

Los derechos reales en el Proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio 2012

20 diciembre 2012 por [Ed. Microjuris.com Argentina](#) [Dejar un comentario](#)

Autor: Brusa, Horacio H. – Ver más Artículos del autor

Fecha: 20-dic-2012

Cita: MJ-DOC-6118-AR | MJD6118

Sumario:

I. La comisión de reformas. II. Sistema general del proyecto. III. La relación de apropiación. IV. Propósito del proyecto. V. La reforma y los derechos reales.

Doctrina:

Por Horacio H. Brusa (*)

I. LA COMISIÓN DE REFORMAS

A instancia del Poder Ejecutivo mediante Decreto presidencial 191/11 , se formó una comisión reformadora de destacados juristas integrada por los doctores Ricardo Luis Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aída Kememajer de Carlucci quienes contaron con la colaboración de numerosos profesores.

El día 17/03/2012 en el Museo del Bicentenario se presentó el anteproyecto en sociedad.

II. SISTEMA GENERAL DEL PROYECTO

El sistema del proyecto es el siguiente:

- “Título preliminar”.
- “Libro primero: De la parte general”.
- “Libro segundo: De las relaciones de familia”.
- “Libro tercero: De los derechos personales”.
- “Libro cuarto: De los derechos reales”.
- “Libro quinto: De la transmisión de derecho por causa de muerte”.
- “Libro sexto: De las disposiciones comunes a los derechos personales y reales”.
- “Legislación complementaria”.

Contiene en total 2671 artículos a diferencia del código actual que es de 4051.

El proyecto es acompañado de una legislación complementaria, por la que se derogan o modifican artículos de leyes que tiene que ver con la materia codificada, pero que no es incorporada a la normativa del proyecto.

Es importante destacar el criterio del proyecto el que mantiene y se estructura a partir de la clasificación de los derechos civiles y privados, sobre la base del objeto inmediato en derechos reales y personales, siguiendo como fuente a Freitas (1).

Además, el proyecto no contiene notas a los artículos e incorpora fundamentos explicativos de la reforma.

III. LA RELACIÓN DE APROPIACIÓN

El fenómeno social, materia legisferante y de estudio, de los derechos reales es la relación de apropiación.

En tal sentido debemos distinguirlo del objeto de cada derecho real en concreto, es decir lo apropiable u aprovechable, que por naturaleza son las cosas.

IV. PROPÓSITO DEL PROYECTO

La reforma como trabajo prolegislativo ha tenido como materia de elaboración la relación de apropiación, en dos sentidos:

1. Incorporando nuevas relaciones de aprovechamiento. A modo de ejemplo la propiedad comunitaria indígena; los conjuntos inmobiliarios, etc.
2. Redactando nuevamente las instituciones vigentes; en este caso a la norma se incorporó la doctrina mayoritaria y jurisprudencia pacífica, nacional y regional, superando actuales situaciones de interpretación conflictiva.

Utiliza un lenguaje directo y sencillo.

Por otro lado es de destacar la constitucionalización de los preceptos e instituciones o dicho de otra forma la adecuación de la normativa civil y comercial a la Constitución Nacional.

V. LA REFORMA Y LOS DERECHOS REALES

Procuraremos comentar lo concretamente novedoso de la reforma respecto de la legislación vigente, desde luego someramente.

1. En cuanto al método

El uso de partes generales.

En el libro IV, su título I refiere a las "Disposiciones generales"; luego encontramos partes generales respecto de algunos derechos reales y en la defensa del derecho real.

En la parte general común a los derechos reales se regulan: concepto; objeto; estructura; convalidación; persecución y preferencia; enumeración; clasificación; adquisición, transmisión, extinción y oponibilidad.

Implica una nueva distribución del contenido.

Lo que justifica la existencia de una parte general es el tratamiento de todas aquellas cuestiones que tienen que ver con el conjunto de los derechos reales y no solamente con alguno de ellos, de una sola vez.

2. El uso de definiciones

Los autores en los fundamentos justifican el uso de definiciones cuando tienen un efecto normativo, descartándolas cuando son meramente didácticas.

Definen a los derechos reales en general como en particular.

3. Nuevas relaciones de apropiación

Al enumerar los derechos reales se crean derechos nuevos. Ejemplos de ello la propiedad comunitaria indígena y los conjuntos inmobiliarios.

Respecto de la superficie aplicable hoy a la materia forestal se la extiende a las construcciones.

4. Concepto de derecho real

Xavier O'Callaghan (2) nos comenta que existen distintos tipos de definiciones. A saber: sintética, las que dan una idea central o esencial de lo definido; descriptiva: las que enumeran su contenido básico; y mixta, las que combinan ambos criterios.

Define a los derechos reales el proyecto como «poder jurídico, de estructura legal, que se ejerce directamente sobre su objeto, en forma autónoma y que atribuye a su titular las facultades de persecución y preferencia, y las demás previstas en este código».

El poder jurídico es una especie del género derecho subjetivo. La otra gran especie se denomina facultades jurídicas. Esta clasificación atiende a la naturaleza de los derechos, básicamente, porque los poderes jurídicos se ejercitan autónomamente en tanto que respecto de las facultades jurídicas requieren la colaboración de un sujeto pasivo o deudor. Existen los poderes jurídicos reales y los familiares (3).

La definición proyectada califica al poder jurídico de estructura legal. Que se ejerce recta vía hacia su objeto. En forma autónoma como se dijo. Y por último que atribuye a su titular las facultades de persecución y preferencia.

Por lo dicho podríamos decir que de los tipos de definiciones aludidos la definición del proyecto sería mixta.

Declara el proyecto que constituyen el objeto del derecho real las cosas.

Agrega también un bien (queriendo decir un derecho) en cuanto taxativamente la ley lo determine.

Ejemplo de ello es la posibilidad de que el titular del derecho de superficie lo dé en hipoteca.

Debemos al respecto recordar las enseñanzas de Allende, cuando decía que extender la normativa de las cosas a los derechos u otras entidades hace que determinadas instituciones resulten inaplicables, por ejemplo, la posesión, la tradición, etc. (4)

No se requiere de las cosas que estén en el comercio, pero excluye como no puede ser de otra manera como objeto de los derechos reales a las cosas del dominio público.

5. Normas de orden público

Cuando habla el reformador de «estructura» del poder jurídico, hace referencia a sus elementos (sujeto, objeto y causa), contenido, adquisición, constitución, modificación, transmisión, duración y extinción.

Luego, al decir que la estructura es «legal», indica que las normas dispuestas a tal fin son de orden público, imperativas o indisponibles.

Lo que equivale a decir que son irrenunciables, de aplicación forzosa y su inobservancia acarrea la nulidad absoluta.

6. Incorpora clasificaciones de los derechos reales

Introduce aquellas clasificaciones de los derechos reales que entiende que son importantes a la hora de la interpretación de sus normas. Así:

A. Derechos reales sobre cosa propia o ajena, llamando a estas últimas cargas o gravámenes reales para el propietario de la cosa sobre la que se constituyen.

Recordemos que la nota distintiva entre unos y otros es el reconocimiento o no a su titular de la posibilidad de disponer de la sustancia de la cosa (v. nota art. 2807 CCiv).

Sustancia esencia (cualidades constitutivas y forma de la cosa) y sustancia destino (5).

B. Derechos reales principales y accesorios, teniendo en cuenta si pueden existir solos y por sí mismos o no.

C. Derechos reales sobre cosas registrables o no, según que las cosas accedan o no a registros.

D. Derechos reales que se ejercen por la posesión o actos posesorios. Los derechos reales pueden tener por contenido a la posesión, el caso de la mayoría de ellos, o ser su contenido no la posesión sino la realización de determinados actos posesorios, el caso de las servidumbres positivas como ser la servidumbre de paso, o no tener por contenido a la posesión ni actos posesorios, como el caso de la hipoteca y servidumbre negativa, como de no edificar (6).

7. Jerarquiza normativamente la situación de los terceros interesados. Oponibilidad

El derecho real es un derecho absoluto, «es el que tiene eficacia contra cualquiera» (Windscheid), «la condición distintiva de los derechos absolutos es que su correspondiente obligación afecta la masa entera de las personalidades con las cuales el objeto del derecho puede estar en contacto» (Freitas) (7).

Para hacer efectiva dicha cualidad es que se le otorga al titular del derecho el ius perseguendi, que le permite recuperar la cosa cuando está en manos distintas de las del titular del derecho real.

Ahora bien el ius perseguendi se detiene frente a los terceros interesados o terceros registrales (8).

El proyecto ya en su parte general en ocasión de regular la adquisición, transmisión y extensión de los derechos reales determina: «... no son oponibles a terceros interesados y de buena fe mientras no tengan publicidad suficiente». Agregando, «que se considera publicidad suficiente la inscripción registral o la posesión, según el caso».

8. Relaciones de poder vs. poder jurídico

El poder jurídico es el derecho real y las relaciones de poder la posesión y la tenencia.

La expresión relaciones de poder reemplaza a relaciones reales, (9) relaciones materiales o de hecho.

La posesión y la tenencia pueden concurrir sobre un mismo objeto, cuando el tenedor representa la posesión del poseedor. La tenencia es propia de los derechos personales y la posesión de los derechos reales.

Incorpora dos presunciones, de posesión y de legitimidad de la posesión.

Da carta de ciudadanía a la expresión alemana servidores de la posesión, para referirse a las relaciones de dependencia, servicio, hospedaje u hospitalidad. A los que le acuerda la defensa extrajudicial de la posesión.

Se suprime la mera yuxtaposición local por su intrascendencia jurídica.

Mantiene por razones de justicia, la clasificación de buena y mala fe y la de mala fe viciosa de muebles e inmuebles.

Se asimilan los efectos de la posesión y de la tenencia a los derechos y obligaciones inherentes a la posesión.

9. Dominio

Contiene disposiciones generales. En ella alude al dominio perfecto e imperfecto y a los caracteres del dominio perfecto: perpetuidad, exclusividad y facultades de exclusión, y la extensión del dominio. Modos de adquisición, del dominio imperfecto y los límites al dominio.

El dominio fiduciario, como especie del dominio imperfecto, es incorporado totalmente al proyecto, en el libro de los derechos personales al normar el contrato de fideicomiso.

Establece la presunción de que el dominio es perfecto.

10. Del condominio

En disposiciones generales lo define y ratifica el condominio romano o de cuotas, que nos lleva a analizar los derechos de los condóminos sobre partes indivisas y sobre toda la cosa.

Regula la administración de la cosa común, estableciendo sus presupuestos y delinea un mecanismo más ágil para la toma de decisiones, no requiriéndose de unanimidad al respecto.

Trata el condominio de indivisión forzosa temporario y el perdurable.

11. Propiedad comunitaria indígena

Consiste en un derecho real nuevo y está destinado como su nombre lo indica a las comunidades indígenas reconocidas por el Estado como tales.

Tiene por objeto inmuebles rurales donde el titular del derecho de propiedad es la comunidad indígena y no sus miembros individualmente.

La comunidad indígena debe estar registrada como persona jurídica.

El inmueble no puede ser gravado, embargado o ejecutado.

Con el presente estatus jurídico se procura ayudar a que dichas comunidades preserven su identidad cultural y su hábitat de acuerdo a la Constitución Nacional y tratados internacionales.

12. Propiedad horizontal

Se incorpora totalmente al proyecto y se la actualiza.

Como novedades:

A. Se reconoce al consorcio como persona jurídica.

B. Determina que sus órganos son: la asamblea, el consejo de propietarios y el administrador.

C. Da el concepto de unidad funcional, como objeto de la propiedad horizontal, de naturaleza compleja, conformando un todo inescindible entre sectores privativos y comunes.

D. Incorpora la figura del subconsorcio, es decir además y por debajo del consorcio, para sectores con independencia dentro del edificio.

13. Prehorizontalidad

Como protección al adquirente de futuras unidades proyectadas en propiedad horizontal, se impone la contratación de un seguro obligatorio que sustituye al actual régimen.

14. De los conjuntos inmobiliarios

A través de este título se permite que barrios cerrados o privados, clubes de campo, parques industriales, empresariales o náuticos, barrio de chacras, ciudades pueblos, etc. se puedan configurar además como derechos reales, concretamente bajo la normativa de la propiedad horizontal especial.

Lo de especial es por establecerse normas especiales, que tienen que ver con el fenómeno concreto en sí como que aquí el objeto principal lo constituye lo exclusivo.

Su utilización es optativa, ya que admite otras figuras.

Se regulan el tiempo compartido y cementerios privados.

15. De la superficie

Actualmente, como se dijo, se admite por ley la superficie forestal, habiéndola admitido para las construcciones, con un plazo máximo de 50 años para las primeras y de 70 años para la segunda.

Recordamos que se trata de un derecho real sobre cosa ajena en cuanto faculta a forestar y construir, y sobre cosa propia cuando ya existe la propiedad superficiaria.

El superficiario puede constituir derechos reales de garantía sobre la propiedad superficiaria y someterla a propiedad horizontal, al ser como se dijo un derecho real sobre cosa propia.

16. Usufructo

Comienza con disposiciones generales, al tratarse del primer derecho real sobre cosa ajena.

Reiterando la imposibilidad del usufructuario de alterar la sustancia del objeto del usufructo determina que si este es un derecho, no puede su titular menoscabarlo.

Están legitimados para constituir usufructo, el dueño, el titular de la propiedad horizontal, el superficiario y los comuneros.

Se prohíbe el usufructo judicial o constituido por sentencia.

Se admite la transmisión del propio derecho de usufructo y no solo del ejercicio como en la actualidad.

Es intransmisible por causa de muerte.

Se incorpora expresamente como causal de extinción del usufructo el uso abusivo del usufructo o alteración de la sustancia.

17. Del uso

Este derecho es concebido como un usufructo limitado a las necesidades del usuario y su familia.

Solo puede constituirse a favor de persona humana.

No puede el usuario constituir derechos reales sobre cosa ajena.

Limita la ejecución de los acreedores a los frutos que excedan las necesidades del usuario y su familia.

18. De la habitación

También participa de la naturaleza del usufructo.

Solo constituye a favor de persona humana.

Es intransmisible tanto por actos entre vivos como por causa de muerte.

19. De la servidumbre

Sentencia y convenientemente, que siempre se requiere de dos inmuebles para que haya servidumbre, siendo su objeto el inmueble sirviente.

Se deja de lado la interpretación de si podría haber servidumbre de un solo fundo y que se trataría de las servidumbres personales.

Prohíbe la servidumbre judicial.

20. De los derechos de garantía

Regula una parte general para luego tratar de la hipoteca, anticresis y prenda de cosas y de créditos.

En las disposiciones comunes, establece que son derechos que garantizan créditos, con sus caracteres de convencionalidad, accesoriedad, especialidad e indivisibilidad.

21. De las acciones posesorias y las acciones reales

La tutela de las relaciones de poder y de los poderes jurídicos reales, con mejor técnica legislativa, se regulan al final del libro IV.

Las acciones posesorias: Se mantienen las dos acciones de mantener y recobrar, denominándose esta última de despojo, para contrarrestar las lesiones de turbación y de desposesión.

Regula la defensa extrajudicial de la posesión y de la tenencia.

La diferencia entre turbar y desposeer radica en que haya habido privación absoluta o no de la posesión y de la tenencia.

Mantiene la regla del actual art. 2468 CCiv en cuanto a que un título válido da derecho a la posesión pero no la posesión misma.

Omite declarar la posibilidad del reclamo de los daños y perjuicios, complementarios o sustitutamente como lo establece el actual art.2494 CCiv.

Contempla los casos de obra nueva.

Prevé la conversión del proceso judicial iniciado si interin se produce una lesión nueva y mayor.

Se determina que se sustancien por los procesos de conocimientos más abreviados de las leyes procesales o la que disponga el juez.

En cuanto a las acciones reales: Mantiene las tres acciones reales, la reivindicatoria, confesoria y negatoria, para defender la existencia, plenitud y libertad del derecho real. Agrega una cuarta, la acción de deslinde.

El proyecto de 1987 creo que con mejor criterio, por que superaba problemas interpretativos, reducía a dos las acciones reales: la reivindicatoria y de deslinde.

Hace extensiva la acción reivindicatoria al acreedor hipotecario.

En cuanto al daño a petionar en el juicio petitorio, distingue con claridad el resarcimiento sustitutivo del complementario.

Declara la imprescriptibilidad de las acciones reales sin perjuicio de lo dispuesto en materia de prescripción adquisitiva (conforme al actual 2510 CCiv).

Remarca la necesidad de la intervención de todos los interesados en los distintos procesos judiciales para obtener resoluciones que pasen en autoridad de cosa juzgada.

Regula la prueba de la reivindicatoria según se trate de cosas inmuebles, muebles registrables o muebles no registrables; además su alcance.

Es claro en cuanto a que la lesión de la reivindicatoria lo constituye el desapoderamiento.

Estas normas de la reivindicación deben complementarse con las disposiciones referidas a la ineficacia de los actos jurídicos del libro I; con las referidas a las obligaciones de dar cosas ciertas

para constituir derechos reales del libro III y las de la publicidad que se mantienen en la Ley 17.801

.

La "Legislación complementaria" modifica los arts. 1 y 2 de dicha ley, dándoles nueva redacción.

La pretensión en la acción negatoria consiste en el rechazo a que alguien se atribuya indebidamente una servidumbre o que se ejerza un derecho real más allá de su contenido. El actor no debe probar la inexistencia de estos derechos.

En la confesoria, se promueve para que se declare la existencia de una servidumbre u otro derecho inherente a la posesión.

Por último la acción de deslinde procura dar certeza con apoyo a títulos y demás elementos en el terreno a límites de hechos imprecisos o confundidos procediéndose a su demarcación. Si estos están discutidos corresponde promover la acción de reivindicación.

En último término el proyecto se ocupa de las relaciones entre el posesorio y el petitorio, prohibiéndose su acumulación, asegurándose su independencia.

Entre ambos y puntualmente, que el juicio posesorio no vea impedida su realización por la promoción ulterior de la acción real.

22. Disposiciones de derecho internacional privado: derechos reales

Las situaciones que, por competencia personal o territorial, quedan subsumidas en más de un ordenamiento jurídico nacional son regidas por el derecho internacional privado que puede tener fuente internacional (convenio o tratados) o interna.

El proyecto determina: la calidad de inmueble, la jurisdicción y competencia en las acciones reales sobre inmuebles y sobre bienes muebles registrables, indicándose que es competente el juez de la ubicación del inmueble o el de la registración en el segundo caso.

Aquí se mantiene y consagra el denominado orden público económico y en relación de las cosas.

(1) Freitas, Augusto Texeira de, Introducción a la Consolidación de la leyes civiles del Brasil.

(2) Xavier O'Callaghan, magistrado del Tribunal Supremo de España y catedrático.

(3) Gatti, Edmundo, Teoría General de los Derechos Reales.

(4) Allende, Guillermo, Panorama de Derechos a Reales.

(5) Alterini, Jorge H., Código Civil Anotado, Tomo IV-A , Llambías-Alterini.

(6) Gatti, op. cit.

(7) O. cit.

(8) Alterini, op. cit. Adroque, Manuel, Temas de Derechos Reales.

(9) Molinario, Alberto, De las Relaciones Reales.

(*) Abogado, UNL. Profesor ordinario de Civil IV, UNL. Profesor titular de Derecho Constitucional y Pactos Internacionales, Instituto de Seguridad Pública de la Provincia de Santa Fe. Autor de publicaciones en revistas jurídicas.