

**Reforma al Código Civil y Comercial: Principios y disposiciones generales en materia de derechos reales. Por Elena Highton de Nolasco**

**El presente artículo será publicado en la Revista de Derecho Privado y Comunitario de la Editorial Rubinzal Culzoni**

Introducción

Por decreto 191/2011 la Sra. Presidenta de la Nación Dra. Cristina Fernández de Kirchner creó la Comisión integrada por los doctores Ricardo Luis Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco (la suscripta) y Aída Kemelmajer de Carlucci, a quienes nos encargó el cometido de redactar el "Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", debiendo desempeñarse el Dr. Lorenzetti como Presidente.

La Comisión creada lleva el nombre de "COMISION PARA LA ELABORACION DEL PROYECTO DE LEY DE REFORMA, ACTUALIZACION Y UNIFICACION DE LOS CODIGOS CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION" y se puso a nuestro cargo el estudio de las reformas al CODIGO CIVIL y al CODIGO DE COMERCIO DE LA NACION que consideráramos necesarias, a fin de producir un texto homogéneo de todo el referido cuerpo normativo.

En el decreto se dejó constancia de que el codificador Vélez Sarsfield ya había previsto la necesidad de incorporar las reformas que los tiempos futuros demandaran; que durante muchos años, este proceso se realizó a través de numerosas leyes especiales que fueron actualizando diversos aspectos de los CODIGOS CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION; que esta obra llevada a cabo a través de la mencionada legislación especial, produjo una modificación del ordenamiento lógico y de la estructura de principios y reglas existentes en los Códigos referidos; que el sistema de derecho privado, en su totalidad, fue afectado en las últimas décadas por relevantes transformaciones culturales y modificaciones legislativas; que en este sentido cabe destacar la reforma Constitucional del año 1994, con la consecuente incorporación a nuestra legislación de diversos Tratados de Derechos Humanos, así como la interpretación que la jurisprudencia ha efectuado con relación a tan significativos cambios normativos; que todas estas circunstancias tornan necesario proceder a actualizar y unificar la Legislación Nacional en materia de derecho privado, procurando elaborar una obra que, sin sustituir la legislación especial, contenga una serie de principios generales ordenadores.

A estos fines, destacó que cabe tener en cuenta los procesos de integración y las codificaciones de la Región, puesto que sería deseable promover cierta armonización en los aspectos fundamentales; que en las últimas décadas se promovieron varios intentos de reforma integral de la Legislación Civil y Comercial tal el caso del Proyecto de Unificación proveniente de la Honorable Cámara de Diputados en el año 1987, preparado por una Comisión honoraria integrada por diversas personalidades del ámbito jurídico; que asimismo, en el año 1993 la Comisión Federal de la Cámara de Diputados, elaboró a su vez otro Proyecto de Unificación, integrada también por juristas de renombre; y que además, el PODER EJECUTIVO NACIONAL a través de los Decretos 468/92 y 685/95, creó Comisiones con idéntico fin, sin llegar a lograr el propósito unificador y reformador de la Legislación Civil y Comercial.

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

En cumplimiento de los objetivos y plazos señalados por el decreto presidencial, presentamos el Anteproyecto a la Sra. Presidenta, anteproyecto del cual en el presente delinearé algunas ideas sobre la parte general de los derechos reales, a fin de que se conozca mejor de qué se tratan las principales reformas.

**El texto de la parte general de los derechos reales**

a) INDICE

VII) LIBRO CUARTO: DERECHOS REALES  
Título I. Disposiciones generales  
Título II. Posesión y la tenencia

Título III. Dominio  
Título IV. Condominio  
Título V. Propiedad comunitaria indígena  
Título VI. Propiedad horizontal  
Título VII. Conjuntos inmobiliarios  
Título VIII. Tiempo compartido  
Título IX. Cementerios privados  
Título X. Superficie  
Título XI. Usufructo  
Título XII. Uso  
Título XIII. Habitación  
Título XIV. Servidumbres  
Título XV. Derechos reales de garantía  
Título XVI. Acciones posesorias y acciones reales

b) ARTÍCULOS

DERECHOS REALES

TÍTULO I

Disposiciones generales

CAPÍTULO 1

Principios comunes

ARTÍCULO 1882.- Concepto. 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 este Código.

ARTÍCULO 1883.- Objeto. 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.

ARTÍCULO 1884.- 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.

ARTÍCULO 1885.- Convalidación. Si quien constituye o transmite un derecho real que no tiene, lo adquiere posteriormente, la constitución o transmisión queda convalidada.

ARTÍCULO 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.

ARTÍCULO 1887.- Enumeración. Son derechos reales en este Código:

- a) el dominio;
- b) el condominio;
- c) la propiedad comunitaria indígena;
- d) la propiedad horizontal;
- e) los conjuntos inmobiliarios;
- f) el tiempo compartido;
- g) el cementerio privado;
- h) la superficie;
- i) el usufructo;
- j) el uso;
- k) la habitación;
- l) la servidumbre;
- m) la hipoteca;
- n) la anticresis;
- ñ) la prenda.

ARTÍCULO 1888.- Derechos reales sobre cosa propia o ajena. Carga o gravamen real. Son derechos reales sobre cosa total o parcialmente propia: el dominio, el condominio, la propiedad comunitaria indígena, la propiedad horizontal, los conjuntos inmobiliarios, el tiempo compartido, el cementerio privado y la superficie si existe propiedad superficiaria. Los restantes derechos reales recaen sobre cosa ajena.

Con relación al dueño de la cosa, los derechos reales sobre cosa ajena constituyen cargas o gravámenes reales. Las cosas se presumen sin gravamen, excepto prueba en contrario. Toda duda sobre la existencia de un gravamen real, su extensión o el modo de ejercicio, se interpreta a favor del titular del bien gravado.

ARTÍCULO 1889.- Derechos reales principales y accesorios. Los derechos reales son principales, excepto los accesorios de un crédito en función de garantía. Son accesorios la hipoteca, la anticresis y la prenda.

ARTÍCULO 1890.- Derechos reales sobre cosas registrables y no registrables. 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.

ARTÍCULO 1891.- Ejercicio por la posesión o por actos posesorios. 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.

## CAPÍTULO 2

Adquisición, transmisión, extinción y oponibilidad

ARTÍCULO 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.

ARTÍCULO 1893.- Inoponibilidad. La adquisición o transmisión de derechos reales constituidos de conformidad a las disposiciones de este Código no son oponibles a terceros interesados y de buena fe mientras no tengan publicidad suficiente.

Se considera publicidad suficiente la inscripción registral o la posesión, según el caso.

Si el modo consiste en una inscripción constitutiva, la registración es presupuesto necesario y suficiente para la oponibilidad del derecho real.

No pueden prevalerse de la falta de publicidad quienes participaron en los actos, ni aquellos que conocían o debían conocer la existencia del título del derecho real.

ARTÍCULO 1894.- Adquisición legal. Se adquieren por mero efecto de la ley, los condominios con indivisión forzosa perdurable de accesorios indispensables al uso común de varios inmuebles y de muros, cercos y fosos cuando el cerramiento es forzoso, y el que se origina en la accesión de cosas muebles inseparables; la habitación del cónyuge y del conviviente supérstite, y los derechos de los adquirentes y subadquirentes de buena fe.

ARTÍCULO 1895.- Adquisición legal de derechos reales sobre muebles por subadquirente. 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.

Respecto de las cosas muebles registrables no existe buena fe sin inscripción a favor de quien la invoca.

Tampoco existe buena fe aunque haya inscripción a favor de quien la invoca, si el respectivo régimen especial prevé la existencia de elementos identificatorios de la cosa registrable y éstos no son coincidentes.

ARTÍCULO 1896.- Prohibición de constitución judicial. El juez no puede constituir un derecho real o imponer su constitución, excepto disposición legal en contrario.

ARTÍCULO 1897.- Prescripción adquisitiva. La prescripción para adquirir es el modo por el cual el poseedor de una cosa adquiere un derecho real sobre ella, mediante la posesión durante el tiempo fijado por la ley.

ARTÍCULO 1898.- Prescripción adquisitiva breve. La prescripción adquisitiva de derechos reales con justo título y buena fe se produce sobre inmuebles por la posesión durante DIEZ (10) años. Si la cosa es mueble hurtada o perdida el plazo es de DOS (2) años.

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

ARTÍCULO 1899.- Prescripción adquisitiva larga. Si no existe justo título o buena fe, el plazo es de VEINTE (20) años.

No puede invocarse contra el adquirente la falta o nulidad del título o de su inscripción, ni la mala fe de su posesión.

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.

ARTÍCULO 1900.- Posesión exigible. La posesión para prescribir debe ser ostensible y continua.

ARTÍCULO 1901.- Unión de posesiones. El heredero continúa la posesión de su causante.

El sucesor particular puede unir su posesión a la de sus antecesores, siempre que derive inmediatamente de las otras. En la prescripción breve las posesiones unidas deben ser de buena fe y estar ligadas por un vínculo jurídico.

ARTÍCULO 1902.- Justo título y buena fe. 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.

La buena fe requerida en la relación posesoria consiste en no haber conocido ni podido conocer la falta de derecho a ella. Cuando se trata de cosas registrables, la buena fe requiere el examen previo de la documentación y constancias registrales, así como el cumplimiento de los actos de verificación pertinente establecidos en el respectivo régimen especial.

ARTÍCULO 1903.- Comienzo de la posesión. Se presume, salvo prueba en contrario, que la posesión se inicia en la fecha del justo título, o de su registración si ésta es constitutiva. La sentencia declarativa de prescripción breve tiene efecto retroactivo al tiempo en que comienza la posesión, sin perjuicio de los derechos de terceros interesados de buena fe.

ARTÍCULO 1904.- Normas aplicables. Se aplican a este Capítulo, en lo pertinente, las normas del Título I del Libro Sexto de este Código.

ARTÍCULO 1905.- Sentencia de prescripción adquisitiva. La sentencia que se dicta en los juicios de prescripción adquisitiva, en proceso que debe ser contencioso, debe fijar la fecha en la cual, cumplido el plazo de prescripción, se produce la adquisición del derecho real respectivo. La sentencia declarativa de prescripción larga no tiene efecto retroactivo al tiempo en que comienza la posesión. La resolución que confiere traslado de la demanda o de la excepción de prescripción adquisitiva debe ordenar, de oficio, la anotación de la litis con relación al objeto, a fin de dar a conocer la pretensión.

ARTÍCULO 1906.- Transmisibilidad. Todos los derechos reales son transmisibles, excepto disposición legal en contrario.

ARTÍCULO 1907.- Extinción. Sin perjuicio de los medios de extinción de todos los derechos patrimoniales y de los especiales de los derechos reales, éstos se extinguen, por la destrucción total de la cosa si la ley no autoriza su reconstrucción, por su abandono y por la consolidación en los derechos reales sobre cosa ajena.

#### Principios generales que constituyen componentes de los derechos reales en el Proyecto

En tanto en el mundo de la naturaleza existen cosas y las personas indefectiblemente las utilizan y han utilizado siempre, el derecho debe regular el aprovechamiento de ellas y éste es el objetivo de la rama conocida como "derechos reales".

Filósofos, economistas, juristas, políticos, sociólogos y pensadores de todo tipo han discutido y seguirán discutiendo sobre la legitimidad de la institución de la propiedad y los diversos alcances de la misma, pero de uno u otro modo, como propiedad privada o colectiva, propiedad personal o social, propiedad directa o útil, propiedad temporaria o estable, haya verdadera propiedad o sólo derechos superficiarios y de disfrute, distíngase entre bienes de consumo y de producción, lo cierto es que la raza humana debe aprovechar las cosas que la naturaleza pone a su disposición y si no lo hace, muere.

En efecto, cada individuo debe beber, comer, abrigarse y refugiarse de las inclemencias del tiempo. Sus necesidades primarias y luego secundarias, deben ser atendidas consumiendo, y también mejorando y transformando las cosas. A medida que la civilización avanza, las apetencias son mayores y mayores los requerimientos del hombre para satisfacerlas.

... Y la estructuración jurídica de la respuesta a esta necesidad de distribución de cosas, está dada por los derechos reales.

Ya en los estadios culturales más rudimentarios, el hombre y la mujer construyen su hogar, se proveen de armas y apacientan su ganado. Ciertamente, en los tiempos primitivos lo hacen en función de meras relaciones de hecho, todavía sin una ordenación jurídica de las cosas. Pero desde que el hombre penetra en la zona de luz de la Historia, es decir desde los tiempos más remotos a que alcanza nuestro conocimiento, encontramos huellas visibles de un cierto señorío de los bienes terrenales que se siente y trata como un derecho. He aquí las raíces más viejas del derecho de cosas.

Nuestro Código civil -vigente desde el 1 de enero de 1871- trata el derecho de cosas como una parte del derecho patrimonial privado; consecuentemente, como la mayoría de los códigos decimonónicos, ha quedado desactualizado. En efecto, aparecieron bienes que, siendo de la persona, no pertenecen al patrimonio pues no tienen un valor económico, aunque sí una utilidad, como sucede con el cuerpo, órganos, genes, etcétera. La relación exclusiva entre los bienes y la persona también ha mudado y aparecen las comunidades, como ocurre con los pueblos originarios. Finalmente, los conflictos ambientales se refieren a bienes que son mencionados en el Código como del dominio público, pero la Constitución y la ley ambiental los consideran colectivos, y no solamente de propiedad del Estado. Todo ello requiere una concepción más amplia, que el Proyecto ha receptado.

Es que el Código Civil reguló, dentro de los derechos reales (Libro Tercero), al patrimonio como un atributo de la persona (nota al artículo 2322 del Código Civil), siguiendo una extensa y consolidada tradición histórica. Inclusive, los conceptos de bienes y cosas y sus clasificaciones, están insertas en el libro de los derechos reales, cuando deben configurar un elemento de la parte general. Todo este modelo se construye sobre el criterio de considerar prioritaria la primacía de la relación directa entre el sujeto y los bienes, así como la vinculación relevante entre éstos y su valor económico.

Ciertamente, este esquema es inadecuado e insuficiente para solucionar conflictos actuales que surgen de que la concepción patrimonialista ha ido cambiando sin que la regulación legal haya acompañado el proceso y su evolución para completarla con los bienes no patrimoniales insusceptibles de apreciación económica que presentan otro tipo de utilidades y con las personas constituidas en grupos o comunidades convertidas en titulares de derechos.

De ahí que se hizo necesario incluir principios con relación a estos temas que, por su amplitud, no pueden estar metodológicamente ubicados, sin más, en materia de derechos reales. Por eso, en el Proyecto se introducen en el Título Preliminar donde se brindan guías generales que luego se desarrollan en artículos particulares, ni siquiera todos encuadrados dentro de los derechos reales. Ello aparte de mantener la regulación específica del derecho de cosas y de dejar el detalle de cierta delimitación concreta y diferenciada a las leyes especiales.

Otro principio que, si bien no es propio de los derechos reales, está relacionado con ellos, es la incorporación del derecho de acceso a la vivienda como derecho humano reconocido en diversos tratados internacionales. El régimen proyectado sustituye al del bien de familia con importantes modificaciones en beneficio de los particulares a quienes asiste la facultad de constituirlo. Asimismo se ocupa de la adjudicación de la vivienda para situaciones establecidas.

## Contenido de las disposiciones generales A.- Principios comunes

Los derechos reales están contenidos en el LIBRO CUARTO del Proyecto, en el cual el primer Título I está dedicado a las Disposiciones generales. Éste a su vez se divide en dos Capítulos, el primero referido a los "Principios comunes" y el segundo a la "Adquisición, transmisión, extinción y oponibilidad"

Vélez Sarsfield sólo había incluido en el Código Civil vigente una muy breve parte general conformada por solamente cuatro artículos (2502 a 2505), el último reformado a los fines de modernizar el contenido con la inscripción registral que complementó la ley 17.801.

La brevedad de estas normas no llegó a ser un sistema y, por eso, el codificador repite y reitera muchas nociones que bastaba con incluir una sola vez.

La Comisión reformadora no sólo se decidió por una parte general de los derechos reales, sino también por partes generales internas, propias de algunos derechos reales.

Esta parte general dedicada a tales disposiciones y principios comunes a todos los derechos reales, a las reglas sobre su adquisición, transmisión y extinción y a los requisitos para su oponibilidad, en un esquema básico plasmado antes en el Proyecto de 1998, reúne las normas generales relativas a estos derechos a fin de agrupar las pautas actualmente dispersas en el articulado del Código, o que han surgido de la jurisprudencia y doctrina interpretativa del sistema vigente.

En este Anteproyecto -luego convertido en Proyecto- se ha ponderado la introducción con una parte general de buena metodología para ofrecer claridad, ahorrando a su vez el exceso de preceptos repetitivos.

Dentro de este esquema, el estudio de cada uno de los derechos reales se limita al análisis del derecho subjetivo sobre las cosas y se refiere al contenido, adquisición, pérdida y protección jurídica de las facultades, mayores o menores, que se otorgan a las personas para su aprovechamiento.

Si partimos de la tajante distinción entre derecho privado y derecho público, los derechos reales se convierten en una rama del primero. Sin embargo, aumenta cada vez más la influencia entre uno y otro, quedando la puerta abierta para que dentro de los derechos reales se consideren integradas las facultades de particulares y poderes administrativos o comunidades sobre las cosas, sin consideración a líneas divisorias clásicas.

### Concepto de derecho real

Hemos contemplado en el art. 1882 que "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 este Código".

El proyecto define el derecho real, teniendo en cuenta su esencia, como un "poder jurídico". Ese poder jurídico, aunque no se diga por no tratarse de una obra de doctrina sino de una ley o un cuerpo de leyes, consiste en un señorío de la voluntad y se ejerce de propia autoridad, en forma autónoma e independiente de toda otra voluntad. Ello está sintetizado en las palabras "en forma autónoma". Resulta también claro que se ejerce "directamente sobre su objeto" pues se coincide con el criterio de Freitas, según el cual "no hay obligación que corresponda a derechos reales" (art. 868 del Esboco), adoptado a la letra por Vélez en su art. 497.

Esta norma o su equivalente no está contenida en el Proyecto, mas la diferencia con el derecho personal surge palmaria cuando se contrasta la noción de derecho real con la de obligación. De acuerdo al art. 724 se la define como una relación jurídica en virtud de la cual el acreedor tiene el derecho a exigir del deudor una prestación destinada a satisfacer un interés lícito y, ante el incumplimiento, a obtener forzosamente la satisfacción de dicho interés. Es claro que hay una concreta referencia a una facultad frente a un deudor.

De esta manera queda bien caracterizada la esencia de ese "poder", de ese "señorío", de ese "reinado" de la voluntad en que consiste el derecho real y justamente, se establece la diferencia entre el derecho real y el derecho personal, entre el "poder" y la "facultad", pues en la obligación el objeto inmediato del derecho consiste en una prestación es decir un hecho lícito y posible.

### Estructura legal

El art. 1884 hace referencia detallada a la estructura legal que menta la definición sobre el poder jurídico e indica que "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".

Mientras en los derechos personales impera el principio fundamental de la autonomía de la voluntad, que sólo se detiene ante las vallas del orden público, la moral, las buenas costumbres y la buena fe, inversamente, los derechos reales, están dominados por el principio del orden público, que deja sólo un estrecho margen para la voluntad de los particulares.

Es decir que cuando se trata específicamente de la estructura de los derechos reales se postula que ella es establecida solo por la ley. En tanto no todas las normas que regulan los derechos reales son de orden público sino solamente aquellas que lo hacen "sustancialmente", es conveniente que la ley especifique qué normativa de los derechos reales es imperativa y no meramente supletoria. Por ello se dice que tienen ese carácter las normas que puntualizan la amplitud y naturaleza del contenido de cada derecho real, las que se refieren a la determinación de los elementos que los integran y todo lo relacionado con su adquisición, constitución, modificación, transmisión, duración y extinción, es decir todo lo que se refiere a su causa. No existen otros derechos reales que aquellos que la ley determina. La norma reclama también la nulidad de la configuración o modificación de un derecho real no abarcado por la ley, lo cual no circunscribe la cantidad de derechos reales al código sino a todo el ordenamiento jurídico.

La incidencia del orden público en la organización de los derechos reales, hace que les esté vedado a los particulares, no sólo constituir otros derechos reales sino también modificar los que se instauran.

En realidad, como la determinación legal de los derechos reales permitidos, implica fijar la naturaleza y extensión de su contenido, es decir, de cada uno de ellos, la modificación por los particulares del contenido de algún derecho real permitido, podría llegar a configurar la pretensión de constituir un nuevo derecho real, no admitido por la ley.

En su momento, nuestro legislador adoptó así el sistema del *numerus clausus* o número cerrado de derechos reales, proveniente de Freitas que es la fuente del vigente art. 2502; y lo hizo en contra de la legislación y doctrina dominante en esa época. Nuestro proyecto mantiene el principio que ha demostrado ser adecuadamente ordenatorio de estos derechos.

#### Conversión

La norma del codificador daba un criterio de conversión en el mismo art. 2502, conforme al siguiente texto: "Todo contrato o disposición de última voluntad que constituyese otros derechos reales, o modificase los que por este Código se reconocen, valdrá sólo como constitución de derechos personales, si como tal pudiese valer".

En el proyecto no se reglan los efectos de tal creación, en tanto según sea el caso, el juzgador indicará si carece de todo valor, si importa un derecho personal, o si deviene en un derecho real próximo.

El proyecto hace uso de una norma más general, el art. 384 ubicado dentro de las disposiciones generales sobre ineficacia de los actos jurídicos, que justamente se refiere a "Conversión y dispone que "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. Por ejemplo, si se constituyera una enfiteusis podrá valer como contrato de arrendamiento o como constitución de usufructo.

#### Convalidación

De conformidad con el art. 1885 dedicado a la Convalidación, "Si quien constituye o transmite un derecho real que no tiene, lo adquiere posteriormente, la constitución o transmisión queda convalidada".

Este criterio difiere del originario del código de Vélez.

El art. 3126 del código vigente manda que "la hipoteca constituida sobre un inmueble ajeno no será válida ni por la adquisición que el constituyente hiciere ulteriormente, ni por la circunstancia que aquel a quien el inmueble pertenece viniese a suceder al constituyente a título universal". Esta norma quedaba en contradicción y constituía excepción con el art. 2504 que establecía la convalidación.

La disposición del art. 3126 no proviene del derecho romano ni del Código Napoleón, sino de la interpretación doctrinaria francesa. Tampoco existe en legislaciones más modernas como el código alemán donde el principio de la convalidación aparece consagrado en forma general dentro de los actos jurídicos. El proyecto en materia de actos jurídicos solo ostenta el art. 280 circunscripto a la convalidación del acto jurídico sujeto a plazo o condición suspensiva, disponiendo que es válido, aunque el objeto haya sido inicialmente imposible, si deviene posible antes del vencimiento del plazo o del cumplimiento de la condición.

Volviendo a los derechos reales, la nota del codificador al art. 3126 aclara que la condición de propiedad es una condición de posibilidad legal de la constitución de la hipoteca. En consonancia con ello, la nota al art. 3131 del Cód. Civil, norma referida a los requisitos del acto constitutivo de la hipoteca, explica que en consecuencia de la especialidad del inmueble, "será por demás ordenar que no pueden hipotecarse propiedades futuras". Es decir, que la prohibición y necesidad de existencia actual de la cosa en el patrimonio del constituyente se presentaría como corolario del principio de especialidad. Pero es distinta la existencia de la calidad al momento de concertarse la hipoteca y al momento en que se juzga su validez legal. Y el argumento consistente en afirmar que no estaba permitido constituir hipoteca sobre "cosas futuras", es inadecuado pues en realidad lo futuro no es la cosa, que ya existe al tiempo de la constitución del gravamen, sino la adquisición de su dominio por parte del constituyente; y este argumento sería aplicable a todos los derechos reales.

Los autores agregaban un tercer argumento referido a que la admisión del principio contrario implicaría admitir pactos sobre herencia futura los que son repudiados por la ley, argumentación que también cae ante la norma del art. 2504.

En realidad el único sentido que tendría la diferenciación de Vélez respecto de la hipoteca y los demás derechos reales, podría considerarse dado por el hecho que la hipoteca es el único derecho real que no se ejerce por la posesión. Si se constituye otro derecho real será necesaria la tradición (arts. 577, 2609, 2977 y concs.). En consecuencia, quien luego convalida su derecho ya está en ejercicio del mismo (por lo menos, de la posesión que es su contenido), no así en el caso de la hipoteca; si la hipoteca se constituye por quien no es propietario, el acreedor no tiene ningún poder sobre la cosa.

Pero este criterio es insuficiente para impedir dar una regla general que incluya a la hipoteca en el principio de la convalidación a fin de que éste no excluya ningún derecho real. De acuerdo con el proyecto, si con posterioridad se adquiere un derecho que no se pudo transmitir o constituir por falta de legitimación, el adquirente obtiene retroactivamente ese derecho pues se entiende que transmitió o constituyó el derecho real como si lo hubiera tenido al tiempo de la transmisión o constitución.

## Objeto

Respecto de los derechos y bienes se mantienen los principios patrimoniales y la clasificación entre bienes y cosas con valor económico, pero se agregan los derechos sobre el cuerpo humano o sus partes.

Es así que el Proyecto prescribe que las personas son titulares de los derechos individuales sobre los bienes que integran su patrimonio; que los bienes materiales son las cosas y las disposiciones referentes a las cosas son aplicables a la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de ser puestas al servicio del hombre; y que las comunidades indígenas con personería jurídica reconocida tienen derecho a la posesión y propiedad comunitaria de sus tierras (arts. 15, 16 y 18). Mas a ello agrega que los derechos sobre el cuerpo humano o sus partes no tienen un valor económico, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social, y sólo pueden ser disponibles por su titular cuando se configure alguno de esos valores y según lo dispongan leyes especiales (art. 17).

Desde siempre el cuerpo humano y sus partes han tenido gran importancia, pero en la actualidad lo que cuenta es la utilización de partes humanas en programas médicos y biológicos. El tema del tratamiento a dar a las partes separadas del cuerpo humano ha adquirido una relevancia tal que no resulta posible desconocer o sustraerse a las implicancias éticas y jurídicas que adquiere. El estatuto del cuerpo está cambiando rápidamente bajo las presiones de los nuevos avances de las biotecnologías y plantea dilemas inéditos al derecho. Se trata en particular de las dicotomías entre cuerpo-sujeto y cuerpo-objeto, igualdad o diversidad de las partes del cuerpo, naturalidad y artificialidad de los productos derivados de muestras biológicas humanas.

Dentro de este contexto, el art. 1883 referido al objeto dispone que "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".

Es decir que, en principio, el objeto del derecho real consiste en una cosa, pero excepcionalmente podría serlo un bien diverso, como un cuerpo humano (cadáver o esqueleto para estudio e investigación) o algunas de sus partes (pelo para pelucas, sangre o plasma sanguíneo para transfusiones, corazón, riñón, córneas para trasplante, embrión para técnicas de reproducción humana asistida, las muestras biológicas de genes, secuencias de genes, proteínas, células madre, líneas celulares, tejidos y materiales genéticos depositados en biobancos, etc.).

Y el bien también puede consistir en otra clase de derecho, siempre que esté señalado por la ley. Ello se configura pensando en casos de derechos sobre derechos, como la hipoteca del derecho de superficie en su modalidad de derecho sobre cosa ajena; o en casos de derechos complejos como el tiempo compartido.

Y respecto del modo de ejercicio, la referencia es al todo o una parte material de la cosa, lo cual también difiere del código en que tal posibilidad está vedada (aunque surge de la discutida norma del art. 3123); y puede ser disfrutada la cosa solamente por una parte indivisa. A ello -en el proyecto- se agrega la propiedad comunitaria indígena donde el derecho se ejerce por los miembros de la comunidad sobre toda la cosa, pero sin división en partes indivisas.

#### Persecución y preferencia

Se adoptan y explicitan las reglas sobre la persecución y preferencia como notas típicas del derecho real que están comprendidas en la definición.

El art. 1886 sobre Persecución y preferencia provee que "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".

Así en primer lugar determina que el derecho real atribuye a su titular la facultad de perseguir la cosa en poder de quien se encuentre, es decir que ostenta el *ius persequendi*. Se trata de una de las ventajas propias que los derechos reales procuran; por la misma, como el titular obtiene provecho directamente de la cosa, puede perseguirla para hacer valer su derecho, cualquiera sea la persona que la tenga en su poder, lo cual es consecuencia de la inherencia del derecho a la cosa. La diferencia con el derecho personal la explica Vélez Sarsfield en la nota al título IV del Libro Tercero, donde se lee que la persona a la cual pertenece un derecho real puede reivindicar el derecho contra todo poseedor; la que tiene un derecho personal no puede perseguir sino a la persona obligada a la acción o a la prestación.

Asimismo y en segundo lugar, esta misma norma incluye el *ius preferendi* como otra consecuencia de la inherencia del derecho a la cosa. No debe confundirse este derecho de preferencia con el privilegio que otorgan algunos derechos reales de garantía y que también puede surgir de derechos personales. Todo titular de un derecho real goza del derecho de preferencia, el cual se manifiesta por la exclusión de todo otro derecho real o personal de igual o distinta naturaleza, posterior e incompatible con él. Según este principio, constituido un derecho real, puede hacerse valer contra o tiene prevalencia sobre otros derechos reales o personales que se pretendan establecer. La máxima latina se expresa como *qui prior est tempore, potior est iure* -quien es primero en el tiempo, lo es también en el derecho-, o *sicut prior est tempore, ita potior est iure* -conforme eres anterior en el tiempo, así eres preferido en el Derecho-.

En definitiva, el derecho real cuenta con la posibilidad de ser preferido en su ejercicio y de hacerse valer con respecto a otro derecho real o personal que haya obtenido oponibilidad posterior.

#### Enumeración de los derechos reales

La enumeración de los derechos reales está contenida en el art. 1887, enumeración que continúa siendo taxativa, porque -tal como se ha dicho- el Proyecto sigue y mantiene el principio del *numerus clausus*.

La norma sienta que "Son derechos reales en este Código:

- a) el dominio;
- b) el condominio;
- c) la propiedad comunitaria indígena;
- d) la propiedad horizontal;
- e) los conjuntos inmobiliarios;
- f) el tiempo compartido;
- g) el cementerio privado;
- h) la superficie;
- i) el usufructo;
- j) el uso;
- k) la habitación;
- l) la servidumbre;
- m) la hipoteca;
- n) la anticresis;
- ñ) la prenda."

Como se advierte y a fin de estar a la altura de una realidad que hace hincapié en los derechos colectivos y participados, a los derechos reales del código de Vélez se adicionan la propiedad comunitaria indígena, la propiedad horizontal, los conjuntos inmobiliarios, el tiempo compartido, el cementerio privado y la superficie. Es cierto que por ley especial ya están regulados la propiedad horizontal, el tiempo compartido y la superficie forestal, pero su incorporación al Código con mayor completitud era una necesidad.

La falta de regulación o regulación parcializada y separada del Código de los conjuntos inmobiliarios, el tiempo compartido, el cementerio privado y la superficie los tornan ajenos a los principios generales clásicos y de difícil interpretación y aplicación práctica. El crecimiento de este tipo de propiedad que brinda mayor aprovechamiento de los recursos al utilizarse en común, por otro lado trae mayor conflictividad por la convivencia más cercana. La proximidad del vecino y la comunidad de intereses requiere una adaptación a aspectos impensados en tiempos del codificador. A tal punto es así en el Código Civil, que el principio de la accesión según el cual todo lo edificado y plantado pertenece al dueño del suelo, está ínsito en las bases del régimen actual; y la comunidad en el condominio tiene como nota más típica su tendencia hacia la partición, principios impensables para estos derechos compartidos.

Los derechos constitucionalmente reconocidos de los pueblos originarios a sus tierras y a la gestión vinculada a sus recursos naturales son puntos tan trascendentes, que se han introducido en el Título Preliminar del Proyecto.

Además, en el Libro Cuarto se proyecta un derecho real nuevo, con características propias, para establecerlo como autónomo. A estos fines se propone un derecho comunitario, de sujeto plural o colectivo, pero indeterminado en cuanto a sus componentes; y este sujeto es la comunidad indígena registrada. Se considera necesario introducirlo en el Código como derecho real porque, de lo contrario, cuando se adquieren las tierras, se asignan títulos de dominio que, mayormente, surgen de usucapiones o adjudicaciones que no se logran inscribir o no responden a las realidades. Ello ocurre pues, más allá de la Constitución, el tema se resuelve a través de derechos reales conocidos, con estructura propia admitida en el derecho común. Y ésta es y debe ser una propiedad comunitaria con las características que surgen de la Constitución. Por ende, corresponde determinarlo y reglamentarlo en el Título de los derechos reales; y en cuanto a la indudable necesidad de completar y llevar a cabo la aspiración de obtener un adecuado procedimiento de regularización de la titularidad de las tierras, queda encomendado a la ley especial, pues se entiende que corresponde al diseño de políticas estatales particularizadas y no es propio de un código que instituye los principios y contenido del derecho.

Concepto legal de cada derecho real

#### 1) Dominio

ARTÍCULO 1941.- Dominio perfecto. 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.

ARTÍCULO 1946.- Dominio imperfecto. El dominio es imperfecto si está sometido a condición o plazo resolutorios, o si la cosa está gravada con cargas reales.

#### 2) Condominio

ARTÍCULO 1983.- Condominio. 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.

#### 3) Propiedad comunitaria indígena

ARTÍCULO 2028.- Concepto. La propiedad comunitaria indígena es el derecho real que recae sobre un inmueble rural destinado a la preservación de la identidad cultural y el hábitat de las comunidades indígenas.

#### 4) Propiedad horizontal

ARTÍCULO 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 y administración. Las diversas partes del inmueble así como las facultades que sobre ellas se tienen son interdependientes y conforman un todo no escindible.

#### 5) Conjuntos inmobiliarios

ARTÍCULO 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 aquéllos que contemplan usos mixtos, con arreglo a lo dispuesto en las normas administrativas locales.

6) Tiempo compartido

ARTÍCULO 2087.- Concepto. Se considera que existe tiempo compartido si uno o más bienes están afectados a su uso periódico y por turnos, para alojamiento, hospedaje, comercio, turismo, industria u otros fines y para brindar las prestaciones compatibles con su destino.

7) Cementerio privado

ARTÍCULO 2103.- Concepto. Se consideran cementerios privados a los inmuebles de propiedad privada afectados a la inhumación de restos humanos.

8) Superficie

ARTÍCULO 2114.- 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.

9) Usufructo

ARTÍCULO 2129.- 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, si es una cosa, cuando se modifica su materia, forma o destino, y si se trata de un derecho, cuando se lo menoscaba.

10) Uso

ARTÍCULO 2154.- Concepto. 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.

11) Habitación

ARTÍCULO 2158.- Concepto. 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.

12) Servidumbre

ARTÍCULO 2162.- Definición. La servidumbre es el derecho real que se establece entre DOS (2) inmuebles y que concede al titular del inmueble dominante determinada utilidad sobre el inmueble sirviente ajeno. La utilidad puede ser de mero recreo.

13) Hipoteca

ARTÍCULO 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.

14) Anticresis

ARTÍCULO 2212.- Concepto. 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.

#### 15) Prenda

ARTÍCULO 2219.- Concepto. 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. Esta prenda se rige por las disposiciones contenidas en el presente Capítulo.

ARTÍCULO 2220.- Prenda con registro. Asimismo, puede constituirse prenda con registro para asegurar el pago de una suma de dinero, o el cumplimiento de cualquier clase de obligaciones a las que los contrayentes le atribuyen, a los efectos de la garantía prendaria, un valor consistente en una suma de dinero, sobre bienes que deben quedar en poder del deudor o del tercero que los haya prendado en seguridad de una deuda ajena. Esta prenda se rige por la legislación especial.

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.

#### Clasificaciones de los derechos reales

El código contempla diversas clasificaciones de los derechos reales en artículos que en varios casos son de fácil lectura y se explicitan por sí mismos

##### a) Derechos reales sobre cosa propia o ajena.

La clasificación de los derechos reales sobre cosa propia o ajena está contenida en el art. 1888, donde además se describe la carga o gravamen real que es consecuencia del derecho real sobre cosa ajena.

Resuelve la norma que "Son derechos reales sobre cosa total o parcialmente propia: el dominio, el condominio, la propiedad comunitaria indígena, la propiedad horizontal, los conjuntos inmobiliarios, el tiempo compartido, el cementerio privado y la superficie si existe propiedad superficiaria. Los restantes derechos reales recaen sobre cosa ajena..."

##### 1) sobre cosa propia

Cuando el derecho es sobre cosa propia, el titular puede invocar una relación de pertenencia, total o parcial, de la cosa con relación a su persona. Cuando la relación de pertenencia no pueda invocarse respecto de la cosa, sino solo con relación al derecho, éste será un derecho real sobre la cosa ajena.

También se ha insinuado una clasificación que distingue los derechos reales sobre cosa propia y sobre cosa no propia, entendiendo que pueden recaer sobre cosas que no sean propias ni ajenas, lo cual puede predicarse de las cosas sin dueño, como lo serían algunas cosas muebles. Pero esta clasificación no tiene seguidores y no ha sido recogida por el proyecto.

En definitiva y considerando la clasificación universalmente aceptada, son derechos reales sobre cosa total o parcialmente propia: el dominio, el condominio, la propiedad comunitaria indígena, la propiedad horizontal, los conjuntos inmobiliarios, el tiempo compartido, el cementerio privado y la superficie si existe propiedad superficiaria. Los restantes derechos reales recaen sobre cosa ajena.

##### 2) sobre cosa ajena: derechos reales – cargas o gravámenes reales

La clasificación de los derechos sobre cosa ajena que no está explicitada pero surge implícita de la enumeración legal es la que los reconoce según sean de disfrute o de garantía. Así, el usufructo, el uso, la habitación y la servidumbre son de disfrute; y la hipoteca, la anticresis y la prenda son de garantía. La superficie, en atención a sus particularidades, escapa a esta clasificación pues si bien tiene limitaciones que la rigen por los derechos de disfrute, goza de relevantes facultades de disposición.

Sigue diciendo el art. 1888 que "... Con relación al dueño de la cosa, los derechos reales sobre cosa ajena constituyen cargas o gravámenes reales..."

Así, es de destacar que conforme lo revela la regla, el aspecto pasivo de los derechos reales sobre cosa ajena con relación no solo a la cosa gravada sino al dominio de ella (y por tanto a su titular) que en consecuencia resulta disminuido en cuanto a su contenido normal, se denomina carga o gravamen real. La carga o gravamen real no se trata más que de la obligación pasiva universal,

pero tan solo cuando ella es el correlato de un derecho real sobre la cosa ajena y con exclusiva referencia al dueño del objeto; no lo es para los terceros en general integrantes de sujeto pasivo universal, pues con el gravamen su obligación pasiva no sufre ninguna modificación en la amplitud de su contenido. El dueño no entra a formar parte del sujeto pasivo universal más que con el gravamen de la cosa, y no antes. Así, el usufructo es un derecho real en cabeza de su titular y, en cambio, constituye una carga o gravamen real para el propietario de la cosa sobre la que ese derecho real recae.

En el derecho personal el sujeto pasivo es determinado e individual; y el deber a su cargo puede consistir en un hecho positivo, es decir una acción (obligaciones de dar y de hacer), o puede basarse en un hecho negativo, es decir una inacción, omisión o abstención (obligación de no hacer). La obligación de no hacer implica un elemento en el pasivo del patrimonio del deudor y un activo en el patrimonio del acreedor, porque justamente esta abstención constituye el beneficio que obtiene el acreedor y es, por tanto, el contenido de su crédito. Aun en el caso de tratarse de una obligación de no hacer, existe entre ella y la abstención a que todo el mundo está sujeto con respecto a los derechos reales, una notable diferencia: en la obligación de no hacer, el deudor se priva de hacer algo que, de no haberse obligado, él podría realizar; no así en el derecho real.

Si bien en las cargas o gravámenes reales -es decir en los derechos reales sobre cosa ajena- algunos han pretendido ver un sujeto pasivo determinado en el dueño de la cosa gravada, la posición en que el poseedor de la cosa cargada se halla para con el titular del derecho real restringido es la misma que la de cualquier otra persona a quien se prohíbe impedir el ejercicio de los derechos reales y no constituye por tanto, la posición de un deudor. En el derecho real el sujeto pasivo es indeterminado y general; y el deber a su cargo no puede ser sino negativo, es decir que sólo podrá radicar en una inacción, omisión o abstención. El deudor no se priva de hacer algo que, de no haberse obligado, él podría realizar, pues cada integrante de la comunidad al respetar los derechos reales de los demás, no se priva de nada. El deber de abstención correlativo de todo derecho real, no forma parte del pasivo o del activo de patrimonio alguno. En el derecho real, el contenido no está dado por la inacción de todos los demás, sino que es obtenido por su titular directamente de la cosa.

El final del artículo 1888 estipula un principio conocido pero que debe tenerse muy en cuenta y es que "... Las cosas se presumen sin gravamen, excepto prueba en contrario. Toda duda sobre la existencia de un gravamen real, su extensión o el modo de ejercicio, se interpreta a favor del titular del bien gravado."

La presunción instituye una regla básica, cual es que no hay gravamen ni carga sin clara e indubitable demostración, ya que cualquier duda sobre la presencia de tal imposición, sobre su carácter, contenido y alcance o acerca de la forma en que se debe desplegar la actividad permitida, se discierne a favor del dueño de la cosa o derecho.

#### b) Derechos reales principales y accesorios.

De acuerdo con el art. 1889, "Los derechos reales son principales, excepto los accesorios de un crédito en función de garantía. Son accesorios la hipoteca, la anticresis y la prenda."

Es decir que la gran mayoría son principales, pues solo cabe descontar tres accesorios en función de garantía, en los cuales la existencia misma del derecho depende de otro derecho de carácter creditorio al que procuran seguridad. Esta clasificación es importante por lo cual ha sido incorporada al Proyecto.

No obstante, en otras clasificaciones no incluidas, también se pueden clasificar los derechos reales en principales y accesorios en función de la accesoriedad de su objeto, en cuyo caso la pauta está dada por la circunstancia de que el derecho real existe o no independientemente de la existencia de otro derecho de carácter real, cuyo objeto tenga la calidad de principal con relación al objeto del primero. Esta categoría de derechos reales accesorios puede advertirse en el llamado condominio de indivisión forzosa de origen legal, como el de accesorios indispensables al uso común de dos o más heredades.

Otro criterio divisorio radica en que el derecho real sea o no independiente de la existencia de una relación posesoria entre quien pretende ejercerlo y un determinado fondo o, en otros términos, que el derecho real no constituya o efectivamente constituya respectivamente, un derecho inherente a la posesión de un inmueble. El único derecho real accesorio en función de su dependencia de la posesión de un inmueble es la servidumbre real.

El proyecto no ha recogido estas dos últimas categorías por no ser usuales ni necesarias a la legislación.

Aparte de ello y sin que pueda confundirse con estos derechos reales, el Proyecto atiende la función de garantía del patrimonio que -si bien surge del juego armónico de múltiples reglas e instituciones- no está prevista de manera expresa en el código vigente. El art. 242 denominado "Garantía común" explicita y ordena que "Todos los bienes del deudor están afectados al cumplimiento de sus obligaciones y constituyen la garantía común de sus acreedores, con excepción de aquellos que este Código o leyes especiales declaren inembargables o inejecutables.

Los patrimonios especiales autorizados por la ley sólo tienen por garantía los bienes que los integran." Es así que se establece la llamada prenda común, de manera tal que, en principio, el patrimonio del obligado está legalmente comprometido a la satisfacción de sus deudas y constituye el resguardo de sus acreedores.

c) Derechos reales sobre cosas registrables y no registrables.

Según lo dispone el art. 1890, "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."

Se mencionan así los derechos reales registrables o no registrables según que la ley imponga o no requisitos de inscripción a ellos vinculados, ya sea para que puedan oponerse a terceros interesados o, inclusive, para que produzcan efectos constitutivos y nazcan a la vida jurídica. Son derechos reales registrables todos los que recaen sobre inmuebles. Los derechos reales sobre cosas muebles son, en principio, no registrables, con excepción de los casos especiales en que la ley exige esa registración (en particular, cosas muebles registrables).

d) Derechos reales que se ejercen por la posesión o por actos posesorios.

El art. 1891 introduce esta clasificación y erige sobre Ejercicio por la posesión o por actos posesorios que "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."

Es decir que los derechos reales se ejercen o no por la posesión, según sea necesario para su ejercicio que la cosa que es su objeto se encuentre bajo el poder de hecho de su titular.

Todos los derechos reales regulados están incluidos entre los que se ejercen por la posesión, excepto la hipoteca y las servidumbres. En éstos no es en modo alguno necesario para su ejercicio que el inmueble sobre el que recaen sea entregado a los titulares del derecho.

En la hipoteca de por sí y sin estar acompañada por otra facultad o constitución de derecho, ni siquiera sería plausible pues se convertiría en algo diverso.

A ellos se agrega la prenda con registro sobre la que el art. 2220 indica que "Asimismo puede constituirse prenda con registro para asegurar el pago de una suma de dinero, o el cumplimiento de cualquier clase de obligaciones a las que los contrayentes le atribuyen, a los efectos de la garantía prendaria, un valor consistente en una suma de dinero, sobre bienes que deben quedar en poder del deudor o del tercero que los haya prendado en seguridad de una deuda ajena". Mas "esta prenda se rige por la legislación especial" y no por la normativa del código proyectado.

En lo tocante a las servidumbres negativas tampoco hay posesión. No obstante las servidumbres positivas -que como todas las servidumbres implican un deber de tolerancia por parte del propietario del fundo sirviente-, se ejercen por actos posesorios concretos y determinados sin que el titular dominante ostente la posesión. Pues no hay duda que pasar, sacar agua, etc. conforman actos posesorios pero para hacer uso de estas facultades determinadas no se ostenta la cosa bajo el poder de su titular.

## B.- Adquisición, transmisión, extinción y oponibilidad

En esta normativa general que corresponde a los derechos reales, el Proyecto regula la causa de estos derechos.

A diferencia del Código de Vélez que no ofrece principios generales referidos a la causa, la Comisión entendió que no tenía sentido metodológico, práctico ni jurídico continuar con el criterio del codificador.

Este criterio estaba enunciado en el art. 2505 (y digo estaba porque la ley 17711 modificó la norma) que disponía que "Los derechos reales se adquieren y se pierden, según las disposiciones de este Código, relativas a los hechos o a los actos, por medio de los cuales se hace la adquisición, o se causa la pérdida de ellos". De este precepto, muy criticado como falto de sentido, surgía que todo derecho real reconoce una causa, es decir, un medio que produce su adquisición o pérdida y que esa causa consiste siempre en un hecho o en un acto jurídico.

Justamente resultaba de este texto que la metodología que se seguiría en el Código en cuanto a los hechos y actos jurídicos reales, no consistiría en dar reglas generales sobre la adquisición y pérdida de los derechos reales, sino que esas reglas se expresarían al tratar de cada derecho real en particular.

La nota del codificador para justificar el criterio adoptado expresaba que "muchos escritores han pretendido establecer reglas generales sobre su adquisición y pérdida. Maynz, ... ha demostrado la inutilidad de este empeño, porque los diversos modos de adquirir o perder la propiedad, o el derecho real constituido en ella, varían según la naturaleza de los hechos, por los cuales se hace la

adquisición o se causa la pérdida. Mejor será que al tratar de cada uno de los derechos reales, se disponga sobre el modo de adquirirlos, y las causas porque se pierden”.

Al seguir este criterio, Vélez Sarsfield se apartó de la metodología de Freitas, quien trató de los derechos reales en general y estableció normas de tal alcance tanto para la adquisición como para la extinción de los derechos reales.

Pero el concepto no se restringe a la adquisición o pérdida del derecho, sino que se extiende, con apoyo en la definición que de los hechos jurídicos brinda el art. 896 del Cód. Civil a “todos los acontecimientos susceptibles de producir alguna adquisición, modificación, transferencia o extinción de derechos reales”; y sobre la base del concepto que de los actos jurídicos trae el art. 944, puede afirmarse que “son actos jurídicos reales los actos voluntarios lícitos, que tengan por fin inmediato, establecer entre las personas relaciones jurídicas, reales, crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos reales”.

En el Proyecto, ello es así de acuerdo con los arts. 257 y 259 que definen al hecho jurídico como “el acontecimiento que, conforme al ordenamiento jurídico, produce el nacimiento, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas; y al acto jurídico como “el acto voluntario lícito que tiene por fin inmediato la adquisición, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas”. En cada caso, podría agregarse “reales”.

No implica la generalización que no existan hechos y actos jurídicos propios de cada derecho real o grupos de derechos reales, como por ejemplo, la muerte del usufructuario, del usuario o del habitador como causal de extinción de estos derechos, que no lo es de otros derechos como el dominio, la hipoteca o la servidumbre predial; o los modos especiales de adquisición del dominio como la apropiación de las cosas abandonadas, de los animales que son objeto de la caza y de la pesca, o de los animales domesticados que emigran y se habitúan a vivir en otro inmueble; la transformación; la accesión de cosas muebles inseparables o de inmuebles por aluvión, avulsión, construcción, siembra y plantación, etc.

En cuanto a los grupos de derechos, entre otros, todos los derechos reales sobre cosa ajena se extinguen por confusión o consolidación y todos los de disfrute por el no uso. Lo instaura el art. 2152 sobre Medios especiales de extinción que dice que “Son medios especiales de extinción del usufructo:... c) el no uso por persona alguna durante DIEZ (10) años, por cualquier razón. El desuso involuntario no impide la extinción, ni autoriza a extender la duración del usufructo;...” y el art 2155 con relación a las Normas supletorias del uso “Se aplican al uso las normas del Título IX de este Libro -del usufructo-, a excepción de las disposiciones particulares establecidas en el presente”.

Todos los derechos reales de garantía se extinguen por la extinción del derecho personal garantizado.

De los modos de adquisición del dominio la tradición, la sucesión y la prescripción, tienen un carácter más o menos general.

#### Título y modo suficientes

##### a) Principio general

Con la causa de los derechos reales se vincula la llamada “teoría del título y el modo”, relacionada, a su vez, con el principio de la “tradición” que juega como requisito para la transmisión y constitución de derechos reales, principio que tiene su origen en el Derecho romano y su fundamento normativo en dos textos del Corpus iuris civilis, uno del Código (2, 3, 20), según el cual, “el dominio de las cosas se transfiere por tradición y usucapión, no por los simples pactos” y otro del Digesto (41, 1, 31), que nos dice que: “la nuda tradición nunca transfiere el dominio si no hubiere precedido venta, o alguna justa causa, por la cual siguiese la entrega”.

Conforme a estos textos, para la transmisión del dominio, por actos entre vivos no era suficiente el título, es decir el acto jurídico que tuviese por finalidad esa transmisión (venta, donación, permuta, dación en pago, etc.), es decir, el acto jurídico obligacional, sino que era necesario el agregado de la tradición, es decir, el acto jurídico real.

La teoría del título y el modo o de la doble causa (causa remota y causa próxima), es propia de la adquisición o constitución de derechos reales que se ejercen por la posesión, en forma derivada, por actos entre vivos. La teoría tiene aplicación, no sólo para la adquisición del dominio, sino para la de todos los derechos reales que se ejercen por la posesión, pero sólo juega cuando el modo de adquisición o constitución del derecho real, es la tradición. En otras palabras: el único “modo suficiente” es la tradición.

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

##### b) Modo suficiente en cuanto a derechos reales sobre cosas registrables

La mayor modificación en materia de derechos reales y que hubiera importado un cambio sustancial, habría sido la referida a la registración como modo suficiente cuando se trata de la adquisición, constitución, modificación, transmisión y extinción de derechos reales sobre cosas registrables.

En un primer momento, la Comisión concibió actualizar y tecnificar el sistema, sobre el criterio de sustituir la tradición posesoria por la inscripción registral como modo suficiente para los bienes registrables y abandonar la milenaria teoría del título y el modo del sistema romano puro como pilar del sistema transmisivo entre vivos de los derechos reales que se ejercen por la posesión.

Originariamente, en el Anteproyecto se propuso:

“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 tenga por finalidad transmitir o constituir el derecho real. La tradición posesoria es modo suficiente para transmitir o constituir derechos reales sobre cosas no registrables. 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. La inscripción registral del título es modo suficiente para transmitir o constituir derechos reales sobre cosas no registrables cuando el tipo del derecho así lo requiera. Para que los títulos y modos 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 Sexto.”

Es decir que -de acuerdo a la primera parte del segundo párrafo de la norma proyectada- se pensó en sustituir el sistema de tradición posesoria por el de inscripción registral como modo suficiente para los bienes registrables.

#### c) Antecedentes

Si bien en la Argentina primó hasta ahora la teoría del título y el modo constituyéndose en modo la tradición, se trata éste de un criterio desechado desde hace muchos años en el resto del mundo.

Este materialismo de la tradición se identifica con la antigua traditio romana, ideada como modo adquisitivo no solemne del ius gentium para adquirir la propiedad de las cosas menos importantes y de los fundos provinciales. No se asemeja, en cambio, a la traditio del derecho postclásico y justiniano, ya que por entonces, diversas razones prácticas habían conducido a la aceptación de formas de tradición totalmente desmaterializada y casi espirituales (traditio brevi manu, traditio longa manu, constitutum possessorium, traditio clavium, traditio instrumentorum), en las que descansa el germen del sistema consensualista que siglos después consagraría el Código Napoleón, al que ciertamente y con razón, Vélez Sarsfield critica duramente en la nota al art. 577. Mas el sistema prontamente (en 1855, es decir antes de que se terminara de redactar el código) se perfeccionó con la ley de transcripción.

Tampoco se parece la del código a la tradición propuesta por Freitas en el Esbozo, que adoptó en materia inmobiliaria una tradición cumplida por la transcripción del título en el Registro Conservatorio de Derechos, sin necesidad de entrega de la posesión.

#### d) Eficacia de la tradición y antecedentes nacionales

La tradición en la cual el codificador vio un eficaz medio de publicidad, resulta especialmente útil en pequeños núcleos urbanos donde todo el mundo se conoce, pero pierde su mayor eficacia como medio de publicidad cuando las aldeas primitivas se transforman en grandes ciudades.

Se evidencia especialmente en los casos que no soportan la publicidad registral o no se prestan a ella por la naturaleza de las cosas. Así para transmisiones de cosas muebles sujetas a la regla de la presunción de propiedad. Pero aún en materia de muebles, los de valor están sujetos a inscripción, como los automotores, aeronaves, etc.

En el país, ya Eleodoro Lobos en 1899 propuso agregar al final del Código Civil un artículo: “En todos los casos en que este código exija la tradición en la constitución o transmisión de derechos reales sobre inmuebles, sólo se juzgará hecha esa tradición por la inscripción en el Registro de la Propiedad de los respectivos instrumentos públicos”. Al tiempo de la sanción del Código Civil -decía el Dr. Lobos- no existía legislación civil adelantada que no hubiese abandonado el sistema romano que adoptó el Dr. Vélez Sarsfield; y mencionaba la legislación francesa desde 1855, la belga desde

1851, Portugal desde 1869, Italia desde 1866, Austria, Chile, Prusia, Inglaterra, los dominios ingleses como Canadá, y otros países.

Igual lineamiento siguieron los proyectos de ley de Barraquero (1902), Galiano (1904), Poder Ejecutivo (1911), Frugoni Zabala (1915) y Melo (1917); y el Proyecto de Reforma al Código Civil argentino de la Comisión de Reformas de 1936 que trabajó sobre la base del Anteproyecto Bibiloni, y propició la modificación sustancial en la materia, con una propuesta inspirada en el sistema alemán del acto abstracto de enajenación, aunque lo hizo con reglas autóctonas. A tal punto consideró relevante la modificación que la Comisión expresó en su nota de elevación al Poder Ejecutivo: "Esta es, sin duda, la reforma de mayor significado que experimenta el sistema del Código".

El Anteproyecto de Código Civil de 1954 elaborado por el Instituto de Derecho Civil dependiente del Ministerio de Justicia de la Nación, cuya dirección desempeñaba Jorge Joaquín Llambías, dispone: "Los derechos reales sobre inmuebles sólo se adquieren, transmiten, modifican y extinguen por actos entre vivos, mediante la inscripción del acto respectivo en el Registro inmobiliario". Pesan, por su importancia, las anotaciones a la norma proyectada, en tanto indican: "El sistema que adoptamos en este Proyecto, aunque se inspira en gran parte en los proyectos nacionales y sistemas alemán y suizo, bien puede considerarse como un sistema netamente argentino, desde que no seguimos la doctrina del acto abstracto y otros elementos del sistema alemán que serían de difícil comprensión y aplicación entre nosotros. El principio fundamental del sistema de este Proyecto es que nadie adquiere, modifica o extingue un derecho real por acto entre vivos, sino mediante la inscripción del contrato en el registro. La regla del Código vigente es que en esos casos la transmisión no se opera por el solo contrato, sino por medio de la tradición (arts. 577 y 3265). Reemplazamos la tradición por la inscripción del contrato, sistema que reconoce como antecedente entre nosotros el Proyecto del Dr. Eleodoro Lobos, presentado en la Cámara de Diputados el 11 de septiembre de 1899. La inscripción de los títulos de toda transmisión de derechos reales, es además una costumbre arraigadísima entre nosotros, puesto que la exigen las leyes locales que organizan los Registros de la Propiedad... La publicidad equívoca y rudimentaria que significa la tradición, unida a la regla del artículo 3270 del código vigente y sus numerosas aplicaciones concretas, debe ser abandonada para obtener una adecuada firmeza y seguridad en el régimen inmobiliario. El proyecto no llega en sus innovaciones a adoptar la teoría del acto abstracto (Comp. artículo 873 del Cód. alemán) y sus complicadas reglas, porque resulta de difícil aplicación entre nosotros. Lo que debe inscribirse es el contrato, lo que permitirá al adquirente conocer y examinar la causa fundante del derecho del transmitente. El tercer adquirente a título oneroso, en este proyecto, hace una adquisición inatacable, pero los vicios del título le son oponibles cuando procedió de mala fe... En nuestro sistema resulta innecesario decir, como expresan los proyectos nacionales, que la inscripción no torna eficaces los actos nulos o anulables. Lo que se inscribe es el título, y si mediare causal de nulidad, decretada ésta, se ordenará por el juez que se haga la pertinente rectificación en el Registro. La situación de los terceros, ignorantes del vicio y adquirentes a título oneroso, queda a salvo".

#### e) La creación de registros inmobiliarios y su inconstitucionalidad

La primera normativa de registros de la Capital Federal surgió de la ley 1893 del año 1886, sobre Organización de los Tribunales de la Capital, que creaba una oficina de registro de propiedades, hipotecas, embargos e inhibiciones, sólo aplicable en jurisdicción de la Capital Federal. Establecía que sin perjuicio de lo dispuesto en el Código Civil respecto de las hipotecas, los actos o contratos mencionados en ella sólo tendrían efectos contra terceros desde la fecha de su inscripción en el Registro. Exigía el certificado del Registro donde constara el dominio y sus condiciones, como requisito indispensable para extender una escritura que transmitiera o modificara derechos reales bajo pena de destitución del escribano, lo cual hizo que fuera regla invariable la inscripción de los títulos.

Con diversidades, las provincias dictaron leyes que crearon sus registros de la propiedad inmueble. Estas leyes locales agregaron el requisito de la inscripción registral, lo cual motivó que la Corte Suprema de Justicia de la Nación declarara la inconstitucionalidad entendiendo que invadían el campo legislativo del Código Civil.

La reforma de 1968 puso fin a esta anomalía pues al reformar el art. 2505 incorporó la publicidad registral para los derechos reales inmobiliarios que, afortunadamente, de hecho, se cumplía casi desde la sanción del Código.

#### f) Conflictos que creó la desarmonía entre tradición e inscripción

En el Código Civil vigente la tradición es de carácter constitutivo, trátase de derechos reales sobre muebles como de inmuebles. La reforma del art. 2505 -el que en Vélez Sarsfield se refiere al principio respecto de la causa de cada uno de los derechos reales- por la ley 17711 agrega la

inscripción perfeccionadora de la adquisición o transmisión de derechos reales sobre inmuebles; y aclara que estas adquisiciones no serán oponibles a terceros mientras no estén registradas. La norma se complementa con la ley 17801 que dilucida que la inscripción en el registro se realiza con el objetivo de conferir a los documentos publicidad y oponibilidad. Se afirma unánimemente que esta reforma no implica agregar un requisito más para la constitución de derechos reales sobre inmuebles, en tanto la publicidad es de carácter declarativo.

De acuerdo a ello, nuestro sistema actual de adquisición de derechos reales sobre inmuebles consiste en que éstos se adquieren con título suficiente y modo suficiente que es la tradición posesoria; quien tenga interés en hacerlos oponibles a terceros, además debe inscribirlos en el Registro de la Propiedad Inmueble, mas el derecho real ha nacido antes de llegar al registro y existe aun en caso de no tener acceso al mismo.

En razón de ser los derechos reales absolutos por definición, son oponibles erga omnes aun en caso de no estar inscriptos, con la salvedad de aquellos terceros frente a los que, por haberse fiado del registro, pueda considerarse legítimamente inoponible el derecho constituido en la realidad extrarregistral.

Sin embargo, la misma ley registral 17801 previene que ningún escribano o funcionario público podrá autorizar documentos de transmisión, constitución, modificación o cesión de derechos reales sobre inmuebles sin tener a la vista el título inscripto en el registro, así como la certificación expedida a tal efecto por dicha oficina en la que se consigne el estado jurídico de los bienes y de las personas según las constancias registrales.

Ello significa que por esta norma, quien tiene un derecho real sobre un inmueble sin inscribir, no puede transmitirlo ni puede constituir derechos reales de menor contenido, pues no puede otorgar a su vez el título a un tercero; dicho de otra manera, el verdadero titular de un derecho real, aun cuando no exista tercero con interés suficiente para desconocerlo, es titular frente a todos de un derecho real intransmisible. Para transmitir o constituir un derecho real derivado del que tiene, deberá registrar su titularidad.

En razón de que en el Registro de la Propiedad Inmueble se inscriben documentos, o sea títulos, independientemente de que se haya adquirido el derecho real por el modo legalmente prescripto, quien no es titular del derecho por no habersele hecho tradición de la cosa, puede otorgar el título a un tercero. Ello por cuanto el hecho de la posesión no tiene jamás acceso al registro, pese a ser el modo suficiente para constituir el derecho real. De esta manera, quien adquiere un título puede a la vez transmitir lo que, de acuerdo a las constancias del registro, parece ser un derecho real, pese a que el mismo no existe en la realidad extrarregistral por falta de tradición posesoria.

Existe entonces, una falta de coordinación entre la tradición y la inscripción registral. Por estas razones, en un primer momento la Comisión consideró apropiado sustituir la tradición posesoria como modo suficiente para la adquisición o transmisión por la inscripción registral, cuando se trata de cosas registrables, manteniendo la tradición posesoria cuando se trata de derechos sobre muebles no registrables.

El Anteproyecto ponderó sincerar la situación existente.

#### g) Criterio que prevaleció

Sin embargo, a pedido de escribanos y registradores, con invocación de la falta de preparación de los registros para tal modificación, se mantuvo el sistema vigente, lo cual muestra la disposición de la Comisión para redactar un Código que satisfaga los intereses de la comunidad sin imponer ideas propias sobre las necesidades y costumbres de la población y de los profesionales que se dedican más particularmente a estos desempeños y funciones.

En definitiva y prevaleció la teoría del título y el modo suficiente, siendo el modo la tradición posesoria.

En consecuencia el art. 1892 denominado Título y modos suficientes dispone que "... La tradición posesoria es modo suficiente para transmitir o constituir derechos reales que se ejercen por la posesión..."

#### h) Excepciones

Pero agregó la misma norma del art. 1892 que "... 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 llamada traditio brevi manu como también el constituto posesorio no son casos de tradición sino que conforman excepciones al principio de su necesidad. Justamente son supuestos de otros modos suficientes, en que no es necesaria la tradición debido a circunstancias de hecho que hacen que se adquiera una posesión derivada por actos entre vivos, sin una entrega real.

Lo que ocurre es que la cosa ya se encuentra en poder de quien debe recibirla y si se hiciera tradición material debería restituirse nuevamente a quien la tiene. En consecuencia, los actos jurídicos obligacionales son suficientes para hacer el traspaso pues es innecesario y casi absurdo dar y devolver.

Los dos casos contemplados en la figura de la traditio brevi manu son:

1) el tenedor pasa a ser poseedor luego de la realización de un acto jurídico con aquel a nombre de quien tenía la cosa. Las declaraciones de voluntad son entonces suficientes para investir de posesión al adquirente que ya ocupa la cosa. Por ejemplo, el caso de un locatario, depositario, comodatario, etc. que adquiere la propiedad de la cosa de la cual era tenedor:

2) el tenedor que poseía a nombre de una persona pasa a poseer a nombre de otra. También el antiguo poseedor realiza un acto jurídico, en este caso con un tercero; el tenedor, una vez notificado del acto, reconoce en adelante a éste como poseedor. Por ejemplo, el propietario vende la casa alquilada o la cosa entregada en comodato o depósito a un tercero. Es suficiente la notificación al tenedor para perfeccionar el derecho del adquirente, pues es él mismo quien va a continuar ocupando la cosa pero en adelante lo hará para el tercero.

En realidad, no se trata sólo de un caso de dominio y propiedad, pues puede adquirirse un derecho real de menor contenido o aun la sola posesión sin derecho real alguno si por algún vicio del acto antecedente, éste no se llega a adquirir.

Si bien por su aspecto exterior la situación permanece idéntica, se ha operado una transmisión o nueva adquisición de posesión. La prueba frente a los terceros estará dada por la de los actos jurídicos de que se trate (acto jurídico de transferencia y contrato de locación, depósito, etc.) que variará según sea la cosa mueble o inmueble.

El constituto posesorio es un caso en que, por simple convención, la posesión se transforma en tenencia sin actos exteriores. No se contradice la regla general en cuanto a que las meras declaraciones de darse por desposeído no suplen las formas legales porque estamos frente a una excepción al principio.

Se exigen en consecuencia dos actos jurídicos distintos e independientes: el acto de enajenación o transmisión de la posesión y el acto o contrato por el cual el transmitente o enajenante permanece en la cosa como tenedor.

Casos en que la inscripción registral es modo suficiente.

#### a) Los automotores

Cuando se trata de ciertas cosas registrables como los automotores, la normativa tiene un régimen diverso que se mantiene de acuerdo a la ley especial, pues la Comisión no consideró conveniente ni pertinente ingresar todo el sistema registral automotor al Código Civil y Comercial unificado. De ahí que el mismo art. 1892 sobre Título y modos suficientes indique al respecto que "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..."

En estos casos la inscripción registral es constitutiva, no requiriéndose tradición alguna en el sentido de entrega posesoria, sino la inscripción que la sustituye como modo suficiente para configurar el derecho real respectivo. La aclaración es necesaria pues de todos modos y sin modificar el régimen especial se integra en el código la registración constitutiva, que fuera introducida en nuestro ordenamiento jurídico por el decr. ley 6582/58, denominado "Régimen Jurídico del Automotor", norma que introduce una modificación sustancial en el ordenamiento jurídico argentino, al incorporar -entre los modos de adquisición o transmisión del dominio- la registración constitutiva para los automotores.

La importancia económica de los automotores, y la complejidad de las relaciones que a su alrededor se generan, llevó al Poder Ejecutivo nacional, en 1958, a dictar el decreto ley ratificado por la ley 14.467 con diversas modificaciones, que estableció un Registro de la Propiedad del Automotor único, con características muy especiales.

La innovación principal del régimen es el otorgamiento de efecto constitutivo del dominio a su inscripción registral, variando en tal sentido la función tradicional de publicidad de los registros patrimoniales, especialmente la incorporada por el art. 2505 del Cód. Civil vigente y la Ley 17.801. En este sistema especial, a diferencia de la publicidad inmobiliaria en que hace a la oponibilidad, la inscripción en el registro constituye requisito esencial para la adquisición del dominio sobre un automotor, -automotor tomado en concepto amplio pues se efectúa una enumeración no taxativa de los vehículos que se consideran contenidos, e incluso la norma deja abierta la especie al atribuir al Poder Ejecutivo Nacional la facultad de habilitar, por vía de reglamentación, la adición de otros vehículos a la categoría-. Así se incorporaron los motovehículos, las maquinarias agrícolas, las maquinarias viales y todas aquellas que se autopulsan.

La naturaleza constitutiva del sistema registral en materia de automotores implica que la inscripción no sólo hace oponible el dominio frente a terceros, como sucede con los inmuebles, sino que es sólo a partir de la registración cuando se producen efectos, incluso entre las partes. El derecho real nace o se constituye con la inscripción, a diferencia de los sistemas registrales declarativos, que inscriben documentos en los que se ha formalizado la configuración o transmisión del derecho real. En éstos, el efecto de la registración es la oponibilidad frente a terceros dado que el derecho nace extrarregistralmente cuando se enlazan título y modo.

La instauración de este régimen obedeció a la necesidad de conjurar una gran cantidad de robos nacionales e internacionales de vehículos, tratando de dar seguridad tanto a quienes contratan con el propietario, como a los terceros que pudieran resultar víctimas. La inscripción de la transferencia es constitutiva del derecho real a su respecto y el derecho real no existe para nadie -independientemente de los derechos personales que pudieran derivar del acto de adquisición- hasta que la transferencia al adquirente no aparezca registrada y ello a pesar de que se haya hecho tradición a aquél del bien. En estos casos la tradición no es modo suficiente y, en consecuencia, es indiferente.

El sistema sólo se aplica a los automotores que han sido comercializados, pues no se puede aplicar la fuerza constitutiva de la registración al fabricante que era dueño de las diversas partes componentes del vehículo ya que difícilmente podría concluirse que al unirlos en la nueva especie, recién se convierta en propietario del vehículo luego de la registración. En definitiva, la registración está a cargo del primer adquirente como requisito indispensable para la adquisición del dominio. Una vez producida su primera enajenación, el automotor se incorpora a la categoría de cosa mueble registrable e ingresa al tráfico registral.

#### b) Otros muebles susceptibles de prenda con registro

También hay cosas no registrables como otros muebles diversos a los automotores, cuya constitución de prenda -pese a no ser modo suficiente de adquirir el derecho- se registra. Ello es así en tanto el contrato produce efectos entre las partes desde su celebración y con respecto a terceros, desde su inscripción. Esta prenda no requiere la entrega de la cosa para el nacimiento del derecho real, por lo cual tampoco la tradición se erige en modo suficiente. Se trata de una prenda sin desplazamiento, en la cual el objeto prendado continúa en poder del deudor o del tercero constituyente. Así, continúa dictando el art. 1892 sobre Título y modos suficientes que "... 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...

Esta prenda está regulada por el decreto-Ley 15348/46, ratificado por ley 12.962, con texto ordenado por decreto 897/95. Su texto es conocido como Ley de prenda con registro pues así se lo denomina legalmente.

De acuerdo al sistema instaurado, el dueño de las cosas prendadas puede usarlas conforme a su destino y está obligado a velar por su conservación. El acreedor está facultado para inspeccionarlas; en el contrato puede convenirse que el dueño lo informe periódicamente sobre el estado de ellas. El uso indebido de las cosas o la negativa a que las inspeccione el acreedor, otorga a éste derecho a pedir el secuestro.

Pueden prendarse todos los bienes muebles o semovientes y los frutos o productos aunque estén pendientes o se encuentren en pie. Las cosas inmuebles por su destino, incorporadas a una finca hipotecada, sólo pueden prendarse con la conformidad del acreedor hipotecario. En el contrato es esencial especificar las particularidades tendientes a individualizar los bienes prendados. Si la prenda recae sobre ganados, éstos serán individualizados mediante indicaciones sobre su clase, número, edad, sexo, grado de mestización, marca, señal, certificado o guía con mención del número de inscripción, fecha de ésta, oficina en que la marca o señal está registrada y la que haya expedido la guía o certificado. Si se trata de otros bienes, la individualización será lo más específica posible en cuanto a cantidad, calidad, peso, número, análisis, marca de fábrica, patente, controles a que estén sujetos y cualesquiera otras particularidades que contribuyan a determinarlos. Se considera que la prenda de un fondo de comercio no incluye las mercaderías del negocio, pero comprende las instalaciones, contratos de locación, marcas, patentes y enseññas, dibujos y modelos industriales, distinciones honoríficas y todos los derechos que comporta la propiedad comercial, industrial y artística.

El dueño de los bienes prendados puede industrializarlos o continuar con ellos el proceso de su utilización económica y los nuevos productos quedan sujetos a la misma prenda; mas en el contrato puede estipularse que los bienes se conservarán en el estado en que se encuentren, sin transformarlos. El dueño de los bienes prendados no puede enajenarlos, pudiendo hacerlo solamente en caso que el adquirente se haga cargo de la deuda garantizada, continuando en vigor la prenda bajo las mismas condiciones en que se constituyó, inclusive en cuanto a la responsabilidad del enajenante. La transferencia se anota en el Registro y se notifica al acreedor.

No obstante, los frutos y productos agropecuarios pueden ser vendidos en la época adecuada, aunque, el enajenante deberá pagar una parte de la deuda que sea proporcional a la reducción de la garantía antes de entregarlos al comprador. Estas operaciones deben ser anotadas al margen de la inscripción.

Además se puede constituir prenda flotante sobre mercaderías y materias primas en general, pertenecientes a un establecimiento comercial o industrial. Este tipo de prenda afecta las cosas originariamente prendadas y las que resulten de su transformación, tanto como las que se adquieran, para reemplazarlas; y no restringe, la disponibilidad de todas ellas, a los efectos de la garantía. También en este caso, en el contrato es esencial detallar las particularidades tendientes a individualizar los bienes prendados, especificando si son o no fungibles, y determinando, en el primer caso, su especie, calidad, graduación y variedad.

El primer uso de la servidumbre como modo suficiente

El primer uso es modo suficiente de adquisición de la servidumbre positiva o afirmativa. Ello es así pues las servidumbres son derechos reales que no se ejercen por medio de la posesión y, en consecuencia, para su nacimiento es imposible exigir la tradición como entrega del fundo. Sin embargo, la teoría del título y el modo resulta igualmente aplicable en relación a las servidumbres afirmativas, toda vez que la tradición es sustituida por el primer ejercicio que se haga del derecho. Se habla, en consecuencia, de la cuasi-tradición de las servidumbres, de manera que cuando una servidumbre afirmativa reconoce como fuente un contrato, recién nacerá cuando el titular ejerza por primera vez el derecho. Ese primer ejercicio equivale a la tradición. El propio art. 1892 sobre Título y modos suficientes prolonga su texto estatuyendo que "... El primer uso es modo suficiente de adquisición de la servidumbre positiva..."

Así, por ejemplo, si se constituye una servidumbre de paso, es evidente que el propietario del fundo sirviente no deberá entregar la posesión del fundo al dueño del dominante, pero sólo quedará integrada la adquisición del derecho real cuando al título constitutivo se le una el ejercicio del derecho, en otras palabras, cuando el dominante comience a pasar.

Si la servidumbre es negativa, como no reconoce como sustrato fáctico ni el poder de hecho de la posesión ni el de determinados actos posesorios, no es ni siquiera necesaria la cuasi-tradición.

Adquisición y extinción por causa de muerte

En principio, los derechos reales -como derechos patrimoniales que son- se tornan en transmisibles mortis causae; y ello según un principio general, contenido en el mismo art. 1892 sobre Título y modos suficientes de acuerdo al cual "... A la adquisición por causa de muerte se le aplican las disposiciones del Libro Quinto... ", es decir del Libro sobre "Transmisión de los derechos por causa de muerte", más vulgarmente conocido como de "Sucesiones", aunque esta palabra en su forma literal haya quedado reservada para el Título I de este Libro.

Mas la regla general sufre particularidades propias de este segmento de la disciplina, como hemos descripto respecto de la causa (Adquisición, transmisión, extinción y oponibilidad).

Por ejemplo, los derechos reales de goce o disfrute sobre la cosa ajena con excepción de las servidumbres reales perpetuas, se extinguen por la muerte del titular. Así lo conforma el art. 2140 que señala la Intransmisibilidad hereditaria y dispone que "El usufructo es intransmisible por causa de muerte...", el art. 2152 respecto de los Medios especiales de extinción, al mandar que "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;...", el art 2155 con relación a las Normas supletorias del uso que indica que "Se aplican al uso las normas del Título IX de este Libro -del usufructo-, a excepción de las disposiciones particulares establecidas en el presente", y el art. 2160 respecto a las Limitaciones de la habitación que implanta que "La habitación no es transmisible ... por causa de muerte...".

Desde otro punto de vista, el proyecto introdujo una modificación al sistema vigente en cuanto a la transmisibilidad de los derechos pues es principio que puedan negociarse y transferirse a otra persona.

Pero aunque el usufructo puede transferirse por actos entre vivos, esa transmisión no alarga la duración del derecho ya que no se toma la vida del comprador sino que queda fija en la fecha de muerte del usufructuario primitivo. O sea que el usufructuario transmite su derecho, pero la duración del derecho se mantiene en su propia vida como límite máximo. Así lo señala el art. 2132 sobre Usufructo a favor de varias personas que dice que "El usufructo puede establecerse conjunta y simultáneamente a favor de varias personas... No puede establecerse usufructo a favor de varias personas que se suceden entre sí, a menos que el indicado en un orden precedente no quiera o no pueda aceptar el usufructo", el art. 2140 sobre Intransmisibilidad hereditaria que previene que "El usufructo es intransmisible por causa de muerte, sin perjuicio de lo dispuesto para el usufructo a favor de varias personas con derecho de acrecer" y el art. 2142 sobre Derechos reales y personales

que ordena que "El usufructuario puede transmitir su derecho, pero es su propia vida y no la del adquirente la que determina el límite máximo de duración del usufructo..."

Por otro lado, el derecho real de habitación del cónyuge y del conviviente supérstite no se transmite, sino que surge legalmente por la muerte del titular de la vivienda que es su objeto, de acuerdo con los arts. 1894 que subraya que se trata de Adquisición legal y imprime que "Se adquieren por mero efecto de la ley ... la habitación del cónyuge y del conviviente supérstite...", 2383 sobre Derecho real de habitación del cónyuge supérstite, que manda que "El cónyuge supérstite tiene derecho real de habitación vitalicio y gratuito de pleno derecho sobre el inmueble de propiedad del causante, que constituyó el último hogar conyugal..." y 527 sobre Atribución de la vivienda en caso de muerte de uno de los convivientes el cual marca que "El conviviente supérstite que carece de vivienda propia habitable o de bienes suficientes que aseguren el acceso a ésta, puede invocar el derecho real de habitación gratuito por un plazo máximo de DOS (2) años sobre el inmueble de propiedad del causante que constituyó el último hogar familiar y que a la apertura de la sucesión no se encontraba en condominio con otras personas..."

#### Oponibilidad e inoponibilidad

##### a) Los derechos deben ser conocidos

Conectado con el tema referido a la posesión y a la inscripción, está el de la oponibilidad, pues un derecho debe ser susceptible de ser conocido o reconocido para que pueda afectar a terceros. Y ello ocurre cuando tiene publicidad. La publicidad es la exteriorización de las situaciones jurídicas reales (referidas a cosas individualizadas), a los efectos de que, posibilitando su cognoscibilidad por los terceros interesados, puedan serles oponibles. Publicidad y oponibilidad a terceros son conceptos equivalentes.

La razón de ser y la necesidad de la publicidad en materia de derechos reales puede considerarse como una consecuencia del carácter absoluto de la relación jurídica real, es decir, de la necesidad en que se encuentra el sujeto pasivo de esa relación conformada por todos los integrantes de la sociedad, de respetar los derechos reales, pues, como dice Vélez Sarsfield siguiendo a Freitas, al final del 2º ap. de la nota al art. 577: "no se concibe que una sociedad esté obligada a respetar un derecho que no conoce". La publicidad no es propia de los derechos personales dado su carácter relativo, donde la relación jurídica personal hace que el sujeto pasivo esté constituido por persona o personas determinadas.

En el Derecho romano, de los tres modos de transmisión del dominio, la mancipatio, la in iure cessio y la traditio, los dos primeros, además de solemnes, eran eminentemente públicos. No existió registro de la propiedad territorial y los seis ciudadanos romanos cuya cooperación era exigida en la mancipatio (los cinco testigos y el libripens), así como la publicidad que entraña la in iure cessio, fueron pobres sucedáneos del sistema registral. Además fueron perdiendo terreno hasta ceder el puesto a la tradición, modo no público que queda como el único de adquisición derivada del dominio por actos entre vivos; a lo que se agrega que la antigua tradición va admitiendo brechas en su carácter de acto material, mediante los casos de tradición simbólica, tradición ficta, traditio brevi manu, traditio longa manu y constituto possessorio con lo cual la efectividad de la tradición va quedando reducida a la clandestinidad.

Por eso la correspondencia entre el carácter absoluto de la relación jurídica real y la necesidad de publicar el derecho real, no es tal. La publicidad no ha de considerarse necesaria a los efectos de la protección de los derechos reales frente a los terceros en general, es decir, frente a los integrantes de la comunidad que constituyen el sujeto pasivo universal, sino para su oponibilidad a los terceros interesados. Tercero interesado es todo aquel tercero que, de no cumplirse con la publicidad, puede invocar un interés legítimo en desconocer la transmisión o constitución del derecho real de que se trate.

Para ello el tercero deberá ser de buena fe; en consecuencia, la evidencia del conocimiento de la situación jurídica real por el tercero interesado hace que ella le sea oponible aunque se haya omitido la pertinente publicidad legal, porque, como expresa Vélez Sársfield, en la nota al art. 3136: "Sería un deshonor de la ley, que los jueces cerrasen sus ojos ante una conducta fraudulenta y permitiesen que ésta triunfara" y por ello, el art. 3136, adoptando un criterio opuesto al del Código Civil francés, establece que: "Si estando constituida la obligación hipotecaria, pero aún no registrada la hipoteca, y corriendo el término legal para hacerlo, un subsiguiente acreedor, teniendo conocimiento de la obligación hipotecaria, hiciese primero registrar la que en seguridad de su crédito se le haya constituido, la prioridad del registro es de ningún efecto respecto a la primera hipoteca, si esta se registrare en el término de la ley". Este criterio lo tiene presente Vélez Sársfield cuando, en la Sección II del Libro IV, legisla sobre el privilegio del acreedor hipotecario al agregar en la nota al art. 3936 lo siguiente: "En el art. 3136 de este Código se dispone que la hipoteca registrada en el término legal, no es preferida por la hipoteca posterior registrada primero, cuando el registro se ha hecho sabiendo el acreedor que había otra hipoteca constituida que aún estaba en tiempo para ser registrada". El mismo criterio informa lo preceptuado por el art. 3135 del Cód.

Civil, cuando, después de ordenar en su 1ª parte que: "La constitución de la hipoteca no perjudica a terceros, sino cuando se ha hecho pública por su inscripción en los registros tenidos a ese efecto", agrega en la 2ª parte: "Pero las partes contratantes, sus herederos y los que han intervenido en el acto, como el escribano y testigos, no pueden prevalerse del defecto de inscripción; y respecto de ellos, la hipoteca constituida por escritura pública, se considera registrada".

Este criterio es el que con carácter general se consigna en el proyecto, al establecer que no pueden prevalerse de la falta de publicidad quienes participaron en los actos, ni aquellos que conocían o debían conocer la existencia del título del derecho real en el art. 1893 sobre Inoponibilidad donde plasma que "La adquisición o trasmisión de derechos reales constituidos de conformidad a las disposiciones de este Código no son oponibles a terceros interesados y de buena fe mientras no tengan publicidad suficiente...

Si el modo consiste en una inscripción constitutiva, la registración es presupuesto necesario y suficiente para la oponibilidad del derecho real.

No pueden prevalerse de la falta de publicidad quienes participaron en los actos, ni aquellos que conocían o debían conocer la existencia del título del derecho real."

#### b) La tradición como publicidad.

Podría entenderse que tradición es igual a publicidad y que, por consiguiente, modo suficiente y publicidad son una misma cosa. Sin embargo, la tradición -aunque se haga como corresponde y sea verdaderamente cumplimentada y llevada a cabo por verdaderos actos materiales sobre la cosa- es un acto instantáneo, que nadie o casi nadie ve ni puede tampoco interpretar en toda su dimensión.

Lo que ocurre es que siendo todo derecho real un poder, un señorío sobre la cosa, este poder jurídico no nace mientras su sustrato, que es el poder de hecho, no exista efectivamente. Siempre que la adquisición del derecho real se haya de producir en forma derivada, por actos entre vivos, será necesario un acto, en virtud del cual, el actual investido del poder se desprenda del mismo y éste sea asumido por el adquirente; y la entrega es el acto de desplazamiento del poder del transmitente al adquirente.

La idea de que la tradición es investidura de poder, justifica la exigencia legal de actos materiales ya que un poder fáctico como es la posesión no puede ser conferido de otro modo.

#### c) La posesión como publicidad.

El mismo art. 1893 sobre Inoponibilidad especifica que "... Se considera publicidad suficiente la inscripción registral o la posesión, según el caso..."

En realidad, la publicidad, más que el acto instantáneo de instalación en la relación posesoria (tradición) la da la situación permanente de la relación posesoria (posesión); ha de hablarse, pues, de publicidad posesoria y no de publicidad traditiva.

Es que los derechos reales, cuando, como ocurre en la mayoría de los casos, se ejercen por la posesión (dominio, condominio, propiedad comunitaria indígena; propiedad horizontal, conjuntos inmobiliarios; tiempo compartido; cementerio privado; superficie; usufructo, uso, habitación, prenda y anticresis) y aun cuando, sin posesión, se ejercen mediante actos posesorios (servidumbres positivas), son públicos por naturaleza, pues estos actos posesorios y aquella posesión, no sólo son la exteriorización del respectivo derecho real, sino que constituyen el contenido del mismo.

Por consiguiente, con respecto a estos derechos reales es más adecuado hablar de publicidad posesoria que de publicidad traditiva, sin perjuicio de la publicidad registral cuando se trata de cosas o derechos registrables, a los fines de su oponibilidad más completa.

#### d) La inscripción registral como publicidad.

Reiteramos que el mismo art. 1893 sobre Inoponibilidad explica que "... Se considera publicidad suficiente la inscripción registral o la posesión, según el caso... No pueden prevalerse de la falta de publicidad ... aquellos que conocían o debían conocer la existencia del título del derecho real."

El proyecto mantiene el criterio del art. 2505 del código vigente y de su complementaria ley registral 17.801, normativa de acuerdo a la cual -respecto de inmuebles- es necesaria la inscripción registral a los fines de la oponibilidad a terceros de los títulos portantes de derechos reales que sobre ellos se adquieran, transmitan o extingan.

Por terceros debe entenderse que se hace referencia a la oponibilidad a terceros interesados, considerándose tales quienes puedan invocar un interés legítimo en que no se les oponga la titularidad de un derecho real que no pudieron conocer por falta de publicidad registral, con tal que además sean de buena fe, cualidad ésta que no podrá invocarse si se demuestra que, no obstante la

falta de publicidad registral conocían la existencia de la titularidad de que se trata o aun que, obrando normalmente, pudieron conocerla por otros medios.

Del contexto del código resulta que la inscripción registral tiene un fin de publicidad y, por consiguiente, efecto declarativo criterio que terminó por imponerse.

La ley 17801 permanece vigente en toda su plenitud (sólo se hicieron algunas modificaciones formales). Según su pertinente nota de elevación del proyecto al Poder Ejecutivo se expresa que "para la eficacia de la constitución de los derechos reales frente a terceros, a los requisitos de título y modo se ha agregado el de la inscripción en los registros inmobiliarios"; y éste es el sistema que se ha mantenido.

#### Adquisición legal.

El derecho real que admite como fuente la ley es aquél que es susceptible de reconocer su origen o causa en la ley. Ello es distinto de la creación legal de los derechos reales, principio conocido como *numerus clausus* o número cerrado según el cual los derechos reales sólo pueden ser creados por ley o, como dice el proyecto, la regulación de los derechos reales es establecida sólo por la ley; y que significa que no existen otros derechos reales que aquéllos que la ley determina.

Es necesario aclarar que la creación legal nada tiene que ver con la adquisición legal, o sea con el concepto de causa o fuente de los derechos reales. Es decir que no significa que la ley sea la fuente de los derechos reales, sino solamente, que cualquiera sea la fuente creadora del derecho real, no podrá dar nacimiento a otros derechos que los tipificados en la ley. Lo único que la ley crea son los tipos de derechos reales que tienen posibilidad de existir.

Acá se hace referencia a la fuente, lo cual está detallado en el art. 1894 justamente respecto de la Adquisición legal que estipula que "Se adquieren por mero efecto de la ley, los condominios con indivisión forzosa perdurable de accesorios indispensables al uso común de varios inmuebles y de muros, cercos y fosos cuando el cerramiento es forzoso, y el que se origina en la accesión de cosas muebles inseparables; la habitación del cónyuge y del conviviente supérstite, y los derechos de los adquirentes y subadquirentes de buena fe."

Ello en tanto el derecho real de habitación del cónyuge y del conviviente supérstite surge legalmente por la muerte del titular de la vivienda que es su objeto. Del mismo modo, se origina un condominio cuando las cosas muebles acceden entre sí y se tornan insusceptibles de separación. El condominio de accesorios al uso común de varias heredades y el de muros cercos y fosos nace por depender de otro objeto, ser forzoso y poder ser impuesto por una parte a otra.

La presunción de propiedad por parte del poseedor de buena fe de una cosa mueble y no robada ni perdida, que -dados ciertos requisitos- le permite repeler la acción de reivindicación constituye una presunción *iuris et de iure* y, al ser irrefragable, equivale a la prueba de la propiedad. De ahí que se pueda afirmar que la propiedad resulta de las disposiciones legales en cuanto a muebles no registrables. Por el contrario, si las cosas son registrables los recaudos de la buena fe son mayores. Similar efecto de adquisición legal se produce respecto del subadquirente de buena fe y a título oneroso que ha llegado a ser propietario en virtud de un acto nulo, excepto que no haya intervenido el titular del derecho en el acto precedente.

#### Constitución judicial

Por principio, está prohibida por el proyecto la constitución judicial de derechos reales, de conformidad con el art. 1896 sobre Prohibición de constitución judicial que concluye que "El juez no puede constituir un derecho real o imponer su constitución, excepto disposición legal en contrario". Ello implica que los jueces no pueden crearlos ni obligar a las partes a hacerlo, es decir tal como se determina, no pueden constituir un derecho real o imponer su constitución; pero hay excepciones contempladas, de modo que se prevé la posibilidad de disposición legal en contrario.

#### Prescripción adquisitiva o usucapión

La prescripción adquisitiva o usucapión de los derechos reales también es un modo general en el sentido de aplicable a varios de estos derechos.

La prescripción para adquirir está basada en la continuación de la posesión durante el tiempo fijado por la ley. Es el modo por el cual el poseedor de la cosa adquiere un derecho real mediante la posesión durante el tiempo legalmente previsto.

Es consecuencia clara del propio concepto, que para este modo de adquisición solamente puede tratarse de un derecho real que se ejerce por la posesión.

Esto surge palmariamente de la normativa de los arts. 1898 sobre Prescripción adquisitiva breve que proyecta que "La prescripción adquisitiva de derechos reales con justo título y buena fe se produce sobre inmuebles por la posesión durante DIEZ (10) años. Si la cosa es mueble hurtada o perdida el plazo es de DOS (2) años. Si la cosa es registrable, el plazo de la posesión útil se

computa a partir de la registración del justo título"; 1899 sobre Prescripción adquisitiva larga que señala que "Si no existe justo título o buena fe, el plazo es de VEINTE (20) años. No puede invocarse contra el adquirente la falta o nulidad del título o de su inscripción, ni la mala fe de su posesión. 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"; 1900 sobre Posesión exigible donde se dispone que "La posesión para prescribir debe ser ostensible y continua; 1901 sobre Unión de posesiones que establece que "El heredero continúa la posesión de su causante. El sucesor particular puede unir su posesión a la de sus antecesores, siempre que derive inmediatamente de las otras. En la prescripción breve las posesiones unidas deben ser de buena fe y estar ligadas por un vínculo jurídico"; 1902 sobre Justo título y buena fe que regula que "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. La buena fe requerida en la relación posesoria consiste en no haber conocido ni podido conocer la falta de derecho a ella. Cuando se trata de cosas registrables, la buena fe requiere el examen previo de la documentación y constancias registrales, así como el cumplimiento de los actos de verificación pertinente establecidos en el respectivo régimen especial"; y 1903 sobre Comienzo de la posesión donde se indica que "Se presume, salvo prueba en contrario, que la posesión se inicia en la fecha del justo título, o de su registración si ésta es constitutiva..."

Dado que las disposiciones generales sobre prescripción y caducidad se regulan en el Libro Sexto sobre Disposiciones comunes a los derechos reales y personales, el allí a donde se remite en el art. 1904 sobre Normas aplicables, que previene que "Se aplican a este Capítulo, en lo pertinente, las normas del Título I del Libro Sexto de este Código".

Y por último en la materia el art. 1905 sobre la Sentencia de prescripción adquisitiva afirma con carácter obligatorio que "La sentencia que se dicta en los juicios de prescripción adquisitiva, en proceso que debe ser contencioso, debe fijar la fecha en la cual, cumplido el plazo de prescripción, se produce la adquisición del derecho real respectivo. La sentencia declarativa de prescripción larga no tiene efecto retroactivo al tiempo en que comienza la posesión. La resolución que confiere traslado de la demanda o de la excepción de prescripción adquisitiva debe ordenar, de oficio, la anotación de la litis con relación al objeto, a fin de dar a conocer la pretensión".

Existe una importante diferencia con relación a la prescripción breve de conformidad con lo que habilita el art. 1903 sobre Comienzo de la posesión donde se indica que "... La sentencia declarativa de prescripción breve tiene efecto retroactivo al tiempo en que comienza la posesión, sin perjuicio de los derechos de terceros interesados de buena fe".

Pero debe tratarse de un derecho real principal y no accesorio de acuerdo a la pauta del art. 2565 que otorga una Regla general de acuerdo a la cual "Los derechos reales principales se pueden adquirir por la prescripción en los términos de los artículos 1897 y siguientes"

Por eso, no se aplica a la adquisición de un derecho de garantía por ser accesorio y de carácter esencialmente convencional. Quedan en consecuencia excluidas las servidumbres negativas, la prenda, la anticresis y doblemente la hipoteca (porque no se ejerce por la posesión y porque es de garantía). En cuanto a las servidumbres positivas, pueden adquirirse pues se ejercen por actos posesorios concretos y determinados aunque su titular no disfrute de posesión.

#### Transmisibilidad

El proyecto introdujo una modificación al sistema vigente en cuanto a la transmisibilidad de los derechos pues es principio que puedan negociarse y transferirse a otra persona. Así se señala en el art. 1906 sobre Transmisibilidad que dispone que "Todos los derechos reales son transmisibles, excepto disposición legal en contrario".

Conforme al art. 2160 respecto de las Limitaciones a este derecho, "La habitación no es transmisible por acto entre vivos ni por causa de muerte, y el habitador no puede constituir derechos reales o personales sobre la cosa..." constituye excepción el derecho real de habitación que no es transmisible por acto entre vivos ni por causa de muerte, ni puede el habitador constituir otros derechos reales o personales sobre la cosa.

Es diferente el usufructo, pues sin perjuicio de que es intransmisible por causa de muerte, puede transferirse por actos entre vivos; pero, esa transmisión no alarga la duración del derecho pues no se toma la vida del adquirente sino que es siempre que queda fijada la duración en la cabeza del usufructuario primitivo. Es decir que el usufructuario transmite su derecho, pero es su propia vida y no la del adquirente la que determina el límite máximo de duración del derecho.

#### Extinción

Tanto como hay modos de adquisición que tienen un carácter relativamente general, ello también ocurre con los casos de extinción.

Existen en consecuencia, también modos generales de extinción de los derechos reales. El Código de Vélez trae una cantidad de modos de extinción del dominio pero el examen de los preceptos permite llegar a la conclusión de que la mayoría de los modos son susceptibles de generalizarse y aplicarse a todos los derechos reales o a muchos de ellos.

De ahí que el proyecto consigna una norma sobre extinción de los derechos reales que pueden ser los generales de los derechos patrimoniales y los de todos o algún grupo de derechos reales. Esta norma es el art. 1907 que, justamente sobre Extinción estipula que "Sin perjuicio de los medios de extinción de todos los derechos patrimoniales y de los especiales de los derechos reales, éstos se extinguen, por la destrucción total de la cosa si la ley no autoriza su reconstrucción, por su abandono y por la consolidación en los derechos reales sobre cosa ajena".

Así es, con toda seguridad, para los casos de extinción absoluta del dominio, precisamente por la destrucción total de la cosa si la ley no autoriza su reconstrucción. En efecto, si una cosa se destruye o consume totalmente, o si un animal salvaje o domesticado recupera su antigua libertad y vuelve a ser res nullius, no sólo se extinguirá el dominio sobre esas cosas, sino también cualesquiera otros derechos reales que sobre ellas recayesen.

Cuando la ley atribuye a una persona la propiedad de una cosa a título de transformación o accesión o cuando al poseedor de buena fe le atribuye la propiedad de los frutos percibidos o la propiedad de la cosa mueble no robada ni perdida, cabe la misma afirmación.

La renuncia unilateral es un modo típico de extinción, no sólo del dominio, sino de todos los derechos con excepción de aquellos irrenunciables. Por cierto, también de los derechos. El término abandono hace referencia a la renuncia voluntaria, intencional y absoluta de los derechos o propiedad, sin traspasar su titularidad a ninguna otra persona; muchas veces también más específicamente o en forma más circunscripta, se suele llamar abandono de la cosa al que se refiere a derechos reales que se ejercen por la posesión.

Haciendo abstracción del dominio, todos los derechos reales sobre cosa ajena se extinguen por confusión o consolidación; todos los derechos reales de goce o disfrute sobre la cosa ajena se extinguen por el no uso; esos mismos derechos, con excepción de las servidumbres reales perpetuas, se extinguen por la muerte del titular; todos los derechos reales de garantía se extinguen con la extinción del derecho personal garantizado

La enajenación (seguida de la tradición) no sólo puede ser modo de pérdida del dominio para quien la efectúa, sino también de cualesquiera otros derechos reales enajenables. En cuanto a las servidumbres reales y a los derechos reales de garantía, dado su carácter de derechos reales accesorios del fundo dominante y de los créditos garantizados, respectivamente, sólo pueden enajenarse conjuntamente con el fundo o con el derecho principal.

Asimismo, se pueden extinguir los derechos reales por el efecto de los juicios que ordenan la restitución de una cosa o que declaran la anulación, resolución o revocación de un derecho real.

Lo mismo cabe decir de la expropiación, desde que pueden ser objeto de ella todos los bienes, sean cosas o no y, por consiguiente, todos los derechos reales.

Fuente: <http://www.nuevocodigocivil.com/reforma-al-codigo-civil-y-comercial-principios-y-disposiciones-generales-en-materia-de-derechos-reales-por-elena-highton-de-nolasco/>

Material dedicado a la enseñanza.