecho real de sepultura**

Se incorpora al régimen jurídico un nuevo derecho real, el de sepultura sobre las parcelas en que se subdivide la necrópolis desarrollada y gestionada por iniciativa de los particulares.

La sepultura es un derecho real inmobiliario sobre cosa parcialmente propia (la parcela, pero no el resto del complejo y sus instalaciones comunes); es principal, y no accesorio, pues no depende de otra prerrogativa para existir como tal; es registrable, atento a lo dispuesto por los arts. 1890 y 2106 y se ejerce por la posesión.

En cuanto a la adquisición del derecho real de sepultura, se puede verificar por actos inter vivos y a título singular con título y modo (v.gr., compraventa y tradición) más su toma de razón en los Registros correspondientes (el de la Propiedad Inmueble y el interno que a estos fines debe llevar el administrador del complejo) para su oponibilidad a terceros; también por sucesión (testamentaria o intestada) en los derechos del causante y propietario inicial.

Teóricamente es posible la adquisición del derecho real de sepultura por usucapión, atento a su condición de potestad real que se ejerce por la posesión.

**Las prerrogativas que el derecho real de sepultura confiere a su titular**

Las facultades inherentes a esta potestad están sensiblemente acotadas a la índole o naturaleza de su objeto. En efecto, dado el destino del predio general, las parcelas que se transfieran en propiedad a los sucesivos adquirentes sólo pueden ser utilizadas para la inhumación de cadáveres, su reducción o traslado y eventual exhumación.

En torno a esta potestad esencial y básica, giran las otras prerrogativas a que alude el art. 2017 CCyCN, como son:

* la de acceder al predio por las vías de ingreso, en los horarios de visita y/o de inhumación de difuntos;
* utilizar las instalaciones comunes diagramadas a esos fines en el plano general del inmueble (oratorios, capillas, estacionamientos, áreas de descanso y servicios sanitarios);
* rendir honras y culto a los fallecidos que allí reposen, ajustándose a las directivas que se establezcan en el reglamento;
* construir sepulcros u otros monumentos funerarios en las parcelas, si están autorizados y con las dimensiones y ornamentos que se hayan fijado al momento de crearse el cementerio.

En cuanto al derecho a inhumar restos mortales por el propietario de la parcela, no puede ser retaceado so pretexto de eventuales "cláusulas de admisión" consagradas en los respectivos reglamentos que si implican actitudes discriminatorias son claramente inconstitucionales.

En cambio, es lícito regular fijando el límite máximo de ocupación de cada parcela, según la modalidad escogida para realizar la inhumación, en atención a la normativa comunal o provincial vigente en la demarcación.

El propietario de la parcela, a su vez, puede optar también por reducir los restos de sus deudos a fin de recuperar espacio útil en las sepulturas, aunque no puede ser conminado a hacerlo por quien dirija el complejo.

Dado que la sepultura es un activo que se incorpora al patrimonio de su titular, va de suyo que puede poseer y usar de ella conforme a su destino, como también proceder a su disposición por actos inter vivos omortis causa.

Queda a salvo el caso de las sepulturas abandonadas o que son objeto de embargo y ejecución por deuda de expensas, tasas y contribuciones, que es contemplado en los reglamentos y permite al administrador.

El titular del sepulcro no puede constituir sobre éste derechos reales de uso y goce, ni darlo en locación o arriendo, atento a su destino especial, que no puede ser modificado por la voluntad unilateral del primero, en abierta infracción a las directivas del reglamento.

**Los deberes inherentes al derecho de sepultura**

De manera refleja con lo expuesto en el apartado anterior, el derecho de sepultura sobre una o más parcelas de un cementerio privado genera para su titular el deber de respetar todas y cada una de las disposiciones que sobre el funcionamiento y desarrollo del complejo imponga el reglamento de administración y uso. Por ende, el titular debe afrontar las erogaciones que el ejercicio de su derecho real provoque; observar las normas de decoro, sobriedad y respeto que se establezcan en el reglamento para el culto y honra de los muertos; realizar en su parcela aquellas obras que hayan sido expresamente permitidas.

 *La Inembargabilidad de las parcelas afectadas al derecho real de sepultura*

El art. 2110 CCyCN sigue en la materia los principios vigentes para los sepulcros en los cementerios públicos. En rigor, tratándose de parcelas integrantes de un cementerio privado, en tanto y en cuanto se hayan adjudicado en propiedad al deudor, no procede su embargo y ejecución.

Ello así en el entendimiento de que estos bienes, por su especial destino, deben quedar fuera de la garantía de los acreedores. Sin embargo, corresponde considerar a renglón seguido las excepciones, a saber:

a) Cuando los créditos en cuestión se deriven del saldo del precio de su compra o de la construcción del sepulcro, ornamentos u otros monumentos fúnebres.

b) Cuando sus titulares no abonen en estas condiciones las expensas, tasas y contribuciones derivadas del mantenimiento y funcionamiento del cementerio parque.

La operatividad de esta nueva figura en el espectro de los derechos reales rige para aquellos cementerios gestionados por manos privadas que se habiliten con posterioridad a la entrada en vigencia del Código.

**La injerencia en el tema de la normativa de defensa del consumidor**

Los cementerios privados, al igual que los públicos, brindan un servicio público, como es el atinente a la inhumación de cadáveres. Ello así, aunque la gestión y desarrollo de estos emprendimientos se encuentren en manos de particulares, cuyo desempeño será siempre supervisado por el Estado local, en ejercicio del poder de policía mortuorio, al que no puede resignar ni renunciar por el hecho de autorizar la instalación de una necrópolis privada en el radio de su jurisdicción.

En verdad, la autoridad pública tiene la obligación de proveer a la protección de los derechos de los particulares en estas lides, y a controlar de manera permanente la calidad y eficiencia de los servicios concedidos a los desarrollistas privados.

Por ende, todo aquel que se incorpore a estos complejos reviste la condición de consumidor y queda cubierto por toda la normativa vigente en la materia.

Así, a los interesados en adquirir el derecho real de sepultura sobre una o más parcelas del complejo se les debe suministrar información clara, fidedigna y completa sobre su funcionamiento, los derechos y obligaciones que deberán afrontar a futuro, el régimen de la administración, la naturaleza del derecho que se les concederá, de manera que puedan decidir la concertación del negocio con total libertad de elección y en condiciones de trato digo y equitativo.

**ARTICULO 2103**.- Concepto. Se consideran cementerios privados a los inmuebles de propiedad privada afectados a la inhumación de restos humanos.
 **ARTICULO 210**4.- Afectación. El titular de dominio debe otorgar una escritura de afectación del inmueble a efectos de destinarlo a la finalidad de cementerio privado, que se inscribe en el Registro de la Propiedad Inmueble juntamente con el reglamento de administración y uso del cementerio. A partir de su habilitación por parte de la municipalidad local el cementerio no puede alterar su destino ni ser gravado con derechos reales de garantía.

**ARTICULO 2105**.- Reglamento de administración y uso. El reglamento de administración y uso debe contener:

a) la descripción del inmueble sobre el cual se constituye el cementerio privado, sus partes, lugares, instalaciones y servicios comunes;

b) disposiciones de orden para facilitar a los titulares de los derechos de sepultura el ejercicio de sus facultades y que aseguren el cumplimiento de las normas legales, reglamentarias y de policía aplicables;

c) fijación y forma de pago del canon por administración y mantenimiento, que puede pactarse por períodos anuales o mediante un único pago a perpetuidad;

d) normativa sobre inhumaciones, exhumaciones, cremaciones y traslados;

e) pautas sobre la construcción de sepulcros;

f) disposiciones sobre el destino de los restos mortales en sepulturas abandonadas;

g) normas sobre acceso y circulación de titulares y visitantes;

h) constitución y funcionamiento de los órganos de administración.

**ARTICULO 2106.**- Registros de inhumaciones y sepulturas. El administrador de un cementerio privado está obligado a llevar:

a) un registro de inhumaciones con los datos identificatorios de la persona inhumada;

b) un registro de titulares de los derechos de sepultura, en el que deben consignarse los cambios de titularidad producidos.

**ARTICULO 2107**.- Facultades del titular del derecho de sepultura. El titular del derecho de sepultura puede:

a) inhumar en la parcela los restos humanos de quienes disponga, hasta la dimensión establecida en el reglamento, y efectuar las exhumaciones, reducciones y traslados, dando estricto cumplimiento a la normativa dictada al respecto;

b) construir sepulcros en sus respectivas parcelas, de conformidad a las normas de construcción dictadas al efecto;

c) acceder al cementerio y a su parcela en los horarios indicados;

d) utilizar los oratorios, servicios, parque e instalaciones y lugares comunes según las condiciones establecidas.

**ARTICULO 2108**.- Deberes del titular del derecho de sepultura. El titular del derecho de sepultura debe:

a) mantener el decoro, la sobriedad y el respeto que exigen el lugar y el derecho de otros;

b) contribuir periódicamente con la cuota de servicio para el mantenimiento y funcionamiento del cementerio;

c) abonar los impuestos, tasas y contribuciones que a tales efectos se fijen sobre su parcela;

d) respetar las disposiciones y reglamentos nacionales, provinciales y municipales de higiene, salud pública y policía mortuoria.

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

**ARTICULO 2110**.- Inembargabilidad. Las parcelas exclusivas destinadas a sepultura son inembargables, excepto por:

a) los créditos provenientes del saldo de precio de compra y de construcción de sepulcros;

b) las expensas, tasas, impuestos y contribuciones correspondientes a aquéllas.

**ARTICULO 2111.-** Relación de consumo. La relación entre el propietario y el administrador del cementerio privado con los titulares de las parcelas se rige por las normas que regulan la relación de consumo previstas en este Código y en las leyes especiales.

**ARTICULO 2112**.- Derecho real de sepultura. Al derecho de sepultura sobre la parcela se le aplican las normas sobre derechos reales.

**ARTICULO 2113**.- Normas de policía. El administrador, los titulares de sepulturas y los visitantes deben cumplir con las leyes, reglamentos y demás normativas de índole nacional, provincial y municipal relativas a la policía mortuoria.

**4. Superficie: Concepto. Derecho real sobre cosa propia o ajena. Temporalidad del derecho. Modalidades. Emplazamiento. Plazos. Legitimación. Adquisición. Facultades del superficiario: derecho de usar y gozar de la cosa. Derecho de constituir hipoteca. Facultades del propietario. Subsistencia y transmisión de las obligaciones. Extinción. Efectos. Indemnización al superficiario. Relaciones con la ley 25.505. Normas de aplicación supletoria.**

**5. Superficie forestal. Concepto. Caracteres. Constitución. Duración. Facultades del propietario del inmueble y del superficiario. Extinción. Sistema actual y según ley Nº 26.694.**

El **art. 2114** del nuevo Código dice**: "***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".

Según se desprende del texto transcripto en el concepto legal de superficie se incluyen todos sus caracteres:

1. es un derecho temporario;
2. se constituye sobre un objeto ajeno;
3. concede a su titular facultades de uso, goce y disposición sobre lo plantado, forestado o construido;
4. puede ser constituido sobre el suelo, subsuelo o vuelo;
5. queda regido, como todos los derechos reales, por las normas de orden público dictadas al efecto.

**OBJETO SOBRE EL QUE RECAE**

El derecho de superficie recae sólo sobre cosas inmuebles. Tanto si hablamos del derecho de construir —sobre el inmueble ajeno—, como si nos referimos a las plantaciones que son también cosas inmuebles en este caso propias del superficiario.

El objeto del derecho real de superficie es un inmueble. A diferencia de lo normado en la [ley 25.509](http://www.abeledoperrotonline2.com/maf/app/authentication/formLogin?redirect=%2Fmaf%2Fapp%2FdocumentVM%3Fsrc%3DexternalLink%26crumb-action%3Dreplace%26docguid%3Di843752C1748C4ADDA47DD2CB4A09BAD9), que imponía restricciones respecto de la condición del inmueble (debía ser apto para forestación o silvicultura), el art. 2115 del nuevo Código no fija límites al respecto; sin embargo, si el derecho de superficie se constituye para construir, plantar o forestar, va de suyo que el inmueble debe ser apto para el destino fijado en el contrato a que se refiere el art. 2119.

**¿Sobre la totalidad del inmueble o sobre partes determinadas?**

El art. 2116 del CCyCN autoriza la constitución del derecho sobre la totalidad del inmueble o sobre una parte de él, medida que estará relacionada con las necesidades de construcción o forestación para la cual se destinará la cosa. En ese sentido, el titular dominial podrá dividir materialmente el inmueble y aprovecharlo de distintas maneras, sea en forma directa o constituyendo diversos derechos reales sobre cada una de las partes del fundo.

Cabe destacar que no sólo podrá edificar sobre el suelo, sino también sobre construcciones ya existentes, y agrega el art. 2116: "...aun dentro del régimen de propiedad horizontal". Claro está que en esta última situación se deberá contar con la aprobación unánime de los consorcistas, previo cumplimiento de las normas que rigen el instituto.

**TEMPORALIDAD DEL DERECHO**

El derecho de superficie es por definición temporario, es decir, está destinado a durar por un cierto tiempo que, en principio, es convenido por las partes. Sin embargo, a fin de garantizar ese carácter esencial de la temporalidad, el art. 2117 del nuevo Código establece plazos máximos: setenta años si la superficie es utilizada para construcciones y cincuenta años si es destinada a plantaciones o forestaciones.

La fijación de plazos máximos diferenciados para la construcción por una parte (setenta años) y la plantación y forestación por la otra (cincuenta años) obedece a los distintos tiempos de vida útil y amortización para actividades tan diversas.

En nuestra opinión, reiterando los fundamentos sociales y económicos que ameritan la creación de este derecho real, establecido legalmente el plazo máximo dentro del cual deben realizarse las construcciones y/o plantaciones, éste no podría ser alterado ni ignorado por convenio entre partes, ya que en materia de derechos reales en general y en el de superficie en particular, están en juego intereses que van más allá de los meramente personales. Por otra parte, la prórroga podría perjudicar a terceros que ostenten derechos que se consolidarían al extinguirse la superficie.

¿El plazo legal puede ser prorrogado?

El art. 2117 establece los plazos máximos de duración de este derecho, que es, recordemos, temporal. Sin embargo las partes están facultadas para convenir en el acto constitutivo un plazo menor, por ejemplo treinta años para forestación. Al término del plazo así establecido las partes podrían, de común acuerdo, prorrogarlo por veinte años; en este supuesto, dicha prórroga es válida, por cuanto no excede el máximo autorizado legalmente.

En cambio, no podrían prorrogarlo por otros treinta años. En caso de que así lo hubieran hecho, el derecho de superficie se extingue una vez cumplido el plazo legal (en el caso cincuenta años), dado que las partes no pueden voluntariamente excederlo; "la posibilidad de renovación puede llegar a convertirse en una cláusula de estilo en el contrato originario con lo que el derecho pasaría a extenderse por el término de cien años o aun llegaría a ser perpetuo... empero si vencido el plazo máximo convenido y recuperado el dominio su carácter pleno, el propietario quisiera constituir un nuevo derecho de superficie, inclusive a favor del mismo superficiario, no parece que exista inconveniente para que así proceda"

 **SUJETOS LEGITIMADOS**

Todo titular de un derecho sobre cosa propia —dominio, condominio, propiedad horizontal— puede desmembrarlo y constituir un derecho real de superficie a favor de una persona física o jurídica, según lo dispone el art. 2118 del nuevo Código.

**1. Inmuebles del Estado**

Se plantea la necesidad de reglamentar el instituto según que el titular de dominio sea el Estado o un particular.

Teniendo en cuenta los orígenes del derecho de superficie, fuerza es reconocer que fue el Estado el primer constituyente, y ello se explica ya que en el Bajo Imperio Romano la superficie cuyo uso se concedía correspondía a tierras públicas. Sin embargo, en las legislaciones modernas el derecho de superficie aparece con una caracterización diferente: el superficiario, en lugar de tener el uso de un edificio ajeno, adquiere el derecho de propiedad de las construcciones. En nuestro país, aun sin existir reglamentación específica al respecto se han constituido derechos que bajo el rótulo de *concesión de obra pública*otorgan al concesionario la *propiedad de las obras*por él realizadas, ya sea sobre el suelo o en el subsuelo. Bajo este sistema se han tendido redes subterráneas para comunicaciones y para transporte de gas, se han efectuado construcciones en las áreas cercanas a las autopistas y se han desarrollado estacionamientos subterráneos.

**2. El supuesto de propiedad horizontal**

El art. 2116 establece que el derecho de superficie puede constituirse sobre construcciones ya existentes, "aun dentro del régimen de propiedad horizontal", y en consecuencia el art. 2118 legitima a los titulares de este último derecho.

A diferencia de lo que sucede en el supuesto de dominio y/ o condominio de un terreno, sobre el cual puede construirse o plantarse y el necesario consentimiento de él o los propietarios, cuando se trata de un edificio sujeto al régimen de propiedad horizontal, la superficie sobre la que se constituirá el derecho real es el propio inmueble, conformado a su vez por unidades funcionales, cada una de las cuales tiene un dueño.

Cada titular del derecho de propiedad horizontal tiene la propiedad exclusiva de su piso o departamento (parte privativa) y una porción ideal respecto de las partes comunes. Para realizar actos de disposición jurídica que involucren la totalidad del inmueble, como es el caso de constitución de un derecho de superficie, es necesaria la voluntad de todos los propietarios, puesto que el ciento por ciento del inmueble se integra con la suma de los porcentajes indivisos que corresponden a cada titular de la propiedad horizontal.

 **ADQUISICIÓN**

Hemos definido el derecho de superficie sobre terrenos como el derecho real temporario que se *constituye*sobre un *inmueble ajeno*. En consecuencia, concebimos este instituto como una desmembración del dominio, por lo que sólo podrá ser constituido por quien resulta propietario del suelo.

Constitución del derecho real, en este contexto, implica que el superficiario lo adquiere en forma derivada mediante título y modo, de igual forma que la prescripta para la adquisición de los derechos reales en general, teniendo en cuenta que no se trata de una mera autorización para construir en terreno ajeno, como podría otorgársele al locatario, al comodatario o aun al usufructuario, sino que del contrato respectivo debe surgir claramente la intención de las partes de constituir un derecho real separado e independiente del suelo.

El contrato de constitución del derecho real de superficie, sea oneroso o gratuito, instrumentado en escritura pública tal como lo manda el art. 1017, inc. a), del CCyCN, configura el título suficiente a los fines legales, a lo que se suma la tradición traslativa que cumpla los requisitos de los arts. 1892, 1922 y 1924 del nuevo Código. A los efectos de su oponibilidad frente a terceros habrá de efectuarse la registración que ordena el art. 1893 de dicho cuerpo legal.

Dado el carácter mixto del derecho real de superficie forestal, una vez finalizada la etapa de forestación se adquiere la propiedad superficiaria por conversión del derecho de forestar, según lo señala con acierto Allende

En principio, el derecho de superficie se constituye por contrato oneroso o gratuito, pero cabe hacer aclaraciones al respecto:

El art. 5º de la [ley 25.509](http://www.abeledoperrotonline2.com/maf/app/authentication/formLogin?redirect=%2Fmaf%2Fapp%2FdocumentVM%3Fsrc%3DexternalLink%26crumb-action%3Dreplace%26docguid%3Di843752C1748C4ADDA47DD2CB4A09BAD9) limita la adquisición del derecho de superficie al contrato oneroso o gratuito, a pesar de lo cual alguna doctrina ha entendido que la transmisión por muerte, en tanto adquisición derivada, no queda expresamente prohibida.

El art. 2119 del nuevo Código aclara la cuestión, estableciendo que el derecho de superficie puede ser transmitido por causa de muerte. El derecho de superficie podrá ser enajenado por actos entre vivos o por causa de muerte, sujeto al plazo máximo de extinción fijado por la ley o al convenido en el acto de constitución de la superficie; en este sentido guarda relación con el derecho real de usufructo, en el cual el usufructuario puede transmitir su derecho limitado a la duración de su propia vida (art. 2142).

**2. Prescripción**

¿Se puede adquirir por prescripción?

Si bien en principio, y en teoría, no existe impedimento para que la adquisición por prescripción se aplique al derecho de superficie en tanto éste se ejerce por la posesión, en la práctica es poco probable que un poseedor que planta o construye en terreno ajeno durante el plazo de veinte años, luego pretenda usucapir la superficie y no todo el inmueble, adquiriendo de tal forma el dominio, siempre que se prueben los extremos necesarios al efecto.

**3. Otras formas de adquisición**

En doctrina se han descripto otras formas de adquisición del derecho real de superficie:

1. Constitución forzada: cuando extinguiéndose la superficie por consolidación y persistiendo por ejemplo una hipoteca sobre la superficie separada del suelo se ejecutara la superficie independientemente;
2. Partición judicial: Andorno sostiene también la posibilidad de llegar a la superficie mediante una partición judicial, acordada por todos los herederos con aprobación judicial de la misma.

 **CONTENIDO DEL DERECHO REAL**

**1. Derecho de usar y gozar**

En efecto, teniendo en cuenta que el derecho de superficie se constituye por contrato, en él se fijarán las condiciones de uso y goce relacionadas con el destino del inmueble.

En el nuevo Código, por definición, el derecho de superficie concede a su titular la facultad de usar y gozar del terreno ajeno (vuelo y subsuelo según lo pactado).

El ejercicio de esta facultad de *usar*tampoco queda librada a la voluntad del titular del derecho, ya que el*no uso*, es decir no plantar en el plazo estipulado o, en subsidio, en el plazo máximo que marca la ley, acarrea la extinción del derecho. La [ley 25.509](http://www.abeledoperrotonline2.com/maf/app/authentication/formLogin?redirect=%2Fmaf%2Fapp%2FdocumentVM%3Fsrc%3DexternalLink%26crumb-action%3Dreplace%26docguid%3Di843752C1748C4ADDA47DD2CB4A09BAD9) fija en tres años la extinción por el no uso. Y el art. 2124 del CCyCN dispone la extinción por el no uso durante diez años para el derecho de construir y de cinco años para el derecho a forestar.

**2. Derecho de disponer**

En forma ampliamente mayoritaria se considera el derecho a construir o forestar como derecho sobre cosa ajena y el derecho sobre la propiedad superficiaria como un derecho sobre cosa propia, un dominio revocable. En consecuencia, nacida la propiedad separada, o adquirida la ya existente, el superficiario tiene sobre ella los derechos de un dueño, incluyendo la disposición material, claro está que limitada al tiempo de duración de su derecho.

El derecho real de superficie forestal podrá ser enajenado por actos entre vivos o por causa de muerte sujeto al plazo máximo de extinción fijado por la ley o al convenido en el acto de constitución de la superficie. En este sentido guarda relación con el derecho real de usufructo, en el cual el usufructuario puede transmitir su derecho limitado a la duración de su propia vida.

***2.1. Derecho de constituir hipoteca***

Dado que los bosques o montes son cosas inmuebles por su naturaleza (art. 225), el derecho real de superficie se ejerce siempre sobre un inmueble, por ello con referencia a la facultad de constituir derechos reales de garantía, hay que concluir —a pesar del silencio legal en este aspecto— que los únicos admitidos son hipoteca y anticresis.

Con relación a la hipoteca también habrá que distinguir entre el derecho de forestar y la propiedad superficiaria.

El art. 2120 del nuevo código faculta al titular del derecho de superficie para constituir derechos de garantía tanto sobre el "derecho de construir, plantar o forestar" como sobre la "propiedad superficiaria".

2.1.1. Derecho de forestar

Una vez efectuadas las plantaciones o construcciones, éstas quedan gravadas con la hipoteca, que inmediatamente se expande a estas materialidades

2.1.2. Propiedad superficiaria

Por el contrario, una vez efectuada la construcción o la plantación o si el derecho de superficie se constituye sobre edificación ya existente, el superficiario puede válidamente constituir hipoteca sobre el inmueble objeto de su derecho, que es ya cosa propia .

¿Qué sucede si la extinción de la superficie se produce no ya por vencimiento del plazo sino por no uso o abandono?

El art. 2125 dice al respecto que "si el derecho de superficie se extingue antes del cumplimiento del plazo legal o convencional, los derechos reales constituidos sobre la superficie o sobre el suelo continúan gravando separadamente las dos parcelas, como si no hubiese habido extinción, hasta el transcurso del plazo del derecho de superficie".

***2.2. Afectación al régimen de propiedad horizontal***

El párr. 2º del art. 2120 dispone: "El superficiario puede afectar la construcción al régimen de la propiedad horizontal, con separación del terreno perteneciente al propietario excepto pacto en contario; puede transmitir y gravar como inmuebles independientes las viviendas, locales u otras unidades privativas, durante el plazo del derecho de superficie, sin necesidad de consentimiento del propietario".

Por el contrario el art. 2120 se refiere a las facultades del superficiario: i) plantar, ii) forestar, iii) construir, iv) afectar esa construcción a régimen de la propiedad horizontal.

En todo caso, se tratará de un edificio que en lo constructivo no se diferencia de cualquier otro sometido al régimen de la propiedad horizontal, pero jurídicamente hay un diferencia fundamental: el terreno sobre el que se asienta corresponde al nudo propietario y no forma parte de las cosas comunes, contradiciendo una de los caracteres esenciales de ese régimen.

***2.3. Derechos reales de uso y goce***

En el nuevo CCyCN, a pesar de que en el art. 2120, entre las facultades del superficiario sólo se menciona la de constituir derechos reales de garantía (y no los de disfrute), al regular el usufructo el art. 2131 legitima para constituirlo al superficiario, en tanto que en materia de servidumbre el art. 2168 legitima a todos los titulares de derechos reales que recaen sobre inmuebles y se ejercen por la posesión, sin exclusión alguna (como lo hace el art. 2119 respecto de la posibilidad de adquirir la superficie por usucapión).

***2.4. Anticresis***

Dado que los bosques o montes son cosas inmuebles por su naturaleza, el derecho real de superficie se ejerce siempre sobre un inmueble, por ello, con referencia a la facultad de constituir derechos reales de garantía que confiere el art. 2120, hay que concluir —a pesar del silencio legal en este aspecto— que los únicos admitidos son hipoteca y anticresis.

***2.5. Constitución de derechos personales***

Nada impide que el superficiario constituya derechos personales sobre su derecho dando, por ejemplo, en arrendamiento o comodato la propiedad separada. Si bien el art. 2120 no es explícito al respecto, el art. 2125, al regular los efectos de la extinción de la superficie dice en su último párrafo: "Subsisten también los derechos personales durante el tiempo establecido", es decir que el superficiario puede constituir derechos personales sobre su propiedad superficiaria.

**FACULTADES DEL PROPIETARIO**

La constitución del derecho real de superficie hace que el titular de dominio hasta entonces pleno o perfecto, lo desmembre a favor del superficiario y mantenga sólo un dominio imperfecto y, como tal, limitado en su contenido.

La enajenación que autoriza el art. 3º de la [ley 25.509](http://www.abeledoperrotonline2.com/maf/app/authentication/formLogin?redirect=%2Fmaf%2Fapp%2FdocumentVM%3Fsrc%3DexternalLink%26crumb-action%3Dreplace%26docguid%3Di843752C1748C4ADDA47DD2CB4A09BAD9)podrá serlo por actos entre vivos o *mortis causae*, con la obligación para el adquirente de respetar el derecho real constituido en todos sus términos: plazo y condiciones legales y/o pactadas entre las partes. En cuanto a las obligaciones del propietario son fundamentalmente de abstención: el propietario no puede realizar acciones que dañen el goce o restrinjan el derecho de quien es titular del dominio desmembrado.

En este aspecto, el art. 2121 del nuevo código, limita los derechos del propietario únicamente en la medida en que pudiera turbar los del superficiario, es decir que el primero no sólo conserva las facultades de disposición jurídica sino que también mantiene la potestad de constituir otros derechos reales de usufructo o de garantía, en la medida en que no imposibiliten el ejercicio del derecho del superficiario.

**1. Constitución de hipoteca**

El propietario está facultado para constituir derechos de garantía con la condición de que la hipoteca no entorpezca las actividades ni los intereses del superficiario y en caso de mediar ejecución de la garantía, el adquirente de la nuda propiedad deberá respetar los términos y condiciones del derecho de superficie, tal como sucede en el supuesto de un predio gravado con usufructo.

Resulta entonces que la hipoteca constituida por el propietario grava la nuda propiedad y no acrecienta con los frutos o construcciones que se realicen sobre el suelo, dado que éstas conforman el objeto de la propiedad superficiaria y pertenecen al titular del derecho de superficie. Va de suyo que el valor de la finca afectada a hipoteca del propietario será menor que si el inmueble no estuviera gravado.

La norma explicita que la hipoteca así constituida no debe perjudicar los intereses del superficiario, de tal modo que, aun en caso de ejecución, la persona que adquiere la propiedad debe respetar los plazos y términos del derecho de superficie.

 **EXTINCIÓN**

El art. 2124 del CCyCN contiene las causales de extinción del derecho de construir, plantar o forestar:

**1. Renuncia**

La ley no establece condicionamiento alguno a la renuncia del derecho, sólo manda que ésta debe ser expresa en concordancia con el principio de que la intención de renunciar derechos no se presume.

**2. Vencimiento del plazo**

Habiendo definido el art. 2114 el derecho real de superficie como *temporal*, va de suyo que una de las causas de su extinción es, por su naturaleza, el transcurso del plazo máximo fijado por la ley o el previsto en el contrato.

**3. Consolidación**

Por aplicación de las reglas generales, se produce la extinción del derecho por consolidación cuando la calidad de dueño del suelo y propietario de la superficie se confunden en una misma persona, sea por sucesión, por resolución del contrato por el cual se constituyó el derecho de superficie o por ejercicio del derecho de tanteo.Producida la extinción por consolidación, los derechos y obligaciones del propietario y del superficiario continuarán con sus mismos alcances y efectos.

**4. No uso**

Cabe señalar que el *no uso*como causal de extinción no sólo se dará por la inacción total del titular del derecho de forestar sino también cuando las obras realizadas se apartan de lo pactado en el acto de constitución, situación está que se relaciona con el derecho de uso que tiene el superficiario, que consiste en la utilización del terreno según los fines previstos, tal como sucede en los derechos reales que se ejercen sobre cosa ajena.

**5. Efectos de la extinción**

Menciona el art. 2123 del nuevo código en su párr. 2º que, producida la extinción del derecho de superficie por alguna de las causales que señala la ley (renuncia del derecho, no uso o abandono), el superficiario no queda desobligado.

Las obligaciones a cargo de éste pueden ser de origen legal o contractual, es decir: dispuestas en la propia [ley 25.509](http://www.abeledoperrotonline2.com/maf/app/authentication/formLogin?redirect=%2Fmaf%2Fapp%2FdocumentVM%3Fsrc%3DexternalLink%26crumb-action%3Dreplace%26docguid%3Di843752C1748C4ADDA47DD2CB4A09BAD9),la ley de promoción forestal —si se hubiera incluido en dicho régimen—, CCyCN, las leyes que fijen impuestos, tasas y contribuciones a su cargo o las convenidas con el titular de dominio al momento de la celebración del contrato de constitución del derecho real de superficie.

***Extinción anticipada***

 Si el derecho del superficiario se extingue por consolidación los gravámenes reales o personales constituidos tanto por el propietario cuanto por el superficiario subsistirán, con sus mismos alcances, como si el derecho de superficie no se hubiera extinguido.

***Indemnización al propietario***

El derecho real de superficie, en virtud de su temporalidad, está llamado a extinguirse y, en tal caso, el titular de dominio reasume la plenitud de su derecho, pero se discute en doctrina si al hacer suyas las construcciones o plantaciones debe indemnizar al superficiario.

El art. 2126 del nuevo Código establece que, extinguida la superficie, se debe indemnizar al superficiario, salvo pacto en contrario, con el fundamento de que se trata de evitar un enriquecimiento injustificado del dueño del suelo o de la construcción que le sirvió de soporte. En términos similares se expresaba el Proyecto de 1998 (art. 2023) y el Proyecto de 1987 (art. 2614).

¿Cómo se fija la indemnización?

La regla es que las partes convengan libremente la indemnización, ya sea en el contrato de superficie o con posterioridad. También cabe la opción para los contratantes de eximir al nudo propietario del pago de suma alguna o estipular algún otro tipo de retribución para el superficiario.

Supletoriamente, para el caso de que las partes no hubieran hecho previsión al respecto, la norma legal fija parámetros objetivos destinados a valuar la indemnización: se cuantifican los valores incorporados por el superficiario durante los dos (2) últimos años, y de allí se deduce la amortización.

 **NORMAS SUPLETORIAS**

Los arts. 2127 y 2128 del nuevo Código disponen la aplicación supletoria de las normas relativas a las limitaciones del uso y goce en el derecho de usufructo y a las reglas del dominio revocable sobre cosas inmuebles, en tanto sean compatibles con el sistema específico del derecho de superficie.

Cabe señalar que los artículos citados siguen los lineamientos del Proyecto de Código Unificado de 1998 (arts. 2024, 2027), en tanto que la [ley 25.509](http://www.abeledoperrotonline2.com/maf/app/authentication/formLogin?redirect=%2Fmaf%2Fapp%2FdocumentVM%3Fsrc%3DexternalLink%26crumb-action%3Dreplace%26docguid%3Di843752C1748C4ADDA47DD2CB4A09BAD9) no contiene normas similares.

**SUPERFICIE FORESTAL**

La [ley 25.509](http://www.abeledoperrotonline2.com/maf/app/authentication/formLogin?redirect=%2Fmaf%2Fapp%2FdocumentVM%3Fsrc%3DexternalLink%26crumb-action%3Dreplace%26docguid%3Di843752C1748C4ADDA47DD2CB4A09BAD9) crea el derecho real de superficie forestal en su art. 1º, agregándolo como tal en la enumeración del art. 2503 del Código Civil, como inc. 8º.

En este sentido, el CCyCN incluye en la enumeración del art. 1887 La superficie (inc. g]). Por su parte, el art. 1945, al reglar la extensión del dominio, si bien mantiene el principio del art. 2518 del Código de Vélez —antes analizado—, establece como excepción que "Todas las construcciones, siembras o plantaciones existentes en un inmueble pertenecen a su dueño, salvo lo dispuesto respecto de los derechos de propiedad horizontal y superficie".

A diferencia de la modificación introducida por la [ley 25.509](http://www.abeledoperrotonline2.com/maf/app/authentication/formLogin?redirect=%2Fmaf%2Fapp%2FdocumentVM%3Fsrc%3DexternalLink%26crumb-action%3Dreplace%26docguid%3Di843752C1748C4ADDA47DD2CB4A09BAD9), que limita el nuevo derecho real a la superficie forestal, el nuevo código establece que el derecho de superficie puede recaer tanto en una construcción como en una forestación realizada en terreno ajeno.

**1. Alcance del derecho real creado por**[**ley 25.509**](http://www.abeledoperrotonline2.com/maf/app/authentication/formLogin?redirect=%2Fmaf%2Fapp%2FdocumentVM%3Fsrc%3DexternalLink%26crumb-action%3Dreplace%26docguid%3Di843752C1748C4ADDA47DD2CB4A09BAD9)

Si bien este derecho real creado por la [ley 25.509](http://www.abeledoperrotonline2.com/maf/app/authentication/formLogin?redirect=%2Fmaf%2Fapp%2FdocumentVM%3Fsrc%3DexternalLink%26crumb-action%3Dreplace%26docguid%3Di843752C1748C4ADDA47DD2CB4A09BAD9) se incorporó como tal a la legislación civil, no puede ser interpretado fuera del contexto de los regímenes de promoción, en el caso forestal.

El Estado, mediante su poder de imperio, obtiene los recursos necesarios para el cumplimiento de los deberes que le son propios. La mayoría de los recursos genuinos provienen de los tributos impuestos coercitivamente a los ciudadanos con la finalidad de financiar sus actividades o promover el bien común. En este último aspecto el Estado interviene en el orden económico y social a fin de direccionar el comportamiento individual a los efectos de proteger el medio ambiente y con ello la calidad de vida, utilizando herramientas extrafiscales o sea: cuando los tributos o sus exenciones no tienen objetivos sólo fiscales, sino regulatorios de conductas sociales, económicas o políticas.

Dichas herramientas tienen como finalidad, no ya la recaudación fiscal, sino la mejora ambiental, la redistribución de la renta, la productividad de la tierra, la defensa de ciertas industrias o regiones, incentivando algunas iniciativas individuales o desestimulando otras. Ésta es la filosofía que inspira la [ley 25.080](http://www.abeledoperrotonline2.com/maf/app/authentication/formLogin?redirect=%2Fmaf%2Fapp%2FdocumentVM%3Fsrc%3DexternalLink%26crumb-action%3Dreplace%26docguid%3Di74C897719FD84AB5BB39DD22C011EA7F) en cuanto instituye un régimen de promoción de inversiones que se efectúen en nuevos emprendimientos forestales y en las ampliaciones de los bosques existentes.

**2. Inmueble sobre el que recae**

El derecho real de superficie forestal, según el sistema implementado por la [ley 25.509](http://www.abeledoperrotonline2.com/maf/app/authentication/formLogin?redirect=%2Fmaf%2Fapp%2FdocumentVM%3Fsrc%3DexternalLink%26crumb-action%3Dreplace%26docguid%3Di843752C1748C4ADDA47DD2CB4A09BAD9), no puede ser constituido sobre cualquier inmueble, sino sólo sobre aquellos susceptibles de forestación o silvicultura. La finalidad de la [ley 25.080](http://www.abeledoperrotonline2.com/maf/app/authentication/formLogin?redirect=%2Fmaf%2Fapp%2FdocumentVM%3Fsrc%3DexternalLink%26crumb-action%3Dreplace%26docguid%3Di74C897719FD84AB5BB39DD22C011EA7F)a la que remite la [ley 25.509,](http://www.abeledoperrotonline2.com/maf/app/authentication/formLogin?redirect=%2Fmaf%2Fapp%2FdocumentVM%3Fsrc%3DexternalLink%26crumb-action%3Dreplace%26docguid%3Di843752C1748C4ADDA47DD2CB4A09BAD9) es la promoción de inversiones que se realicen en proyectos forestoindustriales, ya sean nuevos o ampliación de los existentes, siempre que con ello se aumente la oferta maderera a través de la implantación de nuevos bosques (arts. 1º y 2º) "en tierras que, por sus condiciones naturales, ubicación y aptitud sean susceptibles de forestación o reforestación..." (art. 4º), calificación que queda a cargo de la Autoridad de Aplicación que es la Secretaría de Agricultura, Ganadería, Pesca y Alimentación del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos (art. 23).

La caracterización del inmueble apto para ser sometido al derecho de superficie surge de la remisión que efectúa el art. 1º de la [ley 25.509](http://www.abeledoperrotonline2.com/maf/app/authentication/formLogin?redirect=%2Fmaf%2Fapp%2FdocumentVM%3Fsrc%3DexternalLink%26crumb-action%3Dreplace%26docguid%3Di843752C1748C4ADDA47DD2CB4A09BAD9) a la [ley 25.080](http://www.abeledoperrotonline2.com/maf/app/authentication/formLogin?redirect=%2Fmaf%2Fapp%2FdocumentVM%3Fsrc%3DexternalLink%26crumb-action%3Dreplace%26docguid%3Di74C897719FD84AB5BB39DD22C011EA7F) al expresar: "...inmueble susceptible de forestación o silvicultura, de conformidad al régimen previsto en la Ley de Inversiones para Bosques Cultivados...".

**UNIDAD XIV: CONDOMINIO**

**XIV.1) Comunidad y condominio. Comparación con otras figuras. Definición legal. Constitución: casos enumerados (artículo 2675 del cc) y casos no enumerados. Prolongación de una indivisión hereditaria. Modos de adquisición. Clases de condominio.**

Concepto (Art 1983) Condominio es el derecho real de propiedad sobre una cosa que pertenece en común a varias personas y que corresponde a cada una por una parte indivisa. Las partes de los condóminos se presumen iguales, excepto que la ley o el título dispongan otra proporción.

Comunidad Se da comunidad cuando varias personas tienen análogos derechos sobre una cosa o conjunto de bienes. El condominio es sobre una cosa, hay una relación de género y especie. Para que exista comunidad es necesario que existan dos o más personas con derechos iguales.

Clases En la legislación argentina están previstas dos formas de condominio: sin indivisión forzosa o con indivisión forzosa, sea ésta temporaria o permanente.

Comparación con otras figuras

* + - Con la sociedad la sociedad tiene su origen en un contrato, el condominio tiene su origen en la ley, contrato o una expresión de última voluntad. El objeto de la sociedad puede ser cualquier derecho patrimonial en tanto que el objeto del condominio sólo pueden ser las cosas.
		- Con la comunidad hereditaria: en la comunidad hereditaria existe un conjunto de bienes y de cosas que se tienen a título de herederos y no de condóminos.
		- Con la Indivisión Hereditaria: El objeto en la indivisión hereditaria son los bienes y las cosas, en tanto que en el condominio son sólo las cosas.
		- Con la sociedad conyugal: El objeto de la sociedad conyugal está constituido por una universalidad de bienes, con un régimen de administración distinto según se trata de bienes propios o de bienes gananciales, y tiene sus propias causas de extinción.
		- Con la Propiedad Horizontal: La principal diferencia reside en que en ellas existe un dominio sobre partes materiales y no sobre partes ideales.
		- Con el derecho real de Servidumbre: En la servidumbre existen dos dominios diferentes sobre distintos objetos, correspondiendo al fundo dominante ciertas ventajas sobre el fundo sirviente.
		- Con el Usufructo: Hay una distinción cualitativa entre las facultades del nudo propietario y del usufructuario.

Constitución El condominio se constituye por contrato, por actos de última voluntad, o en los casos que la ley designa. Art 2675 código Vélez

Los casos no enumerados son usucapión, apropiación, abandono y por aluvión y avulsión.

Clases: Hay dos clases

* + 1. El condominio sin indivisión forzosa es aquel en el cual cualquiera de los condóminos puede poner fin a la copropiedad solicitando la partición de la cosa común en cualquier tiempo y sin depender de la conformidad de los demás condóminos.
		2. El condominio con indivisión forzosa: es cuando el condómino no puede pedir la división de la cosa común. La imposibilidad de pedir la división de la cosa común puede provenir de la naturaleza de la cosa, de una disposición legal, de una disposición de última voluntad o de la convención.

**XIV.2) Condominio sin indivisión forzosa. Facultades de los condóminos: respecto de la parte indivisa y sobre la cosa común. Obligaciones de los condóminos. Administración de la cosa común. Extinción del condominio, régimen actual y según ley 26694. El nuevo artículo 2002.**

**Condominio sin indivisión forzosa** También llamado condominio normal u ordinario. Su principal característica es que cada condómino puede pedir en cualquier momento la división de la cosa. Es como si se tratara de un condominio transitorio, aunque en la práctica puede prolongarse durante largos años.

Facultades de los condóminos con respecto a la parte indivisa Cada condómino puede enajenar y gravar la cosa en la medida de su parte indivisa sin el asentimiento de los restantes condóminos. Los acreedores pueden embargarla y ejecutarla sin esperar el resultado de la partición, que les es inoponible. La renuncia del condómino a su parte acrece a los otros condóminos.

* + - Facultades jurídicas respecto de la parte indivisa el titular del derecho real de condominio se comporta como si fuera su dueño absoluto, y en tal sentido puede enajenarla y constituir hipoteca. Sus acreedores puedan embargarla y ejecutarla por cuanto dicha porción integra su patrimonio.
* Venta o donación
* Constitución de otros derechos reales
* Constitución de gravámenes
* Intervención del acreedor hipotecario en la partición
* Embargo

Facultades de los condóminos con respecto a la parte común.

Uso y goce de la cosa. Cada condómino, conjunta o individualmente, puede usar y gozar de la cosa común sin alterar su destino. No puede deteriorarla en su propio interés u obstaculizar el ejercicio de iguales facultades por los restantes condóminos. Art 1986.

El condómino puede usar y gozar de la cosa común pero con las siguientes limitaciones:

* + 1. usar de acuerdo al destino de la cosa
		2. no debe afectar al interés particular de la cosa
		3. el uso que haga de la cosa no puede ir en menoscabo del igual derecho que tienen los otros condóminos.

Obligaciones de los condóminos

* Contribución a los gastos de conservación Cada condómino debe pagar los gastos de conservación y reparación de la cosa y las mejoras necesarias y reembolsar a los otros lo que hayan pagado en exceso con relación a sus partes indivisas. No puede liberarse de estas obligaciones por la renuncia a su derecho. El condómino que abona tales gastos puede reclamar intereses desde la fecha del pago.
* Abandono “No puede liberarse de estas obligaciones por la renuncia a su derecho” (art. 1991),
* Derecho de retención El CCyCN no contiene disposición al respecto, sin embargo nada obsta para que, cumplidos los requisitos de procedencia del derecho de retención, los condóminos queden legitimados para ejercer esta facultad.
* Deudas contraídas en beneficio de la comunidad
1. **Deuda contraída por un condómino art**. 1992: “Si un condómino contrae deudas en beneficio de la comunidad, es el único obligado frente al tercero acreedor, pero tiene acción contra los otros para el reembolso de lo pagado
2. **Deuda contraída por todos los condóminos** art. 1992 dispone al respecto: “Si todos se obligaron sin expresión de cuotas y sin estipular solidaridad, deben satisfacer la deuda por partes iguales. Quien ha pagado de más con respecto a la parte indivisa que le corresponde, tiene derecho contra los otros, para que le restituyan lo pagado en esa proporción
3. **Insolvencia de los condóminos** El CCyCN no contiene normas específicas que resuelvan el supuesto de insolvencia de uno de los condóminos, por lo cual entendemos que serán de aplicación al caso las reglas generales en materia de obligaciones de sujeto plural.
* Cargas reales indivisibilidad
* Extensión a otras cargas
* Responsabilidad por daños Para la víctima, que es un tercero, los causantes del daño producido por un inmueble serán las personas que figuren en dicho registro como titulares del derecho de condominio, en lo que aquí interesa.

**Administración de la cosa** común al Analizar las facultades de uso y goce de los condóminos respecto de la cosa común, en caso de no resultar posible el uso común o no haber consenso respecto del uso excluyente por uno solo de ellos, es necesario deliberar y decidir acerca de la administración. Todos los condóminos deben ser informados de la finalidad de la convocatoria y citados a la asamblea en forma fehaciente y con anticipación razonable” (art. 1994)

* Citación y concurrencia Todos los condóminos deben ser informados de la finalidad de la convocatoria y citados a la asamblea en forma fehaciente y con anticipación razonable.
* Toma de decisiones Estando reunidos todos los condóminos y luego de la deliberación correspondiente, la decisión se toma por mayoría absoluta computada según el valor de las partes indivisas, y aclara el aunque corresponda a uno solo. En caso de empate se debe decidir la suerte, y la minoría debe acatar la decisión o pedir la división.
* Frutos de la cosa art. 1995 no habiendo estipulación en contrario, los frutos de la cosa común se deben dividir proporcionalmente al interés de los condóminos. Por no ser de orden público no existe impedimento alguno para que los condóminos, al momento de constituir el usufructo o la locación acuerden una forma diferente para distribuir los frutos que genere la cosa.
* Designación de administrador A los fines de sacar provecho de la cosa común, los condóminos pueden arrendarla o explotarla por sí mismos o designar uno o varios administradores. cuyo efecto será aplicable el régimen de quorum y de mayoría. El condominio que ejerciere la administración será reputado mandatario de los otros, aplicándosele las disposiciones sobre el mandato, y no las disposiciones sobre el socio administrador.
* Percepción de frutos Cuando los condóminos han decidido la explotación o arrendamiento de la cosa común, los frutos que se producen en consecuencia deben ser distribuidos entre los titulares en proporción a su parte indivisa. Cada uno de los condóminos es deudor de los otros, según sus respectivas partes, de las rentas o frutos que hubiere percibido de la cosa común, como del valor del daño que les hubiese causado”. Lo que significa que frente a los deudores por alquileres o arrendamientos, cada uno de los condóminos puede perseguir su cobro, sin que pueda oponérsela la falta de legitimación al respecto

**Extinción**

* Modos generales Las normas que regulan el dominio se aplican subsidiariamente al condominio. Además de las formas generales de extinción, existen otras específicas en esta materia: consolidación del dominio en cabeza de un solo titular y división de la cosa común. El primer supuesto se da cuando uno de los condóminos se convierte en único titular del derecho real, desaparece de tal modo el condominio (en cuanto supone pluralidad de titulares) y estamos en presencia de un derecho de dominio (único titular).
* División de la cosa común El condominio se puede dividir, a no ser que haya indivisión forsoza. Excepto que se haya convenido la indivisión, todo condómino puede, en cualquier tiempo, pedir la partición de la cosa. La acción es imprescriptible. La indivisión convencional es temporaria en tanto que la forzosa es perpetua.

Cláusulas de indivisión

* Convencionales El condominio no puede renunciar a ejercer la acción de partición por tiempo indeterminado, pero le es permitido convenir la suspensión de la división por un término que no exceda de diez años. Sí. Se ha pactado un plazo inferior, puede ser ampliado hasta alcanzar el máximo legal; en cambio, si se ha convenido un plazo mayor de diez años, éste quedará reducido a ese máximo legal.
* Testamentarias Nada impide que en el contrato de donación se inserte una cláusula que imponga la condición de mantener indivisa la cosa donada en condominio dado que el art. 1997 acepta la existencia de cláusulas de indivisión, pero esta indivisión está destinada a durar sólo diez años. Lo mismo puede decirse acerca de una cláusula testamentaria que prevea la indivisión (siempre temporal) de la cosa común

**XIV.3) Condominio con indivisión forzosa. Concepto, fuentes y contenido. Indivisión forzosa de origen extralegal. La nueva figura de “partición nociva”.**

Condominio con indivisión forzosa

Hablamos de condominio con indivisión forzosa o condominio de indivisión forzosa cuando la facultad de pedir la división en cualquier tiempo se encuentra coartada, ya sea por una causa derivada de la ley o de la convención o de una disposición de última voluntad

Fuentes de la indivisión Son la ley; un contrato o de una disposición de última voluntad.

Tanto los contratos como las disposiciones de última voluntad son temporarios no pueden exceder los 10 años

Supuestos de indivisión de condominio derivados de la ley:

* Condominio sobre accesorios indispensables para el uso común de dos o más heredades (art. 2004).
* Condominio de los muros, cercos y fosos (art. 2006 y siguientes.).
* Por decisión judicial: Dice el art. 2001 **Partición nociva**. Cuando la partición es nociva para cualquiera de los condóminos, por circunstancias graves, o perjudicial a los intereses de todos o al aprovechamiento de la cosa, según su naturaleza y destino económico, el juez puede disponer su postergación por un término adecuado a las circunstancias y que no exceda de cinco años. Este término es renovable por una vez.

**XIV.4) Condominio de muros, cercos y fosos. Terminología y conceptos. Concepto de muro medianero. El cerramiento como facultad y como obligacion. Sentido y alcance de cerramiento forzoso.**

Condominio de muros cercos y fosos

En líneas generales la regulación referida a estos condominios de indivisión forzosa perdurable no difiere de aquella contenida en el CCiv., es decir no se observan en esta materia modificaciones sustanciales ya que en ambos códigos se hace referencia al derecho que le asiste a quien primero edifica de asentar la mitad de la pared propia sobre el terreno del vecino colindante (muro encaballado) generándose en tal caso la obligación de abonar la medianería.

La innovación destacable en esta materia es la norma introducida en el art. 2006 en cuanto enumera y define las distintas clases de muros, cercos y fosos, con una metodología similar a la utilizada en el art. 1934 al especificar los conceptos de frutos y mejoras.

**ARTICULO 2006***.- Muro, cerco o foso. El muro, cerco o foso se denomina:*

*a) lindero, separativo o divisorio: al que demarca un inmueble y lo delimita del inmueble colindante;*

*b) encaballado: al lindero que se asienta parcialmente en cada uno de los inmuebles colindantes;*

*c) contiguo: al lindero que se asienta totalmente en uno de los inmuebles colindantes, de modo que el filo coincide con el límite separativo;*

*d) medianero: al lindero que es común y pertenece en condominio a ambos colindantes;*

*e) privativo o exclusivo: al lindero que pertenece a uno solo de los colindantes;*

*f) de cerramiento: al lindero de cerramiento forzoso, sea encaballado o contiguo;*

*g) de elevación: al lindero que excede la altura del muro de cerramiento;*

*h) enterrado: al ubicado debajo del nivel del suelo sin servir de cimiento a una construcción en la superficie.*

**1. Muros separativos**

El art. 2006, en su inciso a) define el muro lindero, separativo o divisorio en forma simple y práctica: "el que demarca un inmueble y lo delimita del inmueble colindante. En esta primera conceptualización la ley recurre a un criterio físico: independientemente del lugar donde está asentado el muro, éste cumple la función de separar o delimitar inmuebles contiguos.

Cuando además de atender a su funcionalidad se tiene en cuenta el emplazamiento, los muros linderos, separativos o divisorios se pueden subclasificar en muros encaballados o contiguos, siguiendo el criterio físico al que antes nos referimos.

**1.1. Muro encaballado**

El inc. b) del art. 2006 define el muro encaballado como el "lindero que se asienta parcialmente en cada uno de los inmuebles colindantes", es decir que muro encaballado es el que se edifica montado sobre el límite de los dos terrenos linderos que pertenecen a distintos propietarios. En la práctica estos muros no siempre son construidos por ambos propietarios de común acuerdo, por lo tanto el vecino que edifica primero puede asentar la mitad de la pared sobre el terreno del otro, situación admitida por el art. 2007 del CCyCN.

El muro encaballado está construido de tal manera que su eje —en el sentido de plano vertical que pasa por su centro— coincide con el límite demarcador de ambos fundos.

**1.2. Muro contiguo**

Muro contiguo es aquel que está edificado totalmente sobre el terreno de uno de los propietarios linderos, es decir, se halla emplazado en forma exclusiva sobre la heredad de quien lo levantó, de modo que el filo coincide con el límite separativo de los fundos colindantes, tal como lo define el inc. c) del art. 2006.

**1.3. Muro próximo**

Muro próximo es aquel que se encuentra edificado enteramente sobre uno de los terrenos y a una cierta distancia de la línea separativa. El emplazamiento físico del muro respecto de la línea divisoria de las parcelas colindantes, tiene relación directa con su condición jurídica y consiguiente regulación.

**1.4. Muro privativo**

Desde el punto de vista jurídico dichos muros separativos se clasifican en privativos y medianeros.

El muro privativo es calificado como tal para indicar que él pertenece únicamente a ese edificio por estar erigido en el terreno al que accede. Ha sido edificado por el propietario del fundo, a su costa. Así lo expresa el inc. e) del art. 2006: "privativo o exclusivo: al lindero que pertenece a uno solo de los colindantes".

**1.5. Muro medianero**

El muro medianero, a diferencia del privativo, es común de las heredades contiguas que lo han hecho construir a su costa en el límite separativo de ambas, o uno lo ha edificado y posteriormente el otro lo ha adquirido, o ha transcurrido el tiempo de la prescripción.

**1.6. Muro de elevación**

El inc. g) del art. 2006 denomina muro de elevación "lindero que excede la altura del muro de cerramiento". Según veremos más adelante la diferencia entre muro medianero y muro de elevación es de suma importancia por cuanto el primero siempre pertenece en condominio a los titulares de los inmuebles colindantes, en tanto que el muro de elevación puede ser medianero sólo si ambas partes lo acuerdan o uno de ellos lo adquiere por prescripción (art. 2009).

**1.7. Muro enterrado**

Se considera enterrado el muro "ubicado debajo del nivel del suelo sin servir de cimiento a una construcción en la superficie", según lo dispone el inc. h) del art. 2006.

 **OBLIGACIÓN DE ENCERRAMIENTO**

El dominio, en su calidad de derecho real exclusivo y excluyente, confiere a su titular el derecho de impedir que los terceros accedan a la propiedad privada ejerciendo distintas acciones, entre ellas construir muros divisorios, cercos y cualquier otra forma de encerrar su heredad. Nuestra legislación transforma ese derecho en obligación, con la aclaración que la reglamentación varía según se trate de cerramiento forzoso urbano o rural.

El art. 2007 del CCyCN establece: "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".

En este supuesto, no se trata ya de la voluntad de titular dominical sino de la imposición legal, se trata de un cerramiento forzoso, de una obligación que funciona como una restricción legal al derecho de dominio, establecida en el interés recíproco de los propietarios colindantes, de la cual sólo es posible liberarse haciendo uso de la facultad de abandono que autoriza el art. 2028. Pero también es un derecho, como lo expresa la norma transcripta, relacionado con esa potestad de exclusión que tiene todo titular del derecho de dominio, a la que antes nos referimos.

Sin embargo se acepta que los vecinos puedan convenir en no cerrar sus fundos, si a ello no se opone el derecho administrativo, en este supuesto los titulares de dominio ejercen la facultad que se desprende del art. 1944 en cuanto autoriza al dueño a encerrar sus inmuebles, sujetándose a normas locales. Pero, ese convenio sólo tiene en tanto cualquier vecino no resuelva exigir que se cumpla con lo establecido en el art. 2007 (cerramiento forzoso urbano) o sea, mientras no decida obligar a su colindante a contribuir a los gastos del levantamiento de la cerca (art. 2014).

Según surge de la letra del art. 2007 transcrito antes, la obligación que ella contiene surge cuando en la situación de hecho se cumplen los requisitos allí establecidos:

i) que se trate de un núcleo de población o sus arrabales

ii) que las heredades que se pretende separar o encerrar sean contiguas, sin atender a su destino, esto es: que se trate de un inmueble de uso familiar, comercial o espacios abiertos, como patios o jardines;

iii) que no haya pared separativa o que la construida no reúna los requisitos señalados por las normas locales, o estuviera en estado deficiente de conservación;

iv) que el muro respete los requisitos de altura y espesor que establecen las leyes locales. En este sentido, el art. 2008 dispone: "… debe ser estable, aislante y de altura no menor de 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.

**XIV.5) Medianería urbana. Facultad acordada al que edifica primero. Obligación de contribuir al cerramiento y a su conservación: distintos supuestos. Adquisición de la medianería. Medianería rural.**

**Medianería urbana**

**ARTICULO 2007.-**Cerramiento forzoso urbano. Cada uno de los propietarios de inmuebles ubicados en un núcleo de población o en sus arrabales tiene frente al titular colindante, el derecho y la obligación recíprocos, de construir un muro lindero de cerramiento, al que puede encaballar en el inmueble colindante, hasta la mitad de su espesor.

•Facultad otorgada al que edifica primero La facultad al que primero construya una pared separativa es asentar la mitad de esa pared en el terreno del convecino.

•Obligación de contribuir al cerramiento y su conservación Art.2009 El muro construido conforme a lo dispuesto en el artículo 2008 es medianero hasta la altura de tres metros. También es medianero el muro de elevación, si el titular colindante de un derecho real sobre cosa total o parcialmente propia, adquiere la copropiedad por contrato con quien lo construye, o por prescripción adquisitiva.

•Adquisición de la medianería Quien construye un muro de cerramiento contiguo tiene derecho al cobro de la medianería y por ende a reclamarle al titular colindante la mitad del valor del terreno, de la construcción del muro y sus cimientos.

* que el titular colindante adquiera la medianería por contrato por quien la construyó
* Que la adquiera por vía de prescripción adquisitiva, para lo cual se requiere la realización de actos materiales posesorios sobre dicho muro y que transcurra el plazo de 20 años

Medianería rural ARTÍCULO 2031.-Cerramiento forzoso rural. El titular de un derecho real sobre cosa total o parcialmente propia, de un inmueble ubicado fuera de un núcleo de población o de sus aledaños, tiene el derecho a levantar o excavar un cerramiento, aunque no sea un muro en los términos del cerramiento forzoso. También tiene la obligación de contribuir al cerramiento si su predio queda completamente cerrado.

**XIV.6) Condominio por confusión de límites. Concepto y naturaleza jurídica. Acción de deslinde y acción reivindicatoria. Respecto de que predios y contra quienes procede. Gastos y formas de deslinde. Facultad especial acordada por el juez. Procedimiento en el código procesal civil y comercial (conforme a cada provincia).**

Condominio por confusión de límites procura facilitar el deslinde y amojonamiento de los predios rurales, circunstancia que es frecuente en las zonas más alejadas donde hay terrenos que no han sido encerrados o, que habiéndolo hecho, el tiempo y la falta de mantenimiento han provocado la desaparición de los alambrados o mojones.

Acciones Reales Por confusión de límites corresponde la **acción de deslinde**, cuando hay discusión o cuestionamiento acerca de dichos límites y uno de los propietarios (o los dos) pretende avanzar hacia el terreno vecino, la acción que incumbe es la acción reivindicatoria.

Los requisitos para la procedencia de la acción real de deslinde

Del **art. 2267 CCyCN** se derivan cuatro recaudos para poder impetrar este remedio procesal, a saber:

1. Que se trate de fundos o heredades que no estén edificadas, o que no se encuentren separadas por cercos, muros u otras obras permanentes que sirvan para marcar los límites de cada uno de ellos. Ello así, con independencia de si los inmuebles están emplazados en zonas urbanas o rurales, pues no es su situación lo que da motivo al pleito, sino la incertidumbre del lugar por donde pasa la línea que los separa. Más aún, puede suceder que hubieran existido con anterioridad mojones u otras señales que indicaban los límites de los predios en cuestión, pero ellos han desaparecido, o fueron accidentalmente removidos, o se han deteriorado por el transcurso del tiempo, generando todas estas circunstancias la confusión que motiva el ejercicio de la acción real de marras.
2. Los inmuebles afectados deben ser contiguos o vecinos, lo que no sucede si están separados por un terreno, espacio o bien público (calles, rutas, ríos).
3. Los límites entre dichas heredades deben estar confundidos.
4. Los inmuebles deben pertenecer a distintos propietarios.

La legitimación activa concede esta acción para los titulares de derechos reales sobre inmuebles que reúnan los requisitos indicados en el apartado anterior.

Por ende, pueden esgrimir esta vía procesal tanto los titulares de derechos reales sobre cosa propia (v.gr., dominio, condominio, conjuntos inmobiliarios, superficie, si existe propiedad superficiaria), como los que recaigan sobre cosa ajena (v.gr., superficie —si no existe propiedad superficiaria—, usufructo, uso, habitación, anticresis). También están legitimados los titulares de derechos reales sobre inmuebles que no se ejerzan por la posesión, como sucede con los titulares de servidumbres activas y el acreedor hipotecario.

La legitimación pasiva: A diferencia del caso anterior, la acción habrá de enderezarse contra los propietarios del fundo contiguo (dueño, condóminos), que son quienes aportarán los títulos y demás elementos que acrediten sus derechos, a fin de dirimir la cuestión.

**Gastos y formas del deslinde**

 Formas extrajudiciales y judiciales

* Judicial Cada una de las partes debe aportar títulos y antecedentes a efectos de probar la extensión de los respectivos derechos, en tanto el juez debe ponderar los diversos elementos para dictar sentencia en la que establece una línea separativa. Si no es posible determinarla por los vestigios de límites antiguos, por los títulos ni por la posesión, el juez debe distribuir la zona confusa entre los colindantes según, fundadamente, lo considere adecuado.
* Extrajudiciales por acuerdo de linderos

Gastos Los gastos de amojonamiento o de demarcación son comunes porque ambos vecinos se benefician, con independencia de la superficie del terreno. Ello rige si el frente de cada uno de ellos es igual, pero si los frentes tuvieran extensiones distintas, los gastos deberán ser soportados proporcionalmente por los sucesivos frentistas. Los gastos del deslinde serán en proporción a la extensión del terreno que le corresponde a cada uno. En cuanto a las costas del juicio, Borda entiende que las mismas deben imponerse por el orden causado, por tratarse de contingencias hechas en interés común.

**UNIDAD XV: USUFRUCTO**

**XV.1) Definición y caracteres. Clases. Constitución. Duración.**

**USUFRUCTO**

Concepto: El **art. 2129** del CCyCN dice que *"El usufructo es el derecho real de usar, gozar y disponer jurídicamente de un bien ajeno sin alterar la sustancia"*

Caracteres: Surge del concepto de usufructo.

• Realidad: Siendo un derecho real, goza de los caracteres de inmediatez, absolutez e inherencia. Por la inmediatez el titular ejercita sus facultades de goce directamente sobre la cosa sin la mediación del nudo propietario. La absolutez hará a la posibilidad de oponer el derecho de usufructo a cualquiera que se oponga a su ejercicio. La inherencia, a oponerlo a quienquiera que llegue a ser el propietario de la cosa.

• Limitación: Si bien el usufructuario puede usar y gozar de la cosa excluyendo a terceros e incluso al nudo propietario, no puede actuar como quiera dado que por definición le está vedado alterar su substancia. No se encuentra incluido el ius abutendi, o sea el derecho a disponer de la cosa.

• Ajenidad: Es necesario que la cosa o el derecho al cual accede el usufructuario sea ajena, ya que no puede admitirse, ni aun desde el punto de vista teórico el usufructo sobre un bien propio.

• Temporalidad: Su máxima duración es la vida del usufructuario, si es persona física (art. 2152, inc. a], CCyCN), o cincuenta años si es una persona de existencia ideal. . Es decir, en nuestro derecho el usufructo es siempre temporario, durará el término establecido en el acto constitutivo, pero éste no podrá exceder la vida (física o jurídica) del usufructuario.

• Intransmisibilidad por causa de muerte: Del carácter esencialmente temporal del usufructo, como manera de afianzarlo y de facilitar la consolidación del dominio pleno en cabeza del nudo propietario, nunca se permite que a la muerte de su titular el usufructo se transfiera a los herederos.

• Divisibilidad: Puede constituirse a favor de varias personas simultáneamente, pero no sucesivamente.

**Clases:** Son dos, el usufructo perfecto y el usufructo imperfecto o "cuasiusufructo" el que ha sido desterrado de nuestro derecho positivo éste se aplicaba a cosas fungibles.

**Constitución (art. 2812):**

1. Contrato: gratuito u oneroso, en caso de duda se presume oneroso. La adquisición se perfecciona con la tradición siendo este modo suficiente.

2. Actos de última voluntad: en caso de duda se presume gratuito el usufructo constituido de este modo. EJ: el causante lega el uso y goce a tercero reservando la nuda propiedad a sus herederos y diferentes modalidades. El usufructo adquirido por testamento se perfecciona con la muerte del testador.

3. Prescripción: es muy poco usual, ya que una persona detenta un fundo durante un tiempo necesario para la prescripción adquisitiva y lo lógico y normal sería reclamar el dominio no el usufructo. Sin embargo el CC lo admite.

4. Casos designados por la ley: bienes de hijos menores de edad en favor de sus padres que tienen sobre ellos la patria potestad. Tiene su origen en la unidad del núcleo familiar.

**Duración:** si no se dijo un término para la duración de este derecho real, se entiende que es por la vida del usufructuario, extinguiéndose a su muerte. Nunca puede ser constituido para que tenga efecto ultra muerte del usufructuario. En el caso de personas jurídicas el máximo es de 20 años.

**Modalidades:** puede constituirse de simple o se le pueden agregar clausulas accesorias como plazos, condiciones o modos. Se puede otorgar a 1 o varios beneficiarios, pero no puede hacerse en modo sucesivo, o sea, unos después de otros.

**XV.2) Derechos del usufructuario. Derecho de uso y goce. Extensión. A) Frutos naturales e industriales; b) civiles; c) minas y productos del subsuelo; d) montes y árboles. Poderes jurídicos: a) de administración; b) de disposición; c) acciones que puede ejercer.**

**Derechos del usufructuario:** Se los clasifica en materiales y Jurídicas

A) Poderes materiales sobre la cosa

* + 1. Amplitud de uso: Frente a terceros, difícilmente pueda distinguirse a un usufructuario de un verdadero propietario. Sin embargo, este uso y goce tiene un límite cierto y mensurable: el usufructuario no puede alterar la sustancia.
		2. Derecho a percibir los frutos: Frutos, en la metodología del CCyCN, son los objetos que un bien produce de modo renovable sin que se altere o disminuya su sustancia. Los frutos se dividen en tres categorías: los frutos naturales son los que produce espontáneamente la cosa, sin intervención del hombre; los frutos industriales son los que se producen por la actividad del hombre, sea en la transformación de materiales o en el cultivo de la tierra, y los frutos civiles son las rentas que produce la cosa fructífera, categoría a la que se asimilan las remuneraciones al trabajo humano.
		3. Derecho a percibir los productos: Son "productos" en la metodología del CCyCN "los objetos no renovables que, separados o sacados de la cosa, alteran o disminuyen su sustancia. Está expresamente previsto por la ley que el usufructuario podrá hacer suyos los productos de una explotación ya iniciada al tiempo de constituirse el usufructo.
		4. Derecho a realizar mejoras: El usufructuario puede realizar mejoras siempre que no alteren la sustancia (mejoras facultativas), las que el propietario no está obligado a abonar.
		5. Derecho de extender el usufructo: El usufructuario tiene el derecho al uso y goce de las accesiones en el inmueble (aluvión y avulsión) y en muebles la accesión, sin contraprestación alguna.

B) Facultades jurídicas

* + 1. Facultades de administración: El usufructuario tiene las facultades de administración absolutamente plenas. El art. 2142 CCyCN lo autoriza expresamente a constituir derechos personales de uso y goce sobre la cosa. Sin embargo, el usufructuario responde directamente ante el dueño asimilándolo la ley a un fiador.
		2. Facultad de disponer de la cosa: Carece de facultades para disponer de la cosa.
		3. Derecho a transmitir el usufructo: El CCyCN dispone que "el usufructuario puede transmitir su derecho" (art. 2142 CCyCN).Así, por su sola voluntad y sin el consentimiento ni conformidad del nudo propietario, puede transferir su derecho a tercero y liberarse, en principio, tanto de la calidad como de las obligaciones de usufructuario. La duración está determinada por la vida del usufructuario.
		4. Facultad de constituir servidumbres: El usufructuario puede constituir servidumbres sujetas a la duración del usufructo, si recae sobre el fundo dado en usufructo (servidumbre positiva)
		5. Facultad de constituir uso y habitación: El art. 2142 del CCyCN ha venido a resolverlo, concediendo expresamente al usufructuario la posibilidad de constituir derechos reales de uso y habitación. Tal como ocurre en el caso anterior, el usufructuario no resulta eximido de ninguna de sus obligaciones y responsabilidades para con el nudo propietario.
		6. Derecho de abandono: Es una forma universal de extinción de los derechos reales pudiendo abdicar de su derecho por abandono.

**XV.3) Obligaciones del usufructuario: A) antes de entrar en el uso y goce: inventario o estado y fianza. B) después de entrar: a) forma de emplear la cosa; b) guarda o conservación; c) reparaciones necesarias; d) soportar las cargas, impuestos, etc. Abandono. Usufructos especiales: a) cosas que se deterioran y se gastan; b) de animales; c) de créditos; d) cosas que se consumen con el primer uso; e) mercaderías.**

**Obligaciones del Usufructuario:** Las hay principales y derivadas

A) Principales

* + 1. Usar la cosa conforme a destino El uso y goce debe ajustarse, por convención o por la naturaleza o uso que estaba afectada la cosa.
		2. Obligación de restitución La restitución debe hacerse entregando los bienes en el mismo estado y condición en que constaren en el inventario.

B) Derivadas

* + 1. Guarda y conservación de la cosa El usufructuario tiene la obligación del cuidado y conservación de la cosa como así también está obligado a poner en conocimiento del nudo propietario todas las perturbaciones de hecho o de derecho sufridas en razón de la cosa, aunque no afecten el uso y goce, a fin de que éste pueda tomar las medidas y ejercer las acciones correspondientes a la defensa de sus derechos vulnerados. El incumplimiento de este deber de custodia hace responsable al usufructuario de todos los daños y perjuicios que resulten ocasionados al nudo propietario por su renuente o negligente accionar.
		2. Obligación de hacer mejoras Pueden ser de mero mantenimiento y necesarias, las primeras son la reparación de daños menores causado por el uso, las segundas son indispensables para la conservación de la cosa.
		3. Obligación de pagar impuestos, tasas y contribuciones Son carga del usufructuario el pago de todos los impuestos.
		4. Obligación de pagar las expensas comunes: si la cosa dada en usufructo corresponde a una unidad funcional de propiedad horizontal o a un conjunto inmobiliario propiamente dicho, el usufructuario resultara obligados además de abonar las expensas comunes de la multipropiedad. Es decir que, existiendo una unidad funcional dada en usufructo, frente al consorcio resultan obligados en forma solidaria tano el usufructuario como el nudo propietario, pudiendo el consorcio perseguir el cobro de uno u otro o de ambos en conjunto, mientras que en el aspecto interno, la obligación de pagar las expensas recae exclusivamente sobre el usufructuario, de donde, al igual que en los impuestos, tasas y contribuciones, si estas son pagadas por el nudo propietario, tendrá derecho a repetición contra el titular del derecho real sobre cosa ajena.

**Obligaciones del usufructuario**: no se trata propiamente de obligaciones, sino cargas (art. 497: no hay obligaciones que correspondan a DR).

**A) Antes de entrar en el uso y goce**

1. Inventario o Estado: El usufructuario debe hacer inventario de los muebles y estado de inmuebles, sujetos al usufructo. Debe hacerlo en presencia del propietario. Puede hacerlo mediante instrumento privado.

1.1 Inventario (muebles): de orden público, tiene la finalidad de determinar las cosas fructuarias, esencial para constituir el DR de usufructo.

1.2 Estado (inmuebles): no es de orden público, puede faltar, pero si la constitución se hace por escritura pública y se opera la tradición, el usufructo existe. Su omisión solo apareja la presunción (iuris tantum) de hallarse los bienes en buen estado al recibirlos el usufructuario.

Momento: aunque el usufructuario haya entrado en posesión, sin inventario o estado, tampoco con oposición del propietario, este puede en cualquier tiempo obligarlo a hacer este arqueo.

3. Dispensa: las cláusulas de dispensa de esta carga puestas en el testador, se tendrán por no escritas.

2. Fianza: Debe entregar fianza a propietario con el fin de asegurar:

1. Uso y goce conforme a la ley y se conservar el objeto.

2. Se cumpla con obligaciones accesorias.

3. La cosa se devuelva al finalizar el usufructo.

Determinación y dispensa: su valor se pueden determinar en el acto constitutivo o posteriormente; puede dispensarse.

Consecuencias de su incumplimiento:

1. Antes de la entrega de la cosa: da al propietario el derecho a negar la entrega, salvo que el usufructuario reclame bajo caución juratoria la entrega de los muebles necesarios para su uso, en cuyo caso el juez podrá acceder a esta solicitud.

2. Después de la entrega: el nudo propietario puede exigir la fianza en cualquier momento.

3. Si el juez fijo un término: los inmuebles serán dados en arrendamiento o puestos en secuestro, excedente de alquileres o arrendamiento se dará al usufructuario. Las mercaderías se vendaran.

**B) Después de entrar en uso y goce: (VER OBLIGACIONES DERIVADAS)**

**Usufructos especiales:**

a) De cosas que se deterioran o se gastan (art. 2872): el usufructuario tiene derecho a servirse de las cosas que se gastan y deterioran lentamente en los usos a que están destinados, y solo está obligado a devolverlas, al extinguirse el usufructo, en el estado en que se hallen, salvo si se deterioran o consumen por su culpa.

**b) De animales:**

A) Ganado (universalidades): el usufructuario está obligado a reemplazar con las crías que nacieren los animales que mueren ordinariamente o que falten por cualquier causa.

1. Si perecen en su totalidad:

1.1Culpa: debe sustituirlas con crías e indemnizar al propietario.

1.2 Sin culpa: se libera entregando al dueño los despojos que se hayan salvado.

2. Si perece parcialmente:

2.1 Sin culpa: puede continuar en el usufructo reemplazando los animales que faltan, o puede hacer cesar el usufructo entregando los que no hayan perecido.

2.2Con culpa: igual que caso sin culpa.

B) tiene derecho para servirse de ellos y obtener los productos que dieren, no puede alquilarlos, a menos que este fuere su destino. En caso de que se pierdan o mueran el usufructo queda concluido, pero las consecuencias varían según:

1. Sin culpa: no tiene obligación de substituirlos y debe entregar los despojos.

2. Con culpa: deberá substituirlo o indemnizar al propietario.

**c) De créditos:** Los créditos por su naturaleza no pueden ser objeto de cuasiusufructo. El objeto de este tipo de DR sobre créditos puede ser:

1. Actual: cuando exista un instrumento que los representa, en cuyo caso debe ser entregado al usufructuario, notificándose a los deudores.

2. Futuro: cuando no exista un instrumento que lo represente, pues en este caso las cosas que irán al usufructuario serán objeto futuro.

Los créditos intransmisibles no pueden ser objeto de usufructo.

**d) De cosas que se consumen en el primer uso:** no se aplica el salva rerum substancia, y es por esto que no pueden ser objeto de cuasiusufructos, que son los que tienen justamente por objeto cosas fungibles y no fungibles. No hay forma de usar y gozar estas cosas sin alterar su esencia, puesto que al hacerlo se agotan. Es por esto que la obligación del usufructuario es restituir al propietario la misma cantidad recibida de la especie y calidad.

**e) De mercaderías (art. 2809):** el usufructo de mercaderías es un puro y simple usufructo, y el usufructuario puede enajenarlas. Los derechos respectivos se fijaran por el valor que se les hubiese dado, o por el inventario que determine su calidad y cantidad. Si bien el art. lo califica como usufructo puro, es un cuasiusufructo, pues en el usufructo el titular no puede enajenar las cosas.

**XV.4) Obligaciones del nudo propietario: a) entrega de la cosa; b) cambiar su estado; c) obligación de garantía. Derechos del nudo propietario.**

**Obligación del nudo propietario**

1. Entrega de la cosa: Claro está que la primera obligación de quien será el nudo propietario es la entrega de la cosa. No surge de ninguna norma especial de usufructo sino que se deduce de las normas generales de constitución de los derechos reales que se ejercen por la posesión. Esta obligación de entrega solo podrá ser pospuesta en el tiempo en caso de que el futuro usufructuario, obligado contractual o legalmente a hacer el inventario o a dar garantías sea remiso a hacerlo.
2. Abstención de cualquier acto que altere o turbe el uso y goce del usufructuario: ante cualquiera de esos actos de turbación el usufructuario puede exigir su cese. Tendrá para ello acciones personales, acciones posesorias (acción posesoria de mantener) e incluso acciones reales, pudiendo intentar la acción negatoria o la acción confesoria según sea la naturaleza de la turbación. Antes de requerir el cese de la turbación, en caso de que el usufructo fuere oneroso, puede requerir una disminución proporcional del precio de acuerdo a la gravedad de la turbación
3. Obligación de garantía: **Art. 2915:** Cuando el usufructo es constituido por título oneroso, el nudo propietario debe garantir al usufructuario el goce pacifico de su derecho. Esta garantía es de la misma clase que la que debe el vendedor al comprador. Si el usufructo fuese a título gratuito y de cosas fungibles, el usufructuario no tiene acción alguna contra el nudo propietario.

c.1) Evicción: si el usufructo es a título oneroso, rigen las normas relativas a la evicción entre comprador y vendedor.

c.2) Vicios redhibitorios:

1. Acción redhibitoria: se hace a fin de extinguir el usufructo y la devolución de lo que ambos recibieron.
2. Acción cuanti minoris: se hace con el fin de reducir el precio, es por esto que solo procede en el usufructo oneroso.

**Derechos del nudo propietario**

El nudo propietario conserva el ius abutendi, y por tanto, el poder de disposición de la cosa. Puede vender el objeto sometido al usufructo, donarlo, gravarlo con derechos reales de garantía, etc., y ejercer todas las acciones que pertenezcan al propietario, siempre y cuando no afecte al derecho de uso y goce que ha transferido al usufructuario.

En cuanto a las facultades materiales sobre la cosa, en principio no podrá ejercer sobre el bien ningún acto material sin la autorización del usufructuario.

EXTINCION DEL USUSFRUCTO

* + 1. **Causas comunes de extinción de los derechos reales**
	1. Destrucción total de la cosa: Si la cosa perece en forma total, el usufructo, como todo derecho real existente sobre la misma, se extingue por falta de sustento material. Si la destrucción es parcial, el usufructo habrá de continuar sobre el resto de la cosa, ya que el art.1907 CCyCN exige que aquélla sea total
	2. Abandono: El abandono por parte del usufructuario importa la abdicación de su derecho y la reunión en cabeza del propietario de la plenitud del dominio.
	3. Consolidación: Esta consolidación se puede dar en cabeza del usufructuario, de un tercero o del propio nudo propietario.
	4. Cumplimiento del plazo o de la condición: Si se ha establecido un plazo, cierto o incierto, la extinción se produce al vencimiento de éste y desde ese momento el nudo propietario tiene derecho a exigir la restitución del bien y a los frutos que éste produzca en adelante.
		1. **Medios especiales de extinción del usufructo**
	5. Muerte del usufructuario: Debe tenerse presente que cualquiera sea el plazo o la condición a la que esté sometida el usufructo, el mismo se extingue por la muerte del usufructuario de cualquier manera que suceda. ya que el usufructo jamás pasa a los herederos.
	6. Extinción de la persona jurídica usufructuaria: la extinción o disolución de la persona jurídica a favor de la cual se encontraba constituido el usufructo acarrea la inexorable extinción del mismo.
	7. No uso: Se extingue también el usufructo por su no uso durante el término de diez años
	8. Uso abusivo: Para determinar qué se entiende por "uso abusivo", debemos remitirnos a la norma de los arts. 10 y concs. del CCyCN:*Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres".*
	9. Alteración de la sustancia: la alteración de la sustancia se mantiene en el CCyCN como una causal autónoma de extinción del usufructo. Para que opere como tal debe ser comprobada judicialmente.

**XV.5) Uso: concepto y caracteres. Constitución por título. Ejecución por los acreedores. Normas supletorias.**

**USO**

**Concepto:** **Art 2154** “*El uso es el derecho real que consiste en usar y gozar de una cosa ajena, su parte material o indivisa, en la extensión y con los límites establecidos en el título, sin alterar su sustancia. Si el título no establece la extensión del uso y goce se entiende que se constituye un usufructo.*

*El derecho real de uso sólo puede constituirse a favor de persona humana.”*

**Caracteres:**

1. Otorga derecho a usar la cosa y derecho a gozar en forma restringida, limitada a las necesidades del usuario y su familia.

2. La cosa sobre la cual recae debe ser ajena. No existe uso sobre cosa propia.

3. Impone obligación de no alterar la sustancia de la cosa.

4. Es un derecho temporario, nunca perpetuo.

5. Intransmisible.

Constitución por título (art. 2949): uso y habitación se constituyen del mismo modo que usufructo (contrato oneroso o gratuito, actos de última voluntad y prescripción), con excepción de no haber uso legal o establecido en las leyes (pero a partir de 1974 hay uno: derecho de habitación del cónyuge supérstite). Si la constitución del uso fuese sobre fundo o tratase de derecho de habitación, deberá instrumentarse por escritura pública.

Ejecución por acreedores: los frutos no pueden ser embargados por acreedores cuando el uso de estos se limita a las necesidades del usuario y su familia.

**Normas supletorias** La analogía del derecho de uso se rige por las normas que regulan el usufructo, salvo que estén modificadas por los pocos artículos que integran el título IX.

¿Cuáles son esas disposiciones particulares a que hace referencia el art 2155 del ccc?

La primera de ellas es que se excluye la posibilidad de constituir uso a favor de una persona jurídica, ya que sólo puede establecerse a favor de persona humana (art.2154 CCyCN).

La segunda es la imposibilidad de constituir derechos reales sobre su derecho de uso, facultad que, como vimos, le es acordada al usufructuario, quien puede constituir servidumbres, derechos de uso y habitación o anticresis sobre su derecho de usufructo.

En tercer lugar, se impide a los acreedores embargar los frutos cuando estos tienen carácter alimentario. Cuestión que no sucede en el usufructo.

**Objeto:** podrá ser una cosa mueble o inmueble, una parte material de ella o una parte indivisa, como lo marca la ley. Las cosas que pueden ser objeto del uso serán las mismas que lo podrían ser del usufructo. También puede ser objeto del derecho de uso una parte indivisa de una cosa mueble o inmuebles. También aquí se aplican las reglas del co-ususfructo por analogía legal.

**XV.6) Habitación: concepto. Limitaciones. Objeto y caracteres. Constitución y extinción del derecho real de habitación. Diferencia en cuanto a los frutos con el derecho real de uso. Normas supletorias.**

**HABITACION**

**Concepto: (Art. 2158)** *La habitación es el derecho real que consiste en morar en un inmueble ajeno construido, o en parte material de él, sin alterar su sustancia. El derecho real de habitación sólo puede constituirse a favor de persona humana.*

Habitador- Limitaciones: el derecho de habitación, al igual que de uso solo puede ser constituido a favor de persona humana. Es un derecho real constituido intuitu personae, es decir teniendo en mira única y exclusivamente la persona del habitador. De allí que resulte intransmisible, ni por causa de muerte, al igual que el uso y el usufructo, pero tampoco por acto entre vivos. Esta última prohibición veda la posibilidad de que pueda ser embargado o ejecutado por los acreedores del habitador. Es decir, los derechos del habitador solo se extienden y a su vez, se limitan exclusivamente a morar en un inmueble ajeno.

**Objeto:** el objeto del derecho real de habitación está circunscripto a un inmueble ajeno constituido que, lógicamente, debe resultar habitable. No puede constituirse sobre bienes muebles ni sobre derechos ni sobre cosas fungibles. Sólo podrá ser objeto del derecho real de habitación la totalidad del inmueble o una parte material de él. En este caso, el **art 2161** del ccc prevé que cuando el habitador reside sólo en una parte de la casa que se le señala para vivienda, debe contribuir al pago de las cargas, contribuciones y reparaciones a prorrata de la parte de la casa que ocupa.

**Caracteres:**

1. Derecho aplicable a persona humana.

2. Intransmisible.

**Constitución (art. 2134 CCC):**

1. Por transmisión de uso y goce con reserva de la nuda propiedad.

2. Por transmisión de nuda propiedad con reserva de uso y goce.

3. Por transmisión de nuda propiedad a una persona y el uso y goce a otra.

**Extinción (art. 2152)** refiere al usufructo, pero las disposiciones son comunes:

1. Cumplimiento del plazo

2. Muerte del habitador, aunque no se haya cumplido el pacto o condición pactado.

3. No morada por 10 años, por cualquier razón. El desuso involuntario no impide la extinción, ni autoriza a extender la duración del derecho de habitación.

4. Uso abusivo y alteración de la sustancia comprobada judicialmente.

7. Diferencia en cuanto a los frutos con el derecho real de uso:

8. Normas supletorias (art. 2159 CCC): se aplican las normas del uso, a excepción de las disposiciones particulares en el presente.

**UNIDAD XVI. SERVIDUMBRES**

**XVI.1) Servidumbre. Concepto general. Personales y reales. Caracteres comunes y diferencias. Metodología del código de Vélez y del ccc.**

**Concepto:** La servidumbre está definida en el **art. 2162** del ccc que estable que es “*el derecho real que se establece entre dos inmuebles y que concede al titular del inmueble dominante determinada utilidad sobre el inmueble sirviente ajeno. La utilidad puede ser de mero recreo.”*

**Personales y reales**

Servidumbre personal es la constituida en favor de persona determinada sin inherencia al inmueble dominante. Si se constituye a favor de una persona humana se presume vitalicia, si del título no resulta una duración menor.

Servidumbre real es la inherente al inmueble dominante. Se presume perpetua excepto pacto en contrario. La carga de la servidumbre real debe asegurar una ventaja real a la heredad dominante, y la situación de los predios debe permitir el ejercicio de ella sin ser indispensable que se toquen.

La servidumbre real considerada activa y pasivamente es inherente al fundo dominante y al fundo sirviente, sigue con ellos a cualquier poder que pasen y no puede ser separada del fundo, ni formar el objeto de una convención, ni ser sometida a gravamen alguno.

En caso de duda, la servidumbre se presume personal.

**Caracteres comunes y diferencias**

1. derecho real: se trata de un derecho real y como tal participa de todos los atributos propios del mismo. Se deduce de ello su absolutez en el sentido de oponibilidad erga omnes.

2 derecho real sobre cosa ajena:

2.1 imposibilidad de constituirla sobre el inmueble del que el dominante es titular del derecho de dominio: el art 2162 es expreso al establecer que la utilidad recae sobre un inmueble ajeno. La servidumbre no puede recaer sobre un bien propio, pues las cosas sirven a su dueño por derecho de propiedad y no por derecho de servidumbre.

3 derecho real de goce o disfrute: las servidumbres son derechos reales que conceden un disfrute limitado y directo para el fundo dominante sobre el fundo sirviente.

4 derecho real inmobiliario: solo pueden recaer sobre inmuebles (art 2162)

5 ¿se ejercen por la posesión? El art 1891 establece “todos los derechos reales regulados en este código se ejercen por la posesión, excepto las servidumbres y la hipoteca. Las servidumbres positivas se ejercen por actos posesorios concretos y determinados sin que su titular ostente la posesión.”

**XVI.2) Servidumbres reales. Noción. Caracteres. Inherencia. Indivisibilidad. Requisitos para su existencia. Clasificación: su importancia.**

**Caracteres específicos de las servidumbres reales**

1. **tendencia a la perpetuidad:** Se presume perpetua excepto pacto en contrario.
2. **Utilidad para el fundo dominante:** La servidumbre debe reportar una ventaja al fundo dominante, Se trata de una utilidad, una ventaja y no toda la utilidad.

Si se absorbiera toda la utilidad que pudiere obtenerse de la finca sirviente estaríamos ante un usufructo. La norma establece vecindad entre los fundos, basta que haya una relación espacial tal que permita el aprovechamiento de uno con respecto al otro.

**c) Inherencia (cosas inseparables por su naturaleza).** La servidumbre real considerada activa y pasivamente es inherente al fundo dominante y al fundo sirviente, sigue con ellos a cualquier poder que pasen y no puede ser separada del fundo, ni formar el objeto de una convención, ni ser sometida a gravamen alguno. La inherencia es la esencia del derecho real de servidumbre, en el caso de las servidumbres reales, traen como consecuencia lógica que ante la transferencia a título universal o singular del inmueble dominante, éste siga enriquecido con la servidumbre y que simétricamente el sirviente continúe empobrecido por la servidumbre.

**d) Indivisibilidad** La indivisibilidad de las servidumbres, si bien no se encuentra expresamente regulada en el CCyCN consideramos que, por encontrarse íntimamente ligada al carácter anterior (inherencia), sigue siendo un carácter elemental de las servidumbres reales. Al respecto sostienen Mariani de Vidal y Abella que deben considerarse indivisibles, ya que esa característica tiene su sustento en la naturaleza misma de las servidumbres.

**Clasificación de las servidumbres**

* + - 1. **Servidumbres positivas y negativas:** esta clasificación es receptada por la norma del art 2164 del ccc que conceptúa a la servidumbre como positiva si la carga real consiste en soportar su ejercicio, y como negativa, si la carga real se limita a la abstención determinada impuesta en el título. Es decir, la servidumbre es positiva si obliga al titular del fundo sirviente a dejar hacer algo a un tercero y es negativa si implica que propietario debe abstenerse de hacer algo.
			2. **Reales y personales:** el art. 2165 del ccc distingue entre servidumbre personal y real. Define a la servidumbre personal como aquella que es constituida a favor de una persona determinada sin inherencia al inmueble dominante y a la servidumbre real, por oposición, como aquella que es inherente al inmueble dominante.
			3. **Forzosas y no forzosas:** surge tal clasificación del art 2166 “nadie puede imponer la constitución de una servidumbre, excepto que la ley prevea expresamente la necesidad jurídica de hacerlo, caso en el cual se denomina forzosa”
			4. **Nominadas e innominadas:** el art 2166 nos remite a las servidumbres nominadas en el código: tránsito, acueducto, recibir aguas, por una parte, e innominadas por la otra.
			5. **Clasificaciones suprimidas**
1. **Continuas y discontinuas:** esta clasificación estaba contenida en el art 2975 del código derogado, estableciendo que las servidumbres continuas son aquellas cuyo uso es o puede ser continuo, sin un hecho actual del hombre, como la servidumbre de vista, y que las servidumbres no dejar de ser continuas, aunque el ejercicio de ellas se interrumpa por intervalos más o menos largos a causa de obstáculos cuya remoción exija el hecho del hombre. Las servidumbres discontinuas estaban descriptas como aquellas que tienen necesidad del hecho actual del hombre para ser ejercidas, como la servidumbre de paso.
2. **Aparentes y no aparentes:** el art 2976 del cc se ocupada de las servidumbres aparentes a alas que llamaba también, visibles, y de las no aparentes. Aparentes, son aquellas que se anuncian por signos exteriores como una puerta, una ventana. No aparentes son las que no se manifiestas por ningún signo, como la prohibición de elevar un edifico a altura determinada.

**XVI.3) Constitución: a) por título; b) por testamento; c) por destino del padre de familia. Su diferencia con la servidumbre que renace; d) por prescripción.**

**Constitución de servidumbres**

1) Constitución por contrato La servidumbre, sobre un inmueble, y tratándose de un derecho real, el contrato deberá ser hecho por escritura pública. Si es oneroso y fue hecho en instrumento privado, se podrá demandar su elevación a escritura pública, pero si es gratuito la forma de escritura pública será una exigencia solemne. El título deberá, ciertamente, ser inscripto en el Registro de la propiedad inmueble a los fines de ser opuesto a terceros interesados.

El primer uso es modo suficiente de adquisición de servidumbre positiva. No basta el título, sino que recién la primera vez que el titular de la servidumbre hace uso de ésta se tiene por cumplido el modo y recién allí nacerá el derecho real.

2) Constitución por disposición de última voluntad Nada dice el nuevo Código. Marina de Vidal y Abella afirman que es posible tal constitución por no ser necesaria norma expresa en ese sentido, pues el testador, mientras no afecte la legítima, puede disponer como quiera de su nuda propiedad y su disfrute.

3) Constitución por usucapión Para Mariani de Vidal y Abella, la usucapión de servidumbres ha quedado descartada del nuevo Código. Por ende, entendemos más coherente con el sistema integral de los derechos reales y el instituto de la usucapión sostener que una interpretación finalista debe llevar a aceptar este medio de constitución de las servidumbres, siempre que se den los requisitos de la misma, considerando que la posesión sí concurre, al modo de las servidumbres, manifestada en los pertinentes actos posesorios.

4) Por disposición de la ley: servidumbres forzosas Dice el art. 2166 del Código que nadie puede imponer la constitución de una servidumbre, excepto que la ley prevea expresamente la necesidad jurídica de hacerlo, caso en el cual se denomina forzosa.

5) Modos suprimidos

1. Destino de padre de familia.

2. Servidumbre que revive: El CCyCN, siguiendo al Proyecto de 1998, no contempla ni la servidumbre constituida por destino de padre de familia ni la servidumbre que revive.

**XVI.4) Capacidad de hecho y de derecho para constituir servidumbres: por condominio, por titulares de otros derechos reales y por simples poseedores.**

**Capacidad de hecho y de derecho para constituir servidumbres**

1) Titulares exclusivos de derechos reales La norma del art. 2168 CCyCN prescribe, en su primer párrafo, que los titulares de derechos reales que se recaen sobre inmuebles y se ejercen por la posesión están legitimados para constituir servidumbres.

2) Comunidad de derechos Si existe comunidad, la servidumbre debe ser constituida por el conjunto de los titulares.

**XVI.5) Derechos y deberes del propietario del fundo dominante.**

**Derechos y obligaciones del titular del fundo dominante**

1. Posibilidad del titular dominante de constituir derechos personales y reales El titular de la heredad dominante puede constituir derechos personales respecto de la utilidad que tiene sobre el inmueble sirviente. Por tanto, podría ceder la utilidad a un tercero en todo o en parte. Sin embargo, sigue siendo el responsable ante el propietario.

2. Extensión de la servidumbre:

2.1 Inclusión de las servidumbres accesorias Las servidumbres accesorias dependen claramente de la principal a la que sirven y son razón de su existencia, por lo que su uso es permitido sólo en función del goce de la principal y no para otros fines.

2.2 Ejercicio El ejercicio de la servidumbre no puede agravarse si aumentan las necesidades del predio dominante. Es decir que si por cualquier causa los requerimientos del dominante se acrecientan, ello no podrá ensanchar la extensión de la servidumbre.

3. Derecho a realizar trabajos en el fundo sirviente El titular dominante tiene derecho a realizar trabajos necesarios para la conservación y ejercicio de la servidumbre. Los gastos correrán por cuenta del titular dominante salvo que se pacte lo contrario.

4. Trabajos contrarios al ejercicio de la servidumbre El art. 2177 CCyCN acuerda al titular dominante el derecho de ordenar la remoción de los trabajos u obras efectuadas en el inmueble sirviente que obstaculicen el ejercicio de la servidumbre y reponer las cosas a su estado anterior.

5. Ejecución por los acreedores Sea personal, sea real, la servidumbre guarda una relación de tal con el inmueble dominante que no puede enajenarse con independencia de aquél, ni siquiera en forma forzada.

6. Comunicación de perturbaciones Es obligación del titular dominante informar al titular sirviente acerca de las perturbaciones de hecho o de derecho sufridas en razón del ejercicio de la servidumbre. El incumplimiento de este deber de custodia hace responsable al titular dominante de todos los daños y perjuicios que resulten ocasionados al titular sirviente por su renuente o negligente accionar.

**XVI.6) Obligaciones y derechos del propietario del fundo sirviente.**

**Derechos del titular sirviente**

1. Aclaración previa El nuevo Código, a diferencia del derogado, no hace referencia a las obligaciones del sirviente, lo que constituye un acierto, ya que éste no asume obligación alguna, y si lo hace no será parte del derecho real sino una mera obligación, un derecho personal.

Su deber primordial será tolerar o abstenerse conforme al contenido de la servidumbre.

2. Disposición jurídica y material El titular del fundo sirviente conserva el ejercicio de todas las facultades jurídicas y materiales inherentes al derecho real que ostente sobre el predio sirviente. La única merma que sufre en su derecho real es el de cumplir con el deber de tolerar o de abstención que implica, según los casos, la servidumbre.

3. Prohibición de turbación El titular sirviente no debe turbar el ejercicio de la servidumbre, dice la norma del art. 2180, ni siquiera por la constitución de otra servidumbre.

4. Constitución y ejercicio con el menor menoscabo El titular sirviente puede exigir que la constitución de la servidumbre o el ejercicio de éstas e ejecuten con el menor menoscabo para su inmueble, siempre que ello no prive de la utilidad a la que tiene derecho.

**XVI.7) Extinción de las servidumbres. Causas y efectos**

**Extinción de las servidumbres**

1. Causas generales de extinción: Consolidación la reunión en cabeza de una misma persona de las calidades de titular dominante y sirviente.

2. Extinción por pérdida absoluta de utilidad la servidumbre debe reportar una utilidad aunque sea de mero recreo. Por ello, ante "la desaparición de toda utilidad para el inmueble dominante", ésta se extinguirá.

3. Extinción por el no uso El no uso por el término de diez años de la servidumbre, por persona alguna, provoca su extinción cualquiera sea su razón.

4. Extinción por muerte o extinción del titular dominante En las servidumbres personales debemos distinguir si el titular dominante es una persona humana o una persona jurídica. En el caso de la persona humana, su muerte, aunque no estén cumplidos el plazo o condición pactados, extingue la servidumbre personal. La misma no pasa a los herederos. En el supuesto de que el titular sea una persona jurídica, la servidumbre cesa con la extinción de dicha persona. Pero, además, salvo que se haya pactado una duración menor, la servidumbre acabará igualmente a los cincuenta años de su establecimiento. En las servidumbres reales e presume perpetua excepto pacto en contrario.

5. Efectos de la extinción.

5.1 Recuperación de su plenitud el primer efecto de la extinción de la servidumbre será que el dominio recupere su plenitud y ya no sea un dominio imperfecto como lo era por la carga que experimentaba de la servidumbre.

5.2 Extinción de los derechos del titular dominante La misma constituirá la extinción ipso iure de todos los derechos constituidos referente a ésta por el titular dominante, tal como lo prevé el art. 2183 del CCyCN.

**UNIDAD XVII: Derechos reales de garantía**

**XVII.1) La prenda en el nuevo Código Civil y Comercial. Prenda con y sin desplazamiento. El objeto de los derechos reales y en particular de los derechos reales de garantía. Prenda sobre cosas. La ejecución de la prenda: ejecución judicial y extrajudicial de la prenda de cosas y derechos.**

**XVII.2) Prenda: Concepto. La prenda en dinero. Forma del contrato de prenda. Prenda sucesivas.**

**LA PRENDA**

**Concepto: Art. *2219*** *La prenda es el derecho real de garantía sobre cosas muebles no registrables o créditos instrumentados. Se constituye por el dueño o la totalidad de los copropietarios, por contrato formalizado en instrumento público o privado y tradición al acreedor prendario o a un tercero designado por las partes.*

**1.1. La prenda con desplazamiento**

El art. 2219 del CCyCN consagra la noción del derecho real de prenda común o con desplazamiento y entrega de la cosa afectada.

He aquí la caracterización legal: "La prenda es el derecho real de garantía sobre cosas muebles no registrables o créditos instrumentados. Se constituye por el dueño o la totalidad de los copropietario, por contrato formalizado en instrumento público o privado y tradición al acreedor prendario o a un tercero designado por las partes...".

En la definición que antecede, están presentes los caracteres comunes a todas las garantías reales (accesoriedad, convencionalidad, especialidad en cuanto al objeto y al crédito), por lo que corresponde reparar en aquellas **notas que son propias de esta figura**, a saber:

**a)** Se trata de un derecho real que recae sobre cosas muebles, es decir, que pueden desplazarse de un lugar a otro por sí mismas o por una fuerza externa (conf. art. 227) y que no sean registrables, o bien sobre derechos personales o créditos, en tanto y cuanto estén documentados bajo la forma escrita (v.gr., instrumentos públicos o privados).

**b)** La naturaleza del objeto determina quiénes son los legitimados para la constitución de esta garantía, a saber, si se trata de cosas muebles no registrables, los titulares de los derechos reales de dominio o condominio sobre éstas (el caso de la prenda sobre cosa ajena se considera *infra*); si fuera un crédito, su titular actual o acreedor.

**c)** El constituyente del gravamen y legitimado a estos fines puede no ser el deudor de la obligación principal asegurada (v.gr., propietario o acreedor no deudor), por lo que con esta garantía se pueden secundar deudas ajenas.

**d)** La forma de la convención prendaria ha de ser un documento escrito, público o privado que goce de fecha cierta (por ejemplo, por la certificación notarial de las firmas de las partes celebrantes, por su protocolización voluntaria ante el registro del escribano que se designe, etc.), pues sólo de esta manera se torna oponible a terceros (arg. art. 2222). Así, el título suficiente contrato de prenda, es formal no solemne, dado que las exigencias apuntadas están previstas a los fines de su prueba y consiguiente oponibilidad a terceros.

**e)** La tradición efectiva de la cosa o instrumento portante del crédito al acreedor, o a la persona designada por éste. Como se trata de una garantía real con desplazamiento o entrega efectiva de la cosa, hasta tanto no suceda esto, no nacerá el derecho real equivalente (modo suficiente). Y en estas lides, el acreedor será poseedor legítimo de la cosa o documento escrito portante del crédito, y podrá obrar en consecuencia.

**f)** Finalmente, la posibilidad de ejecutar el objeto de la garantía, frente al incumplimiento del sujeto obligado en los casos y formas previstos.

**La prenda en dinero** Tratándose el objeto del derecho real en análisis de cosas muebles, si las mismas son fungibles o consumibles (como sucede con el dinero), el acreedor prendario adquirirá la propiedad de ellas que se incorporan así como activos a su patrimonio, debiendo restituir su equivalente (en la misma cantidad y calidad) en el caso en que el deudor cumpla en término con la obligación principal que dio motivo a la garantía.
En estas circunstancias el acreedor prendario está en una posición equivalente a la que ostenta cuando liquida la garantía, pero desde el momento mismo en que ésta ha sido constituida.
La solución que antecede, se aplica en la práctica, a los depósitos de sumas de dinero para garantizar el cumplimiento de obligaciones derivadas de los contratos de locación de inmuebles, de locación y ejecución de obras o servicios pactados.

**El contrato de prenda**

Al igual que sucede con el resto de las garantía reales, su causa eficiente surge del acuerdo de partes. El contrato que da origen al derecho real de prenda tiene recaudos de fondo y de forma, los que se consideran a continuación.

1. Los requisitos de fondo: son 3

1- la **capacidad** de las partes,

2-**la legitimación** de quien constituya la garantía

3- la **entrega de la cosa.**

1. **La capacidad**: Deben aplicarse los principios generales, por lo que se requiere del constituyente del gravamen, sea o no el deudor, la capacidad de disponer, atento a la consecuencia final que puede derivarse del incumplimiento de la obligación asegurada, cual es la ejecución de la cosa.

2. **La legitimación:** se exige que quien constituya el gravamen, detente la propiedad de los bienes afectados a la garantía. De aquí que estén legitimados, en el caso, solamente los titulares de derechos reales sobre cosa propia (dominio o condominio).

La inobservancia de este recaudo provoca, *ipso facto*, la nulidad del gravamen, motivo por el cual, el verdadero propietario de la cosa afectada, puede reclamar su restitución al acreedor, por aplicación del inveterado principio del *nemo plus iuris*, consagrado de modo general en el art. 399 del CCyCN.

No obstante, cabe preguntarse si tiene alguna incidencia la solución del art. 1895 de dicho cuerpo legal, con su presunción de propiedad a favor del poseedor de buena fe de cosas muebles no hurtadas ni perdidas.

O, lo que es lo mismo, si en algún caso el legislador concede eficacia a la prenda constituida sobre cosas ajenas.

3.1.3. **La tradición** de la cosa pignorada. La prenda requiere para su existencia como derecho real de la entrega efectiva de la cosa gravada. Se trata de un componente que denota su condición de derecho real que se ejerce por la posesión efectiva de las cosas (conf. art. 1891).

Debe señalarse que la relación posesoria que el acreedor entabla con la cosa pignorada es distinta de la que rige en materia de derechos reales sobre cosa propia o sobre cosa ajena, de uso goce.

Ello así, puesto que el titular del derecho real en análisis, como lo es en garantía de una obligación, no puede servirse de la cosa, salvo pacto expreso en contrario.

Por consiguiente, la tradición de la cosa y la relación posesoria que el acreedor entabla con ella, cumplen una finalidad propiamente publicitaria del gravamen, pero no habilitan a su titular a usar y gozar de dicho objeto, de acuerdo a su destino.

De aquí que el acreedor prendario se limite a conservar y retener el objeto de marras, hasta tanto sea satisfecho en su crédito.

No obstante las limitaciones apuntadas, el mentado acreedor es un poseedor legítimo de la cosa pignorada, y podrá ejercitar las defensas inherentes a esa relación de poder (acciones e interdictos posesorios, frente a los casos de turbación o despojo), como también las referidas al derecho real en sí ismo (acciones negatoria y de reivindicación), incluso contra el constituyente del gravamen, a las que se suman las propias del derecho personal que secunda la garantía.

Ciertamente, la existencia del derecho está ligada a la persistencia de la cosa en poder del acreedor, pues es este elemento (la posesión) el que le permite hacer efectiva, en su caso, la garantía real.

Es por eso que se dispone en el art. 2221 del CCyCN que los derechos que da al acreedor la constitución de la prenda, sólo subsisten mientras está en posesión de la cosa o de un tercero convenido entre las partes. En rigor, este último será depositario de la cosa mobiliaria, y por tanto tenedor de ella, representando la posesión del acreedor.

Sin embargo, se presume a favor del titular de la garantía la continuación de su relación de poder con la cosa pese a la pérdida fáctica de ésta, sea por extravío, sustracción o por su entrega a un tercero con obligación de devolverla, en tanto el acreedor prendario esté en la posibilidad de obtenerla nuevamente por las vías jurídicas antes apuntadas, y la pérdida del *corpus*sea temporaria.

**2. Los requisitos de forma**

La convención que da origen a la prenda común o con desplazamiento, es un contrato formal no solemne, en el sentido de que sólo se precisa de su extensión por escrito, bajo la forma de instrumento público o privado con fecha cierta, para hacerlo oponible a terceros.

En cambio, entre las partes, el negocio se perfecciona por el sólo acuerdo de sus participantes, sumado a la entrega efectiva de lo pactado.

De aquí se sigue que las partes preconstituirán prueba suficiente por escrito de la celebración del convenio prendario, pues ello hace a la existencia misma del privilegio que asiste al acreedor en estas lides, y que le dará la prelación en el cobro, en el caso de ejecutarse la cosa que constituye el objeto de la garantía.

El contrato de prenda deberá extenderse bajo la forma escrita, sea en instrumento público (notarial, administrativo), o privado con fecha cierta (el procedimiento más frecuente, en este último caso, será acudir a la autenticación notarial de las firmas de sus otorgantes), seguido de la tradición efectiva de la cosa al acreedor o a una tercera persona designada de común acuerdo por las partes.

En cuanto a sus contenidos obligatorios, son los que hacen al cumplimiento de los caracteres esenciales a todas las garantías reales, a saber:

a) La determinación de la obligación que se garantiza.

b) La descripción de los objetos gravados, según su naturaleza.

c) La indicación del monto máximo por el cual se responde con dicho objeto.

**ARTICULO 2223** – **PRENDAS SUCESIVAS*:*** *Puede constituirse una nueva prenda sobre el bien empeñado, a favor de otro acreedor, si el acreedor en cuyo poder se encuentra consiente en poseerlo para ambos o si es entregada en custodia a un tercero en interés común. La prioridad entre los acreedores queda establecida por la fecha de su constitución. No obstante, las partes pueden, mediante declaración de su voluntad formulada con precisión y claridad, sustraerse a los efectos de esta regla y establecer otro orden de prelación para sus derechos, a fin de compartir la prioridad o autorizar que ésta sea compartida.*

 Las prendas sucesivas y el orden de prelación para el cobro. Cabe la posibilidad que se constituyan dos o más gravámenes prendarios sobre un mismo objeto, a favor de diversos acreedores, de modo simultáneo o sucesivo.
En el primer caso, los interesados acordarán cuál de ellos detentará la cosa prendada, o si ésta será entregada a un tercero para que la tenga en sus nombres.
En el segundo, en cambio, se plantea como tema inicial a resolver, la manera cómo se verificará la tradición del objeto pignorado a los acreedores posteriores, puesto que sin el desplazamiento de aquél no queda perfeccionado el gravamen como derecho real.
En rigor, como debe cumplirse con esta exigencia respecto de todos y cada uno de los acreedores prendarios, éstos serían coposeedores del único objeto del gravamen.
Pero ello puede resultar enojoso y generar conflictos entre los pretensores de marras (cuya potestad real los habilita a reclamar esa entrega). Por tanto, es usual que en estas lides se designe a un tercero, equidistante de todos los interesados para que se constituya en depositario del objeto de la garantía, y como tenedor represente por igual la posesión de todos y cada uno de dichos acreedores prendarios.
También es posible que el primer acreedor (que por regla es quien ya tiene la cosa en su poder), se avenga a poseerla también en nombre del ulterior beneficiario del gravamen.
Sin embargo, en los dos supuestos resulta indispensable recabar el acuerdo y conformidad del primer acreedor prendario, a quien no se lo puede desapoderar de la cosa ni imponerle de modo unilateral e inconsulto un nuevo (y ulterior) acreedor con quien tenga que compartir sus prerrogativas.
En cuanto a la prioridad de los acreedores para el cobro de sus créditos en el caso de pluralidad de prendas sobre un mismo objeto, también debe distinguirse:

a) Si las prendas fueron establecidas de manera simultánea, se entiende que sus titulares concurren a prorrata sobre el producido de la venta forzada de las cosas que constituyan su objeto

 b) Si se trata de prendas sucesivas, el orden de prelación para el cobro, por parte de los acreedores que hagan efectiva la garantía, dependerá de la fecha de constitución del gravamen (con título y modo).

**XVII.3) Prenda de la cosa ajena: concepto. Frutos. Uso y abuso. Gastos. Venta del bien empeñado. Ejecución. Rendición de cuentas.**

PRENDA DE COSA AJENA:

**ARTICULO 2224**.-**PRENDA DE COSA AJENA.** Si el acreedor que recibe en prenda una cosa ajena que cree del constituyente la restituye al dueño que la reclama, puede exigir al deudor la entrega en prenda de otra de igual valor. Si el deudor no lo hace, el acreedor puede pedir el cumplimiento de la obligación principal aunque tenga plazo pendiente; si el crédito está sujeto a condición se aplica el artículo 2197.

 Por regla, quien constituye la garantía prendaria, ha de ser dueño del objeto afectado.
Sin embargo, cabe considerar el caso en que el constituyente del gravamen obtenga la cosa de su legítimo propietario, a título de tenedor, y por abuso de confianza, intervirtiendo la relación real, la dé en seguridad de sus propias deudas.
En este caso, si el acreedor prendario es de buena fe (lo que supone, por hipótesis, desconocer los vicios de la posesión de quien le entregó la cosa mueble de marras), pero a instancias de su legítimo propietario, se la restituye, puede exigir de su deudor, la entrega de otro objeto de igual valor en su reemplazo.
Esto así, atento a que el contrato de prenda es a título oneroso, por lo que el deudor responde frente a su acreedor por la garantía de evicción.
De aquí que se establezca el derecho del acreedor a exigir a su deudor, la entrega en prenda de otros bienes de valores equivalentes a los restituidos a su verdadero dueño, para reemplazar o recomponer su garantía, pudiendo, en su defecto, decretar la caducidad de los plazos y exigir el cumplimiento de la obligación principal, más el resarcimiento de los daños y perjuicios que el accionar del sujeto obligado le hubieren provocado en el caso concreto.
El desapoderamiento que padezca el acreedor del objeto pignorado, por no pertenecer en propiedad al constituyente de la prenda, no afecta los derechos creditorios que lo vinculan con su deudor.
Ello así, toda vez que la nulidad del derecho real prendario (y del contrato que le da origen), por versar sobre una cosa ajena, no implica la extinción o modificación de la obligación principal, aunque ciertamente el titular del crédito, se verá desprovisto de los resguardos reales con que contaba en el caso concreto.
Es por eso que la conclusión del gravamen, por su defectuosa constitución, muy probablemente precipite los reclamos de pago por parte del acreedor.

**ARTICULO 2225.-FRUTOS**: *Si el bien prendado genera frutos o intereses el acreedor debe percibirlos e imputarlos al pago de la deuda, primero a gastos e intereses y luego al capital. Es válido el pacto en contrario.*

Si la cosa mueble objeto del derecho real de prenda, tiene la particularidad de generar frutos, la garantía se extiende a ellos, aunque su propiedad corresponda al titular del bien del que se derivan, y el acreedor los perciba por cuenta de este último.
De aquí que el acreedor queda obligado a percibirlos e imputarlos al pago de los gastos e intereses de la deuda así garantizada, si se debieran, y en su defecto, al capital hasta saldar el monto de lo adeudado.
Esto es así, a menos que en el convenio prendario se disponga precisamente lo contrario (que los mentados frutos serán percibidos por el propietario de la cosa; o que queda a opción del acreedor el hacerlo) De acuerdo a la índole de los frutos, podrá igualmente negociarlos aplicando su producido a la imputación antes señalada.
Cabe destacar también que la percepción de los frutos por el acreedor prendario, implicará que éste pueda a esos fines, servirse y usar la cosa de la que se desprendan aquéllos, potestades que en principio tiene vedadas.

**ARTICULO 2226** **USO Y ABUSO***. El acreedor no puede usar la cosa prendada sin consentimiento del deudor, a menos que el uso de la cosa sea necesario para su conservación; en ningún caso puede abusar en la utilización de la cosa ni perjudicarla de otro modo.*

*El incumplimiento de lo dispuesto en el primer párrafo de este artículo, da derecho al deudor a:*

*a) dar por extinguida la garantía y que la cosa le sea restituida;*

*b) pedir que la cosa se ponga en depósito a costa del acreedor;*

*c) reclamar daños y perjuicios.*

A diferencia del acreedor anticresista, el prendario no puede hacer uso de la cosa gravada.
En rigor, pese a ser poseedor legítimo de la cosa mueble, no pude usar ni gozar de ella, pues su potestad real está circunscripta a detentarla y retenerla en función exclusiva de la garantía acordada.
Con lo cual, al estar dicho objeto en manos del acreedor prendario, su dueño y propietario no podrá ejercer las facultades inherentes al ius utendi y al ius fruendi, lo que en buena medida implicará que el objeto afectado a la prenda se tornó en improductivo, al estar inmovilizado en poder de aquél durante la vigencia del gravamen.
Por ende, el principio general es que el acreedor prendario debe abstenerse de usar o servirse de las cosas empeñadas en provecho propio, salvo que medie autorización expresa de su propietario o bien, que se trate de objetos que produzcan frutos (ver comentario al art. 2225) o que dicho uso sea necesario para su conservación.
De todas maneras, la autorización para el uso del objeto pignorado no habilita a que éste sea abusivo ni implique su deterioro, destrucción o inutilización a futuro.

**ARTICULO 2227** **GASTOS:** *El deudor debe al acreedor los gastos originados por la conservación de la cosa prendada, aunque ésta no subsista.*

*El acreedor no puede reclamar los gastos útiles sino hasta la concurrencia del mayor valor de la cosa.*

El acreedor prendario, como poseedor del objeto gravado, está obligado a conservarlo y mantenerlo en buen estado, respondiendo por la pérdida o deterioro derivados de su obrar negligente.
Esta obligación no implica que el acreedor deba ejecutar mejoras sobre las cosas pignoradas, limitándose a realizar los gastos que sean necesarios para su conservación, los que se sumarán al importe de lo originariamente adeudado.
Los daños que se deriven al propietario de la cosa, por el accionar culposo u omisivo del acreedor en la conservación o resguardo de las cosas empeñadas, se compensarán con el valor de la obligación principal, hasta la suma inferior (si aquél es también el deudor).
La contracara de este deber, desde la perspectiva del acreedor prendario, se traduce en derecho a cobrar las expensas y gastos necesarios que hubiere hecho para la conservación y mantenimiento de las cosas pignoradas, aunque las mismas se extingan con posterioridad.
Respecto de los gastos útiles, solamente serán afrontados por el deudor (o en su caso, por el propietario de las cosas), en la medida que subsistan las ventajas o el mayor valor conferidos por ellos a los objetos pignorados, al momento de su restitución.
Los gastos voluntarios efectuados por el acreedor sobre las cosas empeñadas, para su exclusiva utilidad, o cuando son de mero lujo o recreo, no serán afrontadas por el deudor, pudiendo el primero retirarlos, si ello es materialmente posible, antes de devolver los objetos empeñados a su propietario.

**ARTÍCULO 2228: VENTA DEL BIEN EMPEÑADO.** *Si hay motivo para temer la destrucción de la prenda o una notable pérdida de su valor, tanto el acreedor como el constituyente pueden pedir la venta del bien. Asimismo, el constituyente puede recabar la devolución de la prenda sustituyéndola por otra garantía real equivalente y, si se presenta ocasión favorable para su venta, requerir la autorización judicial para proceder, previa audiencia del acreedor.*

*La cosa empeñada puede también venderse a petición de otros acreedores. En tal caso, como en los anteriores, el privilegio del acreedor prendario se ejerce sobre el precio obtenido.*

 La venta de la cosa empeñada

El constituyente de la garantía real prendaria no pierde el dominio de la cosa afectada y por tanto siempre puede disponer de ella, pero el adquirente en estas lides la obtendrá con dicho gravamen, a quien le resultará totalmente oponible.
Si la transmisión si efectuara en subasta, el acreedor prendario será citado para hacer valer su prerrogativa sobre el producido de aquélla de acuerdo a lo dispuesto por el art. 2203. Con lo cual en esta hipótesis el adquirente se hará de la cosa libre del peño.
El precepto en análisis en cambio, considera supuestos especiales en que se liquida o sustituye el objeto de la garantía por un procedimiento o motivo distintos a los anteriores y a la ejecución prendaria seguida por el titular de la garantía real ante el incumplimiento del deudor principal.
Se incluyen así, los siguientes casos:

a) La venta anticipada para evitar la pérdida, deterioro, destrucción o disminución del valor del objeto empeñado o porque resulte económicamente ventajoso hacerlo en atención al mayor valor adquirido por éste;

 b) La sustitución del objeto gravado por otro, de valor equivalente al inicialmente afectado;

 c) La petición de la venta efectuada por otros acreedores del constituyente del gravamen.
La iniciativa para el acto de disposición de la cosa gravada puede emanar del deudor, del propietario no deudor, del propio acreedor prendario o de otros interesados ajenos al contrato que dio origen a la garantía real.
Cabe destacar que la conformidad o anuencia del acreedor prendario es insoslayable en cualquier caso de venta anticipada como de sustitución de una garantía por otra, aunque la ofertada en reemplazo sea de mayor valor, atento a que aquél tiene en su poder la cosa y deberá entregarla para cumplir con estos menesteres.
Frente a su negativa injustificada, podrá requerirse siempre la orden judicial que habilite la venta pretendida.
De todas maneras, en cualquiera de los casos en que se verifique la venta del objeto empeñado, el acreedor prendario ejercerá su privilegio sobre el precio resultante, lo que lo habilitará a cobrar con prelación a otros pretensores, salvo que estos últimos ostenten un privilegio de mejor rango.

La venta de la cosa pignorada por petición de otros acreedores

Como antes se señaló, el acreedor prendario si bien cuenta con la posesión efectiva de la cosa, no puede pretender ejercer un derecho de retención absoluto sobre ésta que impida en los hechos que otros acreedores puedan solicitar su venta.
Ello así, pues la cosa gravada se entrega en posesión y no en propiedad a dicho acreedor (que es poseedor legítimo, valga la redundancia, a título de acreedor prendario, pero no de dueño), y como tal, permanece en los activos que integran el patrimonio del constituyente de la garantía (sea que se identifique o no con el deudor de la obligación principal asegurada).
De aquí que nada obsta a que dicho objeto sea así embargado y salga a la venta por petición de otro acreedor, sin que para ello sea menester la previa anuencia del titular de la garantía real prendaria.
Por tanto, frente a la orden judicial de entregar la cosa, el acreedor prendario no puede resistirla, aunque se presentará en el expediente donde se haya resuelto la venta forzada de ésta para percibir su crédito con la preferencia que le acuerda su privilegio (v.gr. planteando la cuestión de privilegios o la tercería de mejor derecho, si fuera necesario).

**ARTICULO 2229- EJECUCIÓN**. *El acreedor puede vender la cosa prendada en subasta pública, debidamente anunciada con diez días de anticipación en el diario de publicaciones legales de la jurisdicción que corresponde al lugar en que, según el contrato, la cosa deba encontrarse.*

*Si la prenda consiste en títulos u otros bienes negociables en bolsas o mercados públicos, la venta puede hacerse en la forma habitual en tales mercados, al precio de cotización.*

*Las partes pueden convenir simultáneamente con la constitución que:*

*a) el acreedor se puede adjudicar la cosa por la estimación del valor que de ella se haga al tiempo del vencimiento de la deuda, según lo establezca el experto que las partes designen o bien por el que resulte del procedimiento de elección establecido; en su defecto, el experto debe ser designado por el juez a simple petición del acreedor;*

*b) la venta se puede realizar por un procedimiento especial que ellas determinan, el que puede consistir en la designación de una persona para efectuarla o la venta por el acreedor o por un tercero a precios que surgen de un determinado ámbito de negociación o según informes de los valores corrientes de mercados al tiempo de la enajenación que indican una o más cámaras empresariales especializadas o publicaciones designadas en el contrato.*

*A falta de estipulación en contrario, estas alternativas son optativas para el acreedor, junto con las indicadas en los párrafos primero y segundo de este artículo, según el caso.*

*El acreedor puede adquirir la cosa por la compra que haga en la subasta o en la venta privada o por su adjudicación.*

El acreedor prendario cuenta con una potestad esencial como es el derecho a disponer la venta de las cosas empeñadas ante el incumplimiento del deudor, para cobrarse con su producido, la que no puede serle recortada ni limitada so color de desnaturalizar esta potestad real y tornar inválidos los pactos que así lo dispongan (conf. art. 2198) El poder de disposición del acreedor, se traduce así en proceder a la ejecución del objeto de la garantía, de modo que su potestad se traslada de las cosas gravadas, al producido de su venta forzada, cobrándose sobre dicho importe, como acreedor privilegiado.
Para ello habrá de seguirse el procedimiento ejecutivo que tramitará en sede judicial, de acuerdo a lo fijado por los Códigos de procedimientos que rigen en las distintas jurisdicciones de la República (subasta pública, con publicación de edictos con una antelación no inferior a diez días de la fecha de la ejecución prendaria), en la suposición que por esta vía se obtendrán los mejores precios de la cosas liquidadas.
Ello así, a menos que en el contrato prendario se dispongan otros modos de realizar la garantía, que no pasarán indefectiblemente por la órbita judicial (sino que se tratará de una venta privada, pero con activa participación de las partes interesadas: el acreedor prendario, el deudor, y en su caso, el propietario no deudor) y que incluso pueden implicar que la cosa gravada se adjudique en propiedad al acreedor por el precio que se fije al momento en tornarse exigible la obligación principal, sin pasar por subasta o venta algunas (sería inválido el pacto por el cual esta adjudicación se verifique por el valor que se indique a priori en el pacto prendario), o que el mismo resulte adquirente en éstas y proceda así a compensar su crédito con el precio que deba oblar por las cosas prendadas.

En síntesis se indican los parámetros que fija el precepto de marras:
a) Si el objeto del gravamen se refiere a títulos valores, bonos, acciones, cédulas u otras obligaciones negociables, se pueden vender de manera extrajudicial en la forma habitual como se transmiten aquéllos en el mercado bursátil, atendiendo para ello a su cotización al día en que se practique la venta.

b) Puede convenirse que los objetos empeñados serán adjudicados al acreedor para saldar la deuda por el valor que a esos fines determine al día del vencimiento de la obligación principal un experto designado por las partes en el mismo contrato prendario, a posteriori por el procedimiento que en aquél se disponga o bien el que indique el juez a petición del acreedor (lo que no implica transformar a la ejecución prendaria en judicial, sino que la intervención del magistrado se circunscribe en este caso a la sola designación del perito); c) Establecer un procedimiento especial extrajudicial para la venta de los objetos prendados que puede consistir, en que se designe a una persona para que la lleve a cabo (un experto o perito en la materia, o que se dedique profesionalmente a la venta de cosas de esa naturaleza), o que la venta la realizará el mismo acreedor (o un tercero designado de común acuerdo), por el precio que tengan las cosas empeñadas a ese momento, o por una cotización que se realice a esos fines, o por los valores que se deriven de publicaciones especializadas (v.gr. objetos de arte, joyas, antigüedades, muebles de estilo) o cámaras empresariales especializadas que se designen en el contrato.
A falta de disposición expresa en la materia, todas las alternativas antes citadas pueden ser aplicadas en el proceso de la ejecución prendaria, a opción del acreedor.
Con lo cual, esto puede generar un procedimiento de ejecución prendaria, con aspectos que no deban necesariamente resolverse en sede judicial, como es la venta de la cosa, que podrá verificarse en la órbita privada si ello permite mayor celeridad en la liquidación de las cosas empeñadas y la obtención de mejores precios.

**ARTÍCULO 2230** – **RENDICION DE CUENTAS**: *Efectuada la venta, el acreedor debe rendir cuentas, que pueden ser impugnadas judicialmente, pero ello no afecta la validez de la enajenación.*

El acreedor prendario debe rendir cuentas de todo lo actuado cuando la ejecución de la garantía se concrete de manera extrajudicial, sea por venta privada, en el mercados de títulos valores o por otra vía pactada en la que no exista el contralor de la autoridad judicial.
La misma, que abarcará el precio obtenido y el resumen de los gastos y honorarios de los profesionales que hayan intervenido en el caso, podrá ser impugnada por el deudor de la obligación principal, el propietario no deudor y cualquier otra persona que acredite un interés legítimo en la materia (ulteriores acreedores del propietario de las cosas liquidadas).
Las eventuales objeciones a todo lo actuado no afecta la validez de la enajenación de las cosas pignoradas, lo que significa que los adquirentes en estas lides no serán molestados en sus derechos por acciones reales o personales (conf. arts. 2259 y 2260).
Ello así, a menos que sepan y les consten las irregularidades cometidas en el procedimiento de la venta de esos objetos y esto pueda ser acreditado (v.gr.
precios irrisorios, parentesco con el ejecutante, etc.).

**XVII.4) Prenda con registro: Créditos instrumentados. Constitución. Facultades del acreedor prendario. Opción o declaración del constituyente. Créditos con prestaciones recíprocas. Extinción de la garantía.**

 La prenda con registro

La prenda con registro es el derecho real sobre cosa o bien ajenos, en función de garantía, que recae sobre uno o más derechos o cosas muebles, registrables o no, que permanecen en poder de su propietario, pero que por la inscripción y publicidad registral del convenio que le da origen, quedan afectadas al cumplimiento de una o más obligaciones determinadas.

Clases de prenda con registro: Tenemos 2 tipos:(guía pág. 203

)

1. **PRENDA FIJA**: esta prenda es la que se realiza sobre los bienes (es decir, cosas y derechos) determinados e individualizados.
2. **PRENDA FLOTANTE:** esta prenda es la que se realiza sobre mercaderías y materias primas de un establecimiento comercial o industrial y que permiten a su dueño, enajenarlas, transformarlas o industrializarlas siempre que sea la actividad de dicho establecimiento (es decir, que el comercio se dedique, x ej. A transformar la materia prima en producto elaborado). La prenda flotante es una garantía (condicional y suspensiva) y se llama flotante porque “flota” sobre el patrimonio del deudor sin tocarlos, salvo que se produzca el incumplimiento. Son usadas para asegurar el pago de una obligación cuyo plazo no supere los 180 días.

Su régimen jurídico

El CCyCN solamente regula a la prenda con desplazamiento, presentando dos modalidades, como son la que recae sobre cosas (arts. 2224 a 2231) y la que afecta a créditos documentados (arts. 2232 a 2237).

Lo atinente a la prenda con registro se sujeta a la legislación especial: dec:-ley 15.348/1946, ratificado por ley 12.962, que brinda un esquema normativo completo sobre esta figura, en sus dos variantes (prenda fija y flotante). También, la [ley 20.094](http://www.abeledoperrotonline2.com/maf/app/authentication/formLogin?redirect=%2Fmaf%2Fapp%2FdocumentVM%3Fsrc%3DexternalLink%26crumb-action%3Dreplace%26docguid%3DiA04BCCFFAAF748A9ACFC36410E2A866F) en lo referente a la prenda naval y el dec. 6582/1958 sobre prenda de automotores.

**ARTÍCULO 2232** **CRÉDITOS INSTRUMENTADOS.** *La prenda de créditos es la que se constituye sobre cualquier crédito instrumentado que puede ser cedido.*

*La prenda se constituye aunque el derecho no se encuentre incorporado a dicho instrumento y aunque éste no sea necesario para el ejercicio de los derechos vinculados con el crédito prendado.*

*Se aplican supletoriamente las reglas sobre prenda de cosas.*

La prenda de créditos se trata de un derecho real en función de garantía cuyo objeto lo constituye un derecho personal o creditorios. Para ello, el mismo debe reunir dos condiciones, a saber:
a) Que se refiera a un crédito instrumentado, lo que significa que debe constar bajo la forma escrita, de manera tal que pueda verificarse la tradición o entrega efectiva del título o instrumento en que aquél conste, que se constituye así en el objeto provisional del gravamen..

b) El crédito a empeñar, debe ser susceptible de ser cedido, lo que implica que su titularidad y ejercicio no sean inherentes a la persona de su acreedor primigenio.

**ARTÍCULO 2233** **CONSTITUCIÓN**. *La prenda de créditos se constituye cuando se notifica la existencia del contrato al deudor del crédito prendado.*

No basta con la celebración del contrato de prenda entre el acreedor y el deudor o titular inicial del crédito afectado y la entrega del título que lo contiene.
Es menester también la notificación al sujeto pasivo del crédito empeñado, para que así cumpla con la prestación debida a favor del titular de la garantía.
Por ende, si estando debidamente notificado el deudor originario paga al acreedor cedente, paga mal y deberá soportar los reclamos del cesionario, aunque lo que debe abonar a este último podrá eventualmente repetirlo del primero.
En cambio, la falta de dicha notificación, provoca los efectos opuestos: si el deudor paga a su acreedor primigenio, paga bien y nada se le puede reclamar a la postre, quedando la cuestión circunscripta a los celebrantes del contrato prendario.
En la prenda de créditos no existe novación por cambio o sustitución de acreedores, toda vez que lo que se exige para su perfección es la notificación al deudor, pero no su consentimiento (conf. art. 937), que es innecesario a estos fines.

**ARTÍCULO 2234** **CONSERVACIÓN Y COBRANZA**. *El acreedor prendario debe conservar y cobrar, incluso judicialmente, el crédito prendado. Se aplican las reglas del mandato.*

*Si la prestación percibida por el acreedor prendario consiste en dinero, debe aplicar lo recibido hasta cubrir íntegramente su derecho contra el deudor y en los límites de la prenda.*

*Si la prestación percibida no es dineraria el acreedor debe proceder a la venta de la cosa, aplicándose el artículo 2229.*

El hecho de empeñar créditos implica su cesión activa, verificando en la práctica una sustitución de un acreedor por otro.
Por ende, el titular de la garantía está facultado para efectuar todos los actos que sean necesarios para conservar el crédito de base y ejercer todas las prerrogativas que tenía su titular inicial (que lo sigue siendo por el remanente, una vez enjugado el crédito del acreedor prendario).
De esto se sigue la responsabilidad del acreedor prendario frente al titular primigenio de la garantía si por sus omisiones el crédito se extingue o se torna incobrable (v.gr. por prescripción, por vencimiento del plazo para efectuar su cobro, etc.), aspecto que no existiría por cierto, si la cesión del derecho personal lo fuera en propiedad (para merituar dicha responsabilidad se aplican las reglas del mandato).
A ello se suma que tampoco puede realizar negociaciones o acuerdos transaccionales con dicho crédito que puedan afectar a futuro, su vigencia y/o exigibilidad.
Así, una vez satisfecha su acreencia con lo obtenido de la percepción del crédito cedido en garantía, de existir un remanente o sobrante, el acreedor prendario deberá restituirlo a su titular inicial, por el principio del enriquecimiento sin causa.

La facultad de percibir el crédito Es evidente que entre las potestades del acreedor prendario se cuenta la de percibir el crédito cedido en garantía, que se puede verificar tanto en sede judicial como de manera extrajudicial. Si la prestación debida es una suma de dinero, lo aplicará a enjugar el crédito principal (primero a los intereses y gastos, si son debidos, y luego al capital de la deuda) y el remanente deberá restituirlo al constituyente de la garantía.
Si la prestación percibida no es dinero, el titular del gravamen debe proceder a su venta por alguna de las vías previstas por el art. 2229, de manera de cobrarse con su producido, como sucede en materia de prenda sobre cosas.

**ARTÍCULO 2235** **OPCIÓN O DECLARACIÓN DEL CONSTITUYENTE**. *Cuando la exigibilidad del crédito pignorado depende de una opción o declaración del constituyente, el acreedor prendario puede hacer la respectiva manifestación, por su sola cuenta si su propio crédito es exigible, y de común acuerdo con aquél en caso contrario.*

*Si la opción o la declaración corresponden al deudor del crédito dado en garantía, sólo producen efecto si se comunican al propio acreedor y al prendario.*

*Son válidos los pactos en contrario que celebran el acreedor prendario y el constituyente de la prenda.*
El precepto repara en el caso en que el crédito objeto del peño dependa, en su exigibilidad, de una opción o declaración que deban realizar el acreedor o el deudor de la obligación inicial.
Si dependen del acreedor primigenio (el constituyente de la garantía), el titular de la prenda puede hacerlas, por su cuenta en tanto y en cuanto la obligación asegurada sea exigible, o de común acuerdo con el primero en caso contrario (sino, podría precipitar la liquidación del accesorio la garantía real, cuando no fuera aún exigible el principal la obligación asegurada ).
Si dependen del deudor del crédito cedido en garantía, sólo son eficaces en tanto y en cuanto las comunique fehaciente a ambos acreedores, el constituyente del gravamen y el actual o prendario (de lo contrario, la connivencia entre los sujetos activo y pasivo de la obligación inicial, podrían postergar la liquidación de la garantía, o bien verificarse la misma con total desconocimiento del constituyente del gravamen).
Esto es así, salvo que expresamente se disponga lo contrario en el contrato prendario (por ejemplo, que la declaración u opción deba realizarlas en todos los casos el acreedor inicial, o que las cumplidas por el sujeto obligado al débito empeñado solamente deban ser comunicadas al acreedor prendario).

**ARTICULO 2236 PARTICIPACIÓN EN CONTRATO CON PRESTACIONES RECÍPROCAS**. *Si el crédito prendado se origina en un contrato con prestaciones recíprocas, en caso de incumplimiento del obligado prendario el acreedor puede enajenar forzadamente la participación de aquél en dicho contrato, sujeto a las limitaciones contractuales aplicables.*

*Si la cesión de la participación del constituyente está sujeta al asentimiento de la otra parte de tal contrato, y éste es negado injustificadamente, debe ser suplido por el juez.*

*Por participación se entiende el conjunto de derechos y obligaciones derivados del contrato.*

El artículo se detiene en el caso especial en que el crédito transferido en garantía integre un contrato con prestaciones recíprocas que involucre, por ende, a otras personas que no han sido parte del convenio que da origen al empeño, y que no pueden verse afectadas en sus prerrogativas por su celebración.
En estas circunstancias se dispone que frente al incumplimiento del sujeto obligado con el crédito afectado a la garantía real, su titular puede proceder a la enajenación forzada de los derechos y obligaciones del primero, como medio de hacer efectivo el gravamen, respetando empero, las disposiciones que sobre este aspecto contenga el acuerdo de base en torno a su transmisión.
Asimismo, si para dicha disposición se exigiera la conformidad y asentimiento de la contraparte del negocio inicial (que como se dijo, no está vinculada ni obligada por la garantía real de marras) y ésta la negara sin causa justificada, el acreedor prendario puede requerir en subsidio la autorización judicial para concertar dicha transferencia.

**ARTICULO 2237 EXTINCIÓN.** *Extinguida la prenda por cualquier causa sin haberse extinguido el crédito dado en prenda, el acreedor debe restituir el instrumento probatorio del crédito prendado y notificar la extinción de la prenda al deudor del crédito prendado*

Las consecuencias de la extinción de la garantía sobre el crédito afectado a ella. Por regla, si se extingue la obligación principal asegurada, otro tanto sucede con la garantía real conferida por vía de consecuencia, de acuerdo a lo dispuesto por el art. 2186, y por aplicación del principio esencial de accesoriedad común a todos estos derechos reales.
Puede extinguirse el gravamen sin que ello conmueva la vigencia de la obligación principal, que queda desprovista de ese accesorio tan importante que califica a su titular como acreedor privilegiado (deviniendo así en quirografario).
El precepto en análisis se detiene precisamente en esta última hipótesis, pero cuando ello no afecta también la exigibilidad y vigencia del crédito pignorado (por ejemplo, por renuncia del titular de la garantía a ejercitarla).
Para este caso, el acreedor prendario debe restituir el documento que exterioriza y prueba la obligación empeñada a su titular primigenio y al mismo tiempo notificar esa circunstancia al deudor de aquélla, para evitar que en su caso pague erróneamente al primero, cuando ya no debe hacerlo.

**XVII.5) Anticresis: El nuevo perfil del derecho real de anticresis. Legitimación. Plazo máximo de vigencia. Derecho del acreedor anticresista. Deberes del acreedor anticresista. Gastos. Duración**

Concepto: **art. 2212**: *La anticresis es el derecho real de garantía que recae sobre cosas registrables individualizadas, cuya posesión se entrega al acreedor o a un tercero designado por las partes, a quien se autoriza a percibir los frutos para imputarlos a una deuda*

La anticresis es el derecho real, sobre cosa ajena, de garantía, accesorio a un crédito u obligación, que recae sobre una o más cosas registrables determinadas (muebles o inmuebles), que se afectan convencionalmente por una cifra o monto también determinados y que se entregan en posesión al acreedor, o a una persona designada por él, facultándolo para percibir los frutos que se deriven de ellos, para imputarlos a los intereses y/o al capital de la deuda así garantizada, pudiendo ante su insuficiencia o vencimiento del plazo máximo de su constitución, proceder a la venta forzada del objeto de la garantía, teniendo en este último caso un privilegio sobre su producido para enjugar el crédito con preferencia a otros acreedores del constituyente de la garantía.

He aquí las notas tipificantes de esta potestad real

a) Respecto de su objeto, puede tratarse de inmuebles, o de un mueble registrable (buques, aeronaves, automotores).
b) Se trata de una garantía que supone la entrega de la cosa afectada al acreedor o a una persona designada por él, que la detentará a su nombre durante todo el término de vigencia de dicha potestad.
c) La noción que brinda el artículo en análisis pone el acento en lo que es propio de esta figura, a saber, el ius fruendi transferido al acreedor (que va unido al ius utendi, que permite gozar del primero), para la percepción de los frutos derivados de la cosa e imputarlos a la deuda, como medio para extinguirla, aspecto que puede pactarse también en la prenda común (que recae sobre cosas muebles no registrables), pero que está totalmente ausente en la hipoteca y en la prenda con registro, por no ejercitarse estas potestades a través de la posesión de los bienes afectados.
d) También se considera la posibilidad que la propiedad del objeto gravado corresponda a una persona distinta del deudor, lo que permite diferenciar los supuestos de constituyente del gravamen deudor de la obligación y constituyente del gravamen no deudor (o propietario no deudor), a la hora de ejecutar la garantía real

e) A la facultad que le incumbe al titular de la garantía ante el incumplimiento del deudor, de proceder a su ejecución no se refiere de modo expreso el artículo en análisis (como sí sucede tratándose del derecho real de hipoteca), pero la misma se deriva de las disposiciones comunes a todos los derechos reales de garantía

f) Precisamente, esta última potestad es la que pone en juego el privilegio que tiene en estas lides el acreedor anticresista, [conf. inc. e) del art. 2582], permitiéndole cobrar su crédito con prelación a otros interesados sobre el mismo objeto gravado.
g) Finalmente, se trata de un derecho real que tiene un plazo máximo de vigencia, nota que no comparte con los restantes derechos de garantía (hipoteca y prenda).

**ARTICULO 2213** **LEGITIMACIÓN.** *Pueden constituir anticresis los titulares de los derechos reales de dominio, condominio, propiedad horizontal, superficie y usufructo.*

Se trata de los titulares de derechos reales sobre cosa registrable propia (dominio, condominio, propiedad horizontal, superficie).
También deben incluirse a los titulares de los conjuntos inmobiliarios, con la única exclusión de los cementerios privados.
Respecto de la constitución de esta garantía por el condómino, sobre su parte indivisa, si bien es teóricamente posible, en la práctica difícilmente se verifique el caso, toda vez que la entrega de la cosa afectada al acreedor, para que ejerza sobre ésta los derechos de uso y goce inherentes al cobro del crédito, implica que el resto de los comuneros acepte al anticresista como coposeedor en tal calidad.

Se admite que el titular del derecho real de usufructo pueda constituir esta garantía real. He aquí algunas precisiones al respecto:
a) La legitimación para constituir el derecho real de anticresis, debe circunscribirse solamente al titular del usufructo, y no extenderse por semejanza a quienes esgriman los derechos de uso o habitación sobre el inmueble.
b) Respecto del objeto del derecho real de anticresis, queda claro que es la cosa registrable y no el propio derecho real de usufructo.
c) De la premisa que antecede, se extrae que en los hechos, el usufructuario cede a título personal, el ejercicio de sus facultades al acreedor anticresista.
d) En cuanto al término de duración del derecho real de anticresis, no podrá ser superior al del usufructo.
Por tanto, si fallece el usufructuario, el acreedor anticresista no podrá negarse a la restitución de la cosa al propietario.
Lo mismo acontece si el derecho de usufructo está sujeto a plazos o condiciones resolutorias.

e) Respecto de la ejecución del objeto por parte del acreedor anticresista, entiendo que ello no será jurídicamente posible, salvo que el nudo propietario hubiera expresamente consentido el acto de constitución de la garantía.

**ARTICULO 2214** **- PLAZO MAXIMO DE VIGENCIA***: “El tiempo de la anticresis no puede exceder de diez años para cosas inmuebles y de cinco años para cosas muebles registrables.
Si el constituyente es el titular de un derecho real de duración menor, la anticresis, se acaba con su titularidad.”*

El derecho real de anticresis está sujeto a un plazo máximo de vigencia Se prescribe que si la garantía real anticrética recae sobre un inmueble no puede exceder en su vigencia del término máximo de diez años computado desde la fecha de su constitución.
Si afecta una cosa mueble registrable el término se reduce a cinco años.
Cabe señalar que éstos son plazos de máxima, lo que no obsta a que se puedan pactar estar garantías por términos de menor duración.
Además, ante su vencimiento, cabe siempre la posibilidad de volver a constituirlos por otros períodos de tiempo equivalentes, incluso antes de su vencimiento inicial para evitar que el acreedor pierda su prelación con respecto a otros eventuales acreedores sobre el mismo objeto. Ello así, a menos que se opte por ejecutar la garantía con las facultades inherentes al ius persequendi y al ius praeferendi, propias de los derechos reales en general, y de los de garantía en particular.
El precepto indica que si el derecho real del constituyente tiene una duración menor (v.gr. superficiario, usufructuario), la anticresis se acabará indefectiblemente junto con la titularidad de aquél.
En cuanto a la razón de las fijación de los términos máximos, los Fundamentos del Código se expiden de modo expreso: la anticresis "tiene un breve plazo máximo de 10 años para inmuebles y 5 para muebles, lo que hace que no dure toda la vida del bien como suele suceder en éste momento, aunque es poco lo que se la constituye en la práctica. La entrega abreviada sumada al privilegio, permitirá mayor agilidad, ya que permitirá un tiempo para usar la cosa y percibir frutos y si es insuficiente se ejecuta el objeto".
En suma, se considera que en esos términos se puede amortizar la deuda a través del uso y goce de la cosa gravada.
Si ello no sucede, al perdurar un saldo deudor queda expedita la opción para ejecutar la garantía real por el remanente, siempre amparado el acreedor en su privilegio especial.

**ARTICULO 2215 – DERECHO DEL ACREEDOR ANTICRESISTA*:****El acreedor adquiere el derecho de usar la cosa dada en anticresis y percibir sus frutos, los cuales se imputan primero a gastos e intereses y luego al capital, de lo que se debe dar cuenta al deudor.*

 Se indican a continuación las prerrogativas que el derecho real de anticresis le confieren a su titular, a saber:
a) La facultad de usar y gozar de la cosa afectada, sea de manera personal, o bien arrendándola a un tercero (por el plazo máximo de vigencia de la garantía real), percibiendo los frutos, para aplicarlos a cubrir los gastos e intereses de la deuda asegurada, si fueran debidos, y en su defecto (por no haberse pactado los mismos o por haberse abonado con anterioridad), imputarlos al capital de la obligación principal, hasta amortizarla en su totalidad.

b) El derecho a que se le paguen los gastos de administración y conservación de la cosa, como así también las mejoras necesarias que hubiera realizado en el inmueble durante la vigencia de la garantía.
El cobro de dichos gastos se realizará descontándolos de lo obtenido en razón de los frutos del objeto (sea por su percepción directa o por su enajenación a terceros).

c) El derecho a entablar las acciones posesorias y reales que sean necesarias para mantenerse en la posesión efectiva del objeto gravado, frente a actos de turbación o despojo provocados por el propietario del bien (se identifique o no con el deudor de la obligación) o terceros por igual.

d) La facultad de hacer vender la cosa en sede judicial, extrajudicial o administrativa (según se haya pactado) frente al vencimiento de los plazos acordados al deudor y al incumplimiento de la obligación secundada con el gravamen del caso.
Y en estas circunstancias, hacer efectivo el privilegio especial que la ley le reconoce sobre el producido de la ejecución de marras.

**ARTICULO 2216 – DEBERES DEL ACREEDOR ANTICRESISTA** *El acreedor anticresista debe conservar la cosa. Puede percibir los frutos y explotarla él mismo, o darla en arrendamiento; puede habitar el inmueble o utilizar la cosa mueble imputando como fruto el alquiler que otro pagaría.*

*Excepto pacto en contrario, no puede modificar el destino ni realizar ningún cambio del que resulta que el deudor, después de pagada la deuda, no puede explotar la cosa de la manera que antes lo hacía.*

*El acreedor debe administrar conforme a lo previsto por las reglas del mandato y responde de los daños que ocasiona al deudor.*

*El incumplimiento de estos deberes extingue la garantía y obliga al acreedor a restituir la cosa al titular actual legitimado.*

Los deberes del acreedor anticresista

a) A conservar y administrar ese objeto, afrontando todos los gastos que ello irrogue, los que serán reintegrados por su propietario, de acuerdo a lo previsto en el art. 2217.
En esta obligación están incluidos el pago de los impuestos y contribuciones que graven al bien afectado y la conservación de los derechos y ventajas constituidas a su favor, respondiendo ante el propietario por su pérdida o disminución.

b) Restituir el objeto al constituyente de la garantía, una vez que se haya extinguido la deuda, con sus accesorios e incrementos verificados durante la vigencia del derecho real.

**ARTÍCULO 2217 – GASTOS:** *El titular del objeto gravado debe al acreedor los gastos necesarios para la conservación del objeto, aunque éste no subsista; pero el acreedor está obligado a pagar las contribuciones y las cargas del inmueble.*

*El acreedor no puede reclamar los gastos útiles sino hasta la concurrencia del mayor valor del objeto*

El titular del objeto gravado debe afrontar los gastos necesarios efectuados por el acreedor anticresista para la conservación de la cosa durante la vigencia del gravamen y los útiles hasta la concurrencia del mayor valor del objeto al momento de su devolución.
En cambio, son a cargo del acreedor anticresista los gastos derivados de las contribuciones y cargas que pesen sobre el objeto del gravamen.

**ARTICULO 2218 – DURACIÓN DE LA INSCRIPCIÓN.** *Los efectos del registro de la anticresis se conservan por el término de veinte años para inmuebles y de diez años para muebles registrables, si antes no se renueva.*

Para la anticresis inmobiliaria se fija un plazo vicenal equivalente al de la hipoteca, computado desde la fecha de su toma de razón en el Registro de la Propiedad Inmueble que corresponda.
Ello así, aunque la vigencia del derecho real se limite al plazo máximo de diez años.

**UNIDAD XVIII. DERECHO REAL DE GARANTIA (CONTINUACION)**

**XVIII.1) Hipoteca: a) definición legal (criticas). Caracteres: derecho real. Naturaleza jurídica de la hipoteca;**

1. Concepto

El **art. 2205** del CCyCN aporta esta noción del instituto: *"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 el crédito garantizado".*

Art. 3108 **CC**: la hipoteca es un derecho constituido en seguridad de un crédito en dinero, sobre bienes inmuebles que continúan en poder del deudor.

Así, el precepto antes transcripto pone el acento en tres aspectos de este derecho real para indicar su tipicidad genérica o en abstracto, a saber:

a) Se aplica a cosas inmuebles, excepción hecha de los casos en que pueda recaer sobre muebles registrables (hipotecas de buques mayores, aeronaves y sus motores) y derechos.

b) Es una garantía real sin desplazamiento del objeto gravado, que como tal, permanece en poder de su propietario y constituyente, sea o no éste el deudor de la obligación asegurada.

c) A diferencia del Código velezano, en la misma noción de la figura se indica de manera expresa y precisa cómo el titular de la garantía real ejerce sus prerrogativas sobre el objeto cuya posesión no detenta ab initio.

**Críticas a la definición legal:**

1. La definición es vaga, ya que no indica cómo se realiza la seguridad que confiere el crédito (a través del ius persequendi y preferendi).

2. No contempla el supuesto de que el constituyente no sea el deudor sino un tercero (hipótesis recogida por el art. 3121).

3. El crédito no necesariamente debe ser en dinero, ya que también puede garantizar obligaciones de dar cantidades de cosas, obligaciones de hacer, no hacer, etc.

**Caracteres:**

1. Derecho accesorio: se constituye en garantía de un crédito, que es lo principal, y por eso la hipoteca está supeditada a todas las contingencias de la deuda que garantiza. ES UN DERECHO ACCESORIO, NO UNA OBLIGACION ACCESORIA.

**ARTICULO 2186.-** Accesoriedad. *Los derechos reales de garantía son accesorios del crédito que aseguran, son intransmisibles sin el crédito y se extinguen con el principal, excepto en los supuestos legalmente previstos.*

*La extinción de la garantía por cualquier causa, incluida la renuncia, no afecta la existencia del crédito.*

2. Convencional**:** es fruto de un acuerdo de partes, debiendo en todos los casos y bajo pena de afectar la validez del acto, constar la aceptación del acreedor en la escritura pública.

**ARTICULO 2185.-** Convencionalidad. *Los derechos reales de garantía sólo pueden ser constituidos por contrato, celebrado por los legitimados y con las formas que la ley indica para cada tipo.*

3. Indivisible**:** implica que el gravamen se extiende totalmente al objeto afectado y cada una de sus porciones a fin de garantizar el pago del crédito y de cada fracción del mismo.

**ARTICULO 2191.-** Indivisibilidad. *Los derechos reales de garantía son indivisibles. La indivisibilidad consiste en que cada uno de los bienes afectados a una deuda y cada parte de ellos, están afectados al pago de toda la deuda y de cada una de sus partes.*

*El acreedor cuya garantía comprenda varios bienes puede perseguirlos a todos conjuntamente, o sólo a uno o algunos de ellos, con prescindencia de a quién pertenezca o de la existencia de otras garantías.*

*Puede convenirse la divisibilidad de la garantía respecto del crédito y de los bienes afectados. También puede disponerla el juez fundadamente, a solicitud de titular del bien, siempre que no se ocasione perjuicio al acreedor, o a petición de este último si hace a su propio interés.*

4.Especialidad:principio que exige que la hipoteca se constituya sobre inmuebles determinados y por una suma cierta en dinero también determinado.

* **ARTICULO 2188.-** Especialidad en cuanto al objeto. *Cosas y derechos pueden constituir el objeto de los derechos reales de garantía. Ese objeto debe ser actual, y estar individualizado adecuadamente en el contrato constitutivo.*
* **ARTICULO 2189.-** Especialidad en cuanto al crédito. *El monto de la garantía o gravamen debe estimarse en dinero. La especialidad queda cumplida con la expresión del monto máximo del gravamen.*

*El crédito puede estar individualizado en todos los elementos desde el origen o puede nacer posteriormente; más en todos los casos, el gravamen constituye el máximo de la garantía real por todo concepto, de modo que cualquier suma excedente es quirografaria, sea por capital, intereses, costas, multas, u otros conceptos.*

*El acto constitutivo debe prever el plazo al que la garantía se sujeta, que no puede exceder de diez años, contados desde ese acto. Vencido el plazo, la garantía subsiste en seguridad de los créditos nacidos durante su vigencia.*

**Naturaleza jurídica:**

Vélez: Derecho real, porque está incluida en art. 2503 CC y en el Artículo 3108 dice “La hipoteca es el derecho real constituido en seguridad de un crédito en dinero, sobre los bienes inmuebles, que continúan en poder del deudor”

En el nuevo código: ARTICULO 2205.- Concepto. La hipoteca es el derecho real de garantía que recae sobre uno o más inmuebles individualizados que continúan en poder del constituyente y que otorga al acreedor, ante el incumplimiento del deudor, las facultades de persecución y preferencia para cobrar sobre su producido el crédito garantizado. ARTICULO 1887.- Enumeración

2. La doctrina duda sobre si es personal o real:

1. En la hipoteca la cosa permanece en poder del constituyente de la hipoteca y en consecuencia no se da la relación directa e inmediata entre persona y cosa. PERO, el titular del dominio sufre una limitación en beneficio de otro, así no va a poder deteriorar la cosa, la que siempre va a estar afectada al cumplimiento de la obligación.

2. El derecho del acreedor de caer sobre la cosa, nace recién cuando el deudor incurre en incumplimiento y el derecho que tiene el acreedor es de hacer vender la cosa y cobrarse de su producido. Por lo que parecería que el derecho del acreedor recaería más sobre el precio o valor económico de la cosa y no sobre la misma.

3. La hipoteca es accesoria de un derecho personal y si lo accesorio sigue la suerte de lo principal seria personal y no real. SIN EMBARGO, la hipoteca NO es accesoria, sino que es un accesorio de una obligación y no una obligación accesoria.

Para la mayoría de los autores es un derecho real con características especiales.

**b) accesoriedad. Consecuencias. Novación;**

Accesoriedad:

* 1. Concepto: la hipoteca es accesoria de la obligación, pero no es una obligación accesoria, ya que es un derecho al que no corresponde obligación alguna.
	2. Consecuencias:
		1. La nulidad de la obligación acarrea nulidad de la hipoteca, no al revés.
		2. No es posible ceder la hipoteca sin hacer cesión del crédito a que accede.
		3. La hipoteca está subordinada a la existencia de la obligación y se extingue con esta por vía de consecuencia.

**Novación de la deuda**: Existe novación cuando se produce la transformación de una obligación en otra, causando la extinción de la primera con todos sus accesorios y sus obligaciones accesorias, a menos que el acreedor por una reserva expresa impida la extinción de los privilegios e hipotecas del antiguo crédito, los que entonces pasan a la nueva

**c) especialidad: 1) objetiva: determinación del inmueble. Requisitos. Sanción. 2) crediticia: créditos garantizables con hipoteca. Determinación del crédito (causa, objeto, magnitud). Las denominadas hipotecas abiertas y su diferencia con la hipoteca de créditos eventuales. Moneda extranjera y actualización. Indivisibilidad: regla y excepciones. Convencionalidad;**

Especialidad: principio que exige que la hipoteca se constituya sobre inmuebles determinados y por una suma cierta determinada de dinero.

* 1. Objetiva o sobre el objeto:
		1. Significa que la cosa hipotecada debe estar perfectamente individualizada, a fin de que acreedor, deudor y terceros conozcan perfectamente lo que se hipoteca.
		2. Este requisito se ha extendido a todos los derechos reales constituidos sobre inmuebles.
		3. Art. 3131 CC: establece en el inc. 3 que la hipoteca debe contener la situación de la finca y sus linderos.
		4. Art. 3132 CC: establece que una designación colectiva de los inmuebles del deudor no sería válida para cumplimentar el requisito de la especialidad en cuanto al objeto.
		5. La sanción al incumplimiento de este principio es la nulidad, que no solo puede plantear el acreedor, sino también el propio deudor y trae aparejada la nulidad de la hipoteca, pero no la nulidad de la deuda garantizada. Esta individualización debe ser hecha en el acto constitutivo, o sea, escritura pública.
	2. Crediticia o en cuanto al crédito:
		1. La hipoteca debe constituirse por suma de dinero cierta y determinada.
		2. Esto indica que fuera o por encima de esa suma, que debe determinarse en el acto constitutivo, la garantía no existe.
	3. Hipoteca:
		1. Abierta: hipoteca en garantía de créditos indeterminados, sin indicación concreta de la causa fuente de la obligación (presente o futura) a la cual accede la hipoteca. En el CC no aparece admitida la constitución de hipotecas abiertas o de máximo, atento la forma en que el CC regula los principios de especialidad y accesoriedad. En efecto, a fin de respetar aquellos principios no basta con expresar en el contrato hipotecario la determinación del monto máximo hasta el cual el valor del inmueble aparecerá comprometido por la hipoteca, sino que, además resulta indispensable que se mencione o describa la causa fuente de la obligación garantizada.
		2. De créditos eventuales: el art. 3109 CC permite la constitución de hipotecas para garantizar obligaciones condicionales o eventuales, pero era fundamental en esos casos establecer un monto hasta el cual se iba a responder. Si la obligación fundamenta el contrato de hipoteca es condicional, la hipoteca como es lógico también será condicional. Si la hipoteca fuese por una obligación condicional y la condición se cumpliese, tendrá un efecto retroactivo al día de la convención hipotecaria. La retroactividad es de rigor en toda obligación sujeta a condición suspensiva y si ella se cumpliese la hipoteca corre igual suerte, produciendo sus efectos retroactivamente.
		3. En moneda extranjera: arts. 3108 y 3109 exigen que la hipoteca se constituya por suma cierta y determinada en dinero. Actualmente se considera suma cierta y determinada a la expresada en moneda extranjera.

**Los créditos a garantizar con la hipoteca**

La regla o principio general en la materia es que se pueden garantizar con estos derechos reales toda clase de créditos, con independencia de la fuente (contractual, extracontractual, legal) de la cual provengan (conf. art 2187 CCyCN). A continuación, nos vamos a detener en aquellos casos que merecen soluciones especiales, que pueden relacionarse con la accesoriedad, o con otros caracteres esenciales de la garantía:

**a) Créditos en moneda extranjera**

Si bien nunca se discutió en nuestro medio sobre la legalidad de las obligaciones pactadas en moneda extranjera y su posibilidad de asegurarlas con garantías reales, nuestra doctrina y jurisprudencia debatieron en torno a si estábamos ante obligaciones de dar sumas de dinero o cantidades de cosas.

El CCyCN en su art. 765 dispone que la obligación de dar moneda extranjera no es considerada una obligación de dar sumas de dinero, sino cantidades de cosas. Por ende, el deudor puede liberarse entregando al acreedor una suma en moneda nacional equivalente a la adeudada, de acuerdo a la cotización oficial de la divisa en nuestro medio.

Indivisibilidad: cada una de las cosas hipotecadas a una deuda y cada parte de ellas están obligadas al pago de toda la deuda y de cada parte de ella.

Consecuencias:

1. Aun cuando se haya pagado parte de la deuda, la hipoteca sigue afectando la totalidad de la cosa o cosas hipotecadas, de modo que puede ejecutarse toda(s) la(s) cosa(s) gravada(s), para lograr el pago del saldo deudor, por reducido que sea.
2. Si hay varios deudores, el que tenga la cosa hipotecada en su poder puede ser demandado por el todo de la deuda, aunque ofrezca pagar su parte.
3. Si hay varias cosas hipotecadas al mismo crédito, el acreedor puede ejecutar una sola de todas ellas por el todo de la deuda.
4. Como la indivisibilidad tiene lugar no solo pasiva, sino activamente, si existen varios coacreedores hipotecarios en relación a un inmueble, el pago de la porción de cada uno deja subsistente la garantía en favor de los otros que, si bien no puede demandar más que su parte en el crédito, por esa parte pueden ejecutar todo el inmueble gravado.

Excepciones: la indivisibilidad es un carácter natural de la hipoteca, que juega salvo pacto contrario, pudiendo ser dejado de lado por las partes. La divisibilidad de la hipoteca no afecta la divisibilidad del crédito.

Convencionalidad: art. 3115 CC: la hipoteca reconoce como única fuente al contrato o la convención. Dicha convención debe ser expresa. Al adoptar esta posición el CC excluye hipotecas legales tacitas y las judiciales. Esto es realmente acertado, porque tales hipotecas se caracterizan por crear gran inseguridad al gravar todos los bienes del deudor, al ser el monto indeterminado, y en especial, por carecer de publicidad, ya que no se inscribían.

**d) modalidades: hipoteca sometida a condición;**

**Créditos sujetos a modalidades**

 Modalidades: hipoteca sometida a condición

1. Art. 3116 CC: se contemplan las modalidades a que puede sujetarse la hipoteca, así como también la obligación garantizada. Puede subordinarse a condición o plazo, y tanto una como el otro pueden ser suspensivos o resolutorios.
2. Art. 3125 CC: dispone que quien tiene sobre un inmueble un derecho sujeto a resolución solo puede constituir hipotecas sometidas a la misma condición, aun cuando no se lo exprese.
3. Art. 2670 CC: el titular de un dominio fiduciario está legitimado para gravar el inmueble, pero operada la resolución con efecto retroactivo, la hipoteca sigue la misma suerte.

i) Obligaciones sujetas a condición suspensiva

Partimos de la base de que la garantía accede a un crédito que al momento de su constitución no existe como tal, dependiendo para ello de un acontecimiento futuro e incierto. Sin embargo, si la condición se cumple, dicha contingencia operará de manera retroactiva al momento de la contracción de la obligación, involucrando también al gravamen real.

Va de suyo que como el titular de la potestad real no es aún acreedor, no puede exigir el cumplimiento de la obligación principal y, en su defecto, pretender cobrarse con el producido de la venta del bien.

En estas circunstancias, el acreedor puede pedir el depósito de los fondos que le corresponderían, de resultar su crédito exigible en ese momento, a menos que los acreedores posteriores le otorguen (y éste acepte) una fianza real en tal sentido.

En cambio, y por la cualidad de su derecho, no puede pretender en modo alguno, el pago del importe garantizado con el objeto afectado pues a ese momento no reviste la condición de acreedor.

ii) Obligaciones sujetas a condición resolutoria

A diferencia del caso anterior, en éste la deuda es exigible, aunque esté sujeta a desaparecer en el caso de que se verifique, a futuro, el evento resolutivo, que como sabemos opera con efecto retroactivo al día mismo de la contracción de la obligación garantizada. Ello así, de forma tal que se reputa que la deuda nunca existió.

Por consiguiente, el propio acreedor asegurado, puede promover la ejecución del bien para cobrarse con el valor de la garantía, e igualmente puede pedir una colocación preferente, en el supuesto de que el remate del bien lo realice otro pretensor, anterior o posterior, cronológicamente hablando, al origen del crédito privilegiado. Sin embargo, ante la posibilidad de que se cumpla la condición extintiva apuntada, debe dar fianza suficiente de que restituirá lo percibido en oportunidad de la ejecución.

iii) Obligaciones sujetas a plazo o término

Estamos, en el caso, frente a un crédito que no resulta aún exigible, pero cuyo vencimiento operará indefectiblemente, en un momento ulterior. Por regla, este acreedor, dada la modalidad que subordina su derecho a la verificación de un término, no será quien promueva la acción de cobro, que en su caso comprometa a la garantía como integrante del patrimonio del sujeto pasivo. Por ende, frente al reclamo dirigido por otro interesado (sea o no acreedor privilegiado), nuestro acreedor puede exigir que se le pague de inmediato, como si el plazo ya estuviera vencido a ese momento, respetando su preferencia.

Si el plazo que modaliza la obligación es resolutorio, hemos de aplicar lo expuesto en el inc. ii).

iv) A las soluciones que anteceden, hay que sumar otras tantas posibilidades, si es la propia garantía la que se sujeta a modalidades, y no el crédito al que accede, que puede ser, en su caso, puro y simple.

Si la condición o plazo son suspensivos, el gravamen como tal no tiene la eficacia que le es propia, aunque sí exista el acto constitutivo de aquel. De aquí que el acreedor, no pueda exigir la entrega de la cosa y proceder a su venta para cobrarse con su producido.

La condición o el plazo (suspensivo o resolutorio) provocarán, por tanto, el nacimiento o extinción del gravamen, con efecto retroactivo a la fecha de su constitución, o en su caso, de la toma de razón ante el Registro de la Propiedad Inmueble o el que corresponda. Ello así, sin afectar a la obligación garantizada, que en tanto sea pura y simple, se verá libre de los avatares de aquel.

**e) constitución de la hipoteca. Requisitos. 1) Propiedad de cosa; 2) capacidad (supuestos especiales del incapaz y el condómino); 3) forma (hipoteca constituida en el país y en el extranjero); 4) contenido del instrumento; 5) pagare hipotecaria: concepto, finalidad, naturaleza jurídica, requisitos formales, registración, transmisión, cancelación; 6) letra hipotecaria: concepto, finalidad, naturaleza jurídica, emisión, requisitos formales, registración, transmisión, cancelación. Paralelo con el pagare hipotecario.**

**Constitución de la Hipoteca**

Como ya lo dijimos en nuestra legislación no hay otra hipoteca que la hipoteca convencional (3115 CC viejo código), lo que determina la existencia de un acuerdo de voluntades que tiene por fin inmediato constituir el derecho real.

No debe confundirse el contrato que genera la obligación principal, del contrato por el cual se constituyó la hipoteca. La hipoteca como toda convención que reviste el carácter de contrato necesita el acuerdo de voluntades de las partes y así el art. 2208 CC y C exige que la hipoteca sea aceptada por el acreedor, aceptación que puede ser prestada con posterioridad a la constitución de la hipoteca. En doctrina se discute si esa aceptación posterior debe ser realizada en escritura pública o si se admite el instrumento privado.

En el contrato hipotecario las partes se pondrán de acuerdo sobre la constitución del derecho real y determinar cuál o cuáles son las obligaciones que se garantizan, van a establecer el monto por el cual va a responder la hipoteca, cuál es el límite de la responsabilidad hipotecaria y también van a fijar cláusulas a las cuales estará sujeta la hipoteca.

**Requisitos:** art. 3119 del Cód. Civil: Para constituir una hipoteca, es necesario ser propietario del inmueble y tener la capacidad de enajenar bienes inmuebles.

**ARTICULO 2206**.- Legitimación. *Pueden constituir hipoteca los titulares de los derechos reales de dominio, condominio, propiedad horizontal, conjuntos inmobiliarios y superficie.*

 Quien pretenda constituir una garantía de esta naturaleza, debe ser titular de un derecho real sobre cosa propia que recaiga sobre uno o más inmuebles (muebles registrables, o derechos, según sea el caso), en tanto no exista ninguna disposición legal que expresamente lo impida y contar con capacidad y aptitudes suficientes para hacerlo con respecto a esos objetos.
Ello así, en atención al posible destino final del objeto afectado a la garantía: su venta forzada en subasta o en otro procedimiento que se disponga y autorice en el caso, para que el acreedor pueda cobrarse de manera preferente con su producido.
Así se indican que están facultados a estos fines, los titulares de los derechos reales de dominio (sea éste perfecto o imperfecto), condominio, propiedad horizontal y superficie (en este último caso, sobre la propiedad superficiaria o bien sobre el derecho a construir, plantar o forestar, respetando siempre el plazo máximo previsto para la duración de esta potestad real).
La nómina que antecede no es taxativa, pues deben incluirse también como legitimados a los titulares de derechos reales que recaen sobre los conjuntos inmobiliarios (clubes de campo, barrios cerrados, parques industriales, tiempo compartido, etc.), respecto de las unidades funcionales derivadas de la subdivisión de los predios generales y que se transmiten en propiedad a los particulares.
Ello así, con la única excepción de las parcelas de los cementerios privados, atento a su carácter de inembargables, salvo que se trate de una hipoteca constituida en garantía del pago del saldo del precio de su adquisición.

Incapacidad: Art. 3.118.CC. Los que no puedan válidamente obligarse, no pueden hipotecar sus bienes; pero la hipoteca constituida por un incapaz puede ser ratificada o confirmada con efecto retroactivo, cesando la incapacidad.

**Condominio**: **ARTICULO 2207***. Hipoteca de parte indivisa. Un condómino puede hipotecar la cosa por su parte indivisa. El acreedor hipotecario puede ejecutar la parte indivisa sin esperar el resultado de la partición. Mientras subsista esta hipoteca, la partición extrajudicial del condominio es inoponible al acreedor hipotecario que no presta consentimiento expreso.*

Se reconoce la facultad del condómino de hipotecar su parte indivisa, tal como disponen los arts. 2676, 2677, 2678, 3123 y 3124 del Cód. Civil.
Pero se aclara que los efectos de la partición del objeto común solo alcanzarán al acreedor hipotecario en tanto y cuanto haya prestado su consentimiento expreso a ella.
No se consideran, en cambio, los conflictivos casos de hipotecas constituidas por el condómino sobre la totalidad del inmueble o sobre una parte materialmente determinada de éste (arts. 2682, 2683 y 3123 del cuerpo legal citado).
Ello así, dado que se trata de gravámenes que como tales son ineficaces, pues quien los ha pactado se ha extralimitado en sus prerrogativas y que excepcionalmente pueden verse convalidados si del resultado de la partición el objeto del gravamen de adjudica en el todo o en la parte afectada al comunero hipotecante.

PROPIEDAD DE LA COSA HIPOTECADA: En nuestro sistema legal solo el titular de dominio del inmueble puede constituir hipoteca.

Cuando estudiamos el principio de convalidación, dijimos que todos los derechos reales pueden ser convalidados con excepción de la hipoteca. Si yo hipoteco un inmueble del cual no soy titular del dominio y con posterioridad lo compro, esa hipoteca es nula y no queda convalidada por la posterior adquisición.

La doctrina ha considerado que es válida la hipoteca constituida por quien no es propietario en el supuesto del propietario aparente o del heredero aparente (3940 CC), si el acreedor es de buena fe.

CAPACIDAD: 3118 CC. La hipoteca es un acto de disposición. De ahí que todas las veces que está prohibido vender, lo está el hipotecar porque si así no fuere, el deudor, con no pagar al vencimiento provocaría la venta, escapando indirectamente a la prohibición.

**Rigen las normas generales sobre capacidad:**

**ARTICULO 24 CCyC.-** Personas incapaces de ejercicio. Son incapaces de ejercicio:

a) la persona por nacer;

b) la persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, con el alcance dispuesto en la Sección 2ª de este Capítulo;

c) la persona declarada incapaz por sentencia judicial, en la extensión dispuesta en esa decisión.

Forma del contrato constitutivo: **ARTICULO 2208** CCyC.-. *La hipoteca se constituye por escritura pública excepto expresa disposición legal en contrario. La aceptación del acreedor puede ser ulterior, siempre que se otorgue con la misma formalidad y previamente a la registración.*

El precepto consagra dos aspectos relevantes del derecho hipotecario como son, por un lado la forma del contrato que le da origen que debe ser la escritura pública, salvo disposición legal expresa en contrario (lo que coincide con lo dispuesto por el art. 3128del Cód. Civil).
Por otro lado, se considera de manera expresa la posibilidad de que el contrato hipotecario sea celebrado entre ausentes, es decir, en distintos lugares y fechas, exigiéndose en estas circunstancias que se observe la forma antes prescripta tanto en el acto de la oferta, como en el de su aceptación, y que una vez conformado como tal, acceda al Registro de la Propiedad Inmueble para su toma de razón.

La hipoteca, entonces debe estar constituida en escritura pública, requisito formal exigido ad solemnitatem y no ad probationem, de modo tal que si la hipoteca está constituida en instrumento privado, carece de validez. Y si bien la hipoteca debe estar constituida en escritura pública, el instrumento en que conste la deuda (por ejemplo el mutuo o la compraventa, cuyo saldo de precio se garantiza con la hipoteca) puede constar en un simple documento privado.

¿Qué validez tiene la promesa de hipoteca hecha en instrumento privado? La cuestión está dividida en la doctrina y en la jurisprudencia.

Algunos entienden que si bien no vale como hipoteca y como tal no podría inscribirse, aún cuando estuviera protocolizada, sí podría valer como una promesa a constituir una hipoteca, pudiendo en tal caso el acreedor hipotecario exigir que el promitente otorgue el acto constitutivo y si el deudor se niega, el juez podrá sustituirlo en el otorgamiento siempre que el documento privado contenga todos los requisitos necesarios que exige el Código para la constitución de la hipoteca.

Otros, en cambio, sostienen que la forma "escritura pública" es un requisito ad solemnitatem por lo que no sería posible compeler al deudor a elevarla a instrumento público.

Hipoteca en el extranjero según viejo Cod. Civl: Art. 3.129. Puede también constituirse hipoteca sobre bienes inmuebles existentes en el territorio de la República, por instrumentos hechos en países extranjeros, con las condiciones y en las formas dispuestas por el artículo 1211. De la hipoteca así constituida debe tomarse razón en el oficio de hipotecas, en el término de seis días contados desde que el juez ordene la protocolización de la obligación hipotecaria. Pasado ese término la hipoteca no perjudica a tercero. La hipoteca constituida desde país extranjero debe tener una causa lícita por las leyes de la República.

Contenido del Instrumento: El art. 3131 CC dispone cuáles son las cláusulas que debe contener una escritura de hipoteca.

En el inc. 1º hace alusión a los datos identificatorios del acreedor y del deudor hipotecario.

En el inc. 2º, fecha y naturaleza del contrato a que accede y el archivo en que se encuentra. Alude al supuesto en que la escritura a labrarse sea distinta de la que documenta el contrato que accede.

Inc. 3º: la identificación del inmueble. Hace referencia a la especialidad en cuanto al objeto.

Inc. 4º: la cantidad cierta de la deuda.

Además de ellas, existen otras cláusulas que las partes pueden convenir libremente en tanto no vulneren la ley, la moral y las buenas costumbres.

Ahora bien, que ocurre si la escritura de constitución de la hipoteca no reúne los requisitos establecidos por el art. 3131, la ley pone como sanción la pena de nulidad. No obstante el art. 3133 contempla un supuesto especial estableciendo que la hipoteca no será nula si contiene disposiciones erradas o incompletas pero que sean de fácil determinación e individualización.

La nulidad de la hipoteca puede ser pedida tanto por el acreedor, como por el deudor, como por un tercero (por ejemplo otro acreedor) y aún puede ser declarada de oficio por el Juez.

**Pagaré Hipotecario**

El viejo Código Civil menciona a los pagarés hipotecarios en el art. 3202 al tratar sobre la cancelación de la hipoteca. En el Código de Vélez, la circulación del crédito hipotecario podía realizarse mediante la cesión del crédito hipotecario o bien mediante la emisión de pagarés hipotecario (y letras de cambio). Luego con la sanción de la Ley 24441 se contempla también la posibilidad de las letras hipotecarias.

La cesión del crédito hipotecario presenta la desventaja de que debe ser realizada por medio de escritura pública, lo cual irroga mayores gastos.

Además, con relación a la cesión de crédito rige la norma del nemo plus iuris y en consecuencia el deudor del crédito puede oponerle al cesionario todas las defensas que hubiera podido oponerle al cedente, con lo cual no se podía realizar la rápida circulación del crédito.

La ventaja que ofrece la emisión de pagarés hipotecarios es indudable, ya que permite una rápida circulación del crédito hipotecario, mediante la negociación de los mismos y la posibilidad de lograr la cancelación de la hipoteca, sin depender de la voluntad del acreedor hipotecario y sin necesidad de recurrir a la vía judicial, ya que con su sola presentación en el Registro de todos los pagarés que acrediten la extinción de la deuda, el deudor hipotecario podrá obtener la cancelación de la hipoteca.

En doctrina el tema de los pagarés hipotecarios ha sido objeto de una ardua discusión, pronunciándose algunos autores en favor de los mismos; en tanto que otros consideran que no ofrecen mayores garantías en razón de que se discute sobre su transmisión y sus modalidades, habiendo caído en desuso.

Los que se muestran a favor, consideran que es un medio ágil para que el acreedor pueda obtener la devolución del dinero dado en préstamo, antes del vencimiento del pago, mediante la negociación del documento y por otro lado el deudor puede disminuir su deuda y levantar esos documentos a medida que se vayan venciendo. Afirman que brindan seguridad por llevar en ellos la garantía hipotecaria.

**TERMINOLOGÍA:** se los llama pagarés con garantía hipotecaria o bien pagarés con derecho real de garantía accesoria.

**Naturaleza jurídica:** El problema reside en determinar si el pagaré hipotecario es idéntico al pagaré legislado en el Decreto Ley 5965/63 o si es otro título diferente.

Para unos: es un pagaré idéntico al del Decreto Ley, por lo que para su estructura y circulación debe estarse al Código de Comercio. (Alegría).

Para otros: es un pagaré calificado por la garantía hipotecaria (Richard).

Hay quienes hablan de un pagaré sui generis o bien de una figura específica.

Para Alterini es un título circulatorio específico que se asemeja mucho al pagaré, pero tiene algunas modalidades especiales.

**Y ¿qué es un pagaré?** Es un **documento**, pero además es un documento necesario para ejercer el derecho literal, autónomo, abstracto y completo, que le confiere al portador el derecho a percibir el importe consignado en el pagaré y que circula mediante el endoso.

Es un **documento**: es decir, una cosa en el sentido del art. 2311. ¿Ese pagaré es público o privado? Es **privado**. Recuerden que los documentos privados podían ser simplemente privados o auténticos. El pagaré simple es privado. Pero el pagaré hipotecario? Hay quienes entienden que al intervenir un escribano ese pagaré hipotecario es un documento público. Pero la mayoría considera que se trata de un documento privado auténtico al intervenir en su confección un escribano y por adquirir fecha cierta al ser presentado al registro para su inscripción.

Es **formal:** si al pagaré le faltan algunos de los requisitos que la ley considera como necesarios. Así si se libra un pagaré en blanco, el tenedor de ese pagaré puede llenarlo o completarlo, ya que se entiende que existe una autorización tácita para ello.

En el caso del pagaré hipotecario además de reunir los requisitos propios de todo pagaré, será necesario que haya sido mencionado en la escritura de hipoteca. (Si la escritura de constitución de hipoteca no dice nada acerca de la emisión de pagarés no se puede hablar de pagaré hipotecario).

Además es necesario que esos pagarés sean llevados al registro y que se tome nota de ellos. Es decir es necesario que estén firmados por el registrador.

Es un documento **necesario**: si no tengo el pagaré no puedo ejercer el derecho. El documento es prueba de la titularidad y medio para ejercer el derecho.

El pagaré hipotecario también es "necesario". El acreedor hipotecario que no ha endosado ninguno de los pagaré hipotecarios, al deducir la demanda deberá acompañar la escritura de hipoteca y los pagarés hipotecarios; si sólo tiene algunos en su poder: acompañará la escritura de hipoteca y los pagarés que tenga en su poder, pero el monto de la ejecución será el monto de los pagarés que tiene en su poder; y en el caso que sea un endosatario de los pagarés el que inicia el juicio deberá acompañar el pagaré que tenga en su poder y solicitará una copia de la escritura de hipoteca.

**Abstracto:** quiere decir que no interesa la causa del documento. No se puede discutir cuál fue la causa de la emisión de los pagarés. Siempre desde luego existirá una causa que da origen a los pagarés, pero esa causa no puede ser objeto de discusión. No resulta posible invocar la nulidad o inexistencia de la causa frente al tercero portador del pagaré.

El pagaré hipotecario también es un título abstracto.

**Autónomo:** La adquisición del derecho por el tenedor del pagaré no está alcanzada por las excepciones personales a los poseedores precedentes.

Se considera que cada transferencia no tiene ninguna vinculación con la anterior, como si fuera una adquisición originaria.

En el supuesto de cesión del crédito, no se da esta autonomía en virtud de que rige el principio del nemo plus iuris.

**Literal:** Quiere decir que lo que no está escrito en el documento no existe.

En el caso del pagaré hipotecario la característica de literalidad subsiste, pese a tratarse de un título incompleto.

**Completo:** Los pagarés simples son títulos completos.

Y aquí hay una marcada diferencia con los pagarés hipotecarios, ya que ellos no son completos, es decir son incompletos, porque se van a completar con la escritura de hipoteca y las cláusulas convenidas en la hipoteca serán aplicables en la ejecución de los pagarés hipotecarios, por ejemplo, en cuanto a la constitución de domicilios especiales, base para la subasta, si la falta de pago de dos cuotas habilita para exigir la totalidad de la deuda o no; en lo referente al lugar del pago, etc..

Desde luego que el hecho que el pagaré hipotecario sea un título incompleto no lo priva de su carácter de título de crédito.

Tanto el pagaré simple como el pagaré hipotecario contienen la **promesa incondicionada de pagar una suma determinada de dinero**.

Otras de las características del pagaré es que se transmite por **endoso**: En el caso del pagaré hipotecario puede transmitirse por simple endoso?

Algunos consideraron que en el supuesto que se transmita por endoso resultaba necesario que el endoso sea registrado en el Registro de la Propiedad, ya que en el caso de la cesión del crédito hipotecario era necesaria la inscripción de la cesión, a fin de que los terceros puedan conocer quien era el acreedor hipotecario.

Pero la doctrina más moderna considera que el pagaré hipotecario es transmisible mediante endoso y que ese endoso no es necesario que sea inscripto en el Registro por cuanto las personas al tener conocimiento que con la hipoteca se ha emitido pagarés hipotecarios, deben suponer que posiblemente la persona que figura registrada como acreedora hipotecaria, ya no lo sea.

Alterini define el pagaré hipotecario diciendo que es un documento,

privado, formal, completo, necesario para ejercitar el derecho literal, autónomo y abstracto mencionado en el mismo que contiene la promesa incondicionada del suscriptor de pagar una suma determinada de dinero a persona individualizada o a su orden, garantizando con derecho real de hipoteca, que circula comúnmente por endoso y que concede al titular una acción cambiaria que puede dirigir contra todos los firmantes del pagaré responsables solidarios, individual o colectivamente, sujeta a prescripción o caducidad, ejercitable ante el fuero comercial, lo que no obsta, en su caso, para la promoción de las acciones causales o de enriquecimiento.

Para la existencia de los pagarés hipotecarios es requisito esencial que los mismos sean anotados por el registrador, por cuanto certifica en el mismo pagaré la existencia del derecho real de hipoteca y obra como elemento constitutivo del pagaré hipotecario, de lo contrario estaremos en presencia de un pagaré simple.

Esta inscripción en el Registro es exigida aún para la relación entre los directamente vinculados por la emisión del pagaré (librador y tomador).

Si en la escritura pública de hipoteca consta la emisión de los pagarés, la anotación registral de ellos puede realizarse simultáneamente con la inscripción de la hipoteca o con posterioridad.

**Letras Hipotecarias**

La ley 21441 ha creado una tercera forma de circulación del crédito hipotecario y son las letras hipotecarias.

¿Cómo funciona el tema de las letras hipotecarias? Supongamos un Banco otorga un crédito a una persona para comprar una vivienda, se formaliza el mutuo y en garantía de ese préstamo se constituye una hipoteca sobre el inmueble y se conviene por ejemplo: que el mutuo será pagado en 10 años. El Banco para poder recuperar el dinero tendría que esperar que venzan los plazos convenidos para el pago de las cuotas y que el deudor pague. Si se concerta la emisión de las letras hipotecarias, el Banco podrá negociar las letras con terceros y así podrá recuperar el dinero antes que el deudor esté obligado a pagar las cuotas, con lo cual podrá tener dinero para volverlo a prestar a otras personas. A su vez, los terceros que adquieran las letras hipotecarias tendrán un derecho seguro y garantizado con la hipoteca, con la ventaja de haberse producido la novación de la obligación que era garantizada con la hipoteca.

Las letras hipotecarias están definidas en el art. 35 de la Ley 24.441 que dice que "son títulos valores con garantía hipotecaria".

Se aplican a las letras hipotecarias el régimen dispuesto por la Ley que las crea y supletoriamente las normas de letra de cambio previstas por el Decreto Ley 5965/63, en cuanto resulten compatibles (Art. 46) y en cuanto al derecho real de hipoteca incorporado al título, va a regir las normas del Código Civil (art. 44).

**Terminología**: Si bien se las llamó letras hipotecarias, en realidad debieron llamarse "pagaré hipotecario" ya que intervienen dos personas y no tres personas como en la letra de cambio.

Nosotros vimos que la hipoteca garantizaba una obligación, que podía ser por ejemplo, un mutuo o el saldo de precio de una compraventa o cualquier otra clase de obligación y que la hipoteca no era una obligación accesoria, sino un accesorio de la obligación por el art. 524 y que por el principio de la accesoriedad de la hipoteca, si la obligación se extinguía, se extinguía la hipoteca. Con el sistema de las letras hipotecarias, la emisión de las letras produce la extinción de la obligación y el nacimiento de una nueva obligación, cuya causa no es ni el mutuo ni el saldo del precio ni la obligación que dio lugar a la constitución de la hipoteca, sino que por efecto de la novación, la nueva causa de la obligación va a ser la emisión de las letras hipotecarias. La hipoteca se incorpora a la letra hipotecaria.

La novación produce como consecuencia que si resulta nula la obligación en virtud de la cual se constituyó la hipoteca, por la novación y al ser otra la causa de la obligación, esa nulidad no se traslada a la letra hipotecaria.

El deudor lo único que podrá cuestionar es la nulidad de la obligación derivada de la letra hipotecaria.

En el régimen de Vélez declarada la nulidad de la causa que garantizaba la hipoteca, o extinguida esa obligación, se extinguía la hipoteca. En el caso de las letras hipotecarias ello no ocurre, con lo cual los tenedores de las letras hipotecarias tienen una mayor seguridad para el cobro de los títulos valores.

**Artículo 38:** Establece las facultades que tiene el deudor de las letras hipotecarias.

Puede vender el inmueble y el nuevo propietario tiene los derechos y obligaciones del tercero poseedor.

En cuanto a la locación, si la misma es posterior a la constitución de la hipoteca esa locación le es inoponible a los tenedores de las letras hipotecarias o de los cupones.

Establece la obligación de asegurar el inmueble contra incendios.

**Artículo 39:** Establece los requisitos de las letras hipotecarias. Las emite el deudor y será necesario que se tome nota de ellas en el Registro de la Propiedad y que el registrador ponga su firma en las letras. Deben contener:

**a)** nombre del deudor o del propietario del inmueble, en el supuesto que la hipoteca sea constituida por un tercero para garantizar la deuda.

**b)** nombre el acreedor.

**c)** monto de la letra. No es el monto de la hipoteca, sino el monto de la letra. Es posible que se emita una letra o bien que se emitan varias letras. Si se emite una sola letra, el monto de la letra será el mismo que el monto de la hipoteca, pero si se emiten varias letras, cada una de ellas tendrá un monto y la suma de todos esos montos será el monto de la hipoteca.

**d)** Plazos y demás estipulaciones con relación al pago. La ley hace referencia a los cupones: estos son para el cobro de los intereses. A medida que se van pagando las cuotas, los montos de los intereses de la letra, se van cortando los cupones. Así dice el art. 41 que las letras hipotecarias tendrán cupones para instrumentar las cuotas de capital o servicios de intereses. El medio de acreditar el pago será con el cupón correspondiente, salvo el supuesto de que la letra fuera susceptible de amortización en cuotas variable, en cuyo caso el pago parcial deberá ser anotado en la letra.

**e)** lugar en el cual debe hacerse el pago. El art. 42 dice que el lugar de pago puede ser cambiado dentro de la misma ciudad, siendo necesario la notificación al deudor para que tenga efecto.

**f)** La tasa de interés compensatorio y punitorio.

**g)** La ubicación del inmueble hipotecado y su nomenclatura catastral.

**h)** Prever la anotación de pagos de servicios de capital o renta o pagos parciales.

**i)** Referido a tenencia de cupones.

**j)** Los que fijen las reglamentaciones que se dicten.

**UNIDAD XIX. EFECTOS Y EXTINCIÓN DE LA HIPOTECA.**

**XIX.1) Relaciones entre acreedor y deudor. Facultades del acreedor: a) actos no consumados, v) actos consumados**

**XIX.2) Actos de disposición jurídica del deudor: enajenación del inmueble; constitución de otras hipotecas; de servidumbre; de locación; de otros contratos.**

Podemos hablar de dos clases de efectos:

1. **Entre las partes, es decir el constituyente y el acreedor**
2. **Entre el acreedor hipotecario y los terceros poseedores propietarios**

**A) Entre las partes, es decir el constituyente y el acreedor**

El deudor propietario del inmueble hipotecado conserva todas las facultades inherentes al derecho de propiedad, es decir como dueño: donar, vender, permutar, constituir otras hipotecas en grados subsiguientes a la constituida en 1º termino, usufructos, uso, habitación, servidumbre, hacer modificaciones y reformas, hacer actos de goce, disfrute y explotación pero no puede realizar actos jurídicos o materiales que disminuyen el valor del inmueble o que causen detrimentos a los derechos del acreedor.

* + Ejemplos de actos materiales en perjuicio del acreedor hipotecario: rellenar con cemento una piscina, demoler una pared, tapiar una ventana.
	+ Ejemplos de actos jurídicos que lo perjudican son vender el inmueble a diferentes personas de manera que el acreedor tendrá que perseguir al inmueble de los diferentes dueños.

En cuanto al alquiler o arrendamiento del inmueble, generalmente, las partes estipulan que está prohibido por cualquier título. Si el contrato de locación es posterior a la hipoteca será inoponible al acreedor y este puede solicitar que el inmueble sea subastado libre de ocupantes; en cambio si es de fecha anterior o si se autorizó expresamente en el contrato, será oponible al acreedor. Ahora bien, si cuando se constituye la hipoteca el inmueble ya estaba dado en locación, el acreedor hipotecario deberá respetar el mismo.

**Facultades del acreedor: a) actos no consumados; b) actos Consumados.**

1. El acreedor en caso que los actos aun no fueron consumados, podrá pedir las medidas cautelares correspondientes: embargos preventivos, para que no pueda disponer del inmueble; prohibición de innovar, para dejar la cosa como esta, para evitar que se destruya; demostrando que hay peligro en la demora en aplicar dichas medidas respecto al inmueble y además demostrando que el es el legítimo dueño del derecho a proteger.
2. Si los actos ya se consumaron y el valor del inmueble se encuentra disminuido por actos de deudor ( y no por caso fortuito o fuerza mayor) como para no llegar a dar plena seguridad a los acreedores hipotecarios, estos podrán:

Pedir que se deposite una suma de dinero estimativa por los daños causados;

Demandar un suplemento de la hipoteca o que se hipoteque otra cosa para mantener el valor de la garantía.

Si los créditos son a plazo, también puede pedir que el deudor sea privado del beneficio del término que el contrato le daba. Ej. Si el vencimiento del crédito garantizado se produce dentro de 5 años y yo comienzo a demoler la casa, perjudicando al acreedor, éste podrá reclamar el pago total de la deuda antes de dicho vencimiento.

**B) Entre el acreedor hipotecario y los terceros poseedores propietarios**

Cuando el deudor enajena el inmueble aparece un tercero en las relaciones y una vez transmitida la cosa, tendremos un deudor que ha dejado de ser propietario de la cosa, el acreedor hipotecario y el tercero que es adquirente y poseedor del inmueble hipotecado, es decir un nuevo propietario.

**XIX.3) Extensión de la garantía hipotecaria: A. Con relación a la cosa: a) accesorios; b) mejoras; c) alquileres; d) otros supuestos (seguros, adquisiciones, construcciones) B. Con relación a la deuda:**

La hipoteca del ccc recae solamente sobre uno o más inmuebles individualizados conforme a lo dispuesto por el art 2205

**ARTICULO 2192.-** Extensión en cuanto al objeto. En la garantía quedan comprendidos todos los accesorios físicamente unidos a la cosa, las mejoras y las rentas debidas.

Sin embargo, no están comprendidos en la garantía:

a) los bienes físicamente unidos a la cosa que están gravados con prenda constituida antes que la hipoteca o son de propiedad de terceros, aunque su utilización por el deudor esté autorizada por un vínculo contractual;

b) los bienes que posteriormente se unen físicamente a la cosa, si al tiempo de esa unión están gravados con prenda o son de propiedad de terceros, aun en las condiciones antes indicadas.

**ARTICULO 2193**.- Extensión en cuanto al crédito. La garantía cubre el capital adeudado y los intereses posteriores a su constitución, como así también los daños y costas posteriores que provoca el incumplimiento. Los intereses, daños y costas anteriores a la constitución de la garantía quedan comprendidos en su cobertura sólo en caso de haberse previsto y determinado expresamente en la convención.

**XIX.4) Relaciones con los terceros. Duración de los efectos de la inscripción y su renovación. Relación con el tercer poseedor: enajenación del inmueble; alternativas posibles; ejecución contra el tercer poseedor: a) excepciones; b) abandono.**

**XIX.5) Extinción de la hipoteca. Causas relacionadas con: a) la obligación; b) con el derecho del constituyente; c) con la cosa; d) con la duración.**

La hipoteca se acaba por vía de consecuencia por la extinción total de la obligación principal, producida por alguno de los modos de extinción de las obligaciones:

\*Pago: consiste en la devolución del préstamo o del dinero efectuado por el deudor;

\*Novación de la deuda: cuando se produce la transformación de una obligación en otra, causando la extinción de la primera con todos sus accesorios;

\*Compensación de las obligaciones;

\*Por transacción entre deudor y acreedor: es un acto jurídico bilateral por el cual ambas partes se hacen concesiones reciprocas, extinguiendo obligaciones litigiosas o dudosas;

\*Confusión de las calidades de deudor y acreedor;

\*Remisión de la deuda: cuando el acreedor renuncia al derecho de exigir el pago al deudor de su obligación;

\*Prescripción de la obligación principal: si tiene un plazo la obligación y el acreedor permanece inactivo luego del vencimiento.

**Por medios directos:**

\*Perdida del dominio del inmueble hipotecado: la pérdida debe provenir de hechos o situaciones extrañas a la voluntad del deudor,

\*Expropiación por causa de utilidad: el iuspreferendi sobrevive a efectos de ser ejercido sobre el precio o la indemnización en el grado y orden que la ley lo determine;

\*Renuncia del derecho de hipoteca: la hipoteca puede ser renunciada con independencia del crédito que garantiza;

\*Nulidad del acto constitutivo de la hipoteca: si no se cumplimentan los requisitos la hipoteca será nula y quedara extinguida con efecto al día en que fue constituida;

\*Confusión de las cualidades del propietario y acreedor;

\*Transcurso del término extintivo de la hipoteca: transcurrido el plazo de 20 años se extinguen los efectos del registro o de la inscripción.

**XIX.6). Cancelación. Voluntaria y Judicial. Requisitos, efectos, gastos.**

La Cancelación es un acto jurídico por el cual se deja sin efecto la inscripción de la hipoteca en el registro.

Solo afecta a la hipoteca con relación a los terceros.

Puede ser Voluntaria o Judicial

**VOLUNTARIA:** cuando se produce por el consentimiento de las partes o por los menos con el consentimiento del acreedor; debe constar en escritura pública.

**JUDICIAL**: por sentencia, comprende los casos en que el acreedor no ha querido- no ha podido- consentir la cancelación, y entonces el deudor se ve obligado a solicitarla al juez. Es procedente:

\*la inscripción se fundó en un instrumento insuficiente para constituir una hipoteca

\*o si el crédito garantizado con la hipoteca fue pagado;

\* O si la hipoteca dejo de existir por cualquier causa legal.

Para hacer efectiva la cancelación se debe presentar en el Registro de la Propiedad la correspondiente escritura pública de cancelación, o en su caso la sentencia judicial que la ordene. El registro lo hará efectivo anotando al margen de la inscripción la misma.

**UNIDAD XX. PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS REALES. ACCIONES REALES.**

**XX.1) Concepto. Antecedentes históricos. Metodología del Código. Distintas posiciones.**

El CCiv. anterior contemplaba a estas defensas en el título IX de su libro III, luego del condominio y antes de regular los derechos reales sobre cosa ajena de uso y goce y en función de garantía. Mucho se criticó esa ubicación, pues en rigor se trata de proteger con ellas a todos los derechos reales por igual.

De aquí que hubiera resultado mejor consignar estas soluciones al comienzo del libro III (junto con las defensas de las relaciones de poder —posesión, tenencia—), o al final, una vez reguladas todas y cada una de las potestades reales admitidas en nuestro medio (conf. arts. 2503 y 2614 CCiv.).

En este aspecto, el CCyCN supera ese inconveniente al referirse a las defensas del derecho real en el capítulo 2 del título XIII de su libro IV, con la siguiente estructura interna:

a) En la primera sección se brindan las disposiciones generales a estos remedios procesales, que incluye su definición y enumeración (art 2247), los objetivos que persiguen y los derechos que con ellas se tutelan (art. 2248), la legitimación de quien las esgrime (art. 2249), las precisiones sobre el daño resarcible (art. 2250) y el caso especial de la cotitularidad de legitimados activos y sus consecuencias (art. 2251).

b) La sección segunda se aboca al tratamiento de la acción real de reivindicación (arts. 2252 a 2261).

c) La tercera hace lo propio con la acción negatoria (arts. 2262 y 2263).

d) La cuarta está destinada a la acción confesoria (arts. 2264 y 2265).

e) El capítulo se cierra con la quinta sección, que se aboca a la acción de deslinde (arts. 2266 a 2268).

La propuesta es impecable no sólo por su correcta ubicación al final del libro IV (destinado a los derechos reales), sino también por la brevedad y precisión de sus soluciones.

El art. 2756 del CCiv. anterior (según DJA 2729-E-0026) las definía como "...los medios de hacer declarar en juicio la existencia, plenitud y libertad de los derechos reales, con el efecto accesorio, cuando hubiere lugar, de indemnización del daño causado".

El nuevo CCyCN sigue las directivas de su antecesor.

En su art. 2247 presenta una noción más concisa de la figura, en su primera parte, donde se lee que "las acciones reales son los medios de defender en juicio la existencia, plenitud y libertad de los derechos reales contra ataques que impidan su ejercicio".

Se siguen los lineamientos del derecho anterior, aunque se reemplaza su objetivo primordial: "hacer declarar" por "defender".

La tutela se cumple en los tres sentidos antes considerados (existencia, plenitud y libertad).

A modo de síntesis, respecto de la caracterización de las acciones reales, la Corte ha dicho que "...debe tenerse presente que no todas las acciones tendientes a obtener la protección de un derecho real, revisten ese carácter, sino tan sólo las enumeradas por el art. 2756 del CCiv. Por consiguiente, el rasgo que permite diferenciar una acción real de una personal no debe buscarse en el derecho que por medio de ellas se pretende tutelar, sino en el objeto de esas acciones. Así, mientras que en las reales se pretende obtener el reconocimiento y mantenimiento del derecho, ello no ocurre en la intentada en autos pues de lograrse la completa indemnización del daño, cesa el derecho de reivindicar la cosa.

**XX.2) Acción reivindicatoria. Definición: análisis y crítica. Quienes pueden ejercerla: propietario, copropietario, cesionario o adquirente a quien no se le hizo tradición, heredero, legatario, usufructuario, usuario, habitador y acreedor hipotecario. Contra quienes: poseedor, demandado que se da por poseedor sin serlo y aquel que dejo de poseer por dolo o hecho suyo. Heredero del poseedor.**

El art. 2248 del CCyCN en su primera parte la define así: "La acción reivindicatoria tiene por finalidad defender la existencia del derecho real que se ejerce por la posesión y corresponde ante actos que producen el desapoderamiento".

La expresión desapoderamiento debe interpretarse en un sentido amplio, comprensiva de todas las formas posibles de desposesión.

Así lo ha entendido la jurisprudencia: "El concepto de despojo debe ser amplio, comprensivo de todas las formas de desposesión, aun cuando no haya vicios (violencia, clandestinidad y abuso de confianza)".

En suma, está expedita esta acción cuando se priva el titular del derecho, de su relación real posesoria con la cosa. Esto es, cuando se verifica lisa y llanamente un despojo sin o contra su voluntad.

Legitimación activa

La definición legal de este remedio procesal se expide en torno a quienes pueden esgrimir esta acción, es decir, a los legitimados activos.

Tanto para el CCiv. anterior como para el CCyCN este remedio procesal se concede a los que detenten sendos derechos reales que se ejercen por la posesión.

Así, se ha afirmado que "...para ejercer la reivindicación, es indispensable que quien la intenta sea titular de un derecho real que se ejerza por la posesión".

\*Quienes pueden ejercerla: propietario, copropietario, cesionario o adquirente a quien no se le hizo tradición, heredero, legatario, usufructuario, usuario, habitador y acreedor hipotecario.

 Existen dos posturas:

1. La restrictiva: pueden ejercerla solo los titulares de un derecho real de dominio;
2. La amplia: pueden ejercerla todos los titulares de los derechos reales que se ejercen por la posesión: sea dominio, condominio, usufructo, uso, habitación, prenda, anticresis.

Supuestos especiales:

1. Comprador a quien no se le hizo tradición: se distingue según la cosa en poder de quien se encuentre, si está en manos del vendedor tendrá que ejercer una acción personal de exigir el cumplimiento contractual; y si está en manos de un tercero entonces si podrá ejercer la acción reivindicatoria.
2. Cesionario de la acción: el cesionario puede reivindicar la cosa aunque no haya recibido la posesión porque se pone en lugar del cedente y ejerce los derechos y acciones de aquel. Si el cedente pierde la posesión el cesionario la reivindica.
3. Acreedor del propietario: también puede reivindicar la cosa que al propietario le pertenece, subrogándose en sus derechos y acciones.
4. Heredero: también puede ya que sucede al causante en todos sus derechos. Solo debe probar que su antecesor tuvo la posesión y la perdió.
5. Legatario de una cosa determinada: reivindica la cosa de manos de un tercero y cita al heredero.
6. Condominio: puede ejercerla contra otro condómino o contra un tercero;

Legitimación pasiva

 Contra quienes se ejerce: poseedor, demandado que se da por poseedor sin serlo y aquél que dejó de poseer por dolo o hecho suyo; heredero del poseedor.

Puede dirigirse esta acción contra cualquiera que tenga la cosa en carácter de poseedor o de simple tenedor (ya sea en nombre propio o de otro)

1. Contra el poseedor, cuando el titular ha sido desposeído contra su voluntad
2. Contra el que detenta la cosa a nombre de otro: quien detenta la cosa es una persona que no produjo el despojo, pero la detenta en nombre de otro, el poseedor que sí produjo el despojo.
3. Cuando el detentador denuncia quien es el verdadero poseedor, la acción debe dirigirse contra este último.
4. Contra el heredero del poseedor: se refiere al heredero demandado luego de la partición y adjudicación de los bienes de la herencia, pues antes todos los herederos están legitimados.
5. Poseedor ficto: en este caso el demandado no es poseedor y no puede restituir. Puede suceder cuando el demandado se diere por poseedor sin serlo o bien cuando hubiere dejado de poseer por dolo por un hecho suyo.

**XX. 3) Cosas reivindicables: A. Inmuebles. Extremos que debe acreditar el reivindicante. Prueba: a) reglas generales; b) situaciones especiales. Efectos: a) medidas de seguridad. b) restricción de la cosa y obligaciones accesorias. B. Muebles. Cosas entregadas voluntariamente (distintos casos). Cosas robadas y perdidas. Títulos. Cosas no identificables: dinero, títulos al portador, cosas fungibles**.

**INMUEBLES**

Art. 2256 Prueba en la reivindicación de inmuebles: se observan las siguientes reglas:

1. si los derechos del actor y el demandado emanan de un antecesor común, se presume propietario quien primero es puesto en posesión de la cosa, ignorando la obligación anterior;
2. si los derechos del actor y el demandado emanan de diferentes antecesores, el título del reivindicante posterior a la posesión del demandado, es insuficiente para que prospera la demanda, aunque el demandado no presente título alguno;
3. si los derechos del actor y el demandado emanan de diferentes antecesores y el título del reivindicante es anterior a la posesión del demandado, se presume que este transmitente era poseedor y propietario de la heredad que se reivindica;
4. si los derechos del actor y el demandado emanan de diferentes antecesores, sin que se pueda establecer cuál de ellos es el verdadero propietario, se presume que lo es el que tiene la posesión.

**MUEBLES**

En materia de muebles, la posesión vale título, razón por la cual, quien se encuentre en poder de un objeto de esta índole podrá repelar con eficacia los reclamos reales o personales dimanados de su inicial propietario, o sus sucesores. Se crea una presunción de propiedad mobiliaria, que deviene en iuris et de iure, en la medida en que se conjuguen los distintos recaudos indicados en los mentados preceptos: posesión, buena fe (que también se presume de acuerdo a los arts. 2362 del CCiv.anterior y 1 919 del CCyCN), cosas no hurtadas (el CCiv. se refería a "robadas") ni perdidas (es decir, que no hayan salido del poder de su propietario inicial contra o sin su voluntad).Se añade un nuevo elemento como es la onerosidad de la causa o título que sustente la adquisición del actual poseedor.

Como ya se anticipó, su posesión de buena fe, en tanto no sean robadas/hurtadas o perdidas y hayan sido adquiridas a título oneroso, vale título. Por ende, está presunción de propiedad, habilita a dichas personas a mantenerse en poder de esos objetos

**XX.4) Acción confesoria. Concepto. Ámbito de aplicación. Personas a quienes se acuerda y contra quienes. Prueba. Efectos.**

Art. 2264: la acción confesoria compete contra cualquiera que impide los derechos inherentes a la posesión de otro, especialmente sus servidumbres activas.

\*Personas a quienes se acuerda y contra quienes.

Están legitimados para promover la acción confesoria:

1. los poseedores de inmuebles con derecho de poseer, cuando fuesen impedidos de ejercer los derechos inherentes a la posesión;
2. los titulares verdaderos o putativos de servidumbres personales activas, cuando fuesen impedidos de ejercerlas;
3. los acreedores hipotecarios de inmuebles dominantes cuyos poseedores fuesen impedidos de ejercer derechos inherentes a su posesión.

Se promueve contra cualquiera que impida los derechos inherentes a la posesión de otro o sus servidumbres activas.

\*Prueba

Prueba: art. 2265: Al actor le basta con probar su derecho de poseer el inmueble dominante y su servidumbre activa si se impide una servidumbre; y su derecho de poseer el inmueble si se impide el ejercicio de otros derechos inherentes a la posesión; si es acreedor hipotecario y demanda frente a la inacción del titular, tiene la carga de probar su derecho de hipoteca.

\*Efectos.

Los efectos de la sentencia

De prosperar esta acción se vislumbran dos efectos propios de la sentencia, como son el principal y el accesorio.

El efecto primordial será la condena judicial a restablecer el orden alterado, que se traducirá en la eliminación de los obstáculos que impedían al pretensor ejercer en su total plenitud los derechos inherentes a la posesión de las cosas inmuebles (es decir, que se respeten las restricciones por parte de los titulares u ocupantes de los fundos linderos o que el propietario, poseedor o tenedor del fundo sirviente permita el ejercicio efectivo de la servidumbre afectada).

La consecuencia accesoria o complementaria de esta acción en caso de ser positiva, se traduce en el resarcimiento de los daños y perjuicios, deberán ser igualmente probados por quien active el proceso judicial.

**XX.5) Acción negatoria. Concepto. Ámbito de la aplicación. A quienes se confiere y contra quienes. Carga de la prueba. Efectos**

Art. 2262: la acción negatoria compete contra cualquiera que impida el derecho de poseer de otro, aunque sea el dueño del inmueble, arrogándose sobre él alguna servidumbre indebida. Puede también tener por objeto reducir a sus límites verdaderos el ejercicio de un derecho real.

 Se concede a los titulares de derechos reales que se ejercen por la posesión, cuando se les impide la libertad en su ejercicio, a fin de que ésta sea restablecida.

La lesión concreta y efectiva que padece el titular del derecho real debe implicar una turbación en su relación real posesoria con la cosa, pero en modo alguno llegar al extremo de privarlo de ella, pues en esta instancia el remedio a impetrar será la acción real de reivindicación.

 La jurisprudencia ha dicho que "la acción negatoria se acuerda en los casos en que sin haberse producido la desposesión de la cosa el demandado traba el libre ejercicio del derecho de propiedad del actor; pero si ese impedimento es absoluto y total, sí existe privación y no restricción de las facultades del propietario, la que procede es la acción reivindicatoria".

\*A quienes se confiere y contra quienes.

Están legitimados para promoverla:

1. Los poseedores de inmuebles;
2. Los acreedores hipotecarios impedidos de ejercer libremente sus derechos.

Procede contra cualquiera que impida el derecho de poseer de otro (aunque sea el dueño del inmueble).

\*Carga de la prueba.

Prueba art. 2263: al demandante le basta probar su derecho de poseer o su derecho de hipoteca, sin necesidad de probar que el inmueble no está sujeto a la servidumbre que se le quiere imponer o queno esta constreñido por el pretendido deber inherente a la posesión.

\*Efectos.

La sentencia que se dicte en el petitorio iniciado a partir de la acción real negatoria tiene

- Efectos principales

El pronunciamiento judicial declarará la existencia del derecho que invoca el actor y, por vía de consecuencia, ordenará que se restablezca la libertad en su ejercicio efectivo.

- Accesorios, se verificará de dos maneras:

a) Negando al demandado la titularidad y consiguiente ejercicio de un derecho real que no tiene sobre las cosas del accionante. Esto supone que el demandado deberá cesar de realizar los actos que provocaban la turbación en los derechos del actor y abstenerse de ejecutarlos en el futuro.

Así, si se arrogaba la existencia de una servidumbre de paso sobre el fundo de propiedad del accionante, la sentencia declarará la inexistencia de dicha potestad real e implicará, para el sujeto vencido, que deberá abstenerse de transitar por el mismo y no retomar de ahí en más esta conducta.

b) Reduciendo a sus verdaderos límites el ejercicio del derecho real que tiene el demandado. Los efectos accesorios de la sentencia se traducen en la indemnización de los daños y perjuicios que el accionar del demandado haya provocado en los derechos e intereses del actor, aspecto que se regirá por las reglas comunes de la responsabilidad civil.

Sin embargo, en nuestro caso hemos de sumar también la garantía del deber de abstención futuro, que deberá prestar la parte perdidosa, la que quedará sujeta a lo que resuelva el juez en cada caso en particular.

**UNIDAD XXI. PUBLICIDAD DE LOS DERECHOS REALES.**

**XXI.1) La publicidad. Concepto y fundamentos**

 En un sentido estrictamente jurídico, el autor Francisco Hernández Gil explica que la publicidad "... consiste en la exteriorización o divulgación de una situación jurídica para producir la cognoscibilidad general".

De acuerdo a esto, nos debe quedar claro que:

a) La publicidad se identifica con una actividad especial, como es la de difusión de determinada información que interesa al derecho.

b) Respecto del material sobre el cual gira esta actividad, es estrictamente jurídico, y puede referirse por igual a un hecho, una situación o relación que interesa al derechoo a alguno de sus componentes (sujetos, objetos, causas).

c) La finalidad con que se acomete esta tarea es la de permitir el conocimiento general de dicha información y torna oponible a quien corresponda.

**XXI.2) Sistemas de publicidad: a) la tradición; b) la posesión; c) otros modos no registrables; d) los registros.**

Advertencia preliminar

En nuestro sistema actual, cuatro son los medios a través de los cuales pueden evidenciarse los derechos reales inmobiliarios, los que en rigor, pueden y deben complementarse y armonizarse para lograr un conocimiento cabal de la realidad jurídica, a saber: la publicidad registral, la cartular, la de los estados de hecho derivada de la tradición y la consecuente posesión de la cosas y la emanada de la subasta judicial de los bienes.

Vélez Sarsfield las tuvo presente a la hora de legislar, aunque paradójicamente utilizó un orden de jerarquía inverso al de nuestra exposición, quedando la publicidad registral relegada a un cuarto término y solamente para las hipotecas.

El CCyCN mantiene los cuatro medios en pie de igualdad, por lo que no se han operado cambios sustanciales en esta materia.

En las líneas que siguen estudiamos sucesivamente el esquema que en materia de publicidad de los derechos reales planteó el CCiv. anterior y sus posteriores reformas hasta llegar al derecho actualmente en vigor.

La publicidad de los derechos reales en el Código Civil de Vélez Sarsfield

***1. La publicidad posesoria***

Las transmisiones de derechos reales por actos *inter vivos*y a título singular, suponen la confluencia de dos actos causales, que puedan fundar la mutación o cambio operados. Estamos hablando, por un lado, de la causa indirecta o mediata designada como título suficiente, es decir, el acto jurídico obligacional que da derecho a su titular a detentar la cosa objeto de la contratación, pero que por sí solo es insuficiente para la adquisición de la potestad real. Por el otro, de la causa directa e inmediata, designada como modo de adquisición de los derechos reales, que para nuestro caso es la tradición. Este último acto tiene por finalidad, poner a la persona en poder de la cosa objeto de la transacción.

El CCiv. al acto jurídico tradición, siguiendo los antecedentes del derecho romano y el antiguo derecho español (especialmente las VII Partidas), le adjudicó también efectos publicitarios de las mutaciones reales. Ello así, dado que la forma jurídica de ella supone de parte de los interesados, la ejecución de actos materiales sobre las cosas estando expresamente prohibido su reemplazo por meras declaraciones de los sujetos involucrados.

En rigor, la tradición es un acto efímero, pues la entrega efectiva de la cosa de una persona a otra se da en un momento determinado, sin que sea necesaria para su perfección, la presencia de testigos. De aquí que bien pueda pasar totalmente inadvertida para aquellos que deban respetar, *a posteriori*, la adquisición del derecho real en cuestión.

Lo que en cambio perdura en el tiempo, son los actos posesorios que de ahí en más ejecutará el titular del derecho real sobre la cosa, de manera pública, pacífica, continua e ininterrumpida y que servirán, entonces, para evidenciar su señorío sobre la cosa.

Este es el medio de publicidad que el autor del CCiv. anterior postuló para todos los derechos reales que se ejercían por la posesión de las cosas.

Sin lugar a dudas, estamos frente a un medio que se presta a equívocos y a dudosas interpretaciones, pues en verdad, la tradición es por igual, un modo de transmitir un derecho real y una relación de poder sobre cosas determinadas, sea la posesión o la tenencia.

Para paliar los defectos de esta vía o medio de difusión de los derechos reales inmobiliarios, podía acudirse a la publicidad cartular, es decir, la que se derivaba de la exhibición y consulta de los instrumentos públicos notariales, judiciales o administrativos, en los que constaban los actos obligacionales que servían de sustento para la adquisición y posterior ejercicio de aquéllos

En este sentido, Vélez Sarsfield reparó expresamente en esta cuestión, como se evidenciaba, por ejemplo, en la nota al art. 2663 del CCiv. anterior, con relación al dominio imperfecto revocable o resoluble, en la que se expresaba que "...esas cláusulas revocatorias, debiendo estar en el mismo instrumento público por el cual se hace la enajenación, no pueden dejar de ser conocidas por el tercer adquirente, pues constan en el mismo instrumento que crea el dominio del que lo transmite. Hablamos de escrituras públicas, pues sólo por ese medio puede transferirse el dominio de los bienes raíces...".

Esta información podía verificarse de los títulos, en sus originales o reproducciones a través de un diligente estudio y relación de ellos. De la lectura atenta de estos documentos y de las atestaciones que presenten, se desprendían las eventuales restricciones, limitaciones, gravámenes y transferencias que se habían verificado sobre los inmuebles a los que se referían.

Sin embargo, esta vía accesoria, no estaba impuesta como de cumplimiento obligatorio en nuestro sistema jurídico, por lo que las deficiencias apuntadas se mantenían.

De aquí que en este caso, cedían por igual la publicidad posesoria, la cartular y aun la registral a lo que resultaba de la causa, debiendo armonizarse con las normas procesales pertinentes.

Esto así, toda vez que la potestad real se adquiere en el expediente judicial (una de cuyas resoluciones fundamentales aludirá a la puesta en posesión de la cosa por el adquirente —publicidad posesoria—), de allí se reflejará en el testimonio judicial o acta notarial de protocolización que resuman de manera selectiva los pasos procesales determinantes de dicha adquisición (publicidad cartular), que se inscribirán en sede registral (publicidad registral).

Las reformas legislativas posteriores a la sanción del CCiv. anterior, cambiaron de frente, colocando en la cúspide del sistema de publicidad de los derechos reales inmobiliarios, a los Registros.

Sin embargo, de ello no se seguía que quedara automáticamente descartada la solución primigenia del Código velezano, que mantenía su vigencia. En efecto, pese a tratarse de un medio aparentemente equívoco para denotar la presencia de un derecho real inmobiliario, en algunos casos prevaleció sobre misma la publicidad registral.

Así, la jurisprudencia ha favorecido en más de una ocasión al adquirente de un inmueble de buena fe con boleto de compraventa y posesión, respecto de un posterior comprador con escritura pública o acreedor hipotecario. Y en materia de prescripción adquisitiva vicenal de inmuebles, la publicidad de los estados de hecho y la cartular, son siempre previas a la registral, que se deriva indefectiblemente de ellas.

**2.2. La publicidad registral**

**2.2.1. La posición del codificador en torno a los registros inmobiliarios**

En materia de hipotecas y censos, dado que se estaba frente a derechos reales que no se ejercían por la posesión de las cosas, Vélez prefirió no innovar en la materia.

En rigor, estas potestades necesitan un medio de exteriorización que no podía ser la tradición ni la posesión, atento a tratarse de derechos reales para los cuales era suficiente contar con la causa título (acto jurídico obligacional, formalizado por instrumento público, del cual se desprenda el gravamen).

De aquí que para garantizar su adecuada publicidad, conocimiento y oponibilidad frente a terceros, resultaba imprescindible contar con un medio eficaz para tales fines, de aquí que prescribió para estos derechos, como medio de difusión, la publicidad registral, valiéndose para ello de los oficios de hipotecas que ya existían en nuestro país.

Ahora bien, ¿por qué no se extendía la publicidad registral como vía de conocimiento efectivo, a todos los derechos reales inmobiliarios?

En la nota final al título de las hipotecas en el CCiv. anterior, Vélez explicaba sus razones, las que sintetizamos a continuación:

a) Las disposiciones que imponían la registración de todos los negocios que servían de causa fuente para la adquisición de derechos reales, constituían reglamentos y códigos que generaban más cuestiones jurídicas conflictivas, que las que pretendían evitar.

b) Las técnicas de registración que imponían las soluciones vigentes no eran satisfactorias y no reportaban mayores beneficios a los interesados.

c) Los países que emprendían la tarea de registrar las fincas en plazos de tiempo prefijados, caían en la incongruencia de mantener las hipotecas tácitas o legales, que quedaban al margen de la publicidad registral

d) Destacaba también la falta de personas idóneas para hacerse cargo, en nuestro medio, de estos registros y del catastro territorial, añadiendo a todo esto, la falta de correspondencia entre el valor de la tierra y los honorarios que correspondían para la inscripción de los respectivos títulos de propiedad.

2.2.2. La publicidad registral de las hipotecas

A continuación, desarrollamos de manera sintética, el sistema de publicidad registral propuesto para el derecho real de hipoteca en el CCiv. velezano, que era preciso y completo, y tenía por fin obtener una adecuada difusión y oponibilidad de este gravamen frente a la sociedad toda.

a) La obligación de registrar las hipotecas

El art. 3134 CCiv. disponía que una vez instrumentada la hipoteca, debía ser registrada en un oficio público o registro de hipotecas, que debía existir en la ciudad capital de cada provincia, y en otros pueblos en que lo estableciera el gobierno provincial.

Respecto de la identidad de quien debía solicitar la registración del gravamen, se disponía en los arts. 3139 y 3140 que podían hacerlo las partes del negocio, sus representantes y toda aquella persona que tuviera interés en asegurar el derecho hipotecario.

Lo que accedía al oficio era la copia autorizada del documento que contenía la obligación hipotecaria. Sin embargo, cabía como opción, documentar dicho negocio ante el propio encargado del Registro. En este supuesto, la intervención *ab initio*del registrador simplificaba de sobremanera su toma de razón, ya que era el propio oficial público autorizante quien se encargaba de inscribir el documento.

b) El plazo para registrar las hipotecas

El art. 3137 CCiv, en su versión original, fijaba como plazo común para la inscripción de los títulos hipotecarios, el de seis días computados a partir de su otorgamiento. Ello así, para que la hipoteca tuviera efectos respecto de terceros ajenos a la celebración del acto.

En concreto, se ampliaba el plazo inicial para aquellos documentos que se habían autorizado en escribanías que estuvieran ubicadas a más de dos leguasdel registro donde debían inscribirse. La solución para estos casos era extender el término para su inscripción, a razón de un día cada dos leguas.

c) Los efectos de la inscripción registral de las hipotecas

El art. 3135 CCiv. anterior en su versión original disponía que la consecuencia principal de la registración de la hipoteca, era su oponibilidad a terceros.

Con lo cual, se tornaba innecesaria la publicidad registral de la hipoteca respecto de otras personas que estuvieran conminadas a respetarla desde el momento mismo de su celebración, como eran las propias partes contratantes, sus herederos y los intervinientes en el acto (el notario y los testigos).

De esto se extrae que la registración en cuestión no tenía carácter constitutivo del gravamen, sino meramente declarativo, pues el derecho real existía antes de tal evento, tanto para el acreedor como para el deudor.

Ahora bien, el art. 3149 disponía que respecto de terceros, los efectos de la hipoteca se retrotraían al día de su constitución, si ésta se había registrado en el plazo común de seis días que antes consideramos. Por el contrario, si la inscripción resultaba tardía, las consecuencias derivadas del gravamen, siempre respecto de terceros, se verificaban a la fecha de su registración efectiva y por ende, de manera irretroactiva.

Con esta solución se reiteraba lo que antes consignamos. Esto es: la falta de registración de la hipoteca no acarreaba su invalidez, sino solamente su inoponibilidad a terceros. Y como la hipoteca era válida (aunque con eficacia subjetiva restringida) no era menester contar con la autorización judicial para registrarla *a posteriori*. Con lo cual, arribamos a la directiva antes expresada: la registración de las hipotecas era declarativa y no constitutiva de ellas.

El art. 3136 contemplaba un sistema de reserva de prioridad, no tan elaborado como el de la actual ley registral inmobiliaria, basado exclusivamente en la buena fe, como principio rector del derecho.

Así, para el caso en que existiendo una hipoteca constituida y pendiente de inscripción en el término legal, otro gravamen hipotecario, de fecha posterior a aquél accediera en primer término al registro, ello no le daba ventaja alguna sobre derecho cronológicamente anterior. Esto así, en la medida que el segundo acreedor tuviera conocimiento de la existencia de la hipoteca previa.

De esta manera, la primera hipoteca, registrada en término, desplazaba de la posición favorable a la segunda, con lo cual se desalentaban las maniobras fraudulentas y "las carreras del más veloz en llegar al registro".

**XX1.3) La publicidad registral en el Código Civil. El criterio del codificador: nota al artículo 3203. Inconstitucionalidad de los registros locales. Alcances de la reforma del art. 2505 del Código Civil. El tercero protegido. Buena fe requerida. Principio de legitimación: distintos sistemas: convalidante (exactitud), de fe pública (presunción de exactitud absoluta) y de completividad o integridad (presunción de exactitud relativa).**

El art. 2505 CC, su fuente, crítica y su complementación por el decreto-ley 17.801

Fuente:. La redacción del art. 2505 no ha sido feliz y encierra en sí misma una grave contradicción entre su primera parte y el último párrafo. El texto propuesto era para el agregado de un nuevo art. 4052. “La tradición requerida para la adquisición o transmisión de derechos reales sobre inmuebles, solamente se juzgará perfeccionada mediante la inscripción de los respectivos títulos en los registros inmobiliarios de la jurisdicción que corresponda y en todos los demás casos esas adquisiciones o transmisiones no serán oponibles a terceros mientras no estén registradas. En los casos de transmisión hereditaria la inscripción tendrá efecto retroactivo a la fecha de fallecimiento del causante”. La recomendación propone una inscripción constitutiva, salvo en los casos en que la adquisición se opera sin tradición, y por ende no son supuestos de aplicación de la teoría del título y del modo".

El texto del art. 2505 según la ley 17.711: "La adquisición o transmisión de derechos reales sobre inmuebles, solamente se juzgará perfeccionada mediante la inscripción de los respectivos títulos en los registros inmobiliarios de la jurisdicción que corresponda. Esas adquisiciones o transmisiones no serán oponibles a terceros mientras no estén registradas".

Crítica:

En la parte 1ª de la recomendación n° 9, la inscripción perfecciona a la tradición, es un elemento de la tradición. En cambio, en la parte 1ª del art. 2505, la inscripción perfecciona la adquisición, ya no es un elemento de la tradición, sino que es un requisito, además de la tradición. Pero al igual que el párr. 1° de la recomendación n° 9, el del art. 2505 consagra una inscripción constitutiva, ya que sin inscripción no hay adquisición. En la parte 2ª se advierte la contradicción con la fuente. En efecto, el párr. 2° de la recomendación empezaba diciendo "en los demás casos", lo que es suprimido en el art. 2505.

La contradicción en cuanto al efecto de la inscripción se disipa cuando el art. 2505, en su parte 1ª, dice que las adquisiciones sólo se perfeccionan con la inscripción del título en el registro, y consagra una inscripción constitutiva. En cambio cuando en la parte 2ª expresa que las adquisiciones serán oponibles con la registración, consagra un sistema declarativo.

La contradicción apuntada en el art. 2505 fue puesta de inmediato de resalto por los primeros comentarios a la reforma. El tema se subsanó con el dictado de la ley nacional de registros, 17.801, que en su art. 2° establece claramente que la inscripción es a los fines de la oponibilidad a terceros. Este texto completa al art. 2505.

**XXI.4) El Derecho Registral. Concepto. La cuestión de su autonomía.**

DERECHO REGISTRAL: Es la rama del derecho, autónoma o no, un conjunto de normas que tiene por objeto el estudio del organismo encargado del publicitar personas, hechos, actos, contratos, documentos y eventualmente derechos, como así también la forma como la misma va a ser realizada y los efectos y consecuencias de dicha publicidad, que dicha registración va a producir respecto de los intervinientes en el acto y respecto de terceros. O sea que estudia: el órgano que registra, la forma como se registra, qué es lo que se registra y para qué se registra. Abarca todo tipo de actividad publicitaria jurídica: Registro Inmobiliario, Automotores, Registro Prendario, Registro Público de Comercio, Registro de Reincidencias, Registro de Mandatos, etc.

**¿Cuál es la naturaleza de las normas del Derecho Registral?:** En el derecho registral existen una gran variedad de normas, algunas de ellas hacen al derecho civil, como lo es todo lo referido al alcance, carácter y efectos, hay normas de derecho privado y también otras que son de derecho administrativo (todo lo que hace a la organización de los registros), normas de Derecho Procesal (en lo que respecta al trámite que tiene que cumplirse para inscribir un documento), normas del derecho tributario (con relación a los sellados a pagar para la inscripción de esos documentos).

 El derecho registral en un estado federal. De acuerdo a nuestro orden jurídico, existen normas que las provincias delegaron a la Nación, es decir, que sólo ella puede legislar sobre ciertos temas, en tanto que hay otras materias que quedaron reservadas para las provincias. En el ámbito del Derecho Registral todo aquello que hace a la estructura del organismo que va a registrar se rige por normas del derecho administrativo, y como tales son de resorte de las Provincias, salvo en el caso del Registro del Automotor que es de competencia de la Nación y su estructuración es igual en todo el país. Si el órgano registrado va a depender del Poder Ejecutivo o Judicial es una cuestión que depende de cada Provincia y también depende de cada Provincia el "cómo" se va a registrar. En lo que se refiere al procedimiento para que se realice la registración, hay que hacer una distinción: todo aquello que se refiere a cómo se inscribe, si hay que presentar el documento en determinado plazo o no, si bien son normas procesales se rigen por la Ley Nacional, pero todo aquello que haga al procedimiento recursivo -si el registrador deniega una inscripción- las vías recursivas, plazos, órganos ante los cuales deberá interponerse el recurso, etc., forman parte de la legislación provincial, es decir es la Provincia la que va a establecer ese procedimiento. Y con relación a los efectos de la registración, eso ya es materia de la legislación de fondo. La ley nacional es la que va a establecer si una determinada registración tiene efectos constitutivos o declarativos. Así por ejemplo en el caso de los boletos de compraventa, si bien la legislación provincial puede prever su registración, no podría la ley provincial establecer que sólo serán válidos los boletos si se encuentran inscriptos en el Registro de la Propiedad, ya que ese efecto de la inscripción sólo puede establecerla la legislación de fondo.

**XXI.5) Clasificación de los registros: a) declarativos y constitutivos; b) abstractos y causales; c) convalidantes y no convalidantes; d) de Folio Real y de folio personal. La importancia del registro catastral; e) de transcripción, incorporación e inscripción.**

Pueden clasificarse según distintos criterios, a saber:

**a) Según si la publicidad registral es obligatoria o facultativa.**

En el primer caso, el no cumplimiento de dicha exigencia acarrea consecuencias negativas para el titular de la relación jurídica o derecho sujeto a la registración, como su inoponibilidad a terceros ajenos a la causa que le dio origen.

En el segundo supuesto, en cambio, la no registración del derecho o prerrogativa jurídicos, no trae ningún efecto adverso a la persona de su titular.

En nuestro sistema, en materia inmobiliaria, la publicidad registral está dispuesta con carácter obligatorio, por las indudables ventajas que se derivan para los titulares de tales bienes.

**b) Según la técnica de registración que se utilicen, en sistemas de transcripción o de inscripción.**

Los primeros suponen que el encargado del Registro se abocará a copiar de manera completa y literal la información que accede a él.

Por el contrario, en la segunda alternativa, el registrador selecciona y extracta del material presentado la información que considera valiosa (y que está previamente tasada en tal condición por la normativa que rige su actuación).

De esta manera, los asientos registrales contienen una síntesis de la documentación aportada inicialmente, en sus aspectos esenciales, remitiendo al interesado, para el caso de resultar necesario completar la información suministrada, a la compulsa de la fuente de la que aquélla se extrajo.

Este último es el sistema que impera en la actualidad en la mayoría de los ordenamientos jurídicos que adoptan la publicidad registral (nuestro país no es la excepción), incidiendo de manera decisiva para el desarrollo y la implementación de esta técnica, las distintas herramientas que suministra la informática, lo que permite en la práctica agilizar la recopilación, procesamiento, almacenamiento y consulta de la información relativa a los inmuebles y a las personas de sus titulares.

**c) Según la unidad de registración bajo la cual se organiza el sistema de publicidad, tenemos que los registros pueden ser reales o personales.**

En los primeros, la información se canaliza y ordena en torno al inmueble, abriendo para tales fines un folio o ficha para cada bien, que cuenta con un número de matrícula que sirve para su designación interna y que no se repite en el Registro, de modo que no se corra el riesgo de confusiones o fugas de información.

Los asientos en estos folios reales, consignados de manera precisa y concreta, indican al interesado la situación jurídica completa del bien, a saber: quién es su actual dueño, cuándo lo adquirió, que gravámenes, restricciones o limitaciones a la disposición pesan sobre aquel, etc.

En los segundos, en cambio, el eje central es la persona o personas que revisten la condición de propietarios de las fincas. Para ello, la información que recopila el Registro se consigna de manera cronológica por el nombre de las partes, lo que exige una permanente actualización, dado que se tiene en cuenta no el componente que perdura en la relación jurídica (la cosa) sino el que varía (la persona de su titular).

Esto determina, por ejemplo, que si la compra de un inmueble la realiza una misma persona, pero de manera sucesiva y por partes indivisas, las inscripciones a considerar serán dos o más, que deberán estar correlacionadas internamente en el Registro, de manera que de la sumatoria de ellas resulte la titularidad dominial completa del bien.

Respecto de los gravámenes o restricciones al dominio del inmueble, en el sistema personal, deberán consignarse al margen o en los espacios libres que presente el asiento registral principal. Ello favorece en buena medida, a posteriori, las fugas registrales de la información asentada y vigente que afecta a un determinado bien.

Las ventajas del primer sistema saltan a la vista, pues como ya advertimos, de la lectura atenta del folio real se desprende la totalidad de la información actualizada que, con respecto a un inmueble determinado, cuenta el Registro de la Propiedad.

De hecho, es el que rige actualmente en todas las demarcaciones de nuestro país.

d) **Según la función que cumple esta forma de publicidad respecto de los derechos reales a los que se aplica, los registros pueden ser declarativos o constitutivos de aquéllos.**

En el primer caso, la adquisición, transmisión, modificación o extinción de la potestad real sobre una cosa se produce fuera del Registro, con la confluencia de las causas exigidas por el derecho de fondo (para nuestro caso, el título y el modo suficientes). De esta manera, el ente registral no hace más que difundir una mutación real que se ha operado de manera previa, con la finalidad de hacerla oponible a terceros ajenos al acto de transmisión.

En el segundo caso, por el contrario, la registración (sea por inscripción o transcripción) integra el íter constitutivo del derecho real, de manera que hasta tanto no se cumpla con esta exigencia, no nace la prerrogativa jurídica sobre el inmueble, ni siquiera entre las propias partes involucradas en el acto de la transferencia.

Anticipamos que la República Argentina, adscribe a la primera solución, por lo que la publicidad registral inmobiliaria, tiene efectos meramente declarativos.

**e) Según los efectos que la registración tiene sobre la información incorporada, tenemos sistemas de registros convalidantes y no convalidantes**.

En el primer caso, la toma de razón de los documentos aportados, sanea cualquier vicio o defecto de forma o fondo que aquéllos padecieran.

En el segundo supuesto, en cambio, la registración de los instrumentos no subsana sus deficiencias externas o internas, lo que determina que su toma de razón no mejora ni empeora su eficacia.

Esta última es la solución que impera en nuestro medio.

**XXI.6) Conflicto entre la publicidad posesoria y la registral: posturas doctrinarias. Inexactitudes registrales (internas y externas). El principio de fe pública registral y el supuesto del art. 1051 del Código Civil.**

**XXI.7) Los principios registrales. Concepto. Ley 17.801. A) Principio de rogación o instancia. Clases de rogatorias. Documentos inscribibles. Desistimiento. B) Principio de legalidad. Calificación. Importancia. Caracteres. Plazo para calificar. Elementos de la calificación. Efectos. Limites. Plenario Feidman. La función calificadora y los documentos judiciales. C) principio de tracto sucesivo o continúo. El tracto abrevado: distintos supuestos. D) Principio de inscripción. Diversas clases de asientos. A) Matriculación, b) presentación, c) inscripción o anotación, d) cancelación (total o parcial). Diferencia con la caducidad, e) nota marginal. El registro de anotaciones personales E) principio de especialidad (base física y contenido jurídico) punibilidad del embargo publicitado en cuanto a su monto. F) Principio de propiedad. Prioridad excluyente y prelativa. Carácter dispositivo del rango (permuta, postergación, reserva, compartimento). Determinación temporal de la prioridad distintos sistemas. Tipos de prioridad: directa e indirecta. Anotación preventiva con reserva de prioridad: certificado de ley (concepto, naturaleza jurisca, actora para los que se requiere, sujeto legitimado, procedimientos, efectos) G) principio de legitimación.**

**XXI.8) Caracterización de otros registros jurídicos de bienes: a) registro de la propiedad automotor, b) registro de caballos de sangre pura de carrera y de otros animales. C) registro de la propiedad intelectual: materia, b) titulares, c) duración, d) facultades, e) deposito. Efectos.**

**1. Los principios registrales**

El derecho registral en general y el derecho registral inmobiliario en particular, se estudian a partir de un conjunto de reglas o postulados denominados comúnmente como "principios registrales".

Los principios son previos a toda solución normativa y el legislador les dará un sentido específico al momento de sancionar el cuerpo legal en que estarán contenidos, perfilando así su significado.

a) *Principio de rogación o instancia*: supone que el Registro no actúa de oficio sino a partir de la petición de una o más partes interesadas (que lo serán las propias partes celebrantes del acto a registrar, sus representantes o sucesores, los oficiales públicos que intervengan en la autorización del acto, la autoridad judicial o administrativa que disponga la toma de razón de un documento gestado en el respectivo expediente o quienes en última instancia esgriman un interés legítimo en el caso concreto).

Asimismo, se consagra como excepción a este principio, la actuación oficiosa del registrador en materia de extinción de asientos registrales, cuando el ordenamiento jurídico fije plazos de caducidad ciertos, como sucede, por ejemplo, respecto de los documentos sujetos a anotaciones provisionales o condicionadas y con las hipotecas y medidas cautelares.

 b) *Principio de registración o inscripción*: se refiere al acceso de la información jurídicamente relevante al Registro Inmobiliario, a la manera como dicho ente la incorpora, generando así los correspondientes asientos registrales y a los efectos y consecuencias que se derivan de tal actuación, que por el principio anterior, sabemos que habrá de ser causada o peticionada expresamente.

En este principio, quedan involucradas por igual, las cuestiones referentes a si la registración es voluntaria u obligatoria, constitutiva o declarativa de derechos, convalidante o no de los defectos formales y/o materiales que el material a registrar padezca.

c) *Principio de publicidad*: alude a los medios por los cuales se difunde la información que contienen los asientos registrales, y los efectos y consecuencias que ellos producen en la celebración de los negocios (especialmente cuando estamos operando con certificados con reserva de prioridad).

d) *Principio de especialidad*: se concentra en la determinación precisa del material jurídicamente relevante que se incorporará al Registro, en lo referente a los sujetos, objetos y actos que sirven de causa a las distintas relaciones jurídicas que sean de interés para el ente registral.

e) *Principio de tracto sucesivo*: supone que tiene que existir un encadenamiento ordenado y coherente entre los distintos asientos registrales, especialmente en lo que se refiere a las titularidades de derechos reales o personales sobre las cosas. Así, no cabe la toma de razón de un documento que contenga un acto de disposición jurídica sobre un inmueble, si quien figura como propietario del bien en el folio real pertinente, es una persona distinta a la que luce el instrumento aportado.

Ello no impide que en determinadas circunstancias ese orden lógico y cronológico pueda comprimirse y abreviarse, permitiéndose así la concentración de un solo asiento registral de más de un acto dispositivo o que provoque mutaciones en la cadena de titularidades de los derechos sobre una cosa.

En este sentido, cabe la posibilidad, que quien, por ejemplo, se haya adjudicado en plena propiedad un inmueble ganancial, por acuerdo de disolución y liquidación de los bienes que integren el acervo de la sociedad conyugal, homologado judicialmente en el expediente donde tramite el correspondiente juicio de divorcio vincular, proceda a la venta del bien y requiera del notario autorizante de este segundo acto, que ruegue la inscripción de ambos negocios jurídicos, relacionando y transcribiendo las partes pertinentes del expediente judicial del que se desprenda la legitimación del ahora disponente.

En este caso, en vez de practicarse dos asientos, como sería de rigor, para observar el encadenamiento causal lógico de las constancias registrales, se practicará uno solo donde se resuman ambos actos, de manera de no quebrar la cadena de necesaria continuidad en las titularidades registrales de derechos y prerrogativas jurídicas.

f) *Principio de prioridad*: supone que los documentos que acceden al Registro para su toma de razón, se ordenan cronológicamente por aplicación de la inveterada regla *prior in tempore, potior in iure*. Para ello, impera el orden de su presentación en el libro diario del ente registral.

Empero, el propio sistema admite la posibilidad que las partes se sustraigan a dicho régimen, fijando de común acuerdo un orden de preferencias distinto.

g) *Principio de legalidad*: se traduce en la calificación que el registrador realizará de la documentación que se presente para su toma de razón, verificando el cumplimiento de los recaudos de forma y fondo que al respecto imponga nuestro sistema jurídico.

Este principio es de vital importancia, pues denota que la actuación del registrador no se reduce a un mero acto mecánico o reflejo de inscribir o anotar todo el material que se le presente, sino que debe efectuar un adecuado examen y control sobre éste, del que se pueden derivar algunas de las siguientes posibilidades: su registración, su rechazo, o su anotación provisoria o condicional

h) *Principio de presunción de exactitud, legitimación y fe pública registral*: éste surge de la combinación de tres reglas previas (como se deduce de su denominación) y supone que los asientos registrales han de interpretarse a favor de quien aparece en ellos como titular de un derecho o prerrogativa, en el entendimiento de que aquéllos reflejan de manera acabada y completa la realidad jurídica.

En nuestro sistema esta presunción, como ya anticipamos en el apartado anterior, no es irrefutable, por lo que cabe considerar, a partir del material incorporado al Registro, que los derechos y situaciones que se publicitan, existen y pertenecen a las personas que figuran como sus titulares, hasta tanto se demuestre su inexactitud.