CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN COMENTADO

◆

TOMO V

ARTÍCULOS 1763 A 2276

JULIO CÉSAR RIVERA
GRACIELA MEDINA
Directores

MARIANO ESPER
Coordinador

CRISTINA NOEMÍ ARMELLA - SEBASTIÁN BALBÍN

RUBÉN H. COMPAGNUCCI DE CASO - IGNACIO A. ESCUTI

DIEGO P. FERNÁNDEZ ARROYO - PEDRO GALMARINI

LILIAN N. GURFINKEL DE WENDY - LUIS F. P. LEIVA FERNÁNDEZ

EDGARDO LÓPEZ HERRERA - GRACIELA MEDINA

OSVALDO FELIPE PITRAU - RENATO RABBI-BALDI CABANILLAS

JULIO CÉSAR RIVERA - GABRIEL G. ROLLERI

EDUARDO GUILLERMO ROVEDA - MARTÍN SIGAL

Directores de área

(*) Con la colaboración de Tomás Capdevila, Verónica Escuti Angonoa, Diego Martín Sabat y Germán González Cocorda.

LIBRO III
DERECHOS PERSONALES

(Continuación)

DIRECTORES DE ÁREA:

Edgardo López Herrera,
Pedro Galmarini e Ignacio A. Escuti

AUTORES:

Edgardo López Herrera
(arts. 1763-1780)

Pedro Galmarini
(arts. 1781-1814)

Ignacio A. Escuti
(arts. 1815-1881) (*)

LIBRO IV
DERECHOS REALES

DIRECTORA DE ÁREA:

Lilian N. Gurfinkel de Wendy

AUTORES:

Lilian N. Gurfinkel de Wendy
(arts. 1882-1940, 2037-2072 y 2114-2128)

Verónica Kozak
(Propiedad indígena)

Roberto Malizia
(arts. 1941-2036)

Ricardo Javier Saucedo
(arts. 2073-2113 y 2184-2276)

Eliana Verónica Braidot
(arts. 2129-2183)

ÍNDICE GENERAL

FOTOCOPIADORA
C.E.D.
COD. SF DF

20000635

FRAUDAMORADA

LIBRO III

DERECHOS PERSONALES

(Continuación)

TÍTULO V

OTRAS FUENTES DE LAS OBLIGACIONES

CAPÍTULO 1

RESPONSABILIDAD CIVIL

(Continuación)

SECCIÓN 9ª

SUPUESTOS ESPECIALES DE RESPONSABILIDAD

Por Edgardo López Herrera

Art. 1763.— Responsabilidad de la persona jurídica 7
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 7
II. Comentario 8
1. Responsabilidad por los actos de los directivos 8
2. Ejercicio y ocasión de sus funciones 8
3. Responsabilidad de los hechos de los dependientes 8
III. Jurisprudencia 9
Art. 1764.— Inaplicabilidad de normas 9
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 9
II. Comentario 9
1. Regulación de la responsabilidad del Estado fuera del Código Civil 9
2. Inconstitucionalidad de la norma 10
III. Jurisprudencia 10
Art. 1765.— Responsabilidad del Estado 11
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 11
II. Comentario 11
1. Principio de responsabilidad 11
2. Inconstitucionalidad 11
Art. 1766.— Responsabilidad del funcionario y del empleado público .. 12
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 12
II. Comentario 12
1. El blindaje del Estado al Código Civil 12
2. Posibilidad de aplicar el Código Civil al funcionario y al empleado público 12
Art. 1767.— Responsabilidad de los establecimientos educativos 13
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 13
II. Comentario 13
s19 1. ..... Establecimientos comprendidos 13
2. Sujetos pasivos comprendidos 14
3. Tipo de responsabilidad y factor de atribución 14
4. Tipo de daños 14
5. Actividades comprendidas 14
6. Causal de eximición 15
III. Jurisprudencia 15
Art. 1768.— Profesionales liberales 16
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 16
II. Comentario 16
1. Las profesiones liberales 16
2. Aplicación de las obligaciones de hacer 16
3. Responsabilidad subjetiva 17
3.1. Obligaciones de resultado 18
3.2. Actividad profesional que utiliza cosas 18
4. Inaplicabilidad de las reglas de actividades riesgosas 18
III. Jurisprudencia 18
Art. 1769.— Accidentes de tránsito 18
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 18
II. Comentario 19
1. El vehículo como cosa riesgosa 19
2. Normas que se aplican 19
3. Sujetos responsables 19
III. Jurisprudencia 19
Art. 1770.— Protección de la vida privada 20
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 20
II. Comentario 20
1. El derecho a la intimidad 20
2. Reparación plena 21
3. Diferencia de la violación a la intimidad con los daños al honor 22
4. Falta de arbitrariedad 22
III. Jurisprudencia 23
Art. 1771.— Acusación calumniosa 23
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 23
II. Comentario 24
1. La noción de acusación calumniosa 24
2. Factor agravado 24
3. Calumnia e injuria 24
III. Jurisprudencia 25

SECCIÓN 10ª

EJERCICIO DE LAS ACCIONES DE RESPONSABILIDAD

Por Edgardo López Herrera

Art. 1772.— Daños causados a cosas o bienes. Sujetos legitimados... 27

I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 27
II. Comentario 27
1. Legitimados para reclamar daños a una cosa o un bien 27
2. El titular de un derecho real 28
3. El tenedor y el poseedor de buena fe 28
III. Jurisprudencia 28
Art. 1773.— Acción contra el responsable directo e indirecto 29
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 29
II. Comentario 29
1. Obligaciones concurrentes 29
III. Jurisprudencia 29

SECCIÓN 11ª

ACCIONES CIVIL Y PENAL

Por Edgardo López Herrera

Art. 1774.— Independencia 33
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 33
II. Comentario 33
1. Principio de independencia 33
2. Aspectos procesales 33
III. Jurisprudencia 34
Art. 1775.— Suspensión del dictado de la sentencia civil 35
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 35
II. Comentario 35
1. Suspensión del dictado de la sentencia civil 35
2. Excepciones 36
2.1. Extinción de la acción penal 36
2.2. Demora excesiva 36
2.3. Factor objetivo 36
III. Jurisprudencia 37
Art. 1776.— Condena penal 37
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 37
II. Comentario 38
1. Influencia de la sentencia penal en la condena civil 38
1.1. La existencia del hecho 38
1.2. La culpa del condenado 38
III. Jurisprudencia 38
Art. 1777.— Inexistencia del hecho, de autoría, de delito o de responsabilidad penal 39
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 39
II. Comentario 39
1. Inexistencia del hecho principal 39
2. La falta de culpa 40
3. La equiparación de todas las sentencias penales 40
4. La falta de existencia o de participación en el hecho 41
III. Jurisprudencia 41
Art. 1778.— Excusas absolutorias 42
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 42
II. Comentario 42
1. Excusas absolutorias 42
III. Jurisprudencia 43
Art. 1779.— Impedimento de reparación del daño 43
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 43
II. Comentario 43
1. La prueba de la verdad o *exceptio veritatis* 43
2. Los impedimentos para reclamar daños por homicidio 44
s192.1. Coautoria o complicidad con la muerte 44
III. Jurisprudencia 45
Art. 1780.— Sentencia penal posterior 45
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 46
II. Comentario 46
1. La sentencia penal posterior 46
2. Los casos de revisión penal 46
2.1. Casos de revisión previstos en los códigos procesales penales 46
2.2. Responsabilidad por riesgo 47
2.3. Otros casos previstos en la ley 47
3. Repetición 47

CAPÍTULO 2

GESTIÓN DE NEGOCIOS

Por Pedro Galmarini

Art. 1781.— Definición 50
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 50
II. Comentario 50
1. Conceptualización metodológica 50
2. Naturaleza jurídica 51
3. Gestión oficiosa 51
4. Motivo razonable 52
III. Jurisprudencia 52
Art. 1782.— Obligaciones del gestor 53
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 53
II. Comentario 54
1. Iter de la gestión 54
2. Finalidad social 54
3. Relación interna entre los sujetos que integran la relación jurídica 54
4. Deber de información 55
Art. 1783.— Conclusión de la gestión 55
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 55
II. Comentario 56

1. Modos de conclusión 56
1.1. Por vía anormal: decisión del dueño 56
1.2. Por vía normal o natural: conclusión del negocio 57
2. Interés propio del gestor 57
Art. 1784.— Obligación frente a terceros 57
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 58
II. Comentario 58
1. Vías de liberación del gestor 58
2. Terceros de buena fe 59
III. Jurisprudencia 60
Art. 1785.— Gestión conducida útilmente 60
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 60
II. Comentario 61
1. Criterios para medir la utilidad 61
2. La utilidad como eximente de responsabilidad 61
3. Obligaciones del dueño 62
3.1. Reembolso de gastos necesarios y útiles 62
3.2. Intereses 62
3.3. Liberación del gestor y reparación de daños 62
3.4. Remuneración 63
III. Jurisprudencia 64
Art. 1786.— Responsabilidad del gestor por culpa 64
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 64
II. Comentario 65
1. Responsabilidad por culpa 65
2. Deber de diligencia 65
Art. 1787.— Responsabilidad del gestor por caso fortuito 66
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 66
II. Comentario 67
1. Principio 67
2. Excepciones 67
2.1. Actuar contra la voluntad expresa del dueño 67
2.2. Actividades arriesgadas ajenas a las habituales del dueño 67
2.3. Interés del gestor por el del dueño 67
2.4. Carencia de aptitudes necesarias para el negocio e impedimento de intervención de persona más idónea 68
2.5. Carácter restrictivo 68
3. Efecto de la utilidad 68
Art. 1788.— Responsabilidad solidaria 69
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 69
II. Comentario 69
Art. 1789.— Ratificación 70
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 70
II. Comentario 70
1. Nuevo régimen 70
2. Efecto retroactivo 71
3. Conducción útil de la gestión 71
4. Forma y prueba de la ratificación 71
III. Jurisprudencia 72
Art. 1790.— Aplicación de normas del mandato 72
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 72
II. Comentario 72
1. Aplicación supletoria del mandato 72
2. Ratificación y efectos del mandato 73
III. Jurisprudencia 73

CAPÍTULO 3

EMPLEO ÚTIL

Por Pedro Galmarini

Art. 1791.— Caracterización 76
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 76
II. Comentario 76
1. Concepto 76
2. Diferencia con la gestión de negocios y el enriquecimiento sin causa 76
2.1. ¿Gastos y/o servicios? 77
3. Interés total o parcialmente ajeno 77
4. Utilidad y cese 77
5. Reembolso e intereses 78
III. Jurisprudencia 78

fs20 Art. 1792.— Gastos funerarios 78
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 78
II. Comentario 78
t01. ..... Gastos 78
1.1. Gastos funerarios 79
1.2. Gastos comprendidos 79
2. Pauta para el reembolso 79
3. Cuantía del reembolso 80
III. Jurisprudencia 80
Art. 1793.— Obligados al reembolso 81
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 81
II. Comentario 81
1. Acción de recupero y legitimación activa 81
2. Legitimados pasivos 81
2.1. Quién recibe la utilidad 82
2.2. Herederos del difunto 82
2.3. Tercero adquirente a título gratuito 82

CAPÍTULO 4

ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA

SECCIÓN 1ª

DISPOSICIONES GENERALES

Por Pedro Galmarini

Art. 1794.— Caracterización 86
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 86
II. Comentario 86
1. Causa lícita 86
2. Supuestos comprendidos 87
3. Cuantía del resarcimiento. Fórmula 87
4. Pago en especie 88
III. Jurisprudencia 89
Art. 1795.— Improcedencia de la acción 89
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 89
II. Comentario 89
1. Subsidiariedad 89
2. Justificación del carácter subsidiario 90
3. Consecuencias 90
III. Jurisprudencia 91

SECCIÓN 2ª

PAGO INDEBIDO

Por Pedro Galmarini

Art. 1796.— Casos 93
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 93
II. Comentario 93
01. ..... Concepto 93
2. Supuestos de repetición 94
2.1. Causa 94
2.2. Sujeto no obligado 94
er2.3. Recepción por un sujeto que no es acreedor 95
2.4. Medios ilícitos 95
III. Jurisprudencia 95
Art. 1797.— Irrelevancia del error 95
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 95
II. Comentario 95
1. Pago por error: concepto 95
2. Irrelevancia del error 96
3. Error y torpeza vs. causa ilícita o inmoral 96
III. Jurisprudencia 97
Art. 1798.— Alcances de la repetición 97
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 97
II. Comentario 97
1. Alcance de la repetición. Remisión 97
Art. 1799.— Situaciones especiales 98
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 98
II. Comentario 98
1. Situaciones especiales 98
1.1. Persona incapaz o con capacidad restringida 98
1.2. Acreedor de buena fe. Repercusiones respecto de la restitución 99
1.3. Torpeza de una o ambas partes 100

CAPÍTULO 5

DECLARACIÓN UNILATERAL DE VOLUNTAD

SECCIÓN 1ª

DISPOSICIONES GENERALES

Por Pedro Galmarini

Art. 1800.— Regla general 102
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 102
II. Comentario 104
1. Autonomía de la voluntad como fuente de obligaciones 104
2. Análisis hermenéutico de la disposición 104
3. El caso de la estipulación a favor de un tercero. Fuente normativa 106
III. Jurisprudencia 106
Art. 1801.— Reconocimiento y promesa de pago 107
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 107
II. Comentario 107
1. Conceptualización 107
2. Caracteres y formas 108
3. Efectos 108
x6220 ..... III. Ju-
risprudencia 109
Art. 1802.— Cartas de crédito 109
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 109
II. Comentario 109
1. Generalidades 109
2. Instrumentación y formalidades 110

SECCIÓN 2ª

PROMESA PÚBLICA DE RECOMPENSA

Por Pedro Galmarini

rscalex100Art. 1803.— Obligatoriedad 113
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 113
II. Comentario 114

1. Conceptualización de la promesa pública de recompensa 114
2. Análisis hermenéutico de la norma 115
2.1. Modos o medios de publicidad 115
2.2. Elementos y circunstancias que configuran el instituto 115
III. Jurisprudencia 116
Art. 1804.— Plazo expreso o tácito 117
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 117
II. Comentario 117
Art. 1805.— Revocación 118
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 118
II. Comentario 118
Art. 1806.— Atribución de la recompensa. Cooperación de varias personas 120
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 120
II. Comentario 121
1. Análisis de la norma 121

SECCIÓN 3ª

CONCURSO PÚBLICO

Por Pedro Galmarini

Art. 1807.— Concurso público 123
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 123
II. Comentario 123
1. Generalidades y análisis hermenéutico del artículo 123
2. Confianza legítima 124
3. Deber de información y su alcance 125
III. Jurisprudencia 126
Art. 1808.— Destinatarios 126
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 126
II. Comentario 127
1. No a las "categorías sospechosas" 127
2. Legitimación extraordinaria 127
3. Constitucionalización del Derecho Civil y Comercial 128
Art. 1809.— Decisión del jurado 128
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 128
II. Comentario 128

ESECCIÓN 4ª

GARANTÍAS UNILATERALES

Por Pedro Galmarini

Art. 1810.— Garantías unilaterales 131
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 131
II. Comentario 132
III. Jurisprudencia 132
Art. 1811.— Sujetos 133
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 133
cf0 II. ..... Comentario 133
1. Personas habilitadas a la emisión de garantías unilaterales 133
2. Importancia de la determinación de los sujetos con capacidad para afianzar 134
III. Jurisprudencia 134
Art. 1812.— Forma 135
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 135
II. Comentario 135
1. Generalidades 135
2. Instrumento particular 136
Art. 1813.— Cesión de garantía 136
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 137
II. Comentario 137
Art. 1814.— Irrevocabilidad 137
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 137
II. Comentario 137

CAPÍTULO 6

TÍTULOS VALORES

SECCIÓN 1ª

DISPOSICIONES GENERALES

Por Ignacio A. Escuti

Art. 1815.— Concepto 139
Art. 1816.— Autonomía 140
Art. 1817.— Pago liberatorio 140
Art. 1818.— Accesorios 140
I. Comentario 140
1.1. Diferencia entre abstracción y autonomía 148
1.2. Formales y no formales 148
1.3. Completos e incompletos 149
1.4. Al portador, a la orden y nominativos 149
1.5. Representativos de dinero y de prestaciones de otra naturaleza 149
1.6. En serie e individuales 149
1.7. Privados y públicos 149
1.8. Nominados e innominados 150
Art. 1819.— Titularidad 150
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 150
II. Comentario 150
Art. 1820.— Libertad de creación 152

I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 152
II. Comentario 152
Art. 1821.— Defensas oponibles 154
Art. 1822.— Medidas precautorias 155
Art. 1823.— Firmas falsas y otros supuestos 155
Art. 1824.— Incumplimiento del asentimiento conyugal 155
Art. 1825.— Representación inexistente o insuficiente 155
Art. 1826.— Responsabilidad 156
Art. 1827.— Novación 156
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 156
II. Comentario 156
Art. 1828.— Títulos representativos de mercaderías 158
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 158
II. Comentario 158
Art. 1829.— Cuotapartes de fondos comunes de inversión 158
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 158
II. Comentario 159

SECCIÓN 2ª

TÍTULOS VALORES CARTULARES

Por Ignacio A. Escuti

Art. 1830.— Necesidad 161
Art. 1831.— Literalidad 161
Art. 1832.— Alteraciones 161
Art. 1833.— Requisitos. Contenido mínimo 161
Art. 1834.— Aplicación subsidiaria 162
Art. 1835.— Títulos impropios y documentos de legitimación 162
Art. 1836.— Desmaterialización e ingreso en sistemas de anotaciones en cuenta 162

RIKE0PARÁGRAFO 1º

TÍTULOS VALORES AL PORTADOR

Art. 1837.— Concepto 162

PARÁGRAFO 2º

TÍTULOS VALORES A LA ORDEN

Art. 1838.— Tipificación 163
Art. 1839.— Endoso 163
Art. 1840.— Condición y endoso parcial 163
Art. 1841.— Tiempo del endoso 163
Art. 1842.— Legitimación 163
Art. 1843.— Endoso en blanco 164
Art. 1844.— Endoso en procuración 164
Art. 1845.— Endoso en garantía 164
Art. 1846.— Responsabilidad 164

PARÁGRAFO 3º

TÍTULOS VALORES NOMINATIVOS ENDOSABLES

Art. 1847.— Régimen 165
Art. 1848.— Reglas aplicables 165

PARÁGRAFO 4º

TÍTULOS VALORES NOMINATIVOS NO ENDOSABLES

Art. 1849.— Régimen 165
I. Comentario 165

SECCIÓN 3ª

TÍTULOS VALORES NO CARTULARES

Por Ignacio A. Escuti

Art. 1850.— Régimen 171
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 172
II. Comentario 172
1. Doble crisis de los títulos cambiarios 172
2. La informática como nueva etapa que influye en los títulos cambiarios 172
Art. 1851.— Comprobantes de saldos 180
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 181
II. Comentario 182

SECCIÓN 4ª

DETERIORO, SUSTRACCIÓN, PÉRDIDA Y DESTRUCCIÓN DE TÍTULOS VALORES O DE SUS REGISTROS

Por Ignacio A. Escuti

PARÁGRAFO 1º

NORMAS COMUNES PARA TÍTULOS VALORES

Art. 1852.— Ámbito de aplicación. Jurisdicción 183
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 184
II. Comentario 184
g1034Art. 1853.— Sustitución por deterioro 184
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 184
II. Comentario 185
=dotArt. 1854.— Obligaciones de terceros 185

I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 185
II. Comentario 185

PARÁGRAFO 2°

NORMAS APLICABLES A TÍTULOS VALORES EN SERIE

Art. 1855.— Denuncia 186
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 186
II. Comentario 186
Art. 1856.— Suspensión de efectos 187
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 187
II. Comentario 187
Art. 1857.— Publicación 187
I. Comentario 188
Art. 1858.— Títulos con cotización pública 188
I. Comentario 189
Art. 1859.— Partes interesadas 189
I. Comentario 190
Art. 1860.— Observaciones 190
I. Comentario 190
Art. 1861.— Certificado provisorio 190
I. Comentario 190
Art. 1862.— Denegación. Acciones 191
I. Comentario 191
Art. 1863.— Depósito o entrega de las prestaciones 191
I. Comentario 192
Art. 1864.— Ejercicio de derechos de contenido no dinerario 192
I. Comentario 192
Art. 1865.— Títulos valores definitivos 193
I. Comentario 193
Art. 1866.— Presentación del portador 193
I. Comentario 193
Art. 1867.— Adquirente en bolsa o caja de valores 194
hpar1 ..... I.Comentario
..... 194
Art. 1868.— Desestimación de oposición 195
I. Comentario 195
Art. 1869.— Títulos valores nominativos no endosables 196
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 196
II. Comentario 196
Art. 1870.— Cupones separables 196
I. Comentario 197

PARÁGRAFO 3°

Art. 1871.— Denuncia 197
I. Comentario 197
Art. 1872.— Notificación 198
I. Comentario 198
Art. 1873.— Publicación. Pago anterior 199
I. Comentario 199
Art. 1874.— Duplicado. Cumplimiento 200
I. Comentario 200
Art. 1875.— Oposición 200
I. Comentario 200

PARÁGRAFO 4°

SUSTRACCIÓN, PÉRDIDA O DESTRUCCIÓN DE LOS LIBROS DE REGISTRO

Art. 1876.— Denuncia 201
I. Comentario 201
Art. 1877.— Publicaciones 202
I. Comentario 203
Art. 1878.— Trámite 204
I. Comentario 204
Art. 1879.— Nuevo libro 205
I. Comentario 205
=scalex100Art. 1880.— Ejercicio de derechos 205
I. Comentario 205
Art. 1881.— Medidas especiales 206
I. Comentario 206

LIBRO IV

DERECHOS REALES

TÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES

CAPÍTULO 1

PRINCIPIOS COMUNES

Por Lilian N. Gurfinkel de Wendy

I. Introducción 210
II. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 211
III. Comentario 211

Art. 1882.— Concepto 211
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 212
II. Comentario 212
Art. 1883.— Objeto 213
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 213
II. Comentario 214
1. Requisitos del objeto de los derechos reales 215
2. Los bienes como objeto 215
III. Jurisprudencia 216
Art. 1884.— Estructura 216
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 216
II. Comentario 217
1. Tipicidad formal 217
2. Tipicidad sustantiva 217
Art. 1885.— Convalidación 218
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 218
II. Comentario 218
III. Jurisprudencia 219
Art. 1886.— Persecución y preferencia 219
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 219
II. Comentario 219
Art. 1887.— Enumeración 220
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 220
II. Comentario 221
III. Jurisprudencia 222
Art. 1888.— Derechos reales sobre cosa propia o ajena 222
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 222
II. Comentario ..... ab 223
1. Cargas o gravámenes reales 223
2. Presunción 224
III. Jurisprudencia 224
Art. 1889.— Derechos reales principales y accesorios 225
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 225
II. Comentario 225
III. Jurisprudencia 225
Art. 1890.— Derechos reales sobre cosas registrables y no registrables 225
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 226
II. Comentario 226
III. Jurisprudencia 226
Art. 1891.— Ejercicio por la posesión o por actos posesorios 227
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 227
II. Comentario 227

CAPÍTULO 2

ADQUISICIÓN, TRANSMISIÓN, EXTINCIÓN

Por Lilian N. Gurfinkel de Wendy

Art. 1892.— Título y modos suficientes 230
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 231
II. Comentario 232
1. Título suficiente 232
2. Modo suficiente 233
3. No es necesaria la tradición 234
III. Jurisprudencia 234
Art. 1893.— Inoponibilidad 235
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 235
II. Comentario 235
1. Publicidad registral 235
2. Publicidad posesoria 236
3. Inscripción constitutiva 237
III. Jurisprudencia 237
Art. 1894.— Adquisición legal 238
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 238
II. Comentario 238
Art. 1895.— Adquisición legal de derechos reales sobre muebles por subadquirente 239
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 239
II. Comentario 240
III. Jurisprudencia 241
Art. 1896.— Prohibición de constitución judicial 242
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 242
II. Comentario 242
Art. 1897.— Prescripción adquisitiva 242
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 243
II. Comentario 243
III. Jurisprudencia 244
Art. 1898.— Prescripción adquisitiva breve 245
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 245
II. Comentario 246
III. Jurisprudencia 246
Art. 1899.— Prescripción adquisitiva larga 247
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 247
II. Comentario 247
1. Adquisición de inmuebles 247
2. Adquisición de muebles registrables 248
3. Poseedor de mala fe de cosas muebles 248
III. Jurisprudencia 249
Art. 1900.— Posesión exigible 249

fs19 ..... I.Relación con el
Código Civil. Fuentes del nuevo texto 249
II. Comentario 250
1. Posesión ostensible 250
2. Posesión continua 250
III. Jurisprudencia 251
Art. 1901.— Unión de posesiones 251
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 251
II. Comentario 252
III. Jurisprudencia 253
Art. 1902.— Justo título y buena fe 253
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 253
II. Comentario 254
1. Justo título 254
2. Buena fe 255
III. Jurisprudencia 255
Art. 1903.— Comienzo de la posesión 256
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 256
II. Comentario 256
III. Jurisprudencia 257
Art. 1904.— Normas aplicables 257
I. Comentario 257
Art. 1905.— Sentencia de prescripción adquisitiva 257
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 257
II. Comentario 258
III. Jurisprudencia 259
Art. 1906.— Transmisibilidad 260
Art. 1907.— Extinción 260
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 260
II. Comentario 260
1. Transmisibilidad 261
2. Extinción por destrucción de la cosa 261
3. Extinción por abandono 261
4. Extinción por consolidación 262
III. Jurisprudencia 262

DERECHO REAL PROYECTADO Y NO INCORPORADO AL CÓDIGO. PROPIEDAD INDÍGENA

Por Verónica Kozak

Propiedad indígena en el Proyecto de Código Civil y Comercial 2012 264
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del texto proyectado 264
II. Comentario 266
III. Jurisprudencia 267

TÍTULO II

POSESIÓN Y TENENCIA

CAPÍTULO 1

DISPOSICIONES GENERALES

Por Lilian N. Gurfinkel de Wendy

Art. 1908.— Enumeración 273
Art. 1909.— Posesión 273
Art. 1910.— Tenencia 274
x540 ..... I.Relación con el
Código Civil. Fuentes del nuevo texto 274
II. ..... Comentario 275
1. Metodología 276
2. Posesión 276
3. Tenencia 276
III. Jurisprudencia 277
Art. 1911.— Presunción de poseedor o servidor de la posesión 277
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 278
II. Comentario 278
III. Jurisprudencia 279
Art. 1912.— Objeto y sujeto plural 279
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 280
II. Comentario 280
1. Objeto 280
2. Sujeto plural 281
III. Jurisprudencia 281
Art. 1913.— Concurrencia 282
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 282
II. Comentario 282
Art. 1914.— Presunción de fecha y extensión 282
Art. 1915.— Interversión 282
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 283
II. Comentario 283
1. Fecha y extensión 283
2. Interversión 284
III. Jurisprudencia 285
Art. 1916.— Presunción de legitimidad 285
Art. 1917.— Innecesariedad de título 285
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 286
1. La posesión de inmuebles adquirida de buena fe, mediante boleto de compraventa, es legítima 286
2. Derecho real de posesión o dominio imperfecto 287
3. La adquisición de la posesión es legítima 287
II. Comentario 288
1. Presunción de legitimidad 289

Art. 1918.— Buena fe 289
Art. 1919.— Presunción de buena fe 290
Art. 1920.— Determinación de buena o mala fe 290
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 290
II. Comentario 291
1. Buena fe 291
2. Presunción de mala fe 292
3. Comienzo de la buena o mala fe 292
multo ..... III.Jurisprudencia
..... 293
Art. 1921.— Posesión viciosa 293
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 293
II. Comentario 294
1. Cosas muebles 294
2. Cosas inmuebles 294
3. Relatividad de los vicios 295
III. Jurisprudencia 295

CAPÍTULO 2

ADQUISICIÓN, EJERCICIO, CONSERVACIÓN Y EXTINCIÓN

Por Lilian N. Gurfinkel de Wendy

Art. 1922.— Adquisición de poder 297
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 297
II. Comentario 298
1. Capacidad 298
2. Contacto con la cosa 298
III. Jurisprudencia 299
Art. 1923.— Modos de adquisición 299
Art. 1924.— Tradición 299
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 300
II. Comentario 300
1. Tradición 300
2. No es necesaria la tradición 301
3. Apoderamiento 301
III. Jurisprudencia 301
Art. 1925.— Otras formas de tradición 302
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 302
II. Comentario 302
Art. 1926.— Relación de poder vacua 303
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 303
II. Comentario 304
Art. 1927.— Relación de poder sobre universalidad de hecho 304
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 304
II. Comentario 304
Art. 1928.— Actos posesorios 305
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 305
II. Comentario 305
III. Jurisprudencia 306
Art. 1929.— Conservación 306
Art. 1930.— Presunción de continuidad 307
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 307
II. Comentario 307
1. Prueba de la posesión o tenencia 307
III. Jurisprudencia 308
Art. 1931.— Extinción 308
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 308
II. Comentario 309

CAPÍTULO 3

EFECTOS DE LAS RELACIONES DE PODER

Por Lilian Gurfinkel de Wendy

Art. 1932.— Derechos inherentes a la posesión 311
Art. 1933.— Deberes inherentes a la posesión 311
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 311
II. Comentario 312
1. Derechos 312
2. Deberes 312
3. Deberes de vecindad 313

f2Art. 1934.— Frutos y mejoras 313
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 314
II. Comentario 314
III. Jurisprudencia 314
Art. 1935.— Adquisición de frutos o productos según la buena o mala fe 315
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 315
II. Comentario 315
1. Poseedor de buena fe 316
2. Poseedor de mala fe 316
3. Frutos pendientes 316
III. Jurisprudencia 316
Art. 1936.— Responsabilidad por destrucción según la buena o mala fe 317
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 317
II. Comentario 318
1. Poseedor de buena fe 318
2. Poseedor de mala fe 318
Art. 1937.— Transmisión de obligaciones al sucesor 319
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 319
II. Comentario 319

Art. 1938.— Indemnización y pago de mejoras 320
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 320
II. Comentario 320
1. Mejoras de mantenimiento y suntuarias 321
2. Mejoras necesarias 321
3. Mejoras útiles 321
4. Mejoras suntuarias 321
5. Acrecentamientos originados en hechos naturales 321
Art. 1939.— Efectos propios de la posesión 321
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 322
II. Comentario 322
1. Pago de impuestos 322
2. Obligación de cerramiento 323
III. Jurisprudencia 323
Art. 1940.— Efectos propios de la tenencia 324
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 324
II. Comentario 324
1. Conservar la cosa 324
2. Individualizar al poseedor 324
3. Restituir la cosa 325
III. Jurisprudencia 325

TÍTULO III

DEL DOMINIO

CAPÍTULO 1

DISPOSICIONES GENERALES

Por Roberto Malizia

Art. 1941.— Dominio perfecto 328
680 I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 328
II.Comentario 329
1. Dominio perfecto. Definición 329
2. Facultades de uso, goce y disposición 329
III. Jurisprudencia 331
Art. 1942.— Perpetuidad 331
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 331
II. Comentario 331
1. Carácter perpetuo 331
III. Jurisprudencia 332
Art. 1943.— Exclusividad 332
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 332
II. Comentario 332
1. Exclusividad 332
III. Jurisprudencia 333
Art. 1944.— Facultad de exclusión 334
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 334
II. Comentario 334
1. Facultad de exclusión 334
2. Normas vinculadas 335
III. Jurisprudencia 336
Art. 1945.— Extensión 336
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 336
II. Comentario 337
1. Extensión 337
2. Normas vinculadas 339
III. Jurisprudencia 340
Art. 1946.— Dominio imperfecto 340
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 340
II. Comentario 340

CAPÍTULO 2

MODOS ESPECIALES DE ADQUISICIÓN DEL DOMINIO

Por Roberto Malizia

SECCIÓN 1ª

APROPIACIÓN

tw0Art. 1947.— Apropiación 343
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 344
II. Comentario 344
a01. ..... Modos de adquisición del dominio. Concepto 344
2. Clasificación 344
3. Apropiación 345
3.1. Cosas que pueden ser adquiridas por apropiación 345
3.2. Cosas que no pueden ser objeto de apropiación 346
III. Jurisprudencia 348
Art. 1948.— Caza 348
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 349
II. Comentario 349
1. Caza. Concepto 349
2. Requisitos para adquirir el dominio 349
3. Animales a lo cuales se aplica 350
4. Lugares donde puede cazarse 350
5. Persecución del animal herido 350
6. Normas vinculadas 351
III. Jurisprudencia 353
Art. 1949.— Pesca 353
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 353

II. Comentario 353
1. Pesca. Concepto 353
2. Requisitos para adquirir el dominio 353
3. Lugares de pesca 354
4. Normas vinculadas 354
Art. 1950.— Enjambres 357
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 357
II. Comentario 358
1. Enjambres de abejas 358
2. Pérdida del enjambre del anterior titular 358

SECCIÓN 2ª

ADQUISICIÓN DE UN TESORO

Por Roberto Malizia

Art. 1951.— Tesoro 359
Art. 1952.— Descubrimiento de un tesoro 359
Art. 1953.— Derechos del descubridor 359
Art. 1954.— Búsqueda por el propietario de un tesoro 359
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 360
II. Comentario 360
1. Concepto de tesoro 360
2. Requisitos 360
3. Personas que pueden buscar tesoros 361
4. Descubridor 361
5. Derechos de descubridor 361

SECCIÓN 3ª

RÉGIMEN DE COSAS PERDIDAS

Por Roberto Malizia

Art. 1955.— Hallazgo 363
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 363
II. Comentario 363
1. Régimen de las cosas perdidas 363
2. Obligaciones de quien halla la cosa 364
3. Falta de individualización del sujeto con derecho a la restitución 365
4. Efectos del incumplimiento de la obligación 365
III. Jurisprudencia 365
Art. 1956.— Recompensa y subasta 366
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 366
II. Comentario 366
1. Derecho del hallador 366
2. Determinación de la recompensa 367
3. Facultad del propietario de la cosa para exonerarse de todo otro reclamo transmitiéndole su dominio 367
4. Venta en subasta 368
III. Jurisprudencia 368

SECCIÓN 4ª

TRANSFORMACIÓN Y ACCESIÓN DE COSAS MUEBLES

Por Roberto Malizia

Art. 1957.— Transformación 371
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 371
II. Comentario 372
1. Transformación. Concepto 372
2. Requisitos 372
3. Distintos supuestos 372
III. Jurisprudencia 373
Art. 1958.— Accesión de cosas muebles 373
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 373
II. Comentario 373
1. Accesión de cosas muebles 373

SECCIÓN 5ª

ACCESIÓN DE COSAS INMUEBLES

Por Roberto Malizia

Art. 1959.— Aluvión 375
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 375
II. Comentario 376
1. Aluvión 376
2. Requisitos 376
3. Obra de la naturaleza 377
4. Aluvión por abandono del cauce del río 377
5. Aluvión formado a lo largo de varios inmuebles 377
6. Aluvión provocado. Efectos 377
III. Jurisprudencia 378
Art. 1960.— Cauce del río 378
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 378
II. Comentario 379
Art. 1961.— Avulsión 380
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 380
II. Comentario 381
enter1 ..... Avulsión. Concepto 381
2. Avulsión de cosas no susceptibles de adherencia natural 381
3. Posibilidad de reivindicación en el caso de la avulsión 381
4. Diferencia entre aluvión y avulsión 382

ndtw0Art. 1962.— Construcción, siembra y plantación 382
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 382
II. Comentario 383
1. Construcción, siembra o plantación con materiales ajenos 383
2. Construcción, siembra o plantación hecha por un tercero 383
III. Jurisprudencia 384
Art. 1963.— Invasión de inmueble colindante 385
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 385
II. Comentario 385
1. Accesión inversa 385
2. Construcción en terreno ajeno de buena fe 386

CAPÍTULO 3

DOMINIO IMPERFECTO

Por Roberto Malizia

Art. 1964.— Supuestos de dominio imperfecto 387
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 387
II. Comentario 387
1. Noción. Distintos supuestos 387
Art. 1965.— Dominio revocable 388
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 388
II. Comentario 388
1. Concepto 388
2. Distintos supuestos de dominio revocable 389
3. Dominio fiduciario 389
4. Duración máxima 390
III. Jurisprudencia 390
Art. 1966.— Facultades 390
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 391
II. Comentario 391
1. Facultades del titular 391
Art. 1967.— Efecto de la revocación 391
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 392
II. Comentario 392
1. Efectos de la revocación 392
2. Excepciones 392
Art. 1968.— Readquisición del dominio perfecto 393
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 393
II. Comentario 394
Art. 1969.— Efectos de la retroactividad 394
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 395
II. Comentario 395
1. Efectos de la retroactividad 395

CAPÍTULO 4

LÍMITES AL DOMINIO

Por Roberto Malizia

Art. 1970.— Normas administrativas 397
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 398
II. Comentario 398
1. Límites al dominio. Generalidades 398
2. Formas de las restricciones 400
3. Aplicación subsidiaria 400
III. Jurisprudencia 401
Art. 1971.— Daño no indemnizable 401
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 401
II. Comentario 401
1. Daño no indemnizable 401
Art. 1972.— Cláusulas de inenajenabilidad 402
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 402
II. Comentario 403
1. Cláusula de inenajenabilidad 403
2. Limitaciones a la libre disposición en los actos a título gratuito . 404
3. Casos en los que se genere una comunidad 404
4. Sustitución fideicomisaria 405
III. Jurisprudencia 405
Art. 1973.— Inmisiones 406
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 407
II. Comentario 407
1. Generalidades 407
2. Inmisiones inmateriales 408
3. Normal tolerancia 409
4. Valoración de la autorización administrativa 410
5. Facultades del juez 411
6. Inmisión subsanable y víctima que carece de prioridad en el uso. Solución del conflicto 412
7. Legitimación 412
III. Jurisprudencia 412
Art. 1974.— Camino de sirga 413
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 413
II. Comentario 413
1. Camino de sirga. Generalidades 413
2. Naturaleza jurídica 414
3. Camino de sirga. Fuente legal 416
4. Camino de sirga. Fundamentación legal. Finalidad 416
5. Camino de sirga. Restricción y límite al dominio fundado en el interés público 416
6. Camino de sirga. Finalidad. Inexistencia de indemnización 417
7. Legitimación para exigir la apertura del camino de sirga 417

III. Jurisprudencia 417
Art. 1975.— Obstáculo al curso de las aguas 418
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 419
II. Comentario 419
1. Prohibición de realizar obras que obstaculicen el curso de las aguas 419
Art. 1976.— Recepción de agua, arena y piedras 419
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 420
II. Comentario 420
1. Principio y excepción 420
2. Recepción de agua, arena y piedras 420
III. Jurisprudencia 421
Art. 1977.— Instalaciones provisorias y paso de personas que trabajan en una obra 422
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 422
II. Comentario 422
1. Instalaciones provisorias y paso de personas que trabajan en una obra 422
2. Tránsito de obreros 423
III. Jurisprudencia 423
0Art. 1978.— Vistas 424
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 424
II. Comentario 424
1. Generalidades 424
2. Clases de vistas 425
3. Requisitos 425
Art. 1979.— Luces 425
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 426
II. Comentario 426
1. Luces 426
2. Requisitos 426
3. Legitimados para reclamar el cumplimiento 426
Art. 1980.— Excepción a distancias mínimas 427
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 427
II. Comentario 427
Art. 1981.— Privación de luces o vistas 427
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 427
II. Comentario 428
Art. 1982.— Arboles, arbustos u otras plantas 428
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 428
II. Comentario 429
1. Árboles, arbustos u otras plantas 429
2. Ramas 429
3. Raíces. Derecho del vecino a cortarlas por su cuenta 429
III. Jurisprudencia 429

TÍTULO IV

CONDOMINIO

CAPÍTULO 1

DISPOSICIONES GENERALES

Por Roberto Malizia

Art. 1983.— Condominio 432
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 432
II. Comentario 432
1. Concepto de condominio 433
2. Naturaleza jurídica 433
2.1. La autonomía del condominio 433
3. Caracteres 433
3.1. Titularidad plural 433
3.2. Unidad de objeto 433
3.3. Titularidad en cuotas o partes indivisas 434
III. Jurisprudencia 434
pndtw0Art. 1984.— Aplicaciones subsidiarias 435
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 435
II. Comentario 435
1. Estados comunitarios 435
2. Naturaleza jurídica 436
III. Jurisprudencia 437
Art. 1985.— Destino de la cosa 438
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 438
II. Comentario 438
1. Reglas para la determinación del destino común de la cosa 438
2. Amplitud de las facultades de uso 439
III. Jurisprudencia 439
Art. 1986.— Uso y goce de la cosa 439
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 439
II. Comentario 440
1. Uso y goce de la cosa común 440
2. El respeto al destino de la cosa 440
3. Prohibición de deteriorar la cosa común en el interés particular 440
4. Prohibición de obstaculizar el ejercicio de iguales facultades por los restantes condóminos 441
III. Jurisprudencia 441
Art. 1987.— Convenio de uso y goce 442
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 442
II. Comentario 442
1. Convenio de uso y goce 442
2. Partición provisional 442
Art. 1988.— Uso y goce excluyente 443
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 443
II. Comentario 443

1. Obligación de compensar por el uso exclusivo 443
2. Supuesto de indemnizabilidad 444
III. Jurisprudencia 445
Art. 1989.— Facultades con relación a la parte indivisa 445
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 445
II. Comentario 446
1. Facultades sobre la parte indivisa 446
1.1. Enajenación 446
1.2. Constitución de derechos reales 446
1.3. Derechos de los acreedores 447
2. La renuncia del condómino 447
III. Jurisprudencia 448
e0Art. 1990.— Disposición y mejoras con relación a la cosa 448
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 449
II. Comentario 449

tx9071. ..... Facultades de los condóminos respecto de la cosa 449
1.1. Disposición material 449
Art. 1991.— Gastos 450
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 450
II. Comentario 450
1. Aspecto interno de las obligaciones y responsabilidades de los condóminos 451
2. Obligación real 451
3. Liberación por abandono 451
4. Consecuencias de la inejecución de la obligación 452
III. Jurisprudencia 452
Art. 1992.— Deudas en beneficio de la comunidad 453
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 453
II. Comentario 453
1. Aspecto externo de las obligaciones y responsabilidades de los condóminos 454
2. Deuda contraída por un condómino 454
3. Deuda contraída por todos los condóminos 454
3. Un caso no contemplado 455
III. Jurisprudencia 455

CAPÍTULO 2

ADMINISTRACIÓN

Por Roberto Malizia

Art. 1993.— Imposibilidad de uso y goce en común 457
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 457
II. Comentario 457
1. Relación con la facultad de uso y goce 457
III. Jurisprudencia 458
Art. 1994.— Asamblea 458
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 458
II. Comentario 458
1. Criterios de interpretación antes de la vigencia del presente Código 459
1.1. Criterio estricto 459
1.2. Crítica al criterio estricto 459
2. Cómputo de la mayoría 460
3. Supuesto de empate 460
III. Jurisprudencia 461
Art. 1995.— Frutos 461
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 461
II. Comentario 461
1. División de los frutos 461
2. Percepción de frutos por un condómino 462

CAPÍTULO 3

CONDOMINIO SIN INDIVISIÓN FORZOSA

N POR ROBERTO MALIZIA

SECCIÓN ÚNICA

PARTICIÓN

Art. 1996.— Reglas aplicables 463
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 463
II. Comentario 463
1. Alcance de la remisión 464
2. Diversas formas de la partición 464
2.1. En especie 464
2.2. Por venta 465
2.3. Provisional o de uso 465
III. Jurisprudencia 466
Art. 1997.— Derecho a pedir la partición 466
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 466
II. Comentario 466
1. Inestabilidad del condominio 466
2. Orden público. Naturaleza jurídica de la acción de división 467
2. La acción de división de condominio es real 468
III. Jurisprudencia 468
Art. 1998.— Adquisición por un condómino 469
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 469
II. Comentario 469
1. Adquisición por uno de los condóminos de la cosa común 469

CAPÍTULO 4

CONDOMINIO CON INDIVISIÓN FORZOSA TEMPORARIA

Por Roberto Malizia

Art. 1999.— Renuncia a la acción de partición 471
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 471
II. Comentario 471
III. Jurisprudencia 472
Art. 2000.— Convenio de suspensión de la partición 472
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 472
II. Comentario 472
1. Pacto temporario de indivisión entre condóminos 472
1.1. Plazo incierto o superior a los diez años 473
1.2. Plazo menor al establecido en la norma 473
2. Modalidades de los pactos de indivisión 473
3. Oponibilidad de los pactos de indivisión 473
III. Jurisprudencia 473

tqrArt. 2001.— Partición nociva 474
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 474
II. Comentario 474
ard1. ..... Partición nociva 474
2. Indivisión forzosa circunstancial 474
3. El caso del art. 53 de la ley 14.394 475
4. Disposiciones comunes a todos los casos de indivisiones resultantes de la ley 14.394 476
III. Jurisprudencia 476
Art. 2002.— Partición anticipada 476
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 477
II. Comentario 477
1. Partición anticipada 477
2. Legitimación para solicitar la partición anticipada 477
Art. 2003.— Publicidad de la indivisión o su cese 477
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 478
II. Comentario 478
1. Publicidad de la indivisión o su cese 478

lex100CAPÍTULO 5

CONDOMINIO CON INDIVISIÓN FORZOSA PERDURABLE

Por Roberto Malizia

SECCIÓN 1ª

CONDOMINIO SOBRE ACCESORIOS INDISPENSABLES

Art. 2004.— Indivisión forzosa sobre accesorios indispensables 479
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 479
II. Comentario 480
1. Accesorios indispensables 480
2. Requisitos previstos en la norma 480
3. Prohibición de pedir la división 480
Art. 2005.— Uso de la cosa común 481
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 481
II. Comentario 481
1. Uso de la cosa común 481
2. Obligaciones de los condóminos 481

SECCIÓN 2ª

CONDOMINIO SOBRE MUROS, CERCOS Y FOSOS

Por Roberto Malizia

Art. 2006.— Muro, cerco o foso 483
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 483
II. Comentario 484
1. Criterio físico 484
2. Criterio jurídico 485
3. Otras clases de muro 485
Art. 2007.— Cerramiento forzoso urbano 485
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 485
II. Comentario 486
1. Cerramiento forzoso urbano 486
1.1. Derecho de quien edifica primero el muro divisorio 486
1.2. El cerramiento como obligación 486
2. Naturaleza jurídica 487
3. Es una obligación de orden público 487
Art. 2008.— Muro de cerramiento forzoso 487
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 488
II. Comentario 488
1. Requisitos constructivos del muro de cerramiento forzoso 488
Art. 2009.— Adquisición de la medianería 488
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 489
II. Comentario 489
1. Adquisición de la medianería 489
nd0Art. 2010.— Presunciones 490
Art. 2011.— Época de las presunciones 490
Art. 2012.— Exclusión de las presunciones 490
Art. 2013.— Prueba 490
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 490
II. Comentario 491
1. Necesidad de establecer presunciones 491
2. Presunciones legales: distintos supuestos 491

2.1. Presunción de medianería ... 491
2.2. Presunción de privacidad ... 492
3. Las presunciones tienen en cuenta la situación de hecho al tiempo de la construcción del muro ... 492
4. Prueba contraria de las presunciones ... 492
4.1. Instrumentos ... 492
4.2. Signos materiales ... 493
III. Jurisprudencia ... 493
Art. 2014.— Cobro de la medianería ... 494
Art. 2015.— Mayor valor por características edilicias ... 494
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto ... 494
II. Comentario ... 494
1. Cobro de la medianería ... 494
1.1. Cimientos ... 495
1.2. Las cualidades del muro ... 495
III. Jurisprudencia ... 495
Art. 2016.— Adquisición y cobro de los muros de elevación y enterrado 495
Art. 2017.— Derecho del que construye el muro ... 496
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto ... 496
II. Comentario ... 496
1. Las cualidades del muro ... 496
2. Adquisición y cobro de los muros de elevación y enterrados ... 496
III. Jurisprudencia ... 497
Art. 2018.— Medida de la obligación ... 497
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto ... 497
II. Comentario ... 498
1. Alcances de la obligación de pago ... 498
III. Jurisprudencia ... 498
Art. 2019.— Valor de la medianería ... 498
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto ... 498
II. Comentario ... 499
1. Momento a partir del cual se computa el valor de la medianería 499
III. Jurisprudencia ... 500
rdArt. 2020.— Inicio del curso de la prescripción extintiva ... 500
I. Relació_6e con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto ... 500
II. Comentario ... 500
1. Inicio del curso de la prescripción extintiva ... 500
III. Jurisprudencia ... 500
Art. 2021.— Facultades materiales. Prolongación ... 501
Art. 2022.— Prolongación del muro ... 501
Art. 2023.— Restitución del muro al estado anterior ... 501
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto ... 502
II. Comentario ... 502
1. Derechos de los medianeros ... 502
2. Facultad de disposición material ... 502
2.1. Facultad de arrimar construcciones ... 503
2.2. Colocación de tirantes ... 503
2.3. Retiro de los tirantes ... 503
2.4. Facultad de abrir armarios o nichos ... 503
3. Derecho de elevar el muro medianero ... 504
III. Jurisprudencia ... 504
Art. 2024.— Reconstrucción ... 504
Art. 2025.— Utilización de superficie mayor ... 505
Art. 2026.— Diligencia en la reconstrucción ... 505
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto ... 505
II. Comentario ... 505
1. Reconstrucción de la pared ... 505
2. Reconstrucción del muro medianero. Culpa de uno de los comuneros 506
III. Jurisprudencia ... 506
Art. 2027.— Mejoras en la medianería urbana ... 506
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto ... 507
II. Comentario ... 507
1. Mejoras en la medianería urbana ... 507
2. Requisitos para que se genere la obligación ... 507
2.1. Necesidad de reparación o reconstrucción del muro ... 507
2.2. Ausencia de culpa en el condómino reclamante ... 508
2.3. Que las mejora no sean útiles o suntuarias ... 508
III. Jurisprudencia ... 508
Art. 2028.— Abdicación de la medianería ... 509
Art. 2029.— Alcance de la abdicación ... 509
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto ... 510
II. Comentario ... 510
1. Facultad de abandono ... 510
2. Condiciones del abandono ... 510
3. Oportunidad para su ejercicio ... 511
4. Efectos y forma del abandono ... 511
III. Jurisprudencia ... 511
Art. 2030.— Readquisición de la medianería ... 512
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto ... 512
II. Comentario ... 512
Art. 2031.— Cerramiento forzoso rural ... 512
Art. 2032.— Atribución, cobro y derechos en la medianería rural ... 513
Art. 2033.— Aplicación subsidiaria ... 513
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto. ... 513
II. Comentario ... 513
1. Carácter medianero del cerramiento de un inmueble rural ... 513
2. Derecho de reembolso ... 514
3. Derechos y obligaciones en la medianería rural o de campaña. Remisión ... 514
Art. 2034.— Condominio de árboles y arbustos ... 514
Art. 2035.— Perjuicio debido a un árbol o arbusto ... 514

Art. 2036.— Reemplazo del árbol o arbusto 514
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 515
II. Comentario 515
1. Condominio sobre árboles o arbustos 515

TÍTULO V

PROPIEDAD HORIZONTAL

CAPÍTULO 1

DISPOSICIONES GENERALES

Por Lilian N. Gurfinkel de Wendy

Art. 2037.— Concepto 518
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 518
1. Ley 13.512 518
2. Fuentes 519
II. Comentario 520
1. Naturaleza jurídica 520
2. Objeto del derecho 520
III. Jurisprudencia 520
Art. 2038.— Constitución 520
I. Relación con la ley 13.512. Fuentes 521
II. Comentario 521
1. Forma 521
2. Integra el título 521
3. Terminología 522
III. Jurisprudencia 522
Art. 2039.— Unidad funcional 522
I. Relación con la ley 13.512. Fuentes 522
II. Comentario 523
1. Unidad funcional y unidad complementaria 523
2. Salida a la vía pública 523
3. Relación con las partes comunes 524
III. Jurisprudencia 524
Art. 2040.— Cosas y partes comunes 524
I. Relación con la ley 13.512. Fuentes ..... b 525
II. Comentario 525
1. Concepto de cosas comunes 525
2. Cosas comunes de uso exclusivo 525
3. Uso de las cosas comunes 526
t0 III. ..... Jurisprudencia 526
Art. 2041.— Cosas y partes necesariamente comunes 526
I. Relación con la ley 13.512. Fuentes 527
II. Comentario 528
III. Jurisprudencia 529
Art. 2042.— Cosas y partes comunes no indispensables 529
I. Relación con la ley 13.512. Fuentes 529
II. Comentario 530
III. Jurisprudencia 530
Art. 2043.— Cosas y partes propias 530
I. Relación con la ley 13.512. Fuentes 530
II. Comentario 531
Partes propias en el reglamento 531
III. Jurisprudencia 532
Art. 2044.— Consorcio 532
I. Relación con la ley 13.512. Fuentes 532
II. Comentario 533
1. Nacimiento del ente 533
2. Desafectación 534
3. Patrimonio 534
4. Capacidad 535
III. Jurisprudencia 536

CAPÍTULO 2

FACULTADES Y OBLIGACIONES DE LOS PROPIETARIOS

Por Lilian N. Gurfinkel de Wendy

Art. 2045.— Facultades 537
1. Relación con la ley 13.512. Fuentes del nuevo texto 538
II. Comentario 538
Art. 2046.— Obligaciones 538
1. Relación con la ley 13.512. Fuentes del nuevo texto 539
II. Comentario 539
1. Conservación de la unidad funcional 540
2. Pago de expensas 540
3. Control del administrador 540
4. Responsabilidad de los propietarios 541
III. Jurisprudencia 541
Art. 2047.— Prohibiciones 542
I. Relación con la ley 13.512. Fuentes del nuevo texto 543
II. Comentarios 543
1. Destino 543
2. Normal tolerancia 544
3. Actividades peligrosas 544
III. Jurisprudencia 544
ng1034Art. 2048.— Gastos y contribuciones 544
I. Relación con la ley 13.512. Fuentes del nuevo texto 545
II. Comentario 545
nd01. ..... Expensas comunes 545
2. Expensas ordinarias 546

3. Expensas extraordinarias 546
4. Certificado de deuda 547
III. Jurisprudencia 547
Art. 2049.— Defensas 548
I. Relación con la ley 13.512. Fuentes del nuevo texto 548
II. Comentario 548
1. Expensas generadas antes de la adquisición 549
2. Enajenación forzosa 549
3. Imposibilidad de abandono 549
4. Exención parcial 550
III. Jurisprudencia 550
Art. 2050.— Obligados al pago de expensas 551
I. Relación con la ley 13.512. Fuentes del nuevo texto 551
II. Comentario 551
III. Jurisprudencia 552

CAPÍTULO 3

MODIFICACIONES EN COSAS Y PARTES COMUNES

Por Lilian N. Gurfinkel de Wendy

Art. 2051.— Mejora u obra nueva que requiere mayoría 553
I. Relación con la ley 13.512. Fuentes del nuevo texto 554
II. Comentario 554
1. Informe técnico 554
2. Mejora u obra de costo excesivo 555
3. Mejora u obra contraria al reglamento 555
III. Jurisprudencia 555
Art. 2052.— Mejora u obra nueva que requiere unanimidad 556
Art. 2053.— Mejora u obra nueva en interés particular 556
I. Relación con la ley 13.512. Fuentes del nuevo texto 556
II. Comentario 557
1. Mejora en interés particular 557
2. Constitución de un derecho de superficie 557
III. Jurisprudencia 558
Art. 2054.— Reparaciones urgentes 558
I. Relación con la ley 13.512. Fuentes del nuevo texto 558
II. Comentario 559
III. Jurisprudencia 559
Art. 2055.— Grave deterioro o destrucción del edificio 560
I. Relación con la ley 13.512. Fuente del nuevo texto 560
II. Comentario 560
1. Mayoría necesaria 561
2. Gastos de reconstrucción 561

CAPÍTULO 4

REGLAMENTO DE PROPIEDAD HORIZONTAL

a142*Por Lilian N. Gurfinkel de Wendy*

Art. 2056.— Contenido 563
I. Relación con la ley 13.512. Fuentes del nuevo texto 564
II. Comentario 564
1. Cláusulas obligatorias 565
2. Cláusulas facultativas 565
III. Jurisprudencia 566
Art. 2057.— Modificación del reglamento 566
I. Relación con la ley 13.512. Fuentes del nuevo texto 566
II. Comentario 567
Forma e inscripción 567
III. Jurisprudencia 567

CAPÍTULO 5

ASAMBLEAS

Por Lilian N. Gurfinkel de Wendy

Art. 2058.— Facultades de la asamblea 569
I. Relación con la ley 13.512. Fuentes del nuevo texto 570
II. Comentario 570
III. Jurisprudencia 571
Art. 2059.— Convocatoria y quórum 571
I. Relación con la ley 13.512. Fuentes del nuevo texto 571
II. Comentario 572
1. Convocatoria 572
2. Autoconvocatoria 573
3. Decisión sin asamblea 573
III. Jurisprudencia 574
Art. 2060.— Mayoría absoluta 574
Art. 2061.— Conformidad expresa del titular 574
I. Relación con la ley 13.512. Fuentes del nuevo texto 575
II. Comentario 575
1. Doble mayoría 575
2. Propietarios ausentes 576
3. Nulidad de la asamblea 576
4. Conformidad expresa 577
III. Jurisprudencia 577
Art. 2062.— Actas 577
I. Relación con la ley 13.512. Fuentes del nuevo texto 578
II. Comentario 578
Firmas de los propietarios 578
Art. 2063.— Asamblea judicial 579

I. Relación con la ley 13.512. Fuentes del nuevo texto 579
II. Comentario 579
ot1. Procedencia 579
2. Legitimación activa 580
3. Procedimiento 580
4. Función del juez 580
III. Jurisprudencia 581

CAPÍTULO 6

CONSEJO DE PROPIETARIOS

Por Lilian N. Gurfinkel de Wendy

Art. 2064.— Atribuciones 583
I. Relación con la ley 13.512. Fuentes del nuevo texto 583
II. Comentario 584
III. Jurisprudencia 585

CAPÍTULO 7

ADMINISTRADOR

Por Lilian N. Gurfinkel de Wendy

Art. 2065.— Representación legal 587
I. Relación con la ley 13.512. Fuentes del nuevo texto 587
II. Comentario 587
III. Jurisprudencia 588
Art. 2066.— Designación y remoción 589
I. Relación con la ley 13.512. Fuentes del nuevo texto 589
II. Comentario 589
1. Administradores posteriores 590
2. Remoción 591
III. Jurisprudencia 591
Art. 2067.— Derechos y obligaciones 591
I. Relación con la ley 13.512. Fuentes del nuevo texto 592
II. Comentario 593
1. Cumplimiento de normas de seguridad 594
2. Disposición del fondo de reserva 594
3. Personal del consorcio 594
4. Rendición de cuentas 594
5. Representación del consorcio 594
6. Expedición de certificados 595
III. Jurisprudencia 595

CAPÍTULO 8

SUBCONSORCIOS

Por Lilian N. Gurfinkel de Wendy

Art. 2068.— Sectores con independencia 597
I. Relación con la ley 13.512. Fuentes del nuevo texto 597
II. Comentario 597

CAPÍTULO 9

INFRACCIONES

Por Lilian N. Gurfinkel de Wendy

Art. 2069.— Régimen 599
I. Relación con la ley 13.512. Fuentes del nuevo texto 599
II. Comentario 600
x62201. ..... Legitimación activa
..... 600
2. Legitimación pasiva 600
3. Vías procesales 601
III. Jurisprudencia 601

CAPÍTULO 10

PREHORIZONTALIDAD

Por Lilian N. Gurfinkel de Wendy

Art. 2070.— Contratos anteriores a la constitución de la propiedad horizontal
..... 603
Art. 2071.— Seguro obligatorio 603
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 604
II. Comentario 604
1. Seguro obligatorio 604
2. Incumplimiento 605
III. Jurisprudencia 605
Art. 2072.— Exclusiones 606
I. Relación con la ley 19.714. Fuentes del nuevo texto 606
II. Comentario 606

TÍTULO VI

CONJUNTOS INMOBILIARIOS

CAPÍTULO 1

CONJUNTOS INMOBILIARIOS

Por Ricardo Javier Saucedo

Art. 2073.— Concepto ... 610
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto ... 610
II. Comentario ... 611
Los conjuntos inmobiliarios ... 611
Art. 2074.— Características ... 613
acenter ... I.Comentario ... 613
Los elementos de los conjuntos inmobiliarios ... 613
Art. 2075.— Marco legal ... 614
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto ... 615
II. Comentario ... 615
1. El derecho real sobre las partes privativas de los conjuntos inmobiliarios ... 615
2. La imposibilidad de gestionar los conjuntos inmobiliarios bajo la cobertura de los derechos personales ... 616
3. Los complejos inmobiliarios preexistentes al Código Civil y Comercial 617
Art. 2076.— Cosas y partes necesariamente comunes ... 618
I. Relación con la ley 13.512. Fuentes del nuevo texto ... 618
I. Comentario ... 618
Las cosas y partes necesariamente comunes de los conjuntos inmobiliarios ... 618
Art. 2077.— Cosas y partes privativas ... 619
I. Relación con la ley 13.512. Fuentes del nuevo texto ... 619
II. Comentario ... 620
Las partes privativas o unidades funcionales de los conjuntos inmobiliarios ... 620
Art. 2078.— Facultades y obligaciones del propietario ... 621
I. Relación con la ley 13.512. Fuentes del nuevo texto ... 621
II. Comentario ... 621
Los derechos y obligaciones de los propietarios de las unidades funcionales en los conjuntos inmobiliarios ... 621
III. Jurisprudencia ... 622
Art. 2079.— Localización y límites perimetrales ... 623
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto ... 623
II. Comentario ... 624
1. La localización del complejo ... 624
2. El derecho a encerrarse ... 624
3. El régimen jurídico de las vías internas ... 625
4. El control del ingreso al conjunto inmobiliario ... 626
III. Jurisprudencia ... 626
Art. 2080.— Limitaciones y restricciones reglamentarias ... 627
I. Relación con la ley 13.512. Fuentes del nuevo texto ... 627
II. Comentario ... 627
La vigencia de las limitaciones y restricciones reglamentarias ... 627
Art. 2081.— Gastos y contribuciones ... 629
I. Relación con la ley 13.512. Fuentes del nuevo texto ... 629
II. Comentario ... 629
El rà9gimen de las expensas en los conjuntos inmobiliarios ... 629
III. Jurisprudencia ... 630
g1034Art. 2082.— Cesión de la unidad ... 631
Art. 2083.— Régimen de invitados y admisión de usuarios no propietarios 631
I. Comentario ... 632
El derecho de admisión en los conjuntos inmobiliarios ... 632
II. Jurisprudencia ... 633
Art. 2084.— Servidumbres y otros derechos reales ... 635
I. Comentario ... 635
La constitución de servidumbres y demás derechos reales para optimizar el desarrollo del conjunto inmobiliario ... 635
Art. 2085.— Transmisión de unidades ... 635
I. Relación con el Código Civil y la ley 19.550. Fuentes del nuevo texto 636
II. Comentario ... 636
El régimen de la transmisión de las unidades funcionales que integran el conjunto inmobiliario ... 636
Art. 2086.— Sanciones ... 637
I. Relación con la ley 13.512. Fuentes del nuevo texto ... 637
II. Comentario ... 637
El poder sancionador en cabeza del Consorcio de propietarios que gestione el conjunto inmobiliario ... 637
III. Jurisprudencia ... 638

CAPÍTULO 2

TIEMPO COMPARTIDO

Por Ricardo Javier Saucedo

Art. 2087.— Concepto ... 641
Art. 2088.— Bienes que lo integran ... 641
I. Relación con la ley 26.356. Fuentes del nuevo texto ... 642
II. Comentario ... 642
1. La noción de tiempo compartido y sus caracteres ... 642
2. Los sujetos involucrados en la gestión del tiempo compartido .. 645
III. Jurisprudencia ... 646
Art. 2089.— Afectación ... 646
Art. 2090.— Legitimación ... 646
Art. 2091.— Requisitos ... 647
Art. 2092.— Inscripción ... 647
Art. 2093.— Efectos del instrumento de afectación ... 647
I. Relación con la ley 26.356. Fuentes del nuevo texto ... 647
II. Comentario ... 648

1. El procedimiento a seguir para afectar uno o más bienes al sistema de tiempo compartido 648
1.1. El acto de afectación al esquema del tiempo compartido .. 648
1.2. Los efectos de la toma de razón del acto de afectación en los registros pertinentes 650
1.3. La posibilidad de propietario de constituir derechos reales de garantía 652
1.4. La sanción del reglamento de uso y administración de los bienes afectados al tiempo compartido 652
Art. 2094.— Deberes del emprendedor 653
qr I. ..... Relación con la ley 26.356. Fuentes del nuevo texto 653
II. Comentario 653
Los deberes del emprendedor 653
Art. 2095.— Deberes de los usuarios del tiempo compartido 654
I. Relación con la ley 26.356. Fuentes del nuevo texto 655
II. Comentario 655
Los deberes de los usuarios en el sistema de tiempo compartido . 655
III. Jurisprudencia 656
Art. 2096.— De la administración 656
Art. 2097.— Deberes del administrador 656
I. Relación con la ley 26.356. Fuentes del nuevo texto 657
II. Comentario 657
La administración del tiempo compartido 657
III. Jurisprudencia 659
Art. 2098.— Cobro ejecutivo 659
I. Relación con la ley 26.356. Fuentes del nuevo texto 659
II. Comentario 659
El certificado de deuda por gastos del sistema es título ejecutivo.. 659
Art. 2099.— Extinción 660
I. Relación con la ley 26.356. Fuentes del nuevo texto 660
II. Comentario 660
Las causales de extinción del sistema de tiempo compartido 660
Art. 2100.— Relación de consumo 662
I. Relación con las leyes 24.240 y 26.356. Fuentes del nuevo texto . 662
II. Comentario 662
La protección de los usuarios del tiempo compartido, como consumidores 662
III. Jurisprudencia 663
Art. 2101.— Derecho real del adquirente de tiempo compartido 663
I. Relación con la ley 26.356. Fuentes del nuevo texto 663
II. Comentario 664
1. El derecho real de tiempo compartido 664
2. Las facultades que el derecho real de tiempo compartido confiere a su titular 666
3. La suerte de los tiempos compartidos constituidos con anterioridad a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial 666
Art. 2102.— Normas de policía 666
I. Comentario 667
El cumplimiento de las normas de policía 667

CAPÍTULO 3

CEMENTERIOS PRIVADOS

fs20*Por Ricardo Javier Saucedo*

Art. 2103.— Concepto 669
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 669
II. Comentario 670
Los cementerios y su clasificación 670
Art. 2104.— Afectación 672
Art. 2105.— Reglamento de administración y uso 672
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 672
II. Comentario 673
1. La afectación del inmueble a la finalidad de cementerio privado 673
1.1. Los legitimados activos 673
1.2. La afectación del inmueble al destino indicado 673
1.3. La habilitación municipal del cementerio 675
Art. 2106.— Registros de inhumaciones y sepulturas 676
I. Comentario 676
La administración del cementerio privado 676
Art. 2107.— Facultades del titular del derecho de sepultura 678
Art. 2108.— Deberes del titular del derecho de sepultura 678
I. Comentario 678
1. Las prerrogativas que el derecho de sepultura confiere a su titular 678
2. Los deberes inherentes al derecho de sepultura 680
III. Jurisprudencia 680
Art. 2109.— Dirección y administración 680
I. Comentario 681
Art. 2110.— Inembargabilidad 681
I. Relación con los Códigos de procedimientos. Fuentes del nuevo texto 681
II. Comentario 681
La inembargabilidad de las parcelas afectadas al derecho real de sepultura 681
III. Jurisprudencia 682
Art. 2111.— Relación de consumo 683
I. Relación con la ley 24.240. Fuentes del nuevo texto 683
II. Comentario 683
Las relaciones jurídicas que se derivan de la adquisición de parcelas en un cementerio privado quedan sujetas a la normativa de protección al consumidor 683
Art. 2112.— Derecho real de sepultura 684

I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 684
II. Comentario 685

ri6241. ..... El derecho real de sepultura 685
2. La suerte de los derechos reales concedidos sobre parcelas de cementerios privados preexistentes al Código Civil y Comercial 686
0Art. 2113.— Normas de policía *686*
I. Comentario 687
El respeto a las normas de policía mortuoria 687
II. Jurisprudencia 687

TÍTULO VII

SUPERFICIE

Por Lilian N. Gurfinkel de Wendy

Art. 2114.— Concepto 690
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 690
II. Comentario 690
1. ¿Derecho sobre cosa propia o ajena? 690
2. Temporalidad del derecho 691
Art. 2115.— Modalidades 691
Art. 2116.— Emplazamiento 692
I. Relación con la ley 25.509. Fuentes del nuevo texto 692
II. Comentario 693
Emplazamiento 693
Art. 2117.— Plazos 694
I. Relación con la ley 25.509. Fuentes del nuevo texto 694
II. Comentario 694
Art. 2118.— Legitimación 695
I. Relación con la ley 25.509. Fuentes del nuevo texto 695
II. Comentario 695
Art. 2119.— Adquisición 696
I. Relación con la ley 25.509. Fuentes del nuevo texto 696
II. Comentario 697
1. Transmisión por causa de muerte 697
2. Prescripción 697
Art. 2120.— Facultades del superficiario 698
I. Relación con la ley 25.509. Fuentes del nuevo texto 698
II. Comentario 699
1. Derecho de usar y gozar 699
2. Derecho de constituir hipoteca 699
3. Afectación al régimen de propiedad horizontal 700
Art. 2121.— Facultades del propietario 700
I. Relación con la ley 25.509. Fuentes del nuevo texto 700
II. Comentario 700
Constituir otros derechos reales de goce o garantía 701
trike0Art. 2122.— Destrucción de la propiedad superficiaria 701
I. Relación con la ley 25.509. Fuentes del nuevo texto 701
II. Comentario 702
Art. 2123.— Subsistencia y transmisión de las obligaciones 702
Art. 2124.— Extinción 702
I. Relación con la ley 25.509. Fuentes del nuevo texto 702
II. Comentario 703
1. Renuncia 703
2. Vencimiento del plazo 703
3. Consolidación 703
4. No uso 704
Art. 2125.— Efectos de la extinción 705
Art. 2126.— Indemnización al superficiario 705
I. Relación con la ley 25.509. Fuentes del nuevo texto 705
II. Comentario 706
1. Cumplimiento del plazo 706
2. Otras causas 706
3. Indemnización 707
Art. 2127.— Normas aplicables al derecho de superficie 707
Art. 2128.— Normas aplicables a la propiedad superficiaria 708
I. Relación con la ley 25.509. Fuentes del nuevo texto 708
II. Comentario 708
1. Derecho de edificar, plantar o forestar 708
2. Derecho sobre la propiedad superficiaria 708

TÍTULO VIII

USUFRUCTO

CAPÍTULO 1

DISPOSICIONES GENERALES

Por Eliana Verónica Braidot

Art. 2129.— Concepto 711
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 712
II. Comentario 712
1. Concepto 712
2. Caracterización del usufructo 712
III. Jurisprudencia 713
Art. 2130.— Objeto 713
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 714
II. Comentario 714
1. Bienes comprendidos 714

2. Usufructo particular y usufructo universal ... 715
3. Bienes excluidos ... 715
III. Jurisprudencia ... 716
Art. 2131.— Legitimación ... 716
Art. 2132.— Usufructo a favor de varias personas ... 716
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto ... 716
II. Comentario ... 717
Legitimación y sujetos del derecho real de usufructo: nudo propietario y usufructuario ... 717
4III. ... Jurisprudencia 718
Art. 2133.— Prohibición de usufructo judicial ... 719
4Art. 2134.— Modos de constitución ... 719
Art. 2135.— Presunción de onerosidad ... 719
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto ... 719
II. Comentario ... 719
1. Constitución del usufructo ... 719
2. Usufructo por contrato ... 720
3. Usufructo por disposición de última voluntad ... 720
4. Usufructo nacido por prescripción ... 721
5. Formalidades ... 721
III. Jurisprudencia ... 721
Art. 2136.— Modalidades ... 721
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto ... 722
II. Comentario ... 722
III. Jurisprudencia ... 722
Art. 2137.— Inventario ... 723
Art. 2138.— Presunción ... 724
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto ... 724
II. Comentario ... 724
Concepto ... 724
III. Jurisprudencia ... 725
Art. 2139.— Garantía suficiente en la constitución y en la transmisión. 726
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto ... 726
II. Comentario ... 727
III. Jurisprudencia ... 727
Art. 2140.— Intransmisibilidad hereditaria ... 727
I. Relación con el Código Civil y fuentes del nuevo texto ... 728
II. Comentario ... 728
III. Jurisprudencia ... 728

CAPÍTULO 2

DERECHOS DEL USUFRUCTUARIO

Por Eliana Verónica Braidot

Art. 2141.— Frutos. Productos. Acrecentamientos naturales ... 731
Art. 2142.— Derechos reales y personales ... 731
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto ... 732
II. Comentario ... 733
1. Poderes materiales sobre la cosa ... 733
1.1. Frutos ... 733
1.2. Producto ... 734
1.3. Aumento del objeto por acrecentamientos naturales ... 734
2. Facultades jurídicas ... 735
2.1. Facultad de administración ... 735
2.2. Facultad de disposición ... 735
III. Jurisprudencia ... 735
Art. 2143.— Mejoras facultativas ... 736
Art. 2144.— Ejecución por acreedores ... 736
3 ... I.Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto ... 736
II. ... Comentario 736
1. Mejoras facultativas ... 736
2. Ejecución por acreedores ... 737
III. Jurisprudencia ... 737

CAPÍTULO 3

OBLIGACIONES DEL USUFRUCTUARIO

Por Eliana Verónica Braidot

Art. 2145.— Destino ... 739
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto ... 739
II. Comentario ... 739
Obligación de conservar su destino ... 739
III. Jurisprudencia ... 740
Art. 2146.— Mejoras necesarias ... 740
Art. 2147.— Mejoras anteriores a la constitución ... 740
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto ... 741
II. Comentario ... 741
Art. 2148.— Impuestos, tasas, contribuciones y expensas comunes ... 741
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto ... 742
II. Comentario ... 742
III. Jurisprudencia ... 743
Art. 2149.— Comunicación al nudo propietario ... 743
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto ... 743
II. Comentario ... 744
III. Jurisprudencia ... 744
Art. 2150.— Restitución ... 744
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto ... 744
II. Comentario ... 744

CAPÍTULO 4

DERECHOS Y DEBERES DEL NUDO PROPIETARIO

Por Eliana Verónica Braidot

Art. 2151.— Disposición jurídica y material 747
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 747
II. Comentario 748
1. Derechos del nudo propietario 748
2. Deberes del nudo propietario 749
III. Jurisprudencia 749

CAPÍTULO 5

EXTINCIÓN

Por Eliana Verónica Braidot

Art. 2152.— Medios especiales de extinción 751
Art. 2153.— Efectos de la extinción 751
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 752
II. Comentario 753
62201. Extinción por muerte del usufructuario 753
2. Extinción de la persona jurídica 753
3. Extinción por el no uso 754
4. El uso abusivo y la alteración de la sustancia comprobada judicialmente 754
5. Efectos de la extinción 755
III. Jurisprudencia 755

TÍTULO IX

USO

Por Eliana Verónica Braidot

Art. 2154.— Concepto 757
Art. 2155.— Normas supletorias 757
Art. 2156.— Limitaciones 757
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 757
II. Comentario 758
1. Concepto del derecho real de uso 758
2. Caracteres del uso 758
3. Objeto 759
4. Constitución por título 759
5. Excepción al principio de tipicidad. Analogía. Normas supletorias 759
III. Jurisprudencia 760
Art. 2157.— Ejecución por acreedores 760
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 760
II. Comentario 761

TÍTULO X

HABITACIÓN

Por Eliana Verónica Braidot

Art. 2158.— Concepto 763
Art. 2159.— Normas supletorias 763
Art. 2160.— Limitaciones 763
Art. 2161.— Impuestos, contribuciones y reparaciones 763
I. Relación con el Código Civil y fuentes del nuevo texto 764
II. Comentario 765
1. Concepto del derecho real de habitación 765
2. Caracteres del derecho real de habitación 765
2.1. Derecho real sobre cosa ajena 765
2.2. De uso y goce 765
2.3. Alimentario 765
2.4. Intuitu personae 765
2.5. Temporario y vitalicio 765
2.6. Intransmisible 766
2.7. El principio "salva rerum substantia" 766
2.8. Indivisible 766
2.9. Gastos de conservación de la cosa y reparación 766
2.10. Inembargable 766
3. Objeto del derecho real de habitación 766
4. Constitución del derecho real de habitación 767
5. Extensión del derecho real de habitación 767
III. Jurisprudencia 767

TÍTULO XI

SERVIDUMBRE

CAPÍTULO 1

DISPOSICIONES GENERALES

Por Eliana Verónica Braidot

Art. 2162.— Definición 769
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 769
II. Comentario 770
1. Concepto 770
2. Caracteres 770
III. Jurisprudencia 772
Art. 2163.— Objeto 773

I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 773
II. Comentario 773
III. Jurisprudencia 774
Art. 2164.— Servidumbre positiva y negativa 775
Art. 2165.— Servidumbre real y personal 775
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 775
II. Comentario 776
Clasificación 776
III. Jurisprudencia 777
Art. 2166.— Servidumbre forzosa 777
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 778
II. Comentario 778
III. Jurisprudencia 779
Art. 2167.— Servidumbre personal a favor de varios titulares 780
Art. 2168.— Legitimación 780
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 780
II. Comentario 781
Art. 2169.— Prohibición de servidumbre judicial 782
Art. 2170.— Presunción de onerosidad 782
Art. 2171.— Modalidades 782
Art. 2172.— Transmisibilidad 782
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 782
II. Comentario 782
1. Modalidad 782
2. Constitución 783
3. Forma 784
4. Transmisibilidad 784
III. Jurisprudencia 785

CAPÍTULO 2

DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL TITULAR DOMINANTE

Por Eliana Verónica Braidot

Art. 2173.— Derechos reales y personales 787
Art. 2174.— Extensión de la servidumbre 787
Art. 2175.— Ejercicio 787
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 787
II. Comentario 788
1. Constitución de derechos personales y reales 788
2. Extensión de la servidumbre 788
3. Prohibición de agravar la situación del fundo sirviente 788
III. Jurisprudencia 789
Art. 2176.— Mejoras necesarias 789
Art. 2177.— Trabajos contrarios al ejercicio de la servidumbre 789
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 789
II. Comentario 790
Art. 2178.— Ejecución por acreedores 790
Art. 2179.— Comunicación al sirviente 790
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 790
II. Comentario 791
III. Jurisprudencia 792

CAPÍTULO 3

DERECHOS DEL TITULAR SIRVIENTE

Por Eliana Verónica Braidot

Art. 2180.— Disposición jurídica y material 793
Art. 2181.— Alcances de la constitución y del ejercicio 793
I.Relación con el none .....
Código Civil. Fuentes del nuevo texto 793
II. Comentario 794
1. Deber de soportar la servidumbre 794
2. Subsistencia de todas las facultades materiales y jurídicas 794
3. Protección legal 794
III. Jurisprudencia 795

CAPÍTULO 4

EXTINCIÓN DE LA SERVIDUMBRE

Por Eliana Verónica Braidot

Art. 2182.— Medios especiales de extinción 797
Art. 2183.— Efectos de la extinción 797
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 797
II. Comentario 798
1. Causas generales de extinción 798
2. Causas especiales de extinción 798
2.1. Desaparición de toda utilidad para el inmueble dominante 798
2.2. Extinción por no uso 799
2.3. Vida del titular o duración de la persona jurídica 799
III. Jurisprudencia 800

TÍTULO XII

DERECHOS REALES DE GARANTÍA

CAPÍTULO 1

DISPOSICIONES COMUNES

Por Ricardo Javier Saucedo

Art. 2184.— Disposiciones comunes y especiales 803
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 803
II. Comentario 803
1. Los derechos reales de garantía 803
2. Esquema normativo 804
Art. 2185.— Convencionalidad 805
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 805
II. Comentario 806
La convencionalidad como regla general 806
Art. 2186.— Accesoriedad 807
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 807
II. Comentario 807
1. El principio general de la accesoriedad 807
2. Las consecuencias del principio de accesoriedad 808
III. Jurisprudencia 809
Art. 2187.— Créditos garantizables 809
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 809
II. Comentario 810
1. Los créditos a garantizar 810
2. Los créditos eventuales 811
par1 ..... III.Jurisprudencia
..... 811
Art. 2188.— Especialidad en cuanto al objeto 812
I. Relación con el Código Civil y el Código de Comercio. Fuentes del nuevo texto
..... 812
II. Comentario 812
1. La especialidad en cuanto al objeto 812
2. Las garantías reales sobre derechos 813
Art. 2189.— Especialidad en cuanto al crédito 814
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 814
II. Comentario 815
1. La especialidad en cuanto al crédito 815
2. Las garantías reales en moneda extranjera 815
3. Las garantías "abiertas" o "de máximo" 816
III. Jurisprudencia 816
Art. 2190.— Defectos en la especialidad 818
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 818
II. Comentario 818
Las consecuencias del defecto en la especialidad del gravamen 818
Art. 2191.— Indivisibilidad 820
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 820
II. Comentario 820
1. La indivisibilidad de las garantías reales como regla general 820
2. Las excepciones a la indivisibilidad 821
III. Jurisprudencia 822
Art. 2192.— Extensión en cuanto al objeto 823
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 823
II. Comentario 823
La extensión de la garantía en cuanto a su objeto 823
III. Jurisprudencia 825
Art. 2193.— Extensión en cuanto al crédito 825
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 826
II. Comentario 826
1. La extensión de la garantía real en cuanto al crédito 826
2. La extensión del privilegio del titular de la garantía real 827
Art. 2194.— Subrogación real 827
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 827
II. Comentario 827
1. El principio de subrogación real 827
2. Las indemnizaciones 828
3. La destrucción del objeto de la garantía 829
III. Jurisprudencia 829
Art. 2195.— Facultades del constituyente 829
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 830
II. Comentario 830
Las consecuencias de la constitución de garantía real para el propietario del objeto afectado 830
III. Jurisprudencia 832
Art. 2196.— Inoponibilidad 832
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 832
II. Comentario 833
1. La eficacia de los actos prohibidos al propietario del objeto gravado 833
III. Jurisprudencia 833
Art. 2197.— Realización por un tercero 833
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 834
II. Comentario 834
1. Los créditos sujetos a plazo suspensivo 834
2. Los créditos sujetos a condición suspensiva 834
Art. 2198.— Cláusula nula 835
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 835
II. Comentario 835
Los pactos prohibidos en materia de derechos reales de garantía 835
III. Jurisprudencia 836
Art. 2199.— Responsabilidad del propietario no deudor 836
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 837
II. Comentario 837
1. La situación especial del "propietario no deudor" 837
2. El caso excluido 838
III. Jurisprudencia 839

Art. 2200.— Ejecución contra el propietario no deudor 840
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 840
II. Comentario 841
1. La situación del propietario no deudor ante la ejecución de la garantía real 841
1.1. Si paga la deuda 841
1.2. Si opone excepciones 842
III. Jurisprudencia 842
Art. 2201.— Derecho al remanente 843
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 843
II. Comentario 843
El derecho del propietario no deudor al remanente del precio obtenido en la subasta 843
ar1Art. 2202.— Subrogación del propietario no deudor 843
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 844
II. Comentario 844
La subrogación en los derechos del acreedor que ejecutó la garantía 844
Art. 2203.— Efectos de la subasta 845
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 845
II. Comentario 845
La extinción de las garantías reales por la subasta del bien gravado 845
III. Jurisprudencia 846
Art. 2204.— Cancelación del gravamen 846
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 847
II. Comentario 847
1. Las diferencias entre extinción y cancelación de la garantía real 847
2. La cancelación voluntaria 848
3. La cancelación judicial 848

CAPÍTULO 2

HIPOTECA

Por Ricardo Javier Saucedo

Art. 2205.— Concepto 851
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 852
II. Comentario 852
El derecho real de hipoteca 852
III. Jurisprudencia 853
Art. 2206.— Legitimación 853
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 853
II. Comentario 853
La legitimación para constituir hipotecas 853
Art. 2207.— Hipoteca de parte indivisa 854
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 854
II. Comentario 855
1. La hipoteca constituida por el condómino sobre su parte indivisa 855
2. La hipoteca constituida por todos los condóminos 856
III. Jurisprudencia 856
Art. 2208.— Forma del contrato constitutivo 857
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 857
II. Comentario 857
1. La forma del contrato hipotecario 857
1.1. Las excepciones a la forma notarial dispuesta 858
2. El contrato hipotecario entre ausentes 858
III. Jurisprudencia 859
Art. 2209.— Determinación del objeto 860
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 860
II. Comentario 860
La determinación del objeto de la garantía hipotecaria 860
Art. 2210.— Duración de la inscripción 860
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 860
II. Comentario 860
1. La vigencia del asiento registral de la hipoteca 860
2. Las hipotecas cuyos asientos registrales no caducan por el transcurso del tiempo 861
3. Las hipotecas abiertas 861
III. Jurisprudencia 862
Art. 2211.— Convenciones para la ejecución 862
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 862
II. Comentario 863
1. El proceso judicial para la realización de la hipoteca 863
2. La posibilidad de someter la ejecución hipotecaria a procedimientos especiales 863
III. Jurisprudencia 864

CAPÍTULO 3

ANTICRESIS

Por Ricardo Javier Saucedo

Art. 2212.— Concepto 865
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 865
II. Comentario 865
El nuevo perfil del derecho real de anticresis 865
Art. 2213.— Legitimación 867
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 867
II. Comentario 867
1. Los legitimados para constituir el derecho real de anticresis 867
2. El caso de usufructuario 868
Art. 2214.— Plazo máximo 869
I. Relación del Código Civil. Fuentes del nuevo texto 869
II. Comentario 870

El derecho real de anticresis está sujeto a un plazo máximo de vigencia 870
Art. 2215.— Derechos del acreedor 871
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 871
II. Comentario 871
I-227Los derechos del acreedor anticresista 871
Art. 2216.— Deberes del acreedor 873
-283 ..... I.Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 873
..... II.Comentario 873
Los deberes del acreedor anticresista 873
Art. 2217.— Gastos 874
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 875
II. Comentario 875
Los gastos que se derivan de la cosa gravada con el derecho real de anticresis 875
Art. 2218.— Duración de la inscripción 875
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 875
II. Comentario 876
La vigencia del asiento registral que publicita el derecho real de anticresis 876

CAPÍTULO 4

PRENDA

Por Ricardo Javier Saucedo

SECCIÓN 1ª

DISPOSICIONES GENERALES

Art. 2219.— Concepto 877
I. Relación con el Código Civil y el Código de Comercio. Fuentes del nuevo texto 878
II. Comentario 878
1. El derecho real de prenda 878
2. La prenda de dinero 879
Art. 2220.— Prenda con registro 880
I. Relación con el decreto-ley 15.346/1946. Fuentes del nuevo texto 880
II. Comentario 880
1. El derecho real de prenda con registro 880
2. La remisión a la legislación especial 881
III. Jurisprudencia 881
Art. 2221.— Posesión 882
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 882
II. Comentario 883
La tradición de la cosa pignorada y sus consecuencias 883
Art. 2222.— Oponibilidad 884
I. Relación con el Código Civil y el Código de Comercio. Fuentes del nuevo texto 884
II. Comentario 884
1. La forma del contrato de prenda y sus efectos 884
2. Los contenidos obligatorios del contrato de prenda 885
Art. 2223.— Prendas sucesivas 885
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 885
II. Comentario 885
Las prendas sucesivas y el orden de prelación para el cobro 885

SECCIÓN 2ª

PRENDA DE COSAS

Art. 2224.— Prenda de cosa ajena 887
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 887
II. Comentario 887
La prenda de cosa ajena 887
Art. 2225.— Frutos 888
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 888
II. Comentario 888
El acreedor prendario debe percibir los frutos de la cosa pignorada para saldar la deuda 888
0Art. 2226.— Uso y abuso 889
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 889
II. Comentario 890
1. El acreedor prendario no puede usar la cosa dada en garantía 890
2. Las consecuencias del incumplimiento del deber genérico de abstención o del empleo abusivo de las cosas pignoradas 890
Art. 2227.— Gastos 891
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 891
II. Comentario 891
Las erogaciones derivadas del derecho real de prenda 891
Art. 2228.— Venta del bien empeñado 892
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 892
II. Comentario 893
1. La venta de la cosa empeñada 893
2. La venta de la cosa pignorada por petición de otros acreedores 894
Art. 2229.— Ejecución 894
I. Relación con el Código Civil y el Código de Comercio. Fuentes del nuevo texto 895
II. Comentario 895
La ejecución prendaria 895
Art. 2230.— Rendición de cuentas 897
I. Relación con el Código Civil y el Código de Comercio. Fuentes del nuevo texto

..... 897
II. Comentario 897
La obligación de rendir cuentas 897
III. Jurisprudencia 898
Art. 2231.— Documentos con derecho incorporado 898
I. Relación con el Código Civil y el Código de Comercio. Fuentes del nuevo texto 898
II. Comentario 898
El régimen de la prenda sobre títulos valores 898

SECCIÓN 3ª

PRENDA DE CRÉDITOS

Art. 2232.— Créditos instrumentados 899
I. Relación con el Código Civil y el Código de Comercio. Fuentes del nuevo texto 899
II. Comentario 899
La prenda de créditos 899
III. Jurisprudencia 900
Art. 2233.— Constitución 901

tqr I. .....Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 901
II..... Comentario 901
La notificación al deudor cedido como medio de perfeccionar el contrato prendario 901
III. Jurisprudencia 901
Art. 2234.— Conservación y cobranza 902
I. Relación con el Código Civil y el Código de Comercio. Fuentes del nuevo texto 902
II. Comentario 902
1. Las facultades del acreedor prendario de créditos 902
2. La facultad de percibir el crédito 903
Art. 2235.— Opción o declaración del constituyente 903
I. Relación con el Código Civil y el Código de Comercio. Fuentes del nuevo texto 903
II. Comentario 904
Aspectos que condicionan la exigibilidad del crédito cedido en prenda 904
Art. 2236.— Participación en contrato con prestaciones recíprocas 904
I. Relación con el Código Civil y el Código de Comercio. Fuentes del nuevo texto 904
II. Comentario 905
Las facultades del titular de la garantía real si el crédito prendado integra un contrato con prestaciones recíprocas 905
Art. 2237.— Extinción 905
I. Relación con el Código Civil y el Código de Comercio. Fuentes del nuevo texto 905
II. Comentario 905
Las consecuencias de la extinción de la garantía sobre el crédito afectado a ella 905

TÍTULO XIII

ACCIONES POSESORIAS Y ACCIONES REALES

CAPÍTULO 1

DEFENSA DE LA POSESIÓN Y LA TENENCIA

Por Ricardo Javier Saucedo

Art. 2238.— Finalidad de las acciones posesorias y lesiones que las habilitan 908
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 908
II. Comentario 909
1. El concepto de acción posesoria 909
2. Los actos que ponen en juego a las acciones posesorias 910
III. Jurisprudencia 911
Art. 2239.— Acción para adquirir la posesión o la tenencia 912
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 912
II. Comentario 912
1. El principio general 912
2. La legitimación activa 913
3. Las vías legales para obtener las relaciones de poder con las cosas 913
III. Jurisprudencia 914
Art. 2240.— Defensa extrajudicial 915
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 915
II. Comentario 915
1.b El principio general 915
2. La legitimación activa 915
3. La legitimación pasiva 916
4. Los requisitos para el ejercicio de la defensa extrajudicial 916
III. Jurisprudencia 917
Art. 2241.— Acción de despojo 918
Art. 2242.— Acción de mantener la tenencia o la posesión 918
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 918
II. Comentario 919
1. La legitimación activa 919
2. La legitimación pasiva 920
3. Las lesiones que habilitan la instancia posesoria 921
3.1. La ejecución de obras 921
3.2. La denuncia por daño temido 922
4. Los efectos de la sentencia 923
III. Jurisprudencia 923
Art. 2243.— Prueba 925
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 925

II. Comentario 925
La prueba en el juicio posesorio 925
III. Jurisprudencia 926
Art. 2244.— Conversión 927
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 927
II. Comentario 927
La posibilidad de convertir la acción posesoria 927
Art. 2245.— Legitimación 928
I. Relación con el Código Civil y Fuentes del nuevo texto 928
II. Comentario 929
1. El objeto de las acciones posesorias 929
2. La legitimación activa 929
2.1. El caso especial de las relaciones de poder de sujeto plural 930
III. Jurisprudencia 931
Art. 2246.— Proceso 931
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 931
II. Comentario 931
1. El trámite judicial de las acciones posesorias 931
2. La relación entre el Código Civil y Comercial y los Códigos Procesales 932
III. Jurisprudencia 933

CAPÍTULO 2

DEFENSAS DEL DERECHO REAL

Por Ricardo Javier Saucedo

SECCIÓN 1ª

ri283DISPOSICIONES GENERALES

Art. 2247.— Acciones reales 937
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 937
II. Comentario 937
1. El concepto de acción real 937
2. La enumeración de las acciones reales 939
3. El carácter imprescriptible de las acciones reales 939
III. Jurisprudencia 939
Art. 2248.— Finalidad de las acciones reales y lesión que las habilita . 940
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 940
II. Comentario 941
1. La finalidad que persiguen las acciones reales 941
2. La legitimación activa de las acciones reales 941
3. Las acciones reales en cabeza del acreedor hipotecario 942
III. Jurisprudencia 942
Art. 2249.— Demanda y sentencia 942
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 943
I. Comentario 943
El factor condicionante de la legitimación activa para impetrar las acciones reales 943
III. Jurisprudencia 944
Art. 2250.— Daño 944
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 944
I. Comentario 944
1. Las opciones del titular del derecho real 944
1.1. Si se opta por el restablecimiento del derecho real 945
1.2. Si se opta por la indemnización integral 945
2. Las consecuencias de la vía escogida 945
Art. 2251.— Cotitulares. Cosa juzgada 946
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 946
II. Comentario 947
1. Principio general 947
2. La acción real se dirige contra otro cotitular de la cosa en comunidad 947
3. La acción real se dirige contra un tercero ajeno a la comunidad 947
3.1. Los efectos de la sentencia en el caso 948
III. Jurisprudencia 949

SECCIÓN 2ª

ACCIÓN REIVINDICATORIA

Art. 2252.— Reivindicación de cosas y de universalidades de hecho .. 949
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 949
II. Comentario 949
Principio general 949
Art. 2253.— Objetos no reivindicables 950
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 950
I. Comentario 950
Los objetos que no pueden ser reivindicados 950
qrArt. 2254.— Objetos no reivindicables en materia de automotores ... 951
I. Relación con el Código Civil y el decreto-ley 6582/1958. Fuentes del nuevo texto 951
II. Comentario 951
1. La reivindicación de automotores 951
2. El caso de los automotores robados o hurtados 952
III. Jurisprudencia .....
tab 953
Art. 2255.— Legitimación pasiva 953
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 953
I. Comentario 954
1. Regla general 954
2. La reivindicación contra el poseedor actual 954
3. La reivindicación contra el tenedor 954

4. La reivindicación de automotores robados o hurtados contra quien los haya inscripto a su nombre 956
III. Jurisprudencia 956
Art. 2256.— Prueba en la reivindicación de inmuebles 956
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 957
II. Comentario 957
1. La prueba del derecho real inmobiliario 957
2. Los derechos de los contendientes provienen del mismo antecesor 958
3. Los derechos de los contendientes provienen de distintos antecesores 958
III. Jurisprudencia 959
Art. 2257.— Prueba en la reivindicación de muebles registrables 960
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 961
II. Comentario 961
1. La prueba del derecho real sobre cosas muebles registrables robadas o hurtadas 961
2. Los supuestos previstos en la norma 962
Art. 2258.— Prueba en la reivindicación de muebles no registrables ... 962
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 963
II. Comentario 963
1. La prueba del derecho real sobre cosas muebles no registrables 963
2. Los casos considerados en la norma 964
Art. 2259.— Derecho a reembolso 965
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 965
II. Comentario 965
El derecho a reembolso del sujeto pasivo de la acción real de reivindicación 965
III. Jurisprudencia 966
Art. 2260.— Alcance 966
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 967
II. Comentario 967
1. Los alcances de la acción real de reivindicación 967
2. Los límites a la acción real de reivindicación en materia de cosas muebles no registrables 968
3. Los límites de la acción real de reivindicación en materia de cosas registrables (muebles e inmuebles) 968
III. Jurisprudencia 969
Art. 2261.— Sentencia 970
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 970
II. Comentario 970
Los efectos de la sentencia dictada en el juicio de reivindicación .. 970

SECCIÓN 3ª

ACCIÓN NEGATORIA

Art. 2262.— Legitimación pasiva 971
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 972
II. Comentario 972
La legitimación pasiva de la acción negatoria 972
III. Jurisprudencia 972
Art. 2263.— Prueba 973
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 973
II. Comentario 973
La cuestión de la prueba 973

SECCIÓN 4ª

ACCIÓN CONFESORIA

Art. 2264.— Legitimación pasiva 974
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 974
II. Comentario 974
1. La legitimación pasiva de la acción confesoria 974
Art. 2265.— Prueba 975
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 975
II. Comentario 975
1. La cuestión de la prueba 975
III. Jurisprudencia 976

SECCIÓN 5ª

ACCIÓN DE DESLINDE

Art. 2266.— Finalidad de la acción de deslinde 976
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 977
II. Comentario 977
1. La acción real de deslinde y sus efectos 977
2. Su diferencia con la acción de reivindicación 978
III. Jurisprudencia 979
Art. 2267.— Legitimación activa y pasiva 979
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 980
II. Comentario 980
1. Los requisitos para la procedencia de la acción real de deslinde 980
2. La legitimación activa 981
3. La legitimación pasiva 981
4. Los inmuebles del Estado 981r
Art. 2268.— Prueba y sentencia 982
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 982
II. Comentario 982

CAPÍTULO 3

RELACIONES ENTRE LAS ACCIONES POSESORIAS Y LAS ACCIONES REALES

Por Ricardo Javier Saucedo

Art. 2269.— Prohibición de acumular 985
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 985
II. Comentario 986
1. Las diferencias entre los juicios posesorio y petitorio 986
2. La prohibición de acumular ambos procesos 987
III. Jurisprudencia 987
Art. 2270.— Independencia de las acciones 988
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 988
II. Comentario 988
La prueba a rendir en cada proceso 988
III. Jurisprudencia 989
Art. 2271.— Suspensión de la acción real 989
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 990
II. Comentario 990
La prioridad del juicio posesorio 990
Art. 2272.— Cumplimiento previo de condenas 990
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 990
II. Comentario 991
El cumplimiento de la sentencia del posesorio como recaudo ineludible para instar el petitorio 991
III. Jurisprudencia 991
Art. 2273.— Acciones por un mismo hecho 992
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 992
II. Comentario 992
La prelación del petitorio sobre el posesorio 992
Art. 2274.— Acciones por distintos hechos 994
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 994
II. Comentario 994
1. La aplicación de la regla de prelación del petitorio al posesorio respecto del actor 994
2. La aplicación de la regla de prelación del petitorio al posesorio respecto del demandado 995
Art. 2275.— Turbaciones o desapoderamientos recíprocos 996
e0 I. .....Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 996
II. Comentario 996
El caso de las agresiones recíprocas 996
x6780Art. 2276.— Hechos posteriores 996
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto 997
II. Comentario 997

rlCÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN COMENTADO

□

TOMO V

ARTÍCULOS 1763 A 2276

JULIO CÉSAR RIVERA
GRACIELA MEDINA
Directores

MARIANO ESPER
n0*Coordinador*

CRISTINA NOEMÍ ARMELLA - SEBASTIÁN BALBÍN

RUBÉN H. COMPAGNUCCI DE CASO - IGNACIO A. ESCUTI

DIEGO P. FERNÁNDEZ ARROYO - PEDRO GALMARINI

LILIAN N. GURFINKEL DE WENDY - LUIS F. P. LEIVA FERNÁNDEZ

EDGARDO LÓPEZ HERRERA - GRACIELA MEDINA

OSVALDO FELIPE PITRAU - RENATO RABBI-BALDI CABANILLAS

JULIO CÉSAR RIVERA - GABRIEL G. ROLLERI

EDUARDO GUILLERMO ROVEDA - MARTÍN SIGAL

Directores de área

LIBRO III

DERECHOS PERSONALES

(Continuación)

Bibliografía general: ALBALADEJO, MANUEL, *Derecho civil. Derecho de Obligaciones*, Bosch, Barcelona 1977, 4a ed. (2 vol.); ALBALADEJO, MANUEL, "La anulación de la transacción por falsedad de documentos anteriores o el descubrimiento de nuevos", en *Rev. de Der. Privado,* 2002; ALPA, GUIDO, *Manuale de diritto privato*, Cedam, 5ma. ed., Padova 2007; ALTERINI - AMEAL - LÓPEZ CABANA, *Der. de oblig.*, nro. 1610; ALTERINI - AMEAL - LÓPEZ CABANA, *Oblig.*, nro. 1612; ALTERINI - AMEAL - LÓPEZ CABANA, *Obligaciones civiles y comerciales*, nro. 1583; ALTERINI, ATILIO A., "Las reformas a la Ley de Defensa del Consumidor. Primera lectura, 20 años después", LA LEY, 2008-B, 1239; ALTERINI - AMEAL - LÓPEZ CABANA, *Curso de Obligaciones*, t. I; AMEAL, OSCAR, en el *Código Civil Anotado* de BELLUSCIO-ZANNONI, v. 3; ARAUX CASTEZ, *Derecho civil. Parte general,* t. II, nro. 1979; BARASSI, *Teoría generale...*, v. III; BELLUSCIO, AUGUSTO C. - ZANNONI, EDUARDO, *Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado, y concordado*, Astrea, Buenos Aires, 1979; BOFFI BOGGERO, LUIS M., *Tratado de las obligaciones*, Astrea; BORDA, GUILLERMO A., *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, La Ley, Buenos Aires, 2008, actualizado por el Dr. Alejandro Borda; BORDA, GUILLERMO, *Tratado de derecho Civil. Obligaciones*, t. I, Perrot, Buenos Aires, 1989; BORDA, *Obligaciones*, v. I; BORDA, *Tratado de Derecho Civil Argentino*, 3a ed., t. I; BUERES, ALBERTO J. - HIGHTON, ELENA, *Código Civil y normas complementarias*, t. II-A, Hammurabi, Buenos Aires, 1998; BUERES - HIGHTON, *Cód. civ.y leyes.*, t. V; BUERES, ALBERTO (dir) - 4 HIGHTON, ELENA (coord.), *Código Civil y normas complementarias*, t. 2 B, Hammurabi, Buenos Aires; BUSSO EDUARDO, *Código Civil anotado*, Ediar, Buenos Aires, 1949-1955; BUTELER CÁCERES, JOSÉ, "f47El problema de la clasificación de las nulidades", en *Estudios de derecho civil en homenaje a Héctor Lafaille*, Depalma, Buenos Aires 1968; BUTTERA, ANTONIO, *Delle transazione*, UTET, Torino 1933; CABANA, *Código Civil Anotado de Belluscio Zannoni,* v. III; CAMOGLIA, SILVESTRE, Voz "Transazione", en *Nuovo Digesto Giuridico*, t. XII; CAMPS, CARLOS ENRIQUE, *Código Procesal civil y comercial de la provincia de Buenos Aires*, t. I, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004; CARNELUTTI, "Note sull accertamento negoziale", *Rev. Diritto processuale civile* 1940; CARNELUTTI, FRANCESCO, "La transazione è un contrato?", en *Rivista de diritto processuale,* 1953-III-13, y en "Instituciones del proceso civil", Ejea, Buenos Aires 1959, trad. Santiago Sentís Melendo, t. I; CAZEAUX - TRIGO REPRESAS, *Der. de las oblig.*, t. I, nro. 428; CAZEAUX, PEDRO - TRIGO REPRESAS, FÉLIX, *Derecho de las Obligaciones*, 4a Edición aumentada y actualizada por José Cazeaux, 2010, La Ley, t. II; CAZEAUX - TRIGO REPRESAS, *Derecho de las obligaciones*, 2a ed., t. III; CIFUENTES SANTOS, *Negocio jurídico*, Astrea; CIFUENTES, SANTOS, *Código Civil y Leyes complementarias*, Belluscio-Zannoni, t. 9, Astrea, Buenos Aires, 2004; CIFUENTES, *Neg. jur.*, No. 346; COLMO, ALFREDO, *De las obligaciones en general*, J. Menéndez, Buenos Aires, 1920; COLOMBO, CARLOS J., *La transacción. Un contrato civil con proyecciones procesales*, Abeledo, Buenos Aires 1944; COMPAGNUCCI DE CASO, "La res dubia...", en ED, 85-861; COMPAGNUCCI DE CASO, *Manual de oblig.*; COMPAGNUCCI DE CASO, " Transacción y lesión subjetiva", LA LEY, 2008-A, 594; COMPAGNUCCI DE CASO R. H., *Cód. civ. y leyes complementarias. Análisis,* Bueres - Highton, t. IV-A; COMPAGNUCCI DE CASO, RUBÉN H., *El negocio jurídico*, Astrea,

Buenos Aires 1992; COMPAGNUCCI DE CASO, RUBÉN H. - WIERZBA, SANDRA - RUA, ISABEL, *Derecho de las obligaciones civiles y comerciales*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2011; COMPAGNUCCI DE CASO, RUBÉN H., "La res dubia como motivación totalizadora de la transacción", en ED, 85-859; COMPAGNUCCI DE CASO, RUBÉN H., *Manual de obligaciones*, Astrea, Buenos Aires, 1997; COMPAGNUCCI DE CASO, *Código Civil comentado de Bueres-Highton*; CORDEIRO ALVAREZ ERNESTO, *Tratado de los privilegios*, Depalma, 2a ed., Buenos Aires, 1969; DE GASPERI, LUIS - MORELLO, AUGUSTO M., *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, Tea, Buenos Aires, 1964; DE RUGGIERO, *Instituciones de derecho civil*, t. II, v. I; DEMOGUE, RENÉ, *Traité des obligations en general*, A. Rousseau, París 1923-1933; DESPONTÍN, JOSÉ L., "Las transacciones a favor del matrimonio según el Código Civil", en *Boletín del Instituto de Derecho civil de Córdoba*, año XVIII, enero/dic. 1953; ECHEVESTI, *Cód. civ. Oblig.*; ENNECCERUS, LUDWIG - LEHMANN, HEINRICH, "Derecho de las obligaciones", en el *Tratado de Derecho civil* de ENNECCERUS - KIPP - WOLF, Bosch, Barcelona 1954, trad. Blas Perez Gonzalez y José Alguer, 2a ed., puesta al día por José Puig Brutau; ESPÍN CÁNOVAS, *Manual de Derecho civil Español - Obligaciones*, t. I, 6a ed., 1983; FARINA, JUAN M., *Defensa del consumidor y del usuario*, Astrea, Buenos Aires, 2008; FURNO, CARLO, *Negocio de fijación y confesión extrajudicial*, R.D.P., trad. Sancho Mendizabal, Madrid 1957; GALLI en SALVAT - GALLI, *Trat. Oblig.*, t. III; GARRIDO, ROQUE F. - ZAGO, ALBERTO J., *Contratos civiles y comerciales*, t. II "Parte especial", 2a actual. y aum., Universidad, Buenos Aires, 1998; GAUDEMET, EUGENE, *Teoría general de las obligaciones*, Porrúa, Mexico 1974, trad. De Pablo Macedo; GHERSI, CARLOS, *Obligaciones civiles y comerciales*, Astrea, Buenos Aires, 1994; GHERSI, CARLOS A. - WEINGARTEN, CELIA,f47 *Tratado jurisprudencial y doctrinario: Defensa del consumidor*, La Ley, Buenos Aires, 2011; GIORGI, GIORGIO, *Teoría de las obligaciones, en el Derecho moderno*, Reus, Madrid 1969, trad. Eduardo Dato Iradier (9 vols); GULLÓN BALLESTEROS, *La transaccion.*; GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO, *La transacción*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid 1964; HEDEMANN, J. W., "Derecho de obligaciones", en el *Tratado de derecho civil* de Lehmann- Hedemann, v. III, trad. Jaime Santos Briz, Madrid 1958; JOSSERAND, *Der. civil*, t. II, v. II, nro. 1456; KEMELMAJER - KIPER - TRIGO REPRESAS, *Cód. civ. coment., Privilegios*; LACRUZ BERDEJO, JOSÉ L. - SANCHO REBULLIDA, FRANCISCO - DELGADO ECHEVERRÍA, JESÚS Y RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO, *Elementos de derecho civil*, Bosch, Barcelona 1985, 2a ed; LAFAILLE, HÉCTOR, *Tratado de las obligaciones*, Ediar, Buenos Aires, 1950; LAFAILLE, *Curso de las obligaciones*, v. I; LAFAILLE, *Trat. de los Derechos reales*, t. II, nro. 1435; LARA, JERÓNIMO, "La asimilación de la transacción a la cosa juzgada", en *Revista Crítica de Jurisprudencia*, t. III; LAVALLE COBO, JORGE E., "Comentario al art. 43", en BELLUSCIO, AUGUSTO (dir.), *Código Civil y leyes complementarias*, t. 1, Astrea, Buenos Aires, 1982; LLAMBÍAS, JORGE J., *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, Perrot, Buenos Aires, 1967-1980; LLAMBÍAS, JORGE J., *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, 20ª ed., LexisNexis Abeledo.Perrot, Buenos Aires, 2003; LLERENA, BALDOMERO, *Concordancias y comentarios del Código Civil argentino*, La Facultad, 3a ed., Buenos Aires, 1931; LLERENA, BALDOMERO, *Concordancias y comentarios del Código Civil argentino*, t. III, Casavalle, Buenos Aires, 1888; LLOVERAS DE RESK, MARÍA E., *Tratado teórico práctico de las nulidades*, Depalma, Buenos Aires 1985; LÓPEZ BARBA, ELENA, *El contrato de transacción. Su resolución por incumplimiento*, Laborum, Madrid 2001; LÓPEZ CABANA, *En Código Civil Anotado*, de Belluscio- Zannoni, v. 3; LÓPEZ DE ZAVALÍA, FERNANDO, *Teoría de los contratos. Parte general*, t. I, Zavalía, Buenos Aires, 1984; LÓPEZ MESA - TRIGO REPRESAS, F. - SALAS, A., *Código Civil Anotado*, Depalma, Buenos Aires, 1999; LÓPEZ CABANA, *Código Civil Anotado*, de Belluscio-Zannoni, v. 3; LORENZETTI, RICARDO L., *Tratado de los contratos*, t. III, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000; LORENZETTI, RICARDO L., *Consumidores, Segunda edición actualizada*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009; LORENZETTI, RICARDO, *Tratado De Los Contratos,*

¡Parte general, Segunda edición ampliada y comentada, Rubinzal-Culzoni, 2010; LUNA SERRANO en LACRUZ BERDEJO, *Elementos de derecho civil. Derecho de obligaciones*, t. II, v. III; MACHADO JOSÉ O., *Exposición y comentario del Cód. Civil argentino*, Lajouane, Buenos Aires, 1898-1922; MACHADO, JOSÉ O., *Exposición y comentario del Código Civil argentino*, ts. III, V, 2a ed., Librería e Imprenta Europea, Buenos Aires, 1919; MEDICUS DIETER, *Tratado de las relaciones obligacionales*, Bosch, Barcelona, trad. (2 vols.); MESSINEO, FRANCESCO, *Doctrina general del contrato*, Ejea, Buenos Aires 1986, Trad. de R. Fontanarrosa, S. Sentís Melendo y M. Volterra, t. I, nro. 4; MESSINEO, FRANCESCO, *Manual de derecho civil y comercial*, Ejea, Trad. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1971; MESSINEO, FRANCESCO, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, t. V., "Relaciones obligatorias singulares", trad. Santiago Sentís Melendo, E.J.E.A., Buenos Aires, 1955; MESSINEO, FRANCESCO, *Manual de derecho civil y comercial*, tr. S. Sentis Melendo, Buenos Airess., Ejea, 1971, t. II y IV; MEZA JORGE, en *Código Civil Comentado de Bueres-Highton*, t. 2-A, Hammurabi, Buenos Aires, 1998; MORELLO, "La transacción desde la perspectiva procesal", *Rev. del Col. de Abog. de La Plata* nro. 11; MORELLO, AUGUSTO M., "La transacción desde la perspectiva procesal", *Los recursos extraordinarios y la eficacia del proceso*, Hammurabi, Buenos Aires 1981; MORELLO, AUGUSTO M., "La transacción desde la perspectiva procesal", *Rev. Col. De Abog. de La Plata*, nro. 11; MOSSET ITURRASPE, JORGE - WAJNTRAUB, JAVIER H., *Ley de defensa del consumidor. Ley 24240*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2008; MOXO RUANO, "Notas sobre la naturaleza de la transacción", *Rev. de Der. Privado* (Madrid) 1953-673; O'CALLAGHAN MUÑOS, XAVIER, *Compendio de derecho civil. Derecho de obligaciones*, Universitaria Ramón Areces, Madrid 2012, 7ma. ed., t. III; DOPALMIERI, A. M., *Transazione e rapporti eterodeterminati*, Giuffre, Milano 2000; PAOLINI, ELENA, *Il contratto di accertamento*, Cedam, Padova 1997; PELAEZ, FRANCISCO, *La transacción. Su eficacia procesal*

expnd0, Bosch, Barcelona 1987; PICASSO, SEBASTIÁN - VÁZQUEZ FERREYRA, ROBERTO (Dirs.), *Ley de Defensa del Consumidor. Comentada y Anotada*, La Ley, Buenos Aires, 2009; PIZARRO, RAMÓN D. - VALLESPINOS, CARLOS G. - PIZARRO, RAMÓN DANIEL, *Instituciones de derecho civil. Obligaciones*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999; PLANIOL - RIPERT - RAOUDANT, *Trat.*, t. VII, nro. 900; --*Trat.*, t. XI, nro. 1581; PLANIOL, *Traité élémentaire..*, t. II, nro. 2301; POTHIER, *Tratado de las obligaciones*, nro. 531; PUIG BRUTAU, JOSÉ, *Fundamentos de derecho civil*, t. I, Bosch, Barcelona 1976, 2a ed., v. II; PUIG PEÑA, FEDERICO, *Tratado de derecho civil español. Obligaciones y contratos*, t. IV, R.D.P., Madrid 1974, v. I; RIPERT, GEORGES - BOULANGER, JEAN, *Tratado de derecho civil*, según el tratado de Planiol, La Ley, Buenos Aires, 1956, trad. Delia García Daireaux, con la supervisión del Dr. Jorge J. Llambías; RIVERA, JULIO CÉSAR, *Instituciones de Derecho civil. Parte general*, t. II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1995; RUIZ SERRAMALERA, RICARDO, *Derecho civil. Derecho de obligaciones*, Fac. de Derecho de la Univ. Complutense, Madrid 1982; RUSCONI, DANTE D. (Coord.), *Manual de Derecho del Consumidor*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009; SALAS, *Código Civil y leyes com. Anotados*, Buenos Aires, Depalma, 1971; SALVAT - GALLI, *Trat. Oblig. en gral.*, ts. II, III; SALVAT - LÓPEZ OLACIREGUI, *Trat. Parte general*, t. II, nro. 2628; SALVAT, RAIMUNDO M. - GALLI, ENRIQUE V., *Tratado de derecho civil argentino. Obligaciones en general*, Tea, 6a ed. Buenos Aires, 1952; SALVAT - ROMERO DEL PRADO, *Trat. Pte. gral.*, t. II, nro. 1358;

SALVAT - GALLI, *Tratado de Derecho civil argentino. Obligaciones en general*, t. III; SANAHUJA, JOSÉ M., "Consideraciones sobre la naturaleza del contrato de transacción", *Rev. de Der. Privado*, Madrid 1945, abril; SEGOVIA, LISANDRO, *El Código Civil de la República Argentina*, La Facultad, nueva ed. Buenos Aires, 1933; SEGOVIA, *El código Civil de la República Argentina*, v. I; SEGOVIA, LISANDRO, *Código Civil de la Re*

Itrchblica Argentina 'p, Imprenta de Pablo Coni, Buenos Aires, 1881, t. 1; SPOTA, *Tratado de derecho civil. Parte general*, t. I, Depalma, Buenos Aires, 1965, v. 3-5, nro. 1764; STIGLITZ, GABRIEL A., *La defensa del consumidor en Argentina*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2012; STOLFI, GIUSEPPE, Ъ3Natura giuridica del negocio de accertamento", *Rev. de Diritto processuale*, 1933-I-132; TRIGO REPRESAS, FЙLIX A. - COMPAGNUCCI DE CASO, RUBЙN H., *Cydigo Civil comentado. Obligaciones*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe 2005 (2 vols.); VALSECHI, EMILIO, *In torno alla natura della transazione en el Diritto Romano, en Novissimo Digesto Italiano*, t. XIX, Utet, Torino 1973; VITTERBO, CAMILO, "La 'res dubia' e la lite incerta en la transazione", en *Rivista de diritto proccessuale civile*, 1937-I-220; VON THUR, *Tratado de las obligaciones*, t. II; VON TUHR, ANDREAS, *Derecho civil. Teorнa general del Derecho civil alemбn*, Depalma, Buenos Aires, 1947, trad. Tito Rava, t. II, v. I; XXI Jornadas de derecho civil, Tucumбn, 2011; ZANNONI, *Cyd. civ. comentado*, Belluscio-Zannoni, t. III; ZANNONI, EDUARDO, *Ineficacia y nulidad de los actos jurнdicos*, Astrea, Buenos Aires 1986; ZANNONI, *Cydigo Civil anotado de Belluscio-Zannoni*, v. 3; ZANNONI - ŁYPEZ CABANA, *Cydigo Civil anotado*, Belluscio-Zannoni, v. 3; ZAVALA RODRHGUEZ, *Cydigo de Comercio y leyes complementarias Comentados y Concordados*, Depalma, 1967.

***

THTULO V

OTRAS FUENTES DE LAS OBLIGACIONES

CAPHTULO 1

RESPONSABILIDAD CIVIL

(Continuaciyn)

SECCIYN 9€

SUPUESTOS ESPECIALES DE RESPONSABILIDAD

Por EDGARDO ŁYPEZ HERRERA

Bibliografнa de la reforma: BORRETTO, MAURICIO, "Reformas al Derecho Privado Patrimonial: 'En busca de los fundamentos de la responsabilidad del Estado en el nuevo Cydigo Civil", RCyS, XV-III; CASSAGNE, JUAN CARLOS, "Responsabilidad del Estado y de los funcionarios y empleados pъblicos en el Cydigo Civil y Comercial proyectado", LA ŁEY del 1/10/2012; GHERSI, CARLOS, "Responsabilidad del Estado y de los funcionarios pъblicos en el Proyecto de Cydigo", LA LEY, 2013-A, 28/12/2012; MAZZUCO CENEPA, MARTHN, "La responsabilidad estatal y el proyecto de Cydigo Civil", RCyS, 2013-I-12; PIAGGIO, LUCAS A., "La responsabilidad del Estado", *Anбlisis del Proyecto de Nuevo Cydigo Civil y Comercial 2012*, ED, Buenos Aires, 2012; SAGARNA, FERNANDO A., "Responsabilidad civil directa y el hecho de terceros", en RIVERA, JULIO CЙSAR (Director) - MEDINA, GRACIELA (Coordinadora), *Comentarios al Proyecto de Cydigo Civil y Comercial de la Naciyn 2012*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012; SCHICK, HORACIO, "Tres objeciones al Proyecto de Reforma al Cydigo Civil y Comercial y su incidencia en la reparaciyn de infortunios laborales. La tarifaciyn del daco por lesiones, la inaplicabilidad de las sanciones disuasivas y la eximiciyn al Estado y sus funcionarios de la responsabilidad civil" DT 2012 (octubre), 2765; SOBRINO, WALDO A. R., "Las vнctimas de accidentes de trбnsito siguen siendo consumidores en el Proyecto de Cydigo", LA LEY del 30/8/2012; SPOTA, ALBERTO G., "La presunciyn de responsabilidad que incide sobre el transportador en los accidentes sufridos por los pasajeros", JA, 66-173; TONELLI, PABLO - OYHANARTE, MARTHN (H), "Cuestiyn de la responsabilidad del Estado y sus funcionarios en el Proyecto de Cydigo", LA LEY, 2013-B, 15/3/2013; VILLAGRBN, SANTIAGO, "La responsabilidad de los propietarios de establecimientos educativos en el proyecto de cydigo", LA LEY, 2013-A, 16/1/2013.

Bibliografнa clбsica: ACUCA ANZORENA, ARTURO, "Transporte en ymnibus y naturaleza jurнdica de la responsabilidad del porteador", JA, 70-113; ALTERINI, ATILIO A. - AMEAL, OSCAR J. - ŁYPEZ CABANA, ROBERTO M.

ai, *Derecho de obligaciones*, 2€ ed., LexisNexis - Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2003; ARESN, BEATRIZ, "Colisiyn plural", *Revista de Derecho de Dacos*, 2002-1; BALBHN, CARLOS, *Curso de Derecho Administrativo*, t. II, La Ley, Buenos Aires, 2008; BUSTAMANTE ALSINA, JORGE, "La acusaciyn calumniosa y el hecho culposo 'in genere' como fuentes diversas de responsabilidad civil", LA ŁEY, 1994-E, 37; CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Derecho Administrativo*, t. I, Abeledo-Perrot, 9€ ed., Buenos Aires, 2009; COMPAGNUCCI DE CASO, RUBЙN, "Responsabilidad mйdica y responsabilidad colectiva", LA LEY, 1991-D, 468; FUMAROLA, ŁUIS ALEJANDRO, "Eximentes de responsabilidad civil mйdica", en BUERES, ALBERTO (dir.), *Cydigo Civil y normas complementarias. Anбlisis doctrinario y jurisprudencial*, t. 4-B, Hammurabi, Buenos Aires, 2003; GALDYS, JORGE MARIO, "La doctrina de la SCJBA y la prioridad del paso", en *Revista de Derecho de Dacos*, 2002-1, "Accidentes de automotores", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002; GAMBIER, BELTRBN - PERRINO, PABLO E., "ЇPueden las provincias dictar normas en materia de responsabilidad del Estado?", JA, 1996-IV-793; GASPAROTTI, VIVIANA I., "Dacos por denuncia calumniosa", RCyS, 2010-IV-171; GORDILLO, AGUSTHN A.,ch *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 2, Fundaciyn de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1998; KEMELMAJER DE CARLUCCI, AHDA, "La responsabilidad civil de los establecimientos educativos en Argentina despuйs de la reforma de 1997", JA, 1997-III-937; KEMELMAJER DE CARLUCCI, AHDA, "Responsabilidad en las colisiones entre dos o mбs vehнculos" en *Temas de responsabilidad civil. Homenaje al profesor Augusto Mored0llo*, Platense, La Plata, 1981; LARROUMET, CHRISTIAN, "Tendencias en materia de hecho generador de la responsabilidad mйdica", Derecho Privado, Homenaje a Alberto Bueres, Hammurabi, Buenos Aires, 2001; LINARES, JUAN FRANCISCO, "En torno a la llamada responsabilidad civil del funcionario pъblico", LA LEY, 153-601; LLAMBHAS, JORGE J., *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, Perrot, Buenos Aires,

1973; LYPEZ, ESTANISLAO, "Responsabilidad de establecimientos educativos: La inconsciente necesidad de subjetivizar la responsabilidad objetiva", LA LEY, 2005-B, 473; LORENZETTI, RICARDO DANIEL, *Responsabilidad civil de los mщdicos,* Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1997; LORENZETTI, RICARDO L., "Dacos y perjuicios causados al juez por la promociyn de juicio polнtico", LA LEY, 1991-E, 59; LORENZETTI, RICARDO LUIS - SOZZO, GONZALO, "Culpas concurrentes", *Revista de Derecho de Dacos* 2002-1, 53-69; MEILIJ, GUSTAVO, *Responsabilidad civil en los accidentes de trбnsito,* Nova Tesis, Buenos Aires, 2003; MOSSET ITURRASPE, JORGE, "Responsabilidad del Estado (Existencia de obstбculos. Mala secalizaciyn)", en *Revista de Derecho de Dacos* 2002-1; MOSSET ITURRASPE, JORGE, *Responsabilidad por dacos. Eximentes,* t. III, Ediar, Buenos Aires 1982; NALLAR, DANIEL M., "Responsabilidad del Estado y del funcionario pъblico bajo un sistema federal de gobierno", en REDA Nos. 33-34, Depalma, Buenos Aires, 2000; NALLAR, DANIEL M., "Responsabilidad del Estado y del funcionario pъblico bajo un sistema federal de gobierno", en REDA Nos. 33-34, Depalma, Buenos Aires, 2000; PIZARRO, RAMYN D., "Comentario al art. 43", BUERES, ALBERTO (dir.), *Cydigo Civil y normas complementarias. Anбlisis doctrinario y jurisprudencial,* t. 1, Hammurabi, Buenos Aires, 1999; PIZARRO, RAMYN D., *Responsabilidad por riesgo o vicio de la cosa,* Universidad, Buenos Aires, 1983; PROSSER, WILLIAN L. – KEETON, PAGE, "Prosser y Keeton on The Law of Torts", 5Є ed., 5Є ed., West Publishing Co., St. Paul Minnesotta, 1984; REYNA, CARLOS A., "Comentario al art. 1117", en *Cydigo Civil y normas co*

fs20mplementarias. Anбlisis doctrinario y jurisprudencial, director: Alberto Bueres, t. 3-B, Hammurabi, Buenos Aires, 2000; RINESSI, JUAN ANTONIO, "Responsabilidad del mщdico de guardia", *Revista de Derecho de Dacos,* 2003-2, "Responsabilidad de los profesionales de la salud", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003; RITTO, GRACIELA B., "La obligaciyn de los funcionarios pъblicos de denunciar delitos de acciyn pъblica y la acusaciyn calumniosa", RCyS, 2011-VI, 166; SAGARNA, FERNANDO, "La ley 24.830. Nuevo rщgimen de la responsabilidad civil de los propietarios de establecimientos educativos", JA, 1997-III-937; TRIGO REPRESAS, FщLIX A. – COMPAGNUCCI DE CASO, RUBщN H., *Responsabilidad civil por accidentes de automotores,* t. 2Є, Hammurabi, Buenos Aires, 1986; TRIGO REPRESAS, FщLIX A., "Rщgimen legal aplicable en materia de accidentes de auto-motores", en *Responsabilidad civil en materia de accidentes de automotores,* Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1985; TRIGO REPRESAS, FщLIX, "Responsabilidad civil del abogado", en *Cydigo Civil y Normas Complementarias. Anбlisis doctrinario y jurisprudencial,* BUERES, ALBERTO (dir.), t. 4-B, Hammurabi, Buenos Aires, 2003; URRUTIA, AMHLCAR - URRUTIA, DщBORAH M. - URRUTIA, CщSAR A., "Responsabilidad de los mщdicos obstetras", en *Revista de Derecho de Dacos,* 2003-2, "Responsabilidad de los profesionales de la salud", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003; WARREN, SAMUEL D. – BRANDEIS, LOUIS D., "Right of Privacy", 4 *Harvard Law Review,* 193; YZQUIERDO TOLSADA, MARIANO, *La responsabilidad civil del profesional liberal,* Hammurabi, Buenos Aires, 1998.

♦♦♦

par**Art. 1763.— Responsabilidad de la persona jurнdica. La persona jurнdica responde por los dacos que causen quienes las dirigen o administran en ejercicio o con ocasiyn de sus funciones.**

I. RELACIYN CON EL CYDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El art. 43, primera parte, reformado por la ley 17.711, es casi textual al art. 1763. La segunda parte, que decнa que las personas jurнdicas son responsables por los hechos de los dependientes, no fue incluido, porque existe el art. 1753.

Proyecto de 1998, art. 1674.

II. COMENTARIO

1. Responsabilidad por los actos de los directivos

erLa persona jurнdica responde por los actos de sus administradores o directores. Estбn excluidos otros yrganos como ser la asamblea, los sнndicos o las comisiones revisoras de cuentas. Es una responsabilidad inexcusable, no pudiendo alegar el ente diligencia en la elecciyn o vigilancia, ya que es una responsabilidad de tipo objetivo por riesgo creado (Mosset Iturraspe).

El directivo puede incurrir ademбs en responsabilidad personal respecto de terceros. Tambiщn puede dacar a la misma persona jurнdica en su carбcter de administrador, para lo cual habrб que demostrar la culpa.

La teorнa que prevalece para explicar la responsabilidad de las personas jurнdicas, es la teorнa del yrgano. Esta teorнa considera que los individuos que actъan en nombre de las personas jurнdicas no actъan a tнtulo propio, sino como yrganos, como parte de la misma persona jurнdica. La diferencia con el representante es que el yrgano no es un tercero, sino que no hay distinciyn con la persona jurнdica. El yrgano es la misma persona actuando.

2. Ejercicio y ocasiyn de sus funciones

Los dacos deben haber sido cometidos en ejercicio o con ocasiyn de sus funciones. La expresiyn "ejercicio de las funciones", no acarrea mayores problemas de interpretaciyn.

Por actos cometidos en ocasiyn deben entenderse aquellos actos ajenos a la funciyn pero que sylo han podido ser cometidos o facilitados por el yrgano en esa calidad. Es una aplicaciyn de la teorнa de causalidad *sine qua non*: sylo el acto que podнa haber sido cometido sin la calidad de yrgano de la persona serнa excusa para no pagar. Asн Trigo Represas dice que aquellos actos "que ъnicamente pudieren ser llevados a cabo por el representante o dependiente en tal calidad, que no hubieran podido realizarse de no mediar dicha calidad". Para Borda ъnicamente son dacos cometidos en ocasiyn de las funciones aquellos actos en los cuales "exista una razonable conexiyn entre la funciyn desplegada por el administrador o representante y el daco".

3. Responsabilidad de los hechos de los dependientes

La persona jurнdica asimismo responde por los actos de sus dependientes como cualquier persona fнsica. Se aplica el art. 1753.

III. JURISPRUDENCIA

1. Un club de fъtbol es responsable por los insultos proferidos contra un бrbitro de

fъtbol por su presidente en una nota dirigida a la AFA (CNCiv., sala H, 26/5/1997, JA, 1998-I-234).

2. La demanda por la cual se reclama la reparaciyn del daco que se invoca como derivado de una decisiyn arbitraria, caprichosa e infundada emitida por la junta ejecutiva de una federaciyn deportiva, debe ser examinada a la luz de las normas que regulan los hechos ilнcitos que no son delitos, pues el art. 43 del Cyd. Civil —ref. por ley 17.711 (Adla, XXVIII-B, 1810)— asн regula la responsabilidad de la persona jurнdica cuando se refiere a actos ilнcitos de quienes la dirigen o administran cometidos en ejercicio o en ocasiyn de sus funciones (CNCiv., sala F, 15/10/2004, RCyS, 2005-741).

3. Aun cuando un mйdico haya suspendido el ejercicio de su actividad para dedicarse exclusivamente a la presidencia del Colegio de Mйdicos, tal instituciyn resulta responsable de los dacos y perjuicios ocasionados mediante la expulsiyn de dicho profesional de la organizaciyn si el acto lleva en sн mismo el impedimento del pleno ejercicio de la funciyn de mйdico y, por consecuencia, la frustraciyn de ventajas econymicas que podrна haber obtenido de no haberse interpuesto el acto (CNCiv. y Com. 2ª Nom., Santiago del Estero, 21/9/1998, LA LEY, 1999-F, 753; LLNOA, 2000-513).

Art. 1764.— Inaplicabilidad de normas. Las disposiciones del Capнtulo 1 de este Tнtulo no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria.

I. Relaciyn con el Cydigo Civil. Fuentes del nuevo texto

p11274 El Cydigo Civil no contenна ninguna norma que regulara la responsabilidad del Estado, sino que sylo se ocupaba de la responsabilidad del funcionario pъblico.

II. Comentario

1. Regulaciyn de la responsabilidad del Estado fuera del Cydigo Civil

Este artнculo fue introducido por el Cydigo Civil. El artнculo original redactado por la Comisiyn prevena el principio de responsabilidad objetiva del Estado, sin necesidad de identificar a su autor y por la falta de servicio.

Sintйticamente lo que dispone es que el Estado es responsable por los dacos que causa, pero que esa responsabilidad no se regula en el Cydigo Civil, sino en el derecho administrativo.

La responsabilidad del Estado estб regulada por la ley 26.951, que dice que "las disposiciones del Cydigo Civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria".

2. Inconstitucionalidad de la norma

El art. 1764 es violatorio del art. 75, inc. 12, CN, que prevй que la Naciyn dictarб los cydigos de fondo, entre los cuales se incluye el Cydigo Civil. La regulaciyn del crйdito de indemnizaciyn que tienen las vнctimas que son dacadas por el Estado, es materia del Cydigo Civil, porque es derecho de fondo.

La doctrina del caso "Filcrosa", que fulminy de nulidad, las regulaciones locales sobre plazos de prescripciyn de tributos locales, es de aplicaciyn a este caso, pues la razyn es la misma.

Lo que el artнculo permite es que existan infinitas reglas sobre responsabilidad del Estado. Puede haber tantas maneras de responder como municipios haya en el paнs.

III. Jurisprudencia

Cambia:

1. La idea objetiva de responsabilidad del Estado por falta de servicio —por hechos u omisiones— encuentra su fundamento en la aplicaciyn del art. 1112 del Cyd. - Civil y no requiere, como fundamento de derecho positivo, recurrir al art. 1113 del Cyd. Civil (SC, 17/8/2010, RCyS, 2010-IX-136).

2. Ante la inexistencia en nuestro derecho pъblico de un texto especнfico que contemple lo atinente a la responsabilidad del Estado por las consecuencias de sus hechos o actos de omisiyn o abstenciyn, su tratamiento jurнdico bбsico debe ser efectuado recurriendo a la norma del art. 1074 del Cyd. Civil (del voto del doctor Negri) (SCBA, 30/9/2009, LLBA, 2010 [mayo], 430).

473. El Estado Nacional —Servicio Penitenciario— es responsable por la muerte de un recluso y las lesiones sufridas por otros dos a causa de un incendio iniciado por internos en la celda del penal en el que estaban alojados, pues incumpliy el deber primario de resguardar los derechos de quienes se hallan detenidos, dado que la vigilancia y las requisas resultaron absolutamente ineficaces para detectar los elementos de los que se valieron los autores para iniciar el fuego (CNCont. Adm., sala III, 8/5/2012, La Ley Online).

Art. 1765.— Responsabilidad del Estado. La responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local segъn corresponda.

I. Relaciyn con el Cydigo Civil. Fuentes del nuevo texto

g1025 El Cydigo Civil sienta la regla de que el funcionario pъblico en ejercicio de sus funciones es responsable "por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales", art. 1112.

II. Comentario

1. Principio de responsabilidad

El cydigo sienta el principio de que los funcionarios pъblicos son responsables en forma personal por ejercicio irregular de sus funciones.

Se podna haber seguido el sistema de otros paнses donde el funcionario no puede ser demandado y sylo puede serlo el Estado, que en todo caso, y si el funcionario incurriy en culpa grave, tiene una acciyn de regreso. Asн por ejemplo la ley de Espaca

4/1999 de Rйgimen Jurнdico de las Administraciones Pъblicas y del Procedimiento Administrativo Comъn (LRJPAC), que dispone que los particulares "exigirбn directamente a la Administraciyn Pъblica correspondiente las indemnizaciones causadas por los dacos y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio". En Estados Unidos la *Federal Employees Liability Reform and Tort Compensation Act* dispone que sylo el Estado responde (Sec. 2679 b), salvo violaciyn de la Constituciyn o de una ley que otorgue acciyn al damnificado.

La ley 26.951 dice en el art. 9: "La actividad o inactividad de los funcionarios y agentes pъblicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular, incurriendo en culpa o dolo, las obligaciones legales que les estбn impuestas, los hace responsables de los dacos que causen."

2. Inconstitucionalidad

Sin embargo el principio de responsabilidad del funcionario pъblico y del empleado, que prescribe la primera parte del art. 1765, se esteriliza por la segunda parte, que dice que estarб regida por el derecho administrativo.

Nuevamente, y por las mismas razones que el art. 1764, el artнculo es inconstitucional.

Cada jurisdicciyn administrativa tendrб sus propias normas de responsabilidad civil, lo que es contrario al art. 75, inc. 12, CN, por ser materia delegada al Congreso de la Naciyn.

s0 ART. 1766.— RESPONSABILIDAD DEL FUNCIONARIO Y DEL EMPLEADO PÚBLICO. LOS HECHOS Y LAS OMISIONES DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS EN EL EJERCICIO DE SUS FUNCIONES POR NO CUMPLIR SINO DE UNA MANERA IRREGULAR LAS OBLIGACIONES LEGALES QUE LES ESTÁN IMPUESTAS SE RIGEN POR LAS NORMAS Y PRINCIPIOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO NACIONAL O LOCAL, SEGÚN CORRESPONDA.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

NINGUNA DISPOSICIÓN DEL CÓDIGO CIVIL DECÍA QUE SUS NORMAS NO ERAN APLICABLES A LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO.

II. COMENTARIO

1. EL BLINDAJE DEL ESTADO AL CÓDIGO CIVIL

SI ALGUNA DUDA PUDIERA CABER DE LA INTENCIÓN DEL PODER EJECUTIVO RESPECTO DEL RECHAZO A LA APLICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL A LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO, ES ESTE ARTÍCULO.

SE EXPLICA, PORQUE PODRÍA SUCEDER QUE UNA JURISDICCIÓN ADMINISTRATIVA, UNA PROVINCIA O UN MUNICIPIO, POR EJEMPLO, NO TUVIERA NORMAS DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. EN ESE CASO SE DEBERÍA APLICAR, COMO NORMA RESIDUAL, EL CÓDIGO CIVIL. ES JUSTO LO QUE SE QUISO EVITAR. LAS LAGUNAS DEL ORDENAMIENTO NO PUEDEN SER LLENADAS POR EL CÓ7 DIGO CIVIL, SI SE TRATA DE RESPONSABILIZAR AL ESTADO.

EN OTROS CASOS, POR MÁS QUE A PRIMERA VISTA PARECIERA QUE TANTO EL NUEVO CÓDIGO COMO LA LEY 26.944 NO LO PERMITEN, NO QUEDARÁ OTRO REMEDIO QUE NO SEA RECURRIR A LAS NORMAS DEL CÓDIGO CIVIL POR ANALOGÍA, A FIN DE NO INCURRIR EN DENEGACIÓN DE JUSTICIA. POR EJEMPLO, SI UN TRABAJADOR ESTATAL QUIERE PLANTEAR QUE LA REPARACIÓN TARIFADA POR UN ACCIDENTE LABORAL ES INCONSTITUCIONAL POR INSUFICIENTE Y POR ENDE OPTAR POR LA REPARACIÓN CIVIL, DEBERÁ ACUDIR A LAS REGLAS DEL CÓDIGO CIVIL SI, POR EJEMPLO, ALEGA QUE EL ACCIDENTE DE TRABAJO OCURRIÓ POR EL RIESGO O VICIO DE LA COSA, PUES NO HAY NORMAS EN LA LEY 26.944 QUE DEFINAN CUÁNDO UNA COSA ES RIESGOSA O VICIOSA.

2. POSIBILIDAD DE APLICAR EL CÓDIGO CIVIL AL FUNCIONARIO Y AL EMPLEADO PÚBLICO

EL ART. 1766 SÓLO MENCIONA AL ESTADO, PERO GUARDA SILENCIO RESPECTO DEL FUNCIONARIO Y DEL EMPLEADO. LA LEY 26.951 DICE EN EL ART. 1°, 2° PÁRRAFO: "LAS DISPOSICIONES DEL CÓDIGO CIVIL NO SON APLICABLES A LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO DE MANERA DIRECTA NI SUBSIDIARIA", SIN MENCIONAR A LOS FUNCIONARIOS. CABE CONCLUIR ENTONCES QUE LA PROHIBICIÓN DE APLICAR SUBSIDIARIAMENTE EL CÓDIGO CIVIL ES SÓLO PARA LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO PERO NO PARA LA DEL FUNCIONARIO.

ART. 1767.— RESPONSABILIDAD DE LOS ESTABLECICHMIENTOS EDUCATIVOS. EL TITULAR DE UN ESTABLECIMIENTO EDUCATIVO RESPONDE POR EL DAÑO CAUSADO O SUFRIDO POR SUS ALUMNOS MENORES DE EDAD CUANDO SE HALLEN O DEBAN HALLARSE BAJO EL CONTROL DE LA AUTORIDAD ESCOLAR. LA RESPONSABILIDAD ES OBJETIVA Y SE EXIME SÓLO CON LA PRUEBA DEL CASO FORTUITO.

EL ESTABLECIMIENTO EDUCATIVO DEBE CONTRATAR UN SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL, DE ACUERDO A LOS REQUISITOS QUE FIJE LA AUTORIDAD EN MATERIA ASEGURADORA.

ESTA NORMA NO SE APLICA A LOS ESTABLECIMIENTOS DE EDUCACIÓN SUPERIOR O UNIVERSITARIA.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

EL ARTÍCULO ESTÁ INSPIRADO EN EL 1117 REFORMADO POR LA LEY 24.830:

"LOS PROPIETARIOS DE ESTABLECIMIENTOS EDUCATIVOS PRIVADOS O ESTATALES SERÁN RESPONSABLES POR LOS DAÑOS CAUSADOS O SUFRIDOS POR SUS ALUMNOS MENORES CUANDO SE HALLEN BAJO EL CONTROL DE LA AUTORIDAD EDUCATIVA, SALVO QUE PROBAREN EL CASO FORTUITO. LOS ESTABLECIMIENTOS EDUCATIVOS DEBERÁN CONTRATAR UN SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL. A TALES EFECTOS, LAS AUTORIDADES JURISDICCIONALES, DISPONDRÁN LAS MEDIDAS PARA EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN PRECEDENTE. LA PRESENTE LEY NO SE APLICARÁ A LOS ESTABLECIMIENTOS DE NIVEL TERCIARIO O UNIVERSITARIO".

FUENTES: PROYECTO DE 1998, ART. 1678, 1679.

II. COMENTARIO

1. ESTABLECIMIENTOS COMPRENDIDOS

TODOS LOS ESTABLECIMIENTOS EDUCATIVOS A LOS QUE CONCURRAN MENORES ESTÁN COMPRENDIDOS. PUEDE SER UN ESTABLECIMIENTO PÚBLICO O PRIVADO, GRATUITO O PAGO, SUBSIDIADO O NO, PARA NIÑOS CON CAPACIDADES DIFERENTES.

SOLO ESTÁ EXCEPTUADA LA EDUCACIÓN SUPERIOR Y LA UNIVERSITARIA. LA RAZÓN DE LA EXCEPCIÓN ES QUE LA VIGILANCIA ES MÁS DIFÍCIL EN ESTE TIPO DE INSTITUCIONES, Y NORMALMENTE LA CONCURRENCIA ES DE ALUMNOS QUE SE ENCUENTRAN MUY CERCANOS A LA MAYORÍA DE EDAD, O QUE LA HAN SOBREPASADO.

2. SUJETOS PASIVOS COMPRENDIDOS

EL PRINCIPAL RESPONSABLE ES AHORA EL PROPIETARIO DEL ESTABLECIMIENTO EDUCATIVO. ESTO ES, EL DUEÑO, O QUIEN FIGURARE INSCRIPTO COMO TAL ANTE LA AUTORIDAD RESPECTIVA, O SEA LA PERSONA QUE ORGANIZA Y GES

AF47 TIONA EL DESARROLLO DE LA ACTIVIDAD EDUCATIVA EN SU PROPIO INTERÉS (KEMELMAJER DE CARLUCCI).

EN LA REDACCIÓN ORIGINARIA DE VÉLEZ SE MENCIONABA COMO RESPONSABLES A LOS DIRECTORES DE COLEGIO Y A LOS MAESTROS. SIGUEN SIENDO RESPONSABLES, PERO A CUYO RESPECTO SERÁ NECESARIA LA DEMOSTRACIÓN DE CULPA, POR SER LA NORMA DE CLAUSURA DEL SISTEMA.

3. TIPO DE RESPONSABILIDAD Y FACTOR DE ATRIBUCIÓN

EL PROPIETARIO DEL ESTABLECIMIENTO TIENE RESPONSABILIDAD OBJETIVA. EL FACTOR DE ATRIBUCIÓN ES EL RIESGO CREADO (KEMELMAJER DE CARLUCCI). ES QUIEN RECOGE LOS BENEFICIOS POR LO TANTO SOPORTA EL RIESGO. RESPECTO DE LOS BENEFICIOS, DEBE ENTENDERSE NO SÓLO A LOS ECONÓMICOS SINO A LOS ALTRUISTAS, COMO SERÍA EL CASO DE LOS COLEGIOS CONFESIONALES, EN EL CUAL LA MOTIVACIÓN ECONÓMICA PASA A SEGUNDO PLANO, PORQUE LO PRINCIPAL ES LA EDUCACIÓN EN LA FE O EN DETERMINADAS CREENCIAS. ESTA ÚLTIMA CIRCUNSTANCIA LLEVA A QUE ALGUNOS SOSTENGAN QUE NO PUEDE PREDICARSE QUE EL FACTOR ES EL RIESGO SINO LA GARANTÍA (LOPEZ).

LA RESPONSABILIDAD DEL MAESTRO Y DEL DIRECTOR ES SUBJETIVA.

4. TIPO DE DAÑOS

LOS DAÑOS COMPRENDIDOS SON TODOS LOS QUE SEAN CAUSADOS O SUFRIDOS POR SUS ALUMNOS EN SU INTEGRIDAD FÍSICA, PSÍQUICA O SEXUAL.

COMPRENDE TANTO LOS DAÑOS QUE CAUSE UN ALUMNO A OTRO, LOS QUE CAUSE A SÍ MISMO, LOS QUE SUFRA POR HECHO DE LAS COSAS DE PROPIEDAD DE LA ESCUELA (ESCALERAS, VENTANAS, PUERTAS, JUEGOS, MÁQUINAS, CABLES, ETC.) COMO LOS QUE SUFRA POR HECHO DE TERCEROS DENTRO DEL ESTABLECIMIENTO, AUN DE AQUELLOS POR LOS QUE NO SE DEBE RESPONDER, SIEMPRE QUE EL HECHO NO SEA INEVITABLE O IMPREVISIBLE.

5. ACTIVIDADES COMPRENDIDAS

EL ESTABLECIMIENTO ES RESPONSABLE DE TODOS LOS DAÑOS QUE SUFRA EL ALUMNO MIENTRAS ESTÉ BAJO LA AUTORIDAD EDUCATIVA. ADEMÁS DE LAS CLASES, QUE ES EL CASO MÁS COMÚN E INDISCUTIDO, EL ESTABLECIMIENTO ES RESPONSABLE POR LOS DAÑOS QUE SUFRA EN CLASES, PARTIDOS DE FÚTBOL ORGANIZADOS POR EL COLEGIO, RUGBY, NATACIÓN, SOFTBALL, CAMPEONATOS INTERCOLEGIALES, EXCURSIONES, INCLUIDO EL RECREO.

EL ÁMBITO ESCOLAR DEBE SER ENTENDIDO CON CRITERIO AMPLIO, COMPRENDIENDO TODAS LAS ACTIVIDADES ORGANIZADAS Y CONTROLADAS POR LA ENTIDAD EDUCATIVA, COMO POR EJEMPLO CAMPAMENTOS, VIAJES DE ESTUDIOS, VISITAS A MUSEOS Y MONUMENTOS, TEATROS, CEREMONIAS RELIGIOSAS.

EL COLEGIO ES RESPONSABLE SI EL ALUMNO SALE DE CLASE EN "HORA LIBRE", PORQUE COMO AHORA DICE EL ARTÍCULO "DEBÍA" ESTAR BAJO LA AUTORIDAD EDUCATIVA. EL COLEGIO NO RESPONDE SI EL ALUMNO FALTA AL COLEGIO SIN AVISAR A SUS PADRES ("RABONA" O "YUTA").

6. CAUSAL DE EXIMICIÓN

EL FACTOR SUBJETIVO ES AGRAVADO. LA LEY ES MUY RIGUROSA RESPECTO AL PROPIETARIO, QUIEN SÓLO SE EXCUSA DE RESPONDER SI PROBARE EL CASO FORTUITO.

COMO LO QUE SE BUSCA ES PREVENIR LOS DAÑOS QUE SUFRAN LOS MENORES, EL PROPIETARIO DEBE ASEGURARSE.

LA CULPA DE LA VÍCTIMA NO ES EXCUSA, INCLUSO CUANDO FUERE GRAVE, COMO POR EJEMPLO UN SUICIDIO. TAMPOCO EXCUSA EL DAÑO CAUSADO POR EL TERCERO POR QUIEN NO SE DEBE RESPONDER. EN AMBOS CASOS SÓLO PODRÁ EXIMIRSE POR EL HECHO DE LA VÍCTIMA O TERCERO POR QUIEN NO SE DEBE RESPONDER, SI ÉSTOS ASUMEN LA INEVITABILIDAD O IMPREVISIBILIDAD QUE TIENE EL CASO FORTUITO.

III. JURISPRUDENCIA

SE MANTIENE:

1. EL FACTOR DE ATRIBUCIÓN ES EL RIESGO CREADO (CNCIV., SALA D, 3/4/2008, RCYS, 2008-1002).

2. EL COLEGIO NO RESPONDE, PORQUE EL ALUMNO NO ESTÁ BAJO LA ACTIVIDAD ESCOLAR, EN EL CASO DE UNA EXCURSIÓN QUE NO FUE ORGANIZADA POR EL INSTITUTO SINO POR LOS PADRES DE LOS ALUMNOS, NINGÚN DOCENTE TOMÓ PARTE EN ELLA EN REPRESENTACIÓN DE LA ESCUELA Y TAMPOCO EL VIAJE ERA DE INTERÉS EDUCATIVO (CCIV. Y COM. FED., SALA I, 17/5/2005, RCYS, 2005-1159).

3. EL ESTABLECIMIENTO RESPONDE POR LOS DAÑOS QUE EL ALUMNO CAUSE A OTRO (CCIV., COM., MINAS, PAZ Y TRIB. MENDOZA, 24/4/2007, LA LEY ONLINE; CNCIVIL, SALA E, 10/10/2006, LA LEY, 2007-A, 367, RCYS, 2007-626; CNCIV., SALA M, 7/11/2005, RCYS, 2006-855; CNCIV., SALA I, 16/3/2004, RCYS 9 [OCTUBRE] 2004).

4. EL COLEGIO RESPONDE POR LOS DAÑOS QUE SUFRA EL ALUMNO EN PARTIDOS DE FÚTBOL ORGANIZADOS POR EL COLEGIO (CCIV. Y COM. MERCEDES, SALA I, 9/10/2008, LA LEY ONLINE; CNCIV., SALA D, 11/6/2007, LA LEY ONLINE; CNCIV., SALA B,

10/12/2006, RCYS, 2007-779).

5. Los maestros o directores, responden por culpa (CCiv. y Com. Mercedes, sala I, 10/8/2010, LLBA2010 [octubre], 1058. ST San Luis, 8/7/2010, LLGran Cuyo 2010 [octubre], 866. CCiv. y Com. Azul, sala I, 12/4/2006, La Ley Online. CNCiv., sala D, 23/3/2005, La Ley Online).

ART. 1768.— PROFESIONALES LIBERALES. LA ACTIVIDAD DEL PROFESIONAL LIBERAL ESTÁ SUJETA A LAS REGLAS DE LAS OBLIGACIONES DE HACER. LA RESPONSABILIDAD ES SUBJETIVA, EXCEPTO QUE SE HAYA COMPROMETIDO UN RESULTADO CONCRETO. CUANDO LA OBLIGACIÓN DE HACER SE PRESTE CON COSAS, LA RESPONSABILIDAD NO ESTÁ COMPRENDIDA EN LA SECCIÓN 7ª, DE ESTE CAPÍTULO, EXCEPTO QUE CAUSEN UN DAÑO DERIVADO DE SU VICIO. LA ACTIVIDAD DEL PROFESIONAL LIBERAL NO ESTÁ COMPRENDIDA EN LA RESPONSABILIDAD POR ACTIVIDADES RIESGOSAS PREVISTAS EN EL ARTÍCULO 1757.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El Código Civil no tenía ninguna norma sobre la responsabilidad de los profesionales.

Fuentes del nuevo código. La fuente parcial de este artículo es el 1625 del Proyecto de 1987, inc. 1 y 2.

Proyecto de 1998, art. 1681, 1682.

II. COMENTARIO

1. LAS PROFESIONES LIBERALES

El código ha dedicado un artículo a reglamentar la responsabilidad de uno de los ámbitos donde más daños se producen y donde mayor es el deber de cuidado.

De los profesionales se espera más porque tienen mayores conocimientos. A los profesionales, las personas les confían su salud, su patrimonio, su libertad, su vivienda y muchos no están a la altura de las circunstancias.

2. APLICACIÓN DE LAS OBLIGACIONES DE HACER

El código les aplica las reglas de las obligaciones de hacer. Una obligación es de hacer cuando consiste en una "prestación de un servicio o en la realización de un hecho, en el tiempo, lugar y modo acordados por las partes", art. 773. Pero lo más importante es el art. 774 que distingue tres tipos de obligaciones de hacer, las que pueden consistir:

a) en realizar cierta actividad, con la diligencia apropiada, independientemente de su éxito. Las cláusulas que comprometen a los buenos oficios, o a aplicar los mejores esfuerzos están comprendidas en este inciso;

b) en procurar al acreedor cierto resultado concreto, con independencia de su eficacia;

c) en procurar al acreedor el resultado eficaz prometido. La cláusula llave en mano o producto en mano está comprendida en este inciso.

Si el resultado de la actividad del deudor consiste en una cosa, para su entrega se aplican las reglas de las obligaciones de dar cosas ciertas para constituir derechos reales.

El primer inciso es el que reconoce la categoría de obligaciones de medios. El inc. b) es lo que se llama una obligación de medios reforzada o de resultado atenuada. El inc. c) es una típica obligación de resultado.

Según cuál sea la profesión, puede encuadrar en alguna de ellas. Por ejemplo, el inc. a es aplicable a los médicos o abogados patrocinantes: no pueden prometer la curación o la victoria, pero deben observar toda la diligencia posible para obtenerlas. El abogado apoderado puede responde por incumplimiento del inc.

f47 b), como ser el que debe presentar en término el escrito de apelación (obligación de resultado), pero no garantiza que la sentencia será revocada sino que sólo promete que la expresión de agravios reunirá los requisitos de ley (obligación de medios). El arquitecto que dirige la obra, garantiza la obtención de un resultado concreto: la entrega de la edificación prometida.

La importancia de aplicar las reglas tiene que ver con la carga de la prueba tanto de la diligencia como de la liberación.

Si se trata de una obligación de medios del inc. a) del art. 744, la víctima tiene que probar la culpa y el profesional puede eximirse demostrando la diligencia.

Si la obligación es del inc. b) del art. 744 la culpa se presume, la víctima solo necesita probar el incumplimiento pero no la culpa. El profesional puede eximirse demostrando que actuó con diligencia.

Si la obligación es del inc. c) del art. 744, basta la prueba del incumplimiento, la prueba de la diligencia no alcanza para eximirse y el profesional que no quiere paga los daños, debe probar la ruptura del nexo causal.

3. RESPONSABILIDAD SUBJETIVA

La responsabilidad es por regla subjetiva. Esto quiere decir que el profesional sólo responde por culpa. La culpa, además debe demostrarse por la víctima. Excepcionalmente se aplicarán las cargas probatorias dinámicas del art. 1735.

~~*3.1. OBLIGACIONES DE RESULTADO*~~

Cuando el profesional se comprometió a lograr un resultado y no lo cumplió, la responsabilidad no es subjetiva sino objetiva. Es un caso del inc. c del art. 744.

3.2. ACTIVIDAD PROFESIONAL QUE UTILIZA COSAS

En muchas situaciones los profesionales utilizan cosas riesgosas o peligrosas en su desempeño, de las cuales suelen ser dueños o guardianes. Sin embargo la responsabilidad no es objetiva. Sólo cuando la cosa es viciosa, el profesional responde en forma objetiva.

4. INAPLICABILIDAD DE LAS REGLAS DE ACTIVIDADES RIESGOSAS

La descripción que hace la ley en el art. 1757. De lo que se considera como una actividad riesgosa o peligrosa, podría predicarse de la actividad profesional. La ley sin embargo se encarga de aclarar que, por más que la actividad profesional sea peligrosa o riesgosa, no se aplica el art. 1757. Hay especialidades médicas de alto riesgo en las que la aplicación de un factor objetivo conduciría a su desaparici

'F3n o imposibilidad de asegurarse.

III. JURISPRUDENCIA

Se mantiene:

1. El médico es responsable por las quemaduras producidas durante una operación de próstata por un electrobisturí (CNCiv., sala L, 26/9/2001, JA, 2002-II-599.

2. El abogado que presenta fuera de término un memorial de expresión de agravios es responsable (CNCiv., sala F, 30/3/2005, JA, 2005-II-6).

3. Tratándose de responsabilidad médica, para que proceda el resarcimiento de los perjuicios sufridos, debe acreditarse de modo fehaciente la relación de causalidad entre el obrar culposo y el daño sufrido (SC, 23/4/2002, JA, 2003-I-585).

ART. 1769.— ACCIDENTES DE TRÁNSITO. LOS ARTÍCULOS REFERIDOS A LA RESPONSABILIDAD DERIVADA DE LA INTERVENCIÓN DE COSAS SE APLICAN A LOS DAÑOS CAUSADOS POR LA CIRCULACIÓN DE VEHÍCULOS.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El Código Civil no contiene normas que regulen la responsabilidad en accidentes de tránsito. Obviamente no existían al momento de su sanción, pero tampoco fueron incorporadas con posterioridad.

Fuentes del nuevo código: Proyecto de 1998, art. 1684.

II. COMENTARIO

1. EL VEHÍCULO COMO COSA RIESGOSA

Siempre se dijo que la reforma de la ley 17.711 se hizo por el "fantasma del automóvil", porque jurisprudencia había afinado la culpa hasta tal punto que no era posible eximirse de responder, porque la sola ocurrencia del accidente hacía presumir la culpa.

El artículo recoge lo que la jurisprudencia ha dicho por más de cuarenta años desde la incorporación de la teoría del riesgo a la 17.711. El vehículo en movimiento, de cualquier tipo que sea, es una cosa riesgosa.

2. NORMAS QUE SE APLICAN

A los accidentes de automotores se aplican las reglas de los art. 1757 y las causales de eximición de responsabilidad: hecho de la víctima 1729, hecho del tercero asimilable al caso fortuito, art. 1731, uso contra la voluntad expresa o presunta del dueño, 1758, caso fortuito extraño al riesgo propio de la cosa, art. 1733, inc. e).

En cuanto a la prueba, el accidente no se presume, y la prueba de la causalidad recae sobre quien la invoca. La prueba de las eximentes está en cabeza del dueño o guardián.

Toda la elaboración jurisprudencial de la responsabilidad por automotores, bajo la vigencia del código sustituido, sigue siendo de aplicación.

3. SUJETOS RESPONSABLES

Son responsables el dueño y el guardián del automotor. Por dueño, en materia de automotores, debe entenderse al titular inscripto, quien si no efectuó la transferencia deberá haber realizado la denuncia de venta, o al menos acreditar fehacientemente la transferencia de la guarda.

III. JURISPRUDENCIA

Se mantiene:

1. La invasión del carril contrario o circulación a contramano hace presumir su responsabilidad (CCiv. y Com. Azul, sala 2ª, 12/7/1996, JA, 2000-II-síntesis).

2. El rodado detenido en el carril de una autopista configura una anomalía de tal magnitud e imprevisibilidad, que en términos de normalidad no responsabiliza al conductor que lo embistiera (CNCiv., sala B, 9/5/1997, JA, 2000-II-síntesis).

3. El peatón que cruza por donde no debe, puede ser en algunos casos, considerado parcialmente causante de sus propios daños (CNCiv., sala E, 2/6/2010, JA, 2010-IV-fasc. nro 11, p. 43, Lexis nro. 70065542).

4. El automóvil es una cosa riesgosa, y en caso de colisión de dos automotores, cada uno se presume responsable de los daños que sufrió el otro. No hay en esos casos neutralización de riesgos (CSJN, Fallos: 310:2804).

5. Cruzar el semáforo en luz roja también destruye la presunción del vehículo embistente, o en avenidas de doble mano (CFed. Mar del Plata, 6/2/1997, JA, 2001-II-síntesis).

ART. 1770.— PROTECCIÓN DE LA VIDA PRIVADA. EL QUE

ARBITRARIAMENTE SE ENTROMETE EN LA VIDA AJENA Y PUBLICA RETRATOS, DIFUNDE CORRESPONDENCIA, MORTIFICA A OTROS EN SUS COSTUMBRES O SENTIMIENTOS, O PERTURBA DE CUALQUIER MODO SU INTIMIDAD, DEBE SER OBLIGADO A CESAR EN TALES ACTIVIDADES, SI ANTES NO CESARON, Y A PAGAR UNA INDEMNIZACIÓN QUE DEBE FIJAR EL JUEZ, DE ACUERDO CON LAS CIRCUNSTANCIAS. ADEMÁS, A PEDIDO DEL AGRAVIADO, PUEDE ORDENARSE LA PUBLICACIÓN DE LA SENTENCIA EN UN DIARIO O PERIÓDICO DEL LUGAR, SI ESTA MEDIDA ES PROCEDENTE PARA UNA ADECUADA REPARACIÓN.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

EL CÓDIGO CIVIL DE VÉLEZ NO CONTENÍA NINGUNA DISPOSICIÐ3N RELATIVA A LA INTIMIDAD, SINO QUE TAL PROTECCIÓN FUE INCORPORADA CON POSTERIORIDAD AL DERECHO ARGENTINO, MEDIANTE EL ART. 1071 BIS, CÓD. CIVIL, INCORPORADO POR LA LEY 21.173.

PROYECTO DE 1998, ART. 105.

II. COMENTARIO

ANGFENP11274 1. EL DERECHO A LA INTIMIDAD

LA PROTECCIÓN A LA INTIMIDAD DERIVA DIRECTAMENTE DE LA CONSTITUCIÓN. EL ART. 19, CN, CREA LA DENOMINADA ZONA DE RESERVA DE LA PERSONA, PARA AQUELLAS "ACCIONES PRIVADAS DE LOS HOMBRES QUE DE NINGÚN MODO OFENDAN AL ORDEN Y A LA MORAL PÚBLICA NI PERJUDIQUEN A UN TERCERO..." QUE "...ESTÁN RESERVADAS SÓLO A DIOS, Y EXENTAS DE LA AUTORIDAD DE LOS MAGISTRADOS".

ADEMÁS, EL ART. 11 DEL PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA ES AÚN MÁS CLARO AL GARANTIZAR: "2. NADIE PUEDE SER OBJETO DE INJERENCIAS ARBITRARIAS O ABUSIVAS EN SU VIDA PRIVADA, EN LA DE SU FAMILIA, EN SU DOMICILIO O EN SU CORRESPONDENCIA, NI DE ATAQUES A SU HONRA O REPUTACIÓN".EN EL CASO DE LOS NIÑOS, LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO ESTABLECE EN SU ART. 16: "1. NINGÚN NIÑO SERÁ OBJETO DE INJERENCIAS ARBITRARIAS O ILEGALES EN SU VIDA PRIVADA, SU FAMILIA, SU DOMICILIO O SU CORRESPONDENCIA, NI DE ATAQUES ILEGALES A SU HONRA Y A SU REPUTACIÓN. 2. EL NIÑO TIENE DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA LEY CONTRA ESAS INJERENCIAS O ATAQUES".

EL ART. 1770 ES REPRESENTATIVO DE LA FUNCIÓN PREVENTIVA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL, PORQUE LA ACCIÓN PRINCIPAL QUE RECONOCE NO ES LA DE DAÑOS, SINO LA DE CESACIÓN DE PERTURBACIÓN DE LA INTIMIDAD. SE RELACIONA DIRECTAMENTE CON EL ART. 52, QUE DICE: "LA PERSONA HUMANA AFECTADA EN SU INTIMIDAD PERSONAL O FAMILIAR, HONRA O REPUTACIÓN, IMAGEN O IDENTIDAD, O QUE DE CUALQUIER MODO RESULTE MENOSCABADA EN SU DIGNIDAD PERSONAL, PUEDE RECLAMAR LA PREVENCIÓN Y REPARACIÓN DE LOS DAÑOS SUFRIDOS, CONFORME A LO DISPUESTO EN EL LIBRO TERCERO, TÍTULO V, CAPÍTULO 1."

LAS IX JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL ANALIZARON EL ART. 1071 BIS, DESTACÁNDOSE ENTRE OTRAS LAS SIGUIENTES CONCLUSIONES: "A) SÓLO LAS PERSONAS DE EXISTENCIA VISIBLE SON TITULARES DEL DERECHO A LA INTIMIDAD, NO ASÍ LAS PERSONAS JURÍDICAS, B) LOS MUERTOS CARECEN DE INTIMIDAD, SIN PERJUICIO DEL RESPETO GENÉRICO DEBIDO A LOS DIFUNTOS Y DE LOS DERECHOS DE LOS ALLEGADOS QUE INVOQUEN UN INTERÉS LEGÍTIMO. ADEMÁS SE ACLARÓ QUE LA 'ARBITRARIEDAD' SE REFIERE A LA ANTIJURIDICIDAD DE LA CONDUCTA LESIVA, SALVO QUE SE ACREDITE LA CONCURRENCIA DE UNA CAUSA DE JUSTIFICACIÓN; QUE NO ES NECESARIA LA CONCURRENCIA DE DOLO O CULPA PARA QUE SE APLIQUE EL ARTÍCULO; QUE LA SOLA VIOLACIÓN DE LA INTIMIDAD, QUE NORMALMENTE PRODUCE DAÑO MORAL, FACULTA AL JUEZ A IMPONER UNA INDEMNIZACIÓN EQUITATIVA AUNQUE NO SE PRUEBE NINGÚN DAÑO, SIN PERJUICIO DE LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS GENERALES SI ESTO SE DEMUESTRA; QUE LA INDEMNIZACIÓN POR VIOLACIÓN A LA INTIMIDAD ES UNA VERDADERA INDEMNIZACIÓN Y NO UNA INDEMNIZACIÓN DE EQUIDAD, PERO QUE ESA EQUIDAD ES UN CRITERIO PARA LA FIJACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN".

2. REPARACIÓN PLENA

EL ART. 7 1071 BIS FUE CRITICADO POR RECONOCER UNA INDEMNIZACIÓN "EQUITATIVA". EL CÓDIGO ACTUAL SE HIZO ECO DE ESAS CRÍTICAS Y RECONOCE AL DAMNIFICADO "UNA INDEMNIZACIÓN QUE DEBE FIJAR EL JUEZ". NO ES UNA INDEMNIZACIÓN DE EQUIDAD SINO PLENA.

3. DIFERENCIA DE LA VIOLACIÓN A LA INTIMIDAD CON LOS DAÑOS AL HONOR

LA VIOLACIÓN A LA INTIMIDAD SE DIFERENCIA DE LOS DAÑOS AL HONOR COMO LA CALUMNIA O LA INJURIA, EN QUE EN ESTOS ÚLTIMOS EL HECHO NORMALMENTE ES FALSO O ES INSULTANTE. ADEMÁS SI EL DEMANDADO PRUEBA LA VERDAD DEL HECHO CALUMNIOSO NO HAY REPARACIÓN. EN LA VIOLACIÓN A LA INTIMIDAD EL HECHO QUE SE PUBLICA NO NECESARIAMENTE ES FALSO. NORMALMENTE ES VERDADERO, PERO NADIE TIENE DERECHO A CONOCERLO.

TODO HOMBRE TIENE DERECHO A GUARDARSE PARA SÍ ALGO QUE NO QUIERE COMPARTIR CON LOS DEMÁS PORQUE EN NADA LES MEJORA SU VIDA. ES COMO LO DICE LA JURISPRUDENCIA NORTEAMERICANA, SIGUIENDO A COOLEY, EL DERECHO A SER DEJADO SOLO (RIGHT TO BE LET ALONE).

LA VIOLACIÓN A LA INTIMIDAD TIENE LUGAR CUANDO SE INTERFIERE INTENCIONALMENTE EN LOS ASUNTOS PRIVADOS, LA VIDA, LA RESIDENCIA DE OTRA PERSONA, LAS COMUNICACIONES. POR EJEMPLO SI SE REALIZAN ESCUCHAS TELEFÓNICAS NO AUTORIZADAS; SE HACE LLAMADAS TELEFÓNICAS INSISTENTES Y MOLESTAS; SE RECOLECTAN DATOS PERSONALES O SENSIBLES, Y LUEGO SE LOS VENDE O DIFUNDE, COMO DATOS CREDITICIOS, LOS ARCHIVOS DE UNA OBRA SOCIAL O UN CONSULTORIO MÉDICO. EL MEDIO PARA LA PUBLICACIÓN NO ES SÓLO LA PRENSA ORAL O ESCRITA, SINO QUE EN LA ACTUALIDAD ES MUY PROBABLE QUE SE COMETA MEDIANTE INTERNET.

LA REVELACIÓN PÚBLICA DE HECHOS ÍNTIMOS O PRIVADOS ES LA FORMA MÁS COMÚN DE VIOLACIÓN LA INTIMIDAD. SEGÚN PROSSER, PARA QUE ELLA SUCEDA SE DEBEN DAR ALGUNAS CONDICIONES:

1) REVELACIÓN PÚBLICA Y NO PRIVADA. LA VIOLACIÓN EXISTE CUANDO HAY PUBLICACIÓN, LO QUE QUIERE DECIR EN UN MEDIO QUE TENGA DIFUSIÓN O ALCANCE GENERAL.

2) Los hechos revelados deben ser privados y no públicos. Las ambiciones de un político, por más privada que haya sido la reunión donde las confesó, no violan la intimidad.

3) El material publicado debe ser ofensivo a una persona razonable y no hipersensible. Por ejemplo la divulgación del nombre de una víctima de violación, o de un menor víctima o autor de un delito.

4) El público en general no debe tener derecho a saber esa información. Por ejemplo la salud del presidente o del Papa, siempre que se trate de enfermedades que puedan repercutir en desempeño.

4. FALTA DE ARBITRARIEDAD

No hay arbitrariedad si el propio titular dio a conocer el hecho que viola su intimidad o si el hecho sucedió en un lugar público, o si se trata de un asunto de interés público. Lo mismo sucede si la violación a la intimidad persigue un propósito superior, como es castigar un delito y fue ordenada por un juez, como s31505er la interceptación de correspondencia o intervención de líneas telefónicas.

En otros casos la falta de arbitrariedad dependerá del deber de cuidado que se observe. Por ejemplo, un médico tiene el deber de reportar cualquier enfermedad que pueda desencadenar una epidemia, pero ello no quiere decir que deba publicar el nombre y apellido de la persona, sino solo sus iniciales. Lo mismo si decide utilizar el caso de su paciente para la enseñanza o en un congreso científico. Lo prudente es que guarde el anominato.

III. JURISPRUDENCIA

1. Hay violación de la intimidad si se difunde por la televisión la filmación, sin consentimiento, de una despedida de soltero en la que el actor aparece atado a una silla y dos mujeres bailando frente a él una danza erótica (CNCiv., sala E, 30/4/2009, La Ley Online).

h2. Hay violación a la intimidad si se publica una nota periodística en la cual se da cuenta de las relaciones paralelas que habría mantenido el actor durante su matrimonio pues, aun cuando se trate de hechos verídicos, debe concluirse que dicha información ha sido difundida con el mero designio de desacreditar, sin que medie un interés general que justifique su divulgación (CNCiv., sala E, 25/11/2005, DJ del 17/5/2006, 197).

3. Si el hecho violatorio de la intimidad fue conocido por causa del propio comportamiento del damnificado no hay violación a la intimidad (CCiv. y Com. Córdoba, sala 7ª, 11/9/2003, JA, 2004-II-253, con nota de Crovi, Luis, "La libertad de prensa y las noticias verdaderas ridiculizadas").

ART. 1771.— ACUSACIÓN CALUMNIOSA. EN LOS DAÑOS CAUSADOS POR UNA ACUSACIÓN CALUMNIOSA SÓLO SE RESPONDE POR DOLO O CULPA GRAVE.

EL DENUNCIANTE O QUERELLANTE RESPONDE POR LOS DAÑOS DERIVADOS DE LA FALSEDAD DE LA DENUNCIA O DE LA QUERELLA SI SE PRUEBA QUE NO TENÍA RAZONES JUSTIFICABLES PARA CREER QUE EL DAMNIFICADO ESTABA IMPLICADO.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El artículo está inspirado en el 1090 del Código, con algunas modificaciones.

Proyecto de 1998, art. 106.

II. COMENTARIO

1. LA NOCIÓN DE ACUSACIÓN CALUMNIOSA

La acusación calumniosa produce un daño sumamente grave. Se configura cuando el sujeto es acusado falsamente de un delito ante la justicia penal y tiene que defenderse. Comparte el rasgo común con la calumnia en que existe una falsa imputación de un delito. La diferencia, que es lo que hace más dañina la acusación calumniosa es que pone en marcha el aparato represivo. En definitiva el calumniado es dueño de seguir adelante con su vida e ignorar la difamación. El falsamente denunciado no tiene otra opción que comparecer a un tribunal a defenderse.

La acusación calumniosa produce un gran daño moral sin duda alguna, pero el daño patrimonial también es mayor que en la calumnia, porque puede haber gastos de defensa y lucro cesante por la prisión preventiva.

2. FACTOR AGRAVADO

1025 Se exige dolo o culpa grave, con lo que queda descartada la denuncia culposa, que no será indemnizable. La acusación calumniosa permite que se denuncie con cierta tranquilidad porque no habrá responsabilidad a menos que haya mala intención o temeridad. De esta manera también los funcionarios que tienen obligación de denunciar están más protegidos. Lo que se quiere evitar es también el uso extorsivo o abusivo del proceso penal.

En el segundo párrafo de aclara que hay dolo o culpa grave si se prueba que el denunciante o querellante "no tenía razones justificables para creer que el damnificado estaba implicado".

3. CALUMNIA E INJURIA

La calumnia y la injuria no exigen un factor agravado, porque se puede calumniar sin acusar ante la justicia. En esos casos, si se trata de un asunto de interés público, se aplicará la doctrina de la real malicia. Sorprende que el código no la haya incluido, pero como la Corte Suprema ha dicho que es una doctrina constitucional debe entenderse que sus reglas son de aplicación.

Si no se trata de una figura pública o de un asunto de interés público, la víctima será indemnizada si prueba que el hecho es falso si se trata de una calumnia. No habrá responsabilidad si se prueba que el hecho es verdadero, art. 1779 inc. a). Si se trata de una injuria se responde con la sola demos-

TRACIÓN DEL CARÁCTER INJURIOSO DEL ENUNCIADO.

III. JURISPRUDENCIA

1. EL HECHO DE QUE SE SOBRESEA AL DENUNCIADO NO QUIERE DECIR QUE AUTOMÁTICAMENTE SE DEBA INDEMNIZAR (CNCIV., SALA G, 2/10/2007, LA LEY ONLINE; CSJN, 29/5/2007, LA LEY, 2007-D, 272, RCYS, 2007-925.

2. NO HAY ACUSACIÓN CALUMNIOSA SI LOS MOTIVOS DE LA DENUNCIA FUERON SERIOS (CNCIV., SALA B, 28/2/2003, LA LEY, 2003-D, 962).

3. A EFECTOS DE ENCUADRAR UNA CONDUCTA EN LA FIGURA DE LA ACUSACIÓN CALUMNIOSA, CABE EXIGIR QUE EL DENUNCIANTE HAYA ACTUADO CON DOLO O CULPA GRAVE AL EFECTUAR LA IMPUTACIÓN, POR CUANTO DEBE PROCURARSE PRESERVAR EL INTERÉS SOCIAL EN LA INVESTIGACIÓN Y REPRESIÓN DE LOS DELITOS (CNCIV., SALA H, 25/8/2006, LA LEY ONLINE).

4. PARA QUE PROCEDA LA DEMANDA POR LOS DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADOS DE UNA DENUNCIA PENAL QUE RESULTÓ DESESTIMADA, ES NECESARIO PROBAR EL CONOCIMIENTO DE LA FALSEDAD DE LA ACUSACIÓN POR PARTE DEL DENUNCIANTE, O BIEN SU NEGLIGENCIA (CNCIV., SALA F, 2/7/2009, LA LEY ONLINE).

5. NO ES POSIBLE EXIGIR A LOS QUE SE SIENTEN VÍCTIMAS DE DELITOS QUE SÓLO FORMULEN LA ACUSACIÓN CUANDO ESTÉN MUNIDOS DE PRUEBAS INCONTESTABLES QUE NO DEJEN DUDAS SOBRE LA AUTORÍA. REQUERIR TALES EXTREMOS EQUIVALDRÍA A IMPONERLES A LOS DENUNCIANTES UNA CARGA POLICIAL EXHAUSTIVA EN LA INVESTIGACIÓN DE LOS DELITOS PARA NO ERRAR RESPECTO DE LA MANIFESTACIÓN QUE FORMULAN ANTE LA AUTORIDAD, LABOR QUE POR CIERTO NO LES COMPETE (CNCIV., SALA B, 30/6/2011, JA DEL 30/11/2011, 63).

SECCIÓN 10ª

EJERCICIO DE LAS ACCIONES DE RESPONSABILIDAD

POR EDGARDO LÓPEZ HERRERA

BIBLIOGRAFÍA CLÁSICA: *HBUSTAMANTE ALSINA, JORGE, TEORÍA GENERAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL, 8ª ABELEDO-PERROT, BUENOS AIRES, 1997; CAMMAROTA, ANTONIO, RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL, HECHOS Y ACTOS ILÍCITOS, DEPALMA, BUENOS AIRES, 1947, T. 2; LLAMBÍAS, JORGE JOAQUÍN, TRATADO DE DERECHO CIVIL - OBLIGACIONES, BUENOS AIRES, ABELEDO-PERROT, T. 4-A; SALVAT, RAYMUNDO M., TRATADO DE DERECHO CIVIL ARGENTINO, FUENTES DE LAS OBLIGACIONES, TIPOGRÁFICA EDITORA ARGENTINA, BUENOS AIRES, 1958, 2ª ED. ACTUALIZADA POR ARTURO ACUÑA ANZORENA, T° IV.*

Art. 1772.— Dacos causados a cosas o bienes. Sujetos legitimados. La reparaciyn del menoscabo a un bien o a una cosa puede ser reclamado por:

a) el titular de un derecho real sobre la cosa o bien;

b) el tenedor y el poseedor de buena fe de la cosa o bien.

I. RELACIYN CON EL CYDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

En el Cydigo Civil habнa varias disposiciones relativas a los dacos a las cosas o bienes. Los arts. 1091, 1092, 1093 y 1094, trataban los llamados delitos contra la propiedad, a saber: hurto, usurpaciyn de dinero y destrucciyn de cosa ajena.

El Proyecto de la Comisiyn Federal de 1993 regulaba de manera muy similar a los legitimados para reclamar por los dacos a cosas o bienes.

Proyecto de 1998, art. 1687 2° parrafo.

II. COMENTARIO

1. Legitimados para reclamar dacos a una cosa o un bien

0Para el cydigo un bien es material es una cosa y un bien inmaterial es un bien a secas (art. 16) Ambos pueden ser dacados.

El artнculo se ocupa respecto de quienes pueden pedir la reparaciyn de esos dacos.

2. El titular de un derecho real

Siempre el damnificado mбs evidente es el titular del derecho de propiedad. Pero la ley es mбs extensa y recoge la rica jurisprudencia que fue expandiendo el abanico de legitimados.

Asн pueden reclamar por los dacos sufridos por la cosa o bien:

3. El tenedor y el poseedor de buena fe

El tenedor tiene legitimaciyn para reclamar por los dacos a la cosa, porque es quien tiene el goce de la cosa y el daco perturba su derecho.

En cuanto al poseedor, el cydigo distingue. El ъnico que tiene legitimaciyn es el poseedor de buena fe. Segъn el art. 1918 el poseedor es de buena fe "si no conoce, ni puede conocer que carece de derecho, es decir, cuando por un error de hecho esencial y excusable estб persuadido de su legitimidad".

Es de mala fe (art. 1919): a) cuando el tнtulo es de nulidad manifiesta; b) cuando se adquiere de persona que habitualmente no hace tradiciyn de esa clase de cosas y carece de medios para adquirirlas; c) cuando recae sobre ganado marcado o secalado, si el diseco fue registrado por otra persona. Es viciosa, art. 1921, cuando "es de cosas muebles adquiridas por hurto, estafa, o abuso de confianza; y cuando es de inmuebles, adquiridos por violencia, clandestinidad, o abuso de confianza. Los vicios de la posesiyn son relativos respecto de aquel contra quien se ejercen. En todos los casos, sea por el mismo que causa el vicio o por sus agentes, sea contra el poseedor o sus representantes".

III. JURISPRUDENCIA

1. Estбn legitimados para reclamar la indemnizaciyn del daco causado a las cosas, su dueco, poseedor, heredero, usufructuario, usuario o mero tenedor, mбs

cada uno de ellos en la medida que el detrimento irrogue perjuicio a su respectivo interïs (CNEsp. Civ. y Com. en Pleno, 23/9/1985, JA, 1986-I-226).

2. El inquilino de un departamento tiene legitimaciyn para cobrar los dacos producidos a la unidad que alquila por filtraciones provenientes de otro departamento (CNCiv., sala H, 25/3/2003, LA LEY, 2003-B, 145).

3. El usuario tiene legitimaciyn para reclamar dacos (CNCom., sala C, 24/4/1996, JA, 1997-II-180).

f31505Art. 1773.— Acci y n contra el responsable directo e indirecto. El legitimado tiene derecho a interponer su acci y n, conjunta o separadamente, contra el responsable directo y el indirecto.

I. Relaciyn con el Cydigo Civil. Fuentes del nuevo texto

En el Cydigo Civil el art. 1122 decha que las personas damnificadas por los dependientes o domïsticos pueden perseguir directamente ante los tribunales civiles a los que son civilmente responsables del daco, sin estar obligados a llevar a juicio a los autores del hecho, en lo que serha lo mßs parecido al actual art. 1773.

Proyecto de 1998, art. 1692.

II. Comentario

1. Obligaciones concurrentes

La hipytesis regulada por el arthculo es la del daco que tiene un responsable directo, definido por el art. 1749 como "quien incumple una obligaciyn por sh o por un tercero, u ocasiona un daco injustificado por acciyn u omisiyn" y un responsable indirecto, por el hecho de otro, como por ejemplo el principal por el dependiente, el padre por el hecho del hijo.

La vhctima no necesita demandar al responsable directo para poder ser reparada por el responsable indirecto. La razyn es porque se trata de obligaciones concurrentes. Cada uno de ellos responde por distinta causa. Por ejemplo, el empleado puede responder por culpa; el principal por la garantha.

Queda a decisiyn de la vhctima si necesita demandar a todos los responsables o sylo a algunos.

Lo que la norma no dice, y que es una posibilidad prevista en los cydigos procesales, es la facultad que tiene el responsable indirecto de solicitar la citaciyn del responsable directo, a fin de poder oponerle la sentencia y poder ejercer la acciyn de regreso.

III. Jurisprudencia

1. La empresa que no es titular del vehhculo que protagonizy un accidente de trßnsito al embestir a un ciclista debe ser responsabilizada en forma concurrente con el conductor en tanto, si bien no era la titular registral del vehhculo, se acredity que lo utilizaba y que el conductor era dependiente suyo (CNCiv., sala L, 29/9/2010, La Ley Online).

2. Debe rechazarse la demanda de dacos y perjuicios interpuesta contra una municipalidad por los padres de un menor que falleciy cuando el vehhculo en el que era transportado colisiony con una excavaciyn y un monthculo de tierra provenientes de una obra realizada por la empresa prestataria de un servicio pъblico, si los reclamantes celebraron con dicha empresa un acuerdo extrajudicial por el que recibieron un resarcimiento por el hecho y manifestaron no tener mßs nada que reclamarle, pues tratßndose de una obligaciyn concurrente cuyo objeto debido es ъnico, debe concluirse que el pago efectuado por uno de los codeudores extinguiy las obligaciones de los restantes (C1ª Civ., Com., Minas, Paz y Trib. Mendoza, 8/7/2009, RCyS, 2010-III).

3. El hecho de que un tercero que no intervino en el proceso haya concurrido parcialmente en la producciyn del accidente de trßnsito por el cual se responsabilizy al conductor demandado, no exime a ёste del deber de responder frente a la vhctima por la totalidad de los dacos ocasionados, ello en virtud del principio de la solidaridad ante la obligaciyn resarcitoria que establece el art. 1109 del Cyd. Civil (C5ª Civ., Com., Minas, Paz y Trib. Mendoza, 6/5/2009, La Ley Online).

Secciyn 11ª

Acciones civil y penal

d

Por s23Edgardo Łypez Herrera

Bibliografha de la reforma: Galmarini, Pedro, "Gestiyn de negocios, empleo ъtil, enriquecimiento sin causa, declaraciyn unilateral de voluntad", en Rivera, Julio C. (dir.) - Medina, Graciela (coord.), *Comentarios al proyecto de Cydigo Civil y Comercial de la Naciyn 2012*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012; Łypez Mesa, Marcelo J., "La gestiyn de negocios ajenos, en el marco del Proyecto de reforma al Cydigo Civil", El Dial, 10/8/2012; Saux, Edgardo I., "Ejercicio de las acciones de responsabilidad civil y penal", en Rivera, Julio Cёsar (Director) - Medina, Graciela (Coordinadora), *Comentarios al Proyecto de Cydigo Civil y Comercial de la Naciyn 2012*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012.

Bibliografha clбsica: Alterini, Atilio – Ameal, Oscar J. – Łypez Cabana, Roberto M., *Derecho de obligaciones civiles y comerciales*, 2ª ed., LexisNexis - Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2003; Alterini, Atilio A. - Ameal, Oscar J. - Łypez Cabana, Roberto M., *Derecho de obligaciones civiles y comerciales*, 3ª ed., LexisNexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2006; Borda, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, 9ª ed., actualizado por Borda, Alejandro, t. II, LA LEY, Buenos Aires, 2008; Borda, Guillermo, *Obligaciones*, t. II, Perrot, Buenos Aires, 1989; Bustamente Alsina, Jorge, *Teorha general de la responsabilidad civil* 8ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997; Compagcucci de Caso, Rubёn H., "La gestiyn de negocios y el principio de 'no injerencia'", LA LEY, 1998-E, 867; Creus, Carlos, *Influencias del proceso penal sobre el proceso civil*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1979; cs1De Mundo, José A. M., "Contribución al estudio del empleo ътil", LA LEY, 72-771,

oct-dic. 1953; GHERSI, CARLOS A., "El empleo útil y la acción de reembolso", en GHERSI, CARLOS A. (dir.), *Manual de contratos civiles, comerciales y de consumo*, LA LEY, Buenos Aires, 2009; HIGHTON, ELENA I., "La suspensión del juicio a prueba ('probation') y el proceso civil. ¿Cómo juega la normativa civil cuando en causa penal no hay condena ni absolución, sino suspensión del proceso a prueba?", *Revista de Derecho de Daños*, 2002-3; KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA, "Comentario al art. 1097", en BELLUSCIO, AUGUSTO (dir.), *Código Civil y leyes complementarias*, t. 5, Astrea, Buenos Aires, 1984; KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA, "El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y el artículo 1101 del Código Civil", *Revista de Derecho de Daños*, 2002-3; KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA, "La gestión de negocios en la jurisprudencia argentina. Nuevas tendencias doctrinales y los proyectos de reformas unificadores de la legislación civil y comercial", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 6, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994; LAVALLE COBO, JORGE E., "Comentario a los arts. 2288 a 2305", en BELLUSCIO, AUGUSTO C. (dir.) – ZANNONI, EDUARDO A. (coord.), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, t. 9, Astrea, Buenos Aires, 2004; LLAMBÍAS, JORGE J., *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, t. IV-B, actualizado por Raffo Benegas, Patricio, Editorial Perrot, Buenos Aires, 2005; LÓPEZ MESA, MARCELO J, "La gestión de negocios ajenos. Sobre algunas posibilidades de utilización práctica de esa figura y sus presupuestos de aplicación", JA, 2009-III-1363; LORENZETTI, RICARDO LUIS, "El acto ilícito civil que es a la vez delito penal. El dolo en la responsabilidad civil contractual y extracontractual", *Revista de Derecho de Daños*, 2002-3; LOUTAYF RANEA, ROBERTO - COSTAS,47 Luis Fiilix, *La acción civil en sede penal*, Astrea, Buenos Aires, 2002; MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, GRACIELA, "Comentario al art. 1097", en BUERES, ALBERTO (dir.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, t. 3-A, Hammurabi, Buenos Aires, 1999; MOSSET ITURRASPE, JORGE, "La independencia de la acción civil frente a la penal. El porqué de esta 'independencia sustancial'", *Revista de Derecho de Daños*, 2002-3; MOSSET ITURRASPE, JORGE, *Responsabilidad por daños*, cit., t. II-B, Ediar, Buenos Aires, 1982; PARELLADA, CARLOS A., "La revisión de la sentencia criminal y sus efectos sobre el pronunciamiento civil. Las razones para la revisión", en *Revista de Derecho de Daños*, 2002-3; PERALTA REYES, VÍCTOR M., "Efectos de la cosa juzgada penal sobre el juicio civil. El supuesto de sentencia penal absolutoria", LA LEY, 2005-B del 29/3/2005; PESSOA, NELSON R., "Sentencia absolutoria en el proceso penal y sus consecuencias en el proceso civil", JA, 1990-IV-842; PIEDECASAS, MIGUEL A., "Incidencia de la sentencia penal en relación con la sentencia civil", *Revista de Derecho de Daños*, 2002-3; PIZARRO, RAMÓN D., Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación. Daños por noticias inexactas o agraviantes, Hammurabi, Buenos Aires, 1991; SALVAT, RAYMUNDO M., *Tratado de derecho civil argentino. Fuentes de las obligaciones*, segunda ed. actualizada por Acuña Anzorena, Arturo, t. III, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1954; SAUX, EDGARDO I., "Comentario al art. 1101" en RSID9849094 BUERES, ALBERTO (dir.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, t. 3-A, Hammurabi, Buenos Aires, 1999; SPOTA, ALBERTO G., *Instituciones de derecho civil. Contratos*, vols. I-II, Depalma, Buenos Aires, 1984; TABERNERO, RODOLFO, "El sobreseimiento. Su alcance con relación al art. 1103 del Código Civil", JA, 1986-IV-897; TRIGO REPRESAS, FÉLIX A. - LÓPEZ MESA, MARCELO J., *Tratado de la responsabilidad civil*, t. I, 1ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2004; ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE, *Daños a las personas*, cit., t. 2-c,, Hammurabi, Buenos Aires, 1990.

◆◆◆

trparArt. 1774.— **Independencia. La acción civil y la acción penal resultantes del mismo hecho pueden ser ejercidas independientemente. En los casos en que el hecho dañoso configure al mismo tiempo un delito del derecho criminal, la acción civil puede interponerse ante los jueces penales, conforme a las disposiciones de los códigos procesales o las leyes especiales.**

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

En el art. 1096, el código decía que "sólo puede ser demandada" la indemnización por acción civil independiente de la criminal. Pero varias décadas más tarde, cuando se sancionó el Código Penal, en el art. 29, se otorgaron poderes al juez penal para dictar sentencia de indemnización del daño.

Proyecto de 1998, art. 1695.

II. COMENTARIO

1. Principio de independencia

Cuando un hecho dañoso es al mismo tiempo un delito penal, por ejemplo un homicidio, forzosamente habrá una causa penal. Se despejan todas las dudas sobre la relación entre esa causa penal y la acción civil.

El código recoge la realidad de la legislación, en donde se puede accionar en forma indistinta y con los mismos efectos, tanto en sede civil en sede penal.

2. Aspectos procesales

Los aspectos procesales sobre cómo se tramitará la acción de daños en sede penal, se regularán en los códigos procesales penales o leyes especiales. Ellos fijarán la oportunidad para constituirse en actor civil, cuando se concretará la demanda, en qué tiempo se podrá contestar, como se ofrecerá y diligenciará la prueba y qué recursos y por quiénes podrán interponerse contra la sentencia civil. Lo más importante que legislan los códigos procesales es la facultad que tienen los jueces penales de dictar sentencia civil aun cuando se haya absuelto al acusado.

El art. 29 del Cód. Penal dice:

"La sentencia condenatoria podrá ordenar:

fi340"1° La reposición al estado anterior a la comisión del delito, en cuanto sea posible, disponiendo a ese fin las restituciones y demás medidas necesarias.

"2° La indemnización del daño material y moral causado a la víctima, a su familia o a un tercero, fijándose el monto prudencialmente por el juez en defecto de plena prueba;

"3° El pago de las costas".

El artículo está inspirado en la escuela positivista, que sostenía que la sociedad debía borrar todas las consecuencias del delito y que mientras los daños civiles quedaran sin pagar, todavía habría una parte del ilícito sin desmantelar. Es así que en el primer párrafo el proyecto original decía que el juez *rsid9849094 debera* en lugar de *podrá* como finalmente fue sancionado.

La acción civil en sede penal brevemente tiene las siguientes características:

a) Normalmente la persona que se constituya en actor civil será la misma que simultáneamente tenga el carácter de querellante, pero los códigos habilitan aun a quien no puede ser querellante, a ser parte civil.

b) La reparación no puede ser fijada de oficio sino que el titular de la acción civil debe constituirse en parte del proceso penal mediante la figura del actor civil, quien luego debe concretar su demanda.

c) Puede demandarse al imputado, al tercero civilmente responsable e incluso a su aseguradora en sede penal.

d) La sentencia que concede o deniega indemnización hace cosa juzgada, y no puede luego discutirse en sede civil.

e) Aun en caso de absolución del acusado penalmente, el juez penal que entiende en ambas acciones está facultado por los ordenamientos procesales para dictar sentencia, aun condenatoria, actuando como juez civil (art. 402, CPPN). Los códigos procesales asignan competencia civil al juez penal.

f) La acción civil es accesoria de la penal. Esto quiere decir que siendo el objeto principal del proceso penal la acción penal, cuando ésta se extingue por cualquier causa (rebeldía, prescripción, indulto, amnistía), el actor civil no puede seguir actuando y debe continuar la acción en sede civil.

g) El actor civil tiene facultades para "acreditar la existencia del hecho delictuoso y los daños y perjuicios que la haya causado, y reclamar las medidas cautelares y restituciones, reparaciones e indemnizaciones correspondientes" (art. 91, CPPN). No está legitimado, en cambio, para recurrir el sobreseimiento ni la sentencia absolutoria.

III. JURISPRUDENCIA

La absolución decretada en orden al delito de homicidio culposo al médico acusado de haber actuado negligentemente en la atención de un menor que luego falleció, no impide considerar en sede civil la eventual responsabilidad del médico por mala praxis médica (CCiv., Com. y Garantías en lo penal de Campana, 17/6/2008, LLBA, 2008 [noviembre], 1158).

Art. 1775.— Suspensión del dictado de la sentencia civil. Si la acción penal precede a la acción civil, o es intentada durante su curso, el dictado de la sentencia definitiva debe suspenderse en el proceso civil hasta la conclusión del proceso penal, con excepción de los siguientes casos:

a) si median causas de extinción de la acción penal;

b) si la dilación del procedimiento penal provoca, en los hechos, una frustración efectiva del derecho a ser indemnizado;

c) si la acción civil por reparación del daño está fundada en un factor objetivo de responsabilidad.

F31505I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El código de Vélez permitía la tramitación en sede civil de la acción de daños, pero impedía al juez dictar sentencia hasta que no estuviera firme la sentencia penal, salvo que la acción penal se hubiese extinguido o el acusado estuviese ausente.

Proyecto de 1998, art. 1697.

II. COMENTARIO

1. Suspensión del dictado de la sentencia civil

La regla sigue siendo que la sentencia civil no puede dictarse hasta que la sentencia penal no está firme. El principio de primacía de lo penal sobre lo civil, está justificado para evitar el escándalo jurídico que significaría la posibilidad de sentencias contradictorias, por ejemplo, si el juez civil declarara que existe el hecho o que lo cometió el demandado y el juez penal sostiene todo lo contrario.

La preeminencia de la sentencia penal es a este solo efecto, pero se puede tramitar el juicio civil, producir prueba, alegar, en forma independiente. Lo único no se puede hacer en sede civil es dictar sentencia definitiva antes de que exista sentencia penal firme.

Para que este artículo se aplique debe existir una acción penal en trámite y un mismo hecho juzgado bajo la ley penal y dañoso en sede civil.

El juez debe suspender de oficio el dictado de la sentencia penal. La sanción por su inobservancia es la nulidad (Saux).

2. Excepciones

hEl principio no es absoluto y, al igual que en el sustituido 1101, hay excepciones en las cuales el juez civil puede dictar sentencia sin esperar al juez penal.

2.1. Extinciyn de la acciyn penal

La excepciyn es la misma que estaba en la reglamentaciyn ant94erior y se justifica porque lo que busca la ley, es que sobre un mismo hecho, haya distintas sentencias.

2.2. Demora excesiva

En todos los tratados de derechos humanos se establece el derecho de obtener sentencia en forma rõpida. Sin embargo a veces esto no es asн y se perjudica, en este caso, tanto al imputado que no tiene clara su situaciyn, como a la vнctima que no puede acceder a una reparaciyn.

El inciso recoge la tendencia jurisprudencial que dice que cuando la demora del juez penal es excesiva puede procederse al dictado de la sentencia.

El inciso debe relacionarse con el 1779, inc. b), que autoriza la revisiyn de la condena civil "si quien fue juzgado responsable en la acciyn civil es absuelto en el juicio criminal por inexistencia del hecho que funda la condena civil, o por no ser su autor."

Se prevй el caso de que ante la demora el juez civil hubiera mandado indemnizar el daco a una persona, que mõs tarde un juez penal absuelve por no haber existido el

hecho ni haber sido su autor. Se tratarна de una obligaciyn sin causa, por lo que la soluciyn legal es compartible.

2.3. Factor objetivo

La novedad de la ley es que cuando el factor es objetivo, el juez civil puede dictar sentencia sin esperar la penal. Seguramente se aplicarб en todos los juicios por accidentes de trбnsito. Cuando el factor objetivo es el riesgo lo que hay que probar es que la cosa riesgosa tuvo participaciyn en el hecho. Si esa participaciyn estuviese demostrada el juez civil no tiene obstбculos para condenar.

El problema es que en este caso, no se ha previsto una causal de revisiyn de la sentencia civil si se demostrara luego que el hecho no existiy o que el demandado no participy en йl. Debido a que las razones pueden ser las mismas, deberна aplicarse por analogна el mismo remedio. De lo contrario, y debido a que el 1775 no obliga al juez a dictar sentencia sin esperar al resultado de la sentencia penal, puede el juez esperar a que no haya dudas de que el hecho existiy y que la cosa riesgosa participy.

III. JURISPRUDENCIA

Se mantiene:

1. Si la demora del Juez penal es excesiva se puede dictar sentencia en sede civil (CSJN, 20/11/1973, LA LEY, 154-85, caso en el que la demora fue de cinco acos. Tambiйn CCiv. y Com. Moryn, sala 2Є, 20/2/2003, JA, 2003-IV-262; CNCiv., sala A, 19/9/2002, LA LEY, 2003-A, 549; CNCiv., sala C, 18/6/1998, LA LEY, 1997-F, 939; CNCiv., sala C, 28/9/1990, LA LEY, 1991-B, 421; CNCiv., sala H, 2/7/1996, LA LEY, 1998-B, 898).

2. El archivo de las actuaciones en sede penal en los tйrminos del art. 228 del Cyd. Procesal de la provincia del Neuquйn no obsta a la procedencia de las acciones iniciadas en jurisdicciyn civil en tanto no cabe considerar que existe causa penal pendiente (CCiv. y Com. Moryn, sala II, 15/7/2008, LLBA, 2008 [octubre], 1030).

3. La sentencia penal absolutoria por el beneficio de la duda a favor del imputado por no encontrarse acreditada la mecбnica del accidente, no obsta en sede civil a avanzar sobre el estudio de la responsabilidad objetiva del demandado que surge de la calidad de guardiбn o propietario de la cosa riesgosa con la que se produce el accidente (C5ª Civ., Com., Minas, Paz y Trib. Mendoza, 1/8/2008, LLGran Cuyo 2008 [octubre], 911).

4. Si bien la suspensiyn del juicio a prueba dispuesta en sede penal respecto de los accionados no habrна de proyectar sus efectos en orden a las disposiciones del art. 1103 del Cyd. Civil porque deberна paralizarse el dictado de la sentencia civil, habiendo en el caso ambos cumplido con las reglas de conducta que les fueron fijadas, no puede cuestionarse la existencia del hecho o su autorна, de modo que ninguna veda legal se advierte para el dictado de la sentencia que examine la responsabilidad civil de ambos (CNCiv., sala D, 29/8/2008, RCyS, 2008-1157).

Art. 1776.— Condena penal. La sentencia penal condenatoria produce efectos de cosa juzgada en el proceso civil respecto de la existencia del hecho principal que constituye el delito y de la culpa del condenado.

I. RELACIYN CON EL CYDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

En el Cydigo Civil, el art. 1102 regula de manera casi idйntica la influencia de la sentencia condenatoria en sede civil.

Proyecto de 1998, 1698.

II. COMENTARIO

1. Influencia de la sentencia penal en la condena civil

Concordante con lo dispuesto en el artнculo anterior, la sentencia penal condenatoria tiene preeminencia sylo con respecto a dos puntos: la existencia del hecho y la culpa del condenado.

1.1. La existencia del hecho

La razyn de que no se pueda discutir en sede penal la existencia del hecho es precisamente que para que haya delito debe haber una conducta que se haya materializado en actos concretos. Esos hechos, una vez probados ante el juez penal, no pueden ser discutidos porque adquieren la fuerza de verdad legal que confiere la cosa juzgada.

Esto quiere decir que si el juez penal dice que hubo homicidio, no se podrб en sede civil afirmar que en realidad la persona muriy por causas naturales. En cuanto a la magnitud de los dacos la sentencia no obliga al juez civil como regla, salvo que el tipo penal exija una determinada calificaciyn para la configuraciyn del tipo, como, por ejemplo, las lesiones graves o gravнsimas. De la misma manera, la individualizaciyn de la vнctima tambiйn condiciona al juez civil en aquellos casos en que es imprescindible su identificaciyn para el tipo delictual, por ejemplo, en el homicidio o las lesiones.

1.2. La culpa del condenado

La ley penal exige culpabilidad para que haya delito. Siempre debe existir un juicio de reproche hacia los actos del delincuente. Por eso es que no se admite que, si en sede penal se tuvo por culpable a alguien, en sede civil se diga que es inocente.

Con respecto a la culpa, debe entenderse que se permite alegar la culpa concurrente, que est

'e1 prohibida en sede penal. De esta manera puede lograr la disminuciyn de la indemnizaciyn.

La declaraciyn de culpa se hace extensiva al tercero responsable aun si no ha participado en el juicio. Por ejemplo, la condena al chofer de ymnibus hace cosa juzgada respecto del dueco de la empresa, o la condena al hijo respecto del padre.

III. JURISPRUDENCIA

1. En un caso de condena a un homicida, condenado por exceso de legнtima defensa, se puede atribuir el 80% de la culpa a las vнct47imas, pues sin su participaciyn el daco no se hubiese producido (CNCiv., sala B, 7/7/2003, LA LEY, 2004-A, 1).

2. En virtud de lo previsto en el art. 1102 del Cyd. Civil y dado que en sede penal se condeny a los demandados por los dacos y perjuicios derivados de un accidente de trбnsito, como autores penalmente responsables del siniestro, no puede reverse su intervenciyn en sede civil, no sylo en cuanto a la existencia del hecho, sino tambiйn con relaciyn a lo decidido respecto de la culpa de los condenados (CNCiv., sala L, 29/8/2007, DJ del 20/2/2008, 426).

3. Las valoraciones referidas a la reprochabilidad penal de la acciyn del imputado, no hacen cosa juzgada en sede civil y no impiden analizar la existencia de responsabilidad patrimonial sustentada en la responsabilidad objetiva (CCiv. y Com. Mar del Plata, sala II, 26/12/2007, La Ley Online).

Art. 1777.— Inexistencia del hecho, de autorна, de delito o de responsabilidad penal. Si la sentencia penal decide que el hecho no existiy o que el sindicado como responsable no participy, estas circunstancias no pueden ser discutidas en el proceso civil.

Si la sentencia penal decide que un hecho no constituye delito penal o que no compromete la responsabilidad penal del agente, en el proceso civil puede discutirse libremente ese mismo hecho en cuanto generador de responsabilidad civil.

I. Relaciyn con el Cydigo Civil. Fuentes del nuevo texto

Segъn el art. 1103, "[d]espuйs de la absoluciyn del acusado, no se podrб tampoco alegar en el juicio civil la existencia del hecho principal sobre el cual hubiese recaнdo la absoluciyn".

Fuentes del nuevo cydigo. Proyecto de 1998, art. 1699.

II. Comentario

1. Inexistencia del hecho principal

El hecho principal a que alude la norma se refiere a la *materialidad de los hechos y a la autorна,* es decir, a las circunstancias de personas, tiempo y lugar, que la sentencia penal tiene por ciertas. Lo que obliga al juez civil es la determinaciyn de la existencia del hecho (Alterini), mas no la calificaciyn que del mismo haga el juez penal (Peralta Reyes).

Tambiйn hace cosa juzgada con respecto a la *falta de autorна*, esto es, si el juez penal afirma que Fulano no estafy a Mengano, porque no hubo perjuicio, no puede luego ser condenado a devolver la suma con mбs los dacos y perjuicios.

Si la absoluciyn se dicta por el principio *in dubio pro reo*, tampoco podrб haber condena civil en carбcter de autor, pero sн de civilmente responsable. Si se absolviy porque se considery que el hecho ocurriy por culpa exclusiva de la vнctima, el juez civil no puede aplicar la teorна del riesgo. Si la absoluciyn se basa en que para la interpretaciyn del tribunal penal el hecho no es delito, el juez civil puede condenar puede fijar responsabilidad civil, si el mismoch hecho, pese a no ser un delito penal, ha causado daco, ya sea por atribuciyn subjetiva u objetiva.

2. La falta de culpa

Si el juez penal absuelve por falta de culpa del imputado, esta declaraciyn no tiene efectos en sede civil. Primero porque, al igual que el sustituido 1103, el 1777 no menciona a la culpa, sino sylo al hecho. Pero el motivo mбs determinante es que la apreciaciyn de la culpa penal es mucho mбs estricta que la culpa civil. En el derecho penal no existen casos de culpa presunta, como la responsabhilidad por daños causados por riesgo o actividad riesgosa si no hay juicio de reproche hacia su autor.

3. La equiparación de todas las sentencias penales

Una novedad importante que ha introducido el nuevo código es que ya no habla de "absolución" sino de "sentencia penal", con lo que ya no es necesario indagar sobre los efectos del sobreseimiento y se pone fin a la polémica que se había suscitado bajo la vigencia del código de Vélez.

El sobreseimiento definitivo cierra definitiva e irrevocablemente el proceso. Técnicamente no es lo mismo que una absolución, pese a que para el imputado tiene efectos parecidos.

Si bien en el régimen sustituido algunas doctrinas opinaban que el sobreseimiento no tenía ninguna influencia sobre la sentencia civil (Bustamante Alsina), otros ya se habían anticipado a lo que el código finalmente sancionó: "...el sobreseimiento no hará cosa juzgada si se funda en la falta de culpa del imputado, en la extinción de la acción penal, por prescripción o en la muerte del imputado o en amnistía o pago voluntario de la multa o porque el hecho no encuadra en una figura penal o en la retractación, en el caso de injurias. Pero sí obligará al juez civil si se ha fundado en la inexistencia del hecho o que el hecho no se cometió o no fue cometido por el imputado" (Tabernero).

La regla es entonces que el sobreseimiento no tiene influencia en el proceso civil, si la acción penal se ha extinguido por prescripción o amnistía o no encuadra en una figura legal o media una causa de justificación, inimputabilidad, inculpabilidad o excusa absolutoria.

4. La falta de existencia o de participación en el hecho

Complementando la novedad, el código ahora dice que el juez civil puede dictar sentencia de daños si el hecho no existió o si no fue cometido por el imputado. Ambas son causales de sobreseimiento, art. 336, CPPN, pero el código es más amplio y no habla de sobreseimiento sino de sentencia penal.

De esta manera se puede condenar al responsable como responsable por el hecho de otro, o en su carácter de dueño o guardián. Lo que se afirma en el sobreseimiento es que el delito no fue cometido por el imputado, pero eso no quiere decir que no pueda ser dueño de la cosa con la que se cometió el delito o empleador de quien fue sobreseído porque el hecho no es delito.

III. Jurisprudencia

Se mantiene:

1. La sentencia absolutoria recaída en juicio criminal no hace co49094 sa juzgada

en el juicio civil respecto a la culpa del autor del hecho en cuanto a su responsabilidad por los perjuicios ocasionados (CNCiv. en pleno, JA, 1946-I-803).

2. Si se dicta sobreseimiento por prescripción de la acción penal no hay obstáculo para que se dicte sentencia condenatoria (CNCiv., sala F, 24/2/1998, JA, 1998-IV-168.

3. La alusión que en dicho artículo se hace a "la existencia del hecho principal" refiere exclusivamente a la materialidad de los hechos y a la autoría, sin comprender las valoraciones subjetivas que hacen a la apreciación de la culpa (18/7/2002, JA, 2003-II-183).

4. Si en sede penal se dio por sentado que el suceso existió, aunque no pudo determinarse con precisión la forma en que ocurrió o la imputabilidad del procesado, en sede civil el *a quo* debió realizar un examen pormenorizado y crítico de las diversas pruebas hproducidas y expedirse concretamente sobre si se configuraban los presupuestos de la responsabilidad patrimonial que se pretendía hacer efectiva (CSJN, 7/5/1991, Fallos: 314:406).

5. Si se absolvió porque se consideró que el hecho ocurrió por culpa exclusiva de la víctima, el juez civil no puede aplicar la teoría del riesgo (CPen. Santa Fe, sala 3ª, 26/9/1997, JA, 1998-III-209).

6. Si en sede penal se dio por sentado que el suceso existió, aunque no pudo determinarse con precisión la forma en que ocurrió o la imputabilidad del procesado, en sede civil el *a quo* 1 debió realizar un examen pormenorizado y crítico de las diversas pruebas producidas y expedirse concretamente sobre si se configuraban los presupuestos de la responsabilidad patrimonial que se pretendía hacer efectiva(CSJN, 7/5/1991, Fallos: 314:406).

7. Si la absolución del imputado no se sustenta en la inexistencia del hecho principal ni en la ausencia de autoría, el juez civil no está inhibido para juzgar su responsabilidad por el accidente de transito acaecido, pues lo que lo limita sólo es el reconocimiento de la existencia histórica del suceso, ceñido a sus características de tiempo, lugar y protagonistas (CCiv., Com. y Min. General Roca, 9/11/2009, LLPat

expnd0agonia 2010 [junio], 306).

8. La sentencia penal absolutoria por el beneficio de la duda a favor del imputado por no existir un juicio de certeza acerca de la autoría, no resulta idónea para vincular al juez civil en tanto no constituye cosa juzgada en los términos del art. 1103 del Cód. Civil (ST La Pampa, 25/3/2009, LLPatagonia 2009 [agosto], 966).

Art. 1778.— Excusas absolutorias. Las excusas absolutorias penales no afectan a la acción civil, excepto disposición legal expresa en contrario.

I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto

El Código Civil no mencionaba a las excusas absolutorias, por lo que la doctrina opinaba que no afectaban a la acción civil.

Fuentes del nuevo código, art. 1701 del proyecto de 1998.

II. Comentario

1. Excusas absolutorias

Las excusas absolutorias hacen que un acto típico, antijurídico, imputable y culpable no se asocie a una pena por razones de utilidad pública.

Si bien las excusas absolutorias pueden estar basadas en distintos motivos, a los efectos civiles son todas iguales.

Normalmente el Juez penal dicta sentencia de sobreseimiento y los casos de excusas absolutorias no llegan a la etapa de plenario o juicio.

No impiden al juez civil condenar porque el juez penal no se ha pronunciado ni sobre el hecho, la autoría o la culpabilidad. El código es ahora expreso en ese punto.

5III. Jurisprudencia

La retractación por el demandado de su afirmación injuriosa para los ofendidos, que constituye una excusa absolutoria en materia penal, no detiene la acción civil, ya que la retractación no es otra cosa que la admisión por el acusado de la existencia y realidad de la injuria (Del fallo de primera instancia) "CNCiv., sala C, 22/2/1994, LL AR/JUR/851/1994).

Art. 1779.— Impedimento de reparación del daño. Impiden la reparación del daño:

a) la prueba de la verdad del hecho reputado calumnioso;

b) en los delitos contra la vida, haber sido coautor o cómplice, o no haber impedido el hecho pudiendo hacerlo.

I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto

En el Código Civil la prueba de la verdad o *exceptio veritatis* estaba incluida en el art. 1089, última parte: "siempre que el delincuente no probare la verdad de la imputación".

En el art. 1085 se decía que no podía pedir la reparación de los daños por homicidio, quien había sido coautor o cómplice o no había impedido la muerte pudiendo hacerlo.

Fuentes del nuevo código: Art. 1703 del proyecto de 1998, en cuanto al daño a la vida.

II. Comentario

1. La prueba de la verdad o *exceptio veritatis*

En materia de delitos al honor si se prueba la verdad no se responde. Esto es cierto como regla para la calumnia, porque —por definición— no hay tal delito si la imputación no es falsa.

Con respecto a la injuria la carga de la prueba se invierte, la verdad no exime de responder, salvo los casos del art. 111 del Cód. Penal, "en los que las expresiones de ningún modo estén vinculadas con asuntos de interés público, no podrá probar la

verdad de la imputación salvo en los casos siguientes: 1) Si el hecho atribuido a la persona ofendida, hubiere dado lugar a un proceso penal. 2) Si el querellante pidiera la prueba de la imputación dirigida contra él".

La normativa penal se aplica porque "el Código Civil no define los delitos, sino que parte de las tipificaciones hechas por el Código Penal y sobre la base de ellas dispone las reparaciones, de manera que mal podría aquél liberar al imputado de los efectos jurídicos normales del delito del derecho criminal admitiendo en forma amplia la *exceptio veritatis*" (Zavala de González). La razón de la restricción de la *exceptio veritatis* es que "sería intolerable que facultara al insultante para ventilar, a su instancia y sin cortapisas, el tema del insulto" (Alterini). Si alguien le dice "estúpido" o "imbécil" a otro, es una injuria porque no hay imputación de delito, y no es posible que se permita la prueba de que realmente es un "estúpido" o "imbécil". En cambio si esa misma persona lo llama "ladrón", hay calumnia, y el que profirió la calumnia tiene derecho a probar que realmente es un ladrón.

94 La reforma de la 26.551 ha introducido la figura de la real malicia, en los casos de calumnias, cuando en el art. 113 dispone: "El que publicare o reprodujere, por cualquier medio, injurias o calumnias inferidas por otro, será reprimido como autor de las injurias o calumnias de que se trate, siempre que su contenido no fuera atribuido en forma sustancialmente fiel a la fuente pertinente. En ningún caso configurarán delito de calumnia las expresiones referidas a asuntos de interés público o las que no sean asertivas". Es decir que no es calumnia repetir lo que dijo otra persona, siempre y cuando esa reproducción sea sustancialmente fiel, aunque no sea idéntica, y además cuando la calumnia se refiera a asuntos de interés público.

2. Los impedimentos para reclamar daños por homicidio

Cualquier persona damnificada por la muerte de otra, puede perder su derecho a la reparación si tuvo algo que ver con la muerte de quien le proveía alimentos.

Estos impedimentos son una expresión del carácter preventivo de la responsabilidad civil, que este código expresamente reconoce en el art. 1709 y ss. Conceder la indemnización en estos casos es una inmoralidad, pero la explicación puede ser complementada diciendo que la denegatoria de la acción tiende a desincentivar este tipo de conductas.

2.1. Coautoría o complicidad con la muerte

El primer impedimento o de ellos es que el reclamante sea culpable como autor o cómplice del homicidio y condenado por ello, porque rige la presunción de inocencia. La indignidad para suceder no obsta al reclamo, porque se trata de un daño propio (Bustamente Alsina, Borda). Una cosa es heredar, otra sufrir un daño por la muerte de otro.

El segundo requisito no se relaciona con una acción sino con la omisión de impedir el homicidio pudiendo hacerlo. La autoría aquí no es por comisión del asesinato sino por la falta de actuación, siempre y cuando se pueda impedir la muerte. El damnificado pierde su acción si no impidió la muerte pudiendo hacerlo, como el hijo que deja morir de hambre a su padre inválido. Rige el principio de que nadie está obligado al acto de altruismo o abnegación. Si en una casa entran ladrones, ninguno de los hijos perderá su derecho a indemnización por no haber arriesgado su vida para detener al delincuente que termina matando al padre.

III. JURISPRUDENCIA

1. La demanda por daños y perjuicios interpuesta por los ocupantes de departamentos contra el Consorcio de Propietarios, por incluir sus nombres como titulares de unidades en mora, colocando para ello un listado de morosos en lugares comunes del edificio, es improcedente, toda vez que el tenor de dicho documento no resultó injurioso, máxime cuando fueron los propios accionantes quienes obraron con culpa tanto al incumplir con la obligación de abonar las expensas como también al comportarse, de =forma sostenida, como titulares de los inmuebles, lo que pudo generar dudas sobre su real situación jurídica (CNCiv., sala J, 20/10/2011, La Ley Online).

2. Es procedente indemnizar el daño moral por lesión al honor si de la prueba surge que no se acreditó la verdad de la imputación efectuada por la accionada contra un inspector de tránsito —en el caso, publicó en dos diarios de gran circulación una nota al Director de Tránsito comunicándole la conducta del inspector que pidió coimas—, por lo cual ha incurrido en una acusación culposa o negligente —art. 1109, Cód. Civil—, desde que la denuncia fue efectuada sobre bases inconsistentes y el procedimiento efectuado por el inspector ha sido regular (C1ª Civ., Com., Minas, Paz y Trib. Mendoza, 27/5/2008, LLGran Cuyo 2008 [agosto], 682).

3. Es inadmisible la demanda de daños y perjuicios promovida por quien fue denunciado en sede penal por su empleador, cuando los hechos que motivaron la denuncia fueron debidamente acreditados, pues aun cuando no mediara sentencia condenatoria en su contra, la absolución no se sostuvo en la inexistencia del hecho imputado, sino en que el hecho no podía imputársele dolosamente, circunstancia que impidió la tipificación del delito de defraudación (CNCiv., sala H, 1/6/2006, ED, 222-91).

Art. 1780.— Sentencia penal posterior. La sentencia penal posterior a la sentencia civil no produce ningún efecto sobre ella, excepto en el caso de revisión. La revisión procede exclusivamente, y a petición de parte interesada, en los siguientes supuestos:

a) si la sentencia civil asigna alcances de cosa juzgada a cuestiones resueltas por la sentencia penal y ésta es revisada respecto de esas cuestiones, excepto que derive de un cambio en la legislación;

b) en el caso previsto en el artículo 1775 inciso c) si quien fue juzgado responsable en la acción civil es absuelto en el juicio criminal por inexistencia del hecho que funda la condena civil, o por no ser su autor;

c) otros casos previstos por la ley.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El 1106 contempla un caso de inmutabilidad de la cosa juzgada civil cuando la sentencia ha sido dictada previamente: "Cualquiera que sea la sentencia posterior

sobre la acción criminal, la sentencia anterior dada en el juicio civil pasada en cosa juzgada, conservará todos sus efectos"

Fuentes del nuevo código, Proyecto de 1998, arts. 1704, 1705.

trchII. COMENTARIO

1. La sentencia penal posterior

La regla de que la sentencia civil dictada antes de la sentencia penal, conserva todos sus efectos posterior a la acciyn civil, sigue vigente. La novedad es que ahora se admiten varias excepciones.

2. Los casos de revisiyn penal

Los casos de revisiyn penal se caracterizan porque hubo una sentencia penal condenatoria, que luego es dejada sin efecto, por las muy excepcionales razones, en que este recurso procede.

2.1. Casos de revisiyn previstos en los cydigos procesales penales

Algunos casos en los que se puede revisar la sentencia penal, de acuerdo al CPPN, art. 479, son:

1) Los hechos establecidos como fundamento de la condena fueren inconciliables con los fijados por otra sentencia penal irrevocable.

2) La sentencia impugnada se hubiera fundado en prueba documental o testifical cuya falsedad se hubiese declarado en fallo posterior irrevocable.

3) La sentencia condenatoria hubiera sido pronunciada a consecuencia de prevaricato, cohecho u otro delito cuya existencia se hubiese declarado en fallo posterior irrevocable.

4) Despuйs de la condena sobrevengan o se descubran nuevos hechos o elementos de prueba que, solos o unidos a los ya examinados en el proceso, hagan evidente que el hecho no existiy, que el condenado no lo cometiy o que el hecho cometido encuadra en una norma penal mбs favorable.

5) Corresponda aplicar retroactivamente una ley penal mбs benigna que la aplicada en la sentencia.

La sentencia civil anterior puede ser modificada cuando los hechos en que se fundy dejan de tener valor. Por ejemplo, si el condenado demuestra que no fue йl quien cometiy el delito o que el delito no existiy.

La excepciyn es cuando la revisiyn se debe al cambio de legislaciyn. En esos casos no se revisa la sentencia civil porque los hechos siguen incylumes. Lo ъnico que cambia es que lo que antes era delito hoy ya no lo es o merece menor pena.

2.2. Responsabilidad por riesgo

Segъn el art. 1775 inc. c) el juez no tiene que esperar al dictado de la sentencia si el factor de atribuciyn es el riesgo. El juez no estб obligado a dictar sentencia, sino que puede esperar a estar seguro de que la cosa riesgosa participy del hecho y que el hecho existiy.

2.3. Otros casos previstos en la ley

Lo ъltimo que la ley secala es la posibilidad de revisiyn de la sentencia penal, fuera del recurso previsto en los cydigos procesales penales.

3. Repeticiyn

El cydigo sylo dice que la sentencia civil puede ser revisada pero no dice cuбles son sus efectos. Debe entenderse que, pese al silencio de la ley, uno de esos efectos es la nulidad de la sentencia civil. El otro efecto, lygico y derivado de esa nulidad, es la repeticiyn de lo pagado y el levantamiento de las medidas cautelares. En el proyecto de 1998 la repeticiyn estaba expresamente prevista para despejar toda duda. Pese a que el nuevo cydigo nada diga ahora, a la misma conclusiyn debe llegarse por aplicaciyn de las reglas generales.

lparCAPHTULO 2

GESTIYN DE NEGOCIOS

Por PEDRO GALMARINI

Bibliografнa de la reforma: GALMARINI, PEDRO, "Gestiyn de negocios. Empleo ъtil. Enriquecimiento sin causa. Declaraciyn unilateral de voluntad", en RIVERA, JULIO C. (dir.) - MEDINA, GRACIELA (coord.), *Comentarios al proyecto de Cydigo Civil y Comercial de la Naciyn 2012*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012; LYPEZ MESA, MARCELO J., "El enriquecimiento sin causa. Sus requisitos y limitaciones en el proyecto", LA LEY, 2012-D.

Bibliografнa clбsica: ALTERINI, ATILIO A. - AMEAL, OSCAR J. - LYPEZ CABANA, ROBERTO M., *Derecho de obligaciones civiles y comerciales,* 3Є ed., LexisNexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2006; BORDA, GUILLERMO A., *Tratado de derecho civil. Obligaciones,* 9Є ed., actualizado por Borda, Alejandro, t. II, LA LEY, pcia. Buenos Aires, 2008; COMPAGNUCCI DE CASO, RUBЙN H., "Enriquecimiento sin causa", en *Derecho de dacos*. Segunda parte, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 2000; GALMARINI, PEDRO, "Gestiyn de negocios. Empleo ъtil. Enriquecimiento sin causa. Declaraciyn unilateral de voluntad", en RIVERA, JULIO Cd9849094 . (dir.) - MEDINA, GRACIELA (coord.), *Comentarios al proyecto de Cydigo Civil y Comercial de la Naciyn 2012*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012; LAVALLE COBO, JORGE E., "Comentario a los arts. 2288 a 2305", en BELLUSCIO, AUGUSTO C. (dir.) – ZANNONI, EDUARDO A. (coord.), *Cydigo Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado,* t. 9, Astrea, Buenos Aires, 2004; LLAMBHAS, JORGE J., *Tratado de derecho civil. Obligaciones,* t. IV-B, actualizado por Raffo Benegas, Patricio, Editorial Perrot, Buenos Aires, 2005; MOISSET DE ESPANЙS, LUIS,9094 "Notas sobre enriquecimiento sin causa", ED, 76-899; SALVAT, RAYMUNDO M., *Tratado de derecho civil argentino. Fuentes de las obligaciones,* segunda ed. actualizada por Acuca Anzorena, Arturo, t. III, Tipogrбfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1954; SPOTA, ALBERTO G., "El enriquecimiento sin causa mediante empleo ъtil", JA, 1953-I-241; SPOTA, ALBERTO G., *Instituciones de derecho civil. Contratos,* vols. I-II, Depalma, Buenos Aires, 1984; STIGLITZ, RUBЙN S., "Fuentes de las obligaciones. Enriquecimiento sin causa. Perspectivas de la Unificaciyn del Derecho Privado", en *Revista del Colegio de Abogados de La Plata,* DJ, XXX-50, La Plata; TRIGO REPRESAS, FЙLIX A. - LYPEZ MESA, MARCELO J., *Tratado de la*

responsabilidad civil, t. I, 1€ ed., La Ley, Buenos Aires, 2004.

***

Art. 1781.— Definición. Hay gestión de negocios cuando una persona asume oficiosamente la gestión de un negocio ajeno por un motivo razonable, sin intención de hacer una liberalidad y sin estar autorizada ni obligada, convencional o legalmente.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El Capítulo que comprende la regulación de la gestión de negocios encuentra como fuente, a su vez, al Proyecto de Código Civil de la República Argentina unificado con el Código de Comercio (en adelante, Proyecto de 1998), en el que se fijaron pautas muy similares. En cuanto al presente artículo, es una reproducción del art. 1708 de ese Proyecto.

En relación con el Cód. Civil, al comparar su sistemática con la de este Código, aparece una diferencia sustancial vinculada con la forma que se le ha dado a la gestión de negocios como figura jurídica en cada una de ellas.

II. COMENTARIO

1. Conceptualización metodológica

En el Código (aprobado por ley 340) que regirá hasta la entrada en vigencia del actual (aprobado por ley 26.994) no existe un patrón claro, y empleado de modo positivo, en relación con la conceptualización de la gestión de negocios. Es decir, si bien se calan aspectos vinculados con la figura (art. 2289, Cód. Civil), no se precisa un uniforme punto de partida en el cual el interprete ocasional pudiera apoyarse para encauzar el conflicto suscitado y, de tal modo, arribar a una solución plausible a través de la aplicación de estándares normativos concretos.

Ahora bien, en la nueva regulaciyn se ha optado justamente por darle forma a la gestiyn de negocios desde su rahz. En esa lhnea, se adoptaron las pautas que integran su concepto. A partir de su definiciyn normativa, entonces, es que se cuenta con una plataforma jurhdica basal que tiende a operar como una herramienta de reenvho hacia cada una de las previsiones espechficas que contempla el instituto en el resto del articulado que a ésta se ha destinado en la ъltima versiyn codificada.

La figura ash delimitada, al cabo, tiende a producir un efecto prбctico e inmediato sobre aquellos conflictos que presenten dudas. Ello es ash por cuanto, ante supuestos del tipo indicado, siempre existirб la posibilidad de volver sobre el concepto para encontrar una soluciyn conforme a las pautas fijadas en la ley.

2. Naturaleza jurhdica

No es menor el hecho de que la figura de gestiyn de negocios haya sido ubicada en el thtulo denominado "Otras fuentes de las obligaciones", ni el lugar en el que fue situado el caphtulo que comprende a este instituto.

Spota observaba que el mejor mйtodo era su regulaciyn independiente, tal y como ocurrha en el caso del Cydigo Civil Italiano de 1942.

Esta decisiyn metodolygica del legislador permite pensar en que tenderб a disiparse la dispar postulaciyn de la doctrina en torno a su calificaciyn o encuadramiento jurhdico.

Recuйrdese, como lo expone Lavalle Cobo, que la doctrina entiende a la gestiyn de negocios como: a) un cuasicontrato; b) un acto voluntario lhcito del gestor; c) un acto jurhdico del gestor; y, d) una representaciyn.

Ahora pareciera presentarse una instancia superadora de tales categorhas. Ash, puede considerarse que, al constituirse la gestiyn de negocios en una fuente autynoma de obligaciones con efectos propios, no resultarб necesario intentar formulaciones jurhdicas propensas a colocarla en los contornos de una u otra figura normativa.

En suma, si hablamos de su naturaleza jurhdica, podemos decir que se trata de una fuente autynoma de obligaciones que conforma un microsistema en el que, en principio, se encuentran las soluciones para las vicisitudes que se generen en torno de lo que importa en derecho la gestiyn de negocios.

49094 3. Gestiyn oficiosa

11274 Para que exista gestiyn de negocios, quien asuma la calidad de gestor debe conducirse de modo diligente.

Al consignarse en la norma en comentario el tйrmino *oficiosidad*, el legislador estб refiriйndose a que el gestor debe conducirse de ese modo y con aplicaciyn al trabajo, tal y como se define a aquel tйrmino en el diccionario de la Real Academia Espacola, en su primera acepciyn.

Ahora bien, si se trajera a este anбlisis lo estipulado en su segunda acepciyn, es dable destacar, tambiйn desde este lugar, el acierto del tйrmino empleado en este arthculo. Ello es ash en tanto su significado remite a lo que implica "Diligencia y cuidado en los oficios de amistad". Y, en definitiva, en la medida en que la actividad que lleva adelante un gestor de negocios estб desprovista de intereses personales, como destaca Kemelmajer de Carlucci —citando a Demogue—, su intervenciyn estб inspirada en un propysito noble: impedir un daco al dueco del negocio.

Es que, como opina parte de la doctrina, la figura aquh tratada cumple una funciyn social. A partir de ello, y desde una faz primigenia, genйtica, resulta consecuente vincular el modo de actuar en el marco de una relaciyn amistosa con el que se lleva a cabo en la gestiyn de negocios.

4. Motivo razonable

No debe pasar desapercibido el hecho de que se haya incorporado en la redacciyn de este arthculo que debe mediar un *motivo razonable* para encarar el negocio ajeno.

A partir de ello entendemos que pueden desprenderse dos repercusiones: una vinculada con la conducta que debe asumir el gestor y otra con la actuaciyn del juez.

chpara quien pr mite¸En el primer caso, la pauta actúa como letenda asumir la

calidad de gestor de negocios, en el sentido de que habrá gestión de negocios para la ley cuando medie un motivo razonable que justifique la actuación de un tercero. Una vez más, como lo recuerda Kemelmajer de Carlucci, es adecuado señalar que la "...figura encuentra su justificativo en la imposibilidad o dificultad del dueño de tutelar sus propios intereses. Olvidar este presupuesto significa desconocer la libertad de la propia determinación de la voluntad del dueño". Ante ello, y otra vez acudiendo a Lavalle Cobo —quien a su vez cita a Pasquau Liaño—, cabe añadir que la regla es que deben respetarse la propiedad y los restantes derechos de los terceros, lo cual equivale a la prohibición legal de inmiscuirse en los asuntos ajenos sin autorización.

Respecto de la actuación de los magistrados, es apropiado mencionar que en el Título Preliminar —Capítulo 1°— de este nuevo cuerpo normativo se ha previsto que la obligación del juez de resolver los asuntos sometidos a su jurisdicción debe ser mediante "...una decisión razonablemente fundada" (art. 3°), constituyéndose dicha expresión, por lo demás, en un principio general aplicable a todos los asuntos que se presenten a su conocimiento.

III. JURISPRUDENCIA

Hay gestión de negocios cuando alguien no obligado por contrato ni por representación legal realiza espontáneamente una gestión útil para otro. Corresponde puntualizar que la intromisión del gestor debe responder además de la espontaneidad, fundamentalmente a la imposibilidad en que se halla el dueño de tutelar sus intereses (CCiv. y Com. San Isidro, sala I, 18/3/1988, DJ, 1988-1, 121, LL AR/JUR/1631/1988).

Art. 1782.— Obligaciones del gestor. El gestor está obligado a:

a) avisar sin demora al dueño del negocio que asumió la gestión, y aguardar su respuesta, siempre que esperarla no resulte perjudicial;

b) actuar conforme a la conveniencia y a la intención, real o presunta, del dueño del negocio;

c) continuar la gestión hasta que el dueño del negocio tenga posibilidad de asumirla por sí mismo o, en su caso, hasta concluirla;

d) proporcionar al dueño del negocio información adecuada respecto de la gestión;

e) una vez concluida la gestión, rendir cuentas al dueño del negocio.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

En el régimen anterior se encontraban superpuestas las obligaciones del gestor con los límites a la conclusión de la gestión de negocios (conf. arts. 2290 y 2296, Cód. Civil).

Ahora, en cambio, han sido reunidas en un artículo las obligaciones del gestor, incluyendo entre ellas lo relativo al modo de conclusión de la gestión. De modo que, por la importancia práctica que trae consigo, hay que reconocer el hecho de que hayan sido sis505tematizadas las obligaciones del gestor, habiendo quedado diagramada la *vida* de la gestión en torno a los deberes del gestor. De esta manera, así como ocurre con el art. 1781, será suficiente con recurrir a los incisos del artículo en comentario para verificar si el gerente ciñó su conducta a lo previsto normativamente.

En cuanto a las fuentes, el nuevo texto es casi una copia del art. 1709 del Proyecto de reforma de 1998, difiriendo sólo en que en éste, en el inc. b), se había dispuesto como pauta en lugar de que la conveniencia debía ser real o *presunta*, que debía ser *real o razonablemente presunta*.

II. COMENTARIO

1. Iter de la gestión

Se advierte la intención de establecer de forma precisa cada una de las etapas que conforman el iter de la gestión, es decir, qué condiciones debe seguir el gestor hasta, incluso, finalizada su actividad. Y a diferencia de la redacción del articulado del Código anterior, en este caso pareciera que el legislador puso el foco en emplear términos que reflejaran la génesis, el objeto y la finalidad de la figura. A partir de la nueva redacción queda puesto de manifiesto el vínculo que se pretende entre los sujetos que eventualmente pueden conforman la relación jurídica y, sobre todo, la claridad con que debe conducirse el gestor frente al dueño del negocio.

2. Finalidad social

No sólo una lectura integral del artículo, sino un repaso detenido de los aspectos relevantes de cada una de las obligaciones fijadas para el gestor, dan cuenta de que el objeto de la gestión de negocios está vinculado con el cumplimiento de una función social. Ello, claro está, sin perjuicio de que luego deba reembolsarse lo que de acuerdo con el caso corresponda, lo cual luego será materia de comentario.

3. Relación interna entre los sujetos que integran la relación jurídica

Si bien parece inevitable concluir que algunos aspectos quedarán sujetos a lo que se entienda en cada caso conforme al contexto que se presente, lo cual en última instancia será materia de evaluación e interpretación por parte del juez en el caso concreto (a saber: medir si el gestor actuó conforme a la *conveniencia* o *intenciónrsid9849094* , *real* o *presunta* del dueño; establecer el alcance y la oportunidad en relación con la *posibilidad del dueño de asumir la gestión por sí mismo*; o qué es *información adecuada*), lo cierto es que, en principio, los deberes que debe seguir el gestor para satisfacer la finalidad contenida en la norma lo colocan en una posición prácticamente de intimidad con el dueño del negocio.

Piénsese en que el que puede determinar la conveniencia o intención real o presunta de otro sujeto, es porque tiene conocimiento de sus actividades, de su forma de conducirse frente a ciertas circunstancias y también de rasgos o características de la persona. Ello es así puesto que quien está en condiciones de mensurar la *intención presuntad9849094* de otro es porque, en general, ha tenido acceso a un conocimiento integral de su vida y acción.

En consecuencia, si bien no se desconoce que puede haber casos excepcionales en los que no sea necesaria una conexión del tipo indicado con el dueño del negocio para llevar adelante y con resultado positivo la gestión, es dable considerar que la ligadura entre los sujetos de este vínculo jurídico responde a relaciones de conocimiento previo y con cierto grado de estrechez.

4. Deber de información

En la norma se establece un deber de información que debe estar presente en dos oportunidades: una estática y otra dinámica.

La estática se presenta al comienzo de la gestión, al establecerse la necesidad de que el gestor *avise* al dueño del negocio que asumió la gestión (inc. a), pudiendo ocurrir también en caso de que la actividad efectuada por el gerente se agote en un solo acto.

Luego, la dinámica puede acaecer en distintos momentos de la gestión, lo cual estará determinado por la índole de la actividad que lleve a cabo el gestor, es decir, siempre que ésta consista en más de un acto o, dicho de otro modo, en una actividad continuada.

Esta obligación a cargo del gestor es indispensable para lograr cohesión entre la finalidad de la gestión y un resultado satisfactorio para el dueño del negocio.

Art. 1783.— Conclusión de la gestión. La gestión concluye:

a) cuando el dueño le prohíbe al gestor continuar actuando. El gestor, sin embargo, puede continuarla, bajo su responsabilidad, en la medida en que lo haga por un interés propio;

b) cuando el negocio concluye.

I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto

En el artículo en comentario han quedado descriptos de modo positivo y directo los modos de conclusión de la gestión de negocios, mientras que en el Código de Vélez ello no ocurría.

En el régimen anterior la finalización de la gestión estaba asociada a las obligaciones del gestor y definida vía indirecta. Nótese que allí se preveía que el gestor, una vez comenzada la gestión, debía "...continuarla [...] hasta que el dueño o el interesado se hallen en estado de proveer por sí..." (art. 2290, Cód. Civil) y que la gestión no podía concluir hasta que el gerente hubiera dado cuenta de su administración al dueño del negocio (art. 2296, Cód. Civil). Estas dos condiciones (que, si no se cumplían, impedían al gestor dar por finalizado el negocio), tal y como se expuso al comentar el artículo anterior, continúan integrando el lote de obligaciones del gestor, pero ahora de modo sistematizado y en un solo artículo (cfr. incs. c y d del art. 1782 de este Código).

En suma, ya no se vinculan los modos de conclusión del negocio a la conducta del gerente sino a una decisión concreta del dueño del negocio o a una circunstancia natural; esto es: la prohibición por parte de éste de que el gestor continúe actuando o la conclusión —normal— del negocio, respectivamente.

insrsid9849094 También en este caso se refleja una reproducción del art. 1710 del Proyecto de reforma de 1998.

II. Comentario

1. Modos de conclusión

1.1. Por vía anormal: decisión del dueño

Se le confiere al dueño del negocio la facultad de concluir la gestión a través de la prohibición al gerente de continuar con la gestión comenzada.

La forma empleada en el artículo no parece casual ni de aplicación a cualquier supuesto, sin perjuicio de lo cual no se ha fijado límite alguno al uso de dicha prerrogativa.

A esa conclusión se arriba tomando en cuenta la ubicación que se le ha dado en el Capítulo y la metodología en él empleada. En consecuencia, para que el dueño pueda prohibir la continuidad de la gestión, debería mediar alguna causal que lo habilitara a actuar en el sentido indicado.

Si así no fuera, entonces cabe preguntarse por qué está estipulado en el art. 1782 que la gestión se *interrumpe* para el gerente cuando el dueño del negocio la puede asumir por sí mismo. Es decir, a partir de esta última previsión se desprende que, a los efectos de obtener el beneficio que importa la conclusión de la gestión para el dueño, existen dos alternativas: la conclusión de la gestión por parte del gestor o la asunción del negocio por parte del dueño.

En ese contexto, el hecho prohibitivo devendría como corolario de un accionar impropio por parte del gestor, esto es, incongruente con la finalidad del instituto o contrario a la conducta que debe seguir conforme a lo dispuesto en la norma. A modo de ejemplo, si el gestor no cumpliera con alguna de sus obligaciones (vgr. no avisar con la premura que se exige en el art. 1782, inc. a], que asumió la gestión) o comenzara la gestión cuando no mediase un motivo razonable para hacerlo.

A partir del marco descripto, podría pensarse que el dueño estaría impedido de prohibir la continuidad de la gestión en caso de que ella se estuviera conduciendo útilmente, siendo éste, seguramente, el valor material más relevante de la figura. En definitiva, como lo señala Compagnucci de Caso, "...cuando la negativa no sea consecuencia de un mero capricho irreflexivo del dueño".

rsid9849094 1.2. Por vía normal o natural: conclusión del negocio

El otro modo de conclusión previsto es para el caso de la consumación del negocio. La claridad de la previsión normativa y la evidencia que ante el sentido común el supuesto presenta, eximen de ofrecer mayores comentarios.

2. Interés propio del gestor

El sistema encuentra equilibrio en el hecho de que el gestor pueda continuar su actividad aun cuando el dueño prohibiera que lo hiciera. Claro está que deberá mediar una razón válida para que dicho supuesto tenga lugar.

Compagnucci de Caso, acudiendo a su vez a otros autores (Salvat-Acuña Anzorena, Salas, Borda, entre otros), ejemplifica el interés que puede existir en el gestor en continuar la gestión en supuestos tales como: razones de afecto o de

familia, siempre sin ánimo de realizar una liberalidad; deberes que se le imponen al dueño ante el interés público o consideraciones morales.

La orden de prohibición debe ser expresa y comunicada de modo claro y preciso con anterioridad a la comisión del hecho o acto por parte del gestor. De lo contrario, la actividad llevada a cabo por éste será reputada válida.

En cuanto a la forma de comunicación, si bien no se encuentra prevista modalidad alguna, el punto toma dimensión ante la existencia de versiones encontradas por parte de los sujetos que conforman esta relación jurídica, debiéndose probar, entonces, que la comunicación ha existido. En tales condiciones, ante un supuesto así, cualquier medio de prueba que reúna las condiciones indicadas en el párrafo precedente será una vía adecuada para acreditar la existencia de la comunicación en tiempo y forma.

Art. 1784.— Obligación frente a terceros. El gestor queda personalmente obligado frente a terceros. Sólo se libera si el dueño del negocio ratifica su gestión, o asume sus obligaciones; y siempre que ello no afecte a terceros de buena fe.

I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto

El contenido de este artículo presenta una conexión directa con el art. 2305 del Código anterior. Es decir, si bien se ha modificado la redacción, fue sostenido lo sustancial de dicha preceptiva.

Ello no obstante, cabe señalar que hay dos aspectos de importancia que surgen de la nueva normativa. Ellos se asientan en que: a) por un lado, ya no se hace mención específica de los *contratos* que celebrase el gestor con terceros (art. 2305, Cód. Civil), sino, en forma genérica, de que el gestor queda personalmente obligado frente a aquéllos por la gestión, debiendo conjugar esta previsión normativa con lo dispuesto en el art. 1789 de este Código, en el que se hace referencia a los *actos* cumplidos; y, b) por otro, se deja a salvo a los terceros de buena fe de cualquier vicisitud que se presente ante la ratificación de la gestión o asunción de las obligaciones por parte del dueño.

Se tomó como fuente al art. 1711 del Proyecto de reforma de 1998.

II. Comentario

1. Vías de liberación del gestor

El principio es que el gestor queda obligado personalmente frente a terceros por la conducta desplegada en el marco de la gestión emprendida, salvo que el dueño del negocio la ratifique o que asuma sus obligaciones en el caso de que se trate. A ello hay que añadir un supuesto más, que surge del juego de los arts. 1784, 1785 y 1789; éste es: cuando la gestión es conducida útilmente.

Piénsese en que hasta que no se produzca alguna de las circunstancias indicadas, el eventual dueño del negocio será un *tercero ajeno* al vínculo existente entre el gestor y el tercero con quien el gerente lleve adelante actos en el marco de su gestión. De modo que aquí primará el principio de relatividad de las obligaciones y de los contratos (conf. arts. 1201 y 1202).

Esto importa, entonces, que los terceros tienen acción contra el gestor hasta tanto ocurra alguna de las circunstancias descriptas en el párrafo precedente.

Ahora bien, en el régimen anterior, como lo ponen de manifiesto Trigo Represas y López Mesa, se preveía la posibilidad de que los terceros promovieran acción subrogatoria contra el dueño respecto de aquellas acciones que contra éste correspondían al gestor (conf. art. 2305, Cód. Civil). Y si bien esta posibilidad no ha sido regulada en el régimen actual, pareciera que por aplicación del art. 739 sería viable también esta opción.

En lo atinente a la liberación del gestor cuando la gestión es conducida útilmente, remitimos a los comentarios sucesivos en donde la cuestión será tratada con mayor detalle.

2. Terceros de buena fe

Se prevé una excepción a la liberación del gestor ante la ocurrencia de alguna de las circunstancias aludidas en el punto 1.

Ella consiste en que, aun cuando el dueño asumiera sus obliga9849094 ciones o ratificara la gestión, o ésta hubiera resultado útil, los terceros tendrían acción contra el gestor, además de, claro está, contra aquél.

En suma, podrían optar por perseguir su crédito contra cualquiera de los sujetos que conforman la relación jurídica principal, esto es, la que entraña la gestión de negocios.

Al respecto, es pertinente destacar que, en este Código, se ha regulado a la buena fe con un enunciado normativo amplio, comprensivo de cualquier ejercicio de un derecho. Es decir, como ha sido expuesto en los fundamentos de la reforma, se la concibe como un principio general aplicable al ejercicio de los derechos, lo que luego, a su vez, se complementa con reglas específicas aplicables a distintos supuestos.

Pues bien, esto es lo que justamente ocurre en el caso. En el art. 9 está previsto el principio general y en el artículo en comentario una regla específica.

Al haber sido regulada de esta manera, se ha optado por lo que se denomina en Derecho *buena fe-creencia*, separándose de la definición normativa estipulada para el Proyecto de 1998, en la que se añadía el término *lealtad* (cfr. art. 395).

La intención de regular el concepto de buena fe del modo en el que se lo hizo, responde a instalar una concepción e interpretación amplia de este principio, entendiendo que al utilizar el término *lealtad* podía darse lugar a una interpretación restrictiva.

Asimismo, al haber sido establecida como un principio general, se incluyen ambos aspectos de la buena fe, es decir: el objetivo y el subjetivo. Ello exige entonces un comportamiento leal —vinculado con la *buena fe-probidad*—, al tiempo que le confiere fuerza a la *apariencia* generada a través del ejercicio de un derecho, que, como enseñan Alterini, Ameal y López Cabana, "...implica el estado objetivo del que deriva el estado subjetivo de la creencia...".

La finalidad, entonces, en lo que aquí interesa, es proteger al tercero de buena fe

de cualquier situación en la que resulte perjudicado como consecuencia del ejercicio de un derecho ejecutado en el marco de la gestión de negocios, otorgándosele la posibilidad de actuar contra cualquiera de los sujetos indicados a los efectos de que se restituya su situación al estado anterior al hecho dañoso (conf. art. 1740), sin perjuicio de que éstos luego resuelvan si situación por la vía correspondiente, conforme a la relación interna que en el contexto de su relación jurídica exista.

III. JURISPRUDENCIA

Ausente la ratificación, los contratos celebrados por el gestor sólo producen efecto entre él y los terceros, y éstos sólo tienen acción contra el gestor, aunque por aplicación de los principios generales posean la acción subrogatoria (art. 1196, Cód. Civil) contra el dueño, limitada a las acciones que el gestor tuviere contra éste (art. 2305, Cód. Civil) (SCBA, 14/7/199).

Art. 1785.— Gestión conducida útilmente. Si la gestión es conducida útilmente, el dueño del negocio está obligado frente al gestor, aunque la ventaja que debía resultar no se haya producido, o haya cesado:

a) a reembolsarle el valor de los gastos necesarios y útiles, con los intereses legales desde el día en que fueron hechos;

b) a liberarlo de las obligaciones personales que haya contraído a causa de la gestión;

c) a repararle los daños que, por causas ajenas a su responsabilidad, haya sufrido en el ejercicio de la gestión;

d) a remunerarlo, si la gestión corresponde al ejercicio de su actividad profesional, o si es equitativo en las circunstancias del caso.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El presente artículo encuentra base en los arts. 2297 y 2298 del régimen anterior.

Ello, en cuanto a las pautas que se fijan en relación con la obligación del dueño frente al gestor, y sin perjuicio de que, por lógica consecuencia de que la gestión de negocios ha tomado forma de fuente autónoma de obligaciones, se dejó de lado la remisión directa al contrato de mandato. Por esta razón, el dueño ya no queda sometido a las obligaciones que la ejecución del mandato impone al mandante, sino a las que se imponen en el marco de este instituto.

Se tomó como fuente también al art. 1712 del Proyecto de 1998, encontrándose una variante entre ambos en parte de la redacción del inc. a).

II. COMENTARIO

1. Criterios para medir la utilidad

Spota entiende que el hecho de que el gestor deba conducirse útilmente, importa que lo haga cumpliendo en forma regular su gestión.

Ahora bien, como lo señala Compagnucci de Caso, no es simple establecer cómo debe medirse la utilidad, ni cuál es el sentido de su apreciación. Es necesario, según él, tener en consideración cómo hubiera sido el comportamiento del dueño del negocio y cuál su in4 terés, no obstante lo cual también efectuar un análisis en abstracto para juzgar la conducta del gestor, tomando en cuenta una tipología ideal, como la del *buen padre de familia* o el *buen comerciante*. Esto implica adoptar un criterio objetivo de valoración y que la utilidad debe ser evidente.

Empero, conforme lo subraya Lavalle Cobo, debe considerarse útil la gestión que consiste en una operación arriesgada, si el dueño del negocio acostumbraba hacer ese tipo de operaciones (conf. art. 1187).

Este último autor indica que la utilidad del negocio debe ser apreciada al comienzo de la gestión, de acuerdo con su concepción y no con su resultado.

Por último, es importante tener en cuenta además, como lo señala Kemelmajer de Carlucci, que la utilidad se predica de acuerdo con el hecho y no con la intención de quien actúa. Ello presupone, entonces, un juicio de calificación a realizar por el juez, en el que importará, por una parte, la concepción del negocio que se hubiera tenido en el momento primario del emprendimiento y, por otra, las circunstancias fácticas.

2. La utilidad como eximente de responsabilidad

El gestor es responsable frente al dueño del negocio en caso de que, actuando con culpa, su gestión le generase un daño (art. 1786), aun en el supuesto de caso fortuito, "...excepto en cuanto la gestión le haya sido útil a aquél" (art. 1787). A partir de esas premisas, entonces, es dable concluir que el principio es que el gestor responde incluso ante supuestos de caso fortuito y la excepción a ello que, si la gestión resultó útil al dueño del negocio, el gestor queda eximido de responsabilidad.

3. Obligaciones del dueño

3.1. Reembolso de gastos necesarios y útiles

En el inc. a) se dispone el reembolso de los gastos *necesarios* y *útiles*. Aquí hay un cambio específico respecto del régimen anterior, en el que sólo se hablaba de gastos en general.

Los necesarios, como los distingue Salvat, son aquellos sin los que la cosa no se habría conservado. Y los útiles, son los que, si bien son imperiosamente exigidos para su conservación, desde el momento en que resulten útiles para el due_1o es justo concederle al gestor el derecho a reclamarlos.

3.2. Intereses

En lo atinente a los intereses, se prevé el pago de los devengados desde el día en que los gastos fueron hechos, agregando que se trata de los legales, a diferencia de lo que se encontraba previsto en el art. 2298 del régimen anterior, que nada se decía al respecto.

Así que habrá que estarse a la situación que cada caso presente a los efectos de determinar los intereses que corresponda aplicar.

La pauta a seguir puede determinarse de la siguiente manera: si no surge de la ley cuál es la tasa de interés aplicable al caso, pues deberá recurrirse a lo previsto en el art. 1322 pertinente al mandato —de aplicación supletoria (conf. art. 1790)— o, incluso, a lo establecido en el art. 767, relativo a los intereses compensatorios. Es decir, si no surge la solución de la ley y conforme al caso concreto, entonces deberá ser el juez el que decida la cuestión, aplicando las pautas fijadas en los artículos indicados.

3.3. Liberación del gestor y reparación de daños

Resulta claro y coherente con el sistema estatuido que el dueño libere al gestor de toda obligación y repare lo daños que éste hubiera sufrido en el ejercicio de su función.

En síntesis, existen dos condiciones para que esa obligación se haga operativa para el dueño. Ellas son: a) que la gestión haya sido conducida útilmente; y, b) que tanto las obligaciones que haya contraído el gestor como los daños recibidos hubieran tenido lugar en el marco de actuación de la gestión emprendida, no excediéndose, por tanto, en sus obligaciones y resultando la producción de los perjuicios de causas ajenas a su responsabilidad.

3.4. Remuneración

El inc. d) del art. 1785 trae una modificación sustancial al régimen anterior.

En él se habla de remuneración para el gestor en dos supuestos: a) si la gestión corresponde al ejercicio de su actividad profesional; o, b) si es equitativo en las circunstancias del caso.

La fórmula utilizada es la que se diseñó para el Proyecto de 1998 y, si bien con matices, responde también a lo que se había establecido en el art. 1537 del Proyecto del PE de 1993. En este último se preveía que era el juez el que, por razones de equidad y según las circunstancias del caso, podría fijar una retribución al gestor a cargo del interesado.

Ello ocasionó la crítica de parte de la doctrina, entre ellos Trigo Represas y López Mesa, en el sentido de que, de seguirse ese criterio, se desvirtuaba el origen de la figura, pudiendo a través de una eventual remuneración alentar a terceros a realizar injerencias en negocios ajenos que resultasen inoportunas para sus dueños. Y que así como no podía ser fuente de pérdidas para los gestores, tampoco fuente de ganancias. En suma, concluían que "...deb[ía] seguir siendo esencialmente gratuita, para evitar una afectación severa del principio de no injerencia".

Por nuestro lado, no coincidimos con esa postura en tanto vemos adecuado que, en ciertos casos, la actividad llevada a cabo por un gestor merezca retribución.

Y lo cierto, al cabo, es que las pautas que se fijan en la ley resultan adecuadas y alineadas con lo que han sido algunos de los cambios notables que tuvo la última gran reforma del Cód. Civil: la de 1968, con la ley 17.711.

Con esto pretendemos remitir a la noción de equidad introducida en los art. 907 y 1069, y mantenida en este nuevo régimen (cfr. art. 1742), siendo este último una síntesis de aquéllos y sumando, justamente, como pauta de evaluación: *las circunstancias del hecho*. Algo similar ocurre con lo que fue la modificación al art. 656 —segundo párrafo— en dicha reforma, vinculado con la atenuación de la pena estipulada como cláusula penal. Adviértase que allí también se empleó la fórmula "...y demás circunstancias del caso" como estándar de valoración para que el juez acceda a dicha atemperación, lo cual fue reproducido en el art. 794 de este nuevo cuerpo normativo. A ello puede añadirse que, en el art. 771 de este último, se dispuso, bajo el rótulo de *facultades judiciales*, que el juez pueda, en las circunstancias allí previstas, reducir los intereses. Finalmente, y poniendo énfasis en que, por su ubicación en el nuevo Código, tal vez pueda presentarse como la pauta más importante, es preciso subrayar que en su art. 1° (titulado "Fuentes y aplicación") se dispone que para resolver los casos que el Código rige "...se tendrá en cuenta la jurisprudencia en consonancia con las circunstancias del caso".

De modo que, así como la protección de la parte más débil en la relación jurídica ha sido pensada para distintas situaciones en las que puede manifestarse una afectación a sus derechos, la decisión de compensar al gestor en determinadas circunstancias es vista desde nuestra perspectiva como un valor, y como una medida positiva y equidistante con la nueva sistemática seguida en la reforma, siendo el juez el que deba resolver este tipo de cuestiones, aunque en la norma no se lo mencione expresamente.

III. JURISPRUDENCIA

1. Entre los requisitos exigibles de la gestión de negocios, debe acentuarse el de la "utilidad", el que debe juzgarse al momento de su iniciación y apreciarse con criterio objetivo "como lo haría un buen padre de familia (CNCom., sala C, 5/3/1993, LL AR/JUR/2332/1993).

2. Los gastos afrontados por el gestor de negocios deben ser reembolsados con intereses "desde el día en que se los hizo", no se requiere interpelación ya que el curso de los intereses empieza a correr de pleno derecho, por tratarse de un supuesto de mora legal (CNCiv., sala F, 23/4/1979, LL AR/JUR/3843/1979).

Art. 1786.— Responsabilidad del gestor por culpa. El gestor es responsable ante el dueño del negocio por el daño que le haya causado por su culpa. Su diligencia se aprecia con referencia concreta a su actuación en los asuntos propios; son pautas a considerar, entre otras, si se trata de una gestión urgente, si procura librar al dueño del negocio de un perjuicio, y si actúa por motivos de amistad o de afección.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El punto de encuentro en este caso con el régimen anterior, se da con el art. 2291.

El nuevo artículo encuentra sustento en aquél, no obstante lo cual ha sido modificada su redacción y, con ella, a nuestro criterio, se ajustó el margen de interpretación y aplicación de la previsión legal.

El artículo, a su vez, guarda relación estrecha con el redactado en el Proyecto

de 1998, si bien con una modificación que puede resultar sustancial al tiempo de aplicar la norma. La diferencia en relación con el de aquel Proyecto radica en un cambio en la puntuación y en una aclaración que, conforme lo entendemos, repercute en la forma en que debe apreciarse la conducta del gestor y la respuesta que ella merece en virtud de ciertas pautas, y de su modo habitual de actuar en asuntos propios. En este punto, entonces, centralizaremos nuestro comentario.

II. Comentario

1. Responsabilidad por culpa

La previsión normativa fijada en este artículo, aun cuando en el caso la pauta es explícita, responde al principio general asentado en el art. 1721 de este Código, en cuanto a que, ante la ausencia normativa, el factor de atribución es la culpa.

2. Deber de diligencia

Pareciera que, de acuerdo con el modo en el que ha sido reestructurado el art. 2291 del régimen anterior, ahora se tiende a unificar el enfoque con que debe avaluarse la conducta del gestor.

Al respecto, ha sido destacado por Trigo Represas y López Mesa que, conforme prestigiosa doctrina, dicho art. 2291 podía separarse en dos partes. En la primera, y en virtud de la expresión *responde de toda culpa*, la conducta del gestor debía ser valorada de modo objetivo y en sentido abstracto. Mientras que, en la segunda, relativa a los casos de *urgencia*, o a aquellos en que se procura *evitarle un perjuicio al dueño* o bien cuando existan razones de *afecto o amistad*, la ley permitía una atención más contemplativa y la apreciación de la culpa era en concreto.

Esta postura era sostenida por Compagnucci de Caso antes de la reforma, pero también, por ejemplo, por López Mesa con posterioridad a ella.

Ahora bien, la técnica legislativa o de redacción normativa empleada en el art. 1786 del régimen actual no parece dar lugar a una interpretación de ese tipo.

Es que, en primer término, se establece la responsabilidad del gestor por culpa, sujetándola a un único estándar de actuación, cual es que "[s]u diligencia se aprecia con referencia concreta a su actuación en los asuntos propios". Y recién luego se fijan las pautas que deben ser consideradas para confrontar si ha sido o no diligente en el caso concreto, no siendo —por otro lado— taxativas, lo cual queda de manifiesto al disponerse que, *entre otras*, debe estarse a las allí previstas. En definitiva, "...la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar" (art. 1724).

Por lo tanto, no advertimos que haya lugar para mensurar desde fases distintas la conducta empleada por el gestor, sino circunstancias que pueden justificar la conducta desplegada y, por ende, declarar a quien así actúe exento de culpa.

Art. 1787.— Responsabilidad del gestor por caso fortuito. El gestor es responsable ante el dueño del negocio, aun por el daño que resulte de caso fortuito, excepto en cuanto la gestión le haya sido útil a aquél:

a) si actúa contra su voluntad expresa;

b) si emprende actividades arriesgadas, ajenas a las habituales del dueño del negocio;

c) si pospone el interés del dueño del negocio frente al suyo;

d) si no tiene las aptitudes necesarias para el negocio, o su intervención impide la de otra persona más idónea.

I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto

El artículo en comentario se vincula con el Código anterior en sus arts. 2294 y 2295.

Más allá de algún agregado y de la alteración de algunos términos —que aquí serán analizados—, el presente artículo reúne las pautas que contenían aquellos dos.

Se ha tomado como fuente al art. 1714 del Proyecto de 1998, siendo casi una reproducción de la redacción de aquél.

II. Comentario

1. Principio

El principio es que el caso fortuito o fuerza mayor —términos empleados como sinónimos (conf. art. 1730)— operan como eximentes de responsabilidad.

Ahora bien, se prevén en la ley ciertos supuestos en los que, de todos modos, el gestor responde ante la ocurrencia de un evento de la naturaleza de los que son reputados como caso fortuito. Es decir, se constituyen en excepciones al principio de que ante la presencia de un caso fortuito el gestor queda liberado de responsabilidad.

Para la eximición de responsabilidad del gestor, como señala Lavalle Cobo, las circunstancias deben ser imprevisibles al momento del comienzo de la gestión.

2. Excepciones

2.1. Actuar contra la voluntad expresa del dueño

Si el gestor actúa contra la voluntad expresa del dueño debe entenderse que se produce la conclusión de la gestión (conf. art. 1783) y que debe responder por los perjuicios ocasionados al dueño del negocio por el caso fortuito.

Esta decisión del dueño de impedir que el gestor actúe debe ser comunicada de modo preciso y con anterioridad a la ocurrencia del evento extraordinario, ya que de lo contrario no habría razón que justificara la responsabilidad del gestor. La comunicación expresa es el hecho que habilita la atribución de responsabilidad del gerente.

af6032.2. Actividades arriesgadas ajenas a las habituales del dueño

Como explica Compagnucci de Caso, aquí deben conjugarse dos presupuestos: a) actos riesgosos; y, b) que dichos actos no sean de práctica habitual del dueño.

2.3. Interés del gestor por el del dueño

Salvat destaca que para que esta disposición sea aplicable, es necesario que el gestor haya obrado con un propósito de interés o lucro personal.

Si esto ocurriera, además de la consecuencia que emana del propio artículo, el gestor claramente estaría contrariando la finalidad del instituto. Al actuar de esa manera estaría haciendo propicia una situación con destino cierto para obtener un beneficio propio, lo cual, incluso, sería susceptible de calificar como conducta maliciosa (conf. art. 1724) y, por tanto, habría que evaluar en el caso los perjuicios ocasionados al dueño por la conducta indebida y la consecuente reparación (conf. arts. 1716 y 1725).

2.4. Carencia de aptitudes necesarias para el negocio e impedimento de intervención de persona más idónea

Ambas son cuestiones de hecho. Como señala Salvat, habrá que tener en cuenta las aptitudes personales del gestor y la naturaleza del negocio.

Ya en el segundo supuesto que comprende el inc. d) del artículo, habrá que apreciar las aptitudes del gestor y del que, en su defecto, hubiera actuado.

2.5. Carácter restrictivo

Si bien, en tanto consagran reglas de excepción al principio de no responsabilidad por el caso fortuito, los supuestos aludidos en los puntos precedentes deben ser interpretados restrictivamente, nada impide que los casos previstos en el régimen general establecido en el art. 1733 puedan ser de aplicación a la gestión de negocios, en la medida en que se adecuasen a la realidad jurídica y fáctica de dicho instituto.

3. Efecto de la utilidad

El hecho de que la gestión haya sido útil se torna en un aspecto fundamental para determinar si el gestor resulta responsable por los perjuicios ocasionados al dueño en razón del caso fortuito acaecido.

Está regulado como eximente de responsabilidad. Es decir, la fórmula sería la siguiente: *principio*: el gestor queda eximido de responsabilidad ante la ocurrencia de un caso fortuito; *excepción*: que el gestor incurra en alguno de los supuestos establecidos en la norma; *contraexcepción*: que la gestión haya resultado útil al dueño.

De ello se desprende que, en el marco de la gestión de negocios, la ch*utilidad* es la excepciyn por excelencia para que el gerente quede exonerado de responsabilidad, lo cual resulta lygico tomando en cuenta que, finalmente, lo que se pretende a travŭs de esta figura es generar una utilidad a quien se encuentra, circunstancial o definitchivamente, impedido de proporcionársela por sí mismo.

Corresponde aclarar que, en este caso, necesariamente, habrá que evaluar la utilidad una vez realizada la gestión y no al comienzo de ella, en tanto, para que opere como eximente de responsabilidad, deberá verificarse que efectivamente la gestión resultó útil para el dueño.

Por último, cabe añadir que no deben confundirse los términos *utilidad* y *provecho* (es decir, no debe asimilárselos), por cuanto son empleados con fines y efectos distintos. Remitimos, en honor a la brevedad, a la nota al art. 2297 del Cód. Civil en la que Vélez Sarsfield ha ilustrado la diferencia que mantienen ambos términos.

Art. 1788.— Responsabilidad solidaria. Son solidariamente responsables:

a) los gestores que asumen conjuntamente el negocio ajeno;

b) los varios dueños del negocio, frente al gestor.

I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto

El presente artículo se relaciona, parcialmente, con el art. 1945 del Cód. Civil. En éste se prevela la solidaridad respecto de los mandantes que hubieran nombrado a un mandatario para un negocio común.

Por otro lado, tiene como fuente al art. 1715 del Proyecto de 1998, siendo una reproducción de la redacción allí empleada.

II. Comentario

Se prevé la solidaridad tanto para el caso de gestores que asumen conjuntamente el negocio ajeno cuanto para el supuesto de existencia de varios dueños frente al gestor, lo cual es un vuelco absoluto respecto de la legislación anterior, en la que expresamente se rechazaba esta solución (arts. 2293 y 2999, Cód. Civil).

Esta medida parece adecuada y, como lo destacan Trigo Represas y López Mesa, sigue la tendencia moderna en esta temática.

Entendemos que corresponde facilitar las cosas a aquel que resulte perjudicado en el marco de la gestión de negocios, otorgando así la opción de perseguir a quien el acreedor prefiera para ver satisfechos sus derechos. Luego, en su caso, se dirimirá lo relativo a la responsabilidad de que se trate en la relación interna que subsista entre los responsables solidarios, a través de la respectiva acción de regreso.

Por último, no puede soslayarse que lo dispuesto en el final del art. 1784, en cuanto allí se prevé que el gestor se libera si el dueño ratifica la gestión "...siempre que ello no afecte a terceros de buena fe", deja al gestor —o gestores, en caso de ser más de uno los que intervengan en el negocio ajeno— en un estado de cosas en el que, si efectivamente se configura ese supuesto (afectación de un tercero de buena fe), debería responder solidariamente con el dueño, aun cuando éste hubiera ratifi-

cado la gestión.

Ello así, claro está, sin perjuicio de la acción de recupero que cupiese al gestor frente al dueño, siempre que el perjuicio provocado al tercero responda a una causa ajena a su obrar (conf. art. 1785, inc. c).

Art. 1789.— Ratificación. El dueño del negocio queda obligado frente a los terceros por los actos cumplidos en su nombre, si ratifica la gestión, si asume las obligaciones del gestor o si la gestión es útilmente conducida.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

La ratificación de la gestión en el marco de la regulación anterior coloca automáticamente a la relación jurídica bajo la órbita de un mandato, con lo cual el dueño queda sometido respecto del gestor a todas las obligaciones del mandante (art. 2304, Cód. Civil). Esta situación ha cambiado rotundamente, sin perjuicio de que, en el art. 1790, se previó la aplicación supletoria de las normas del mandato.

El artículo en comentario tiene como fuente al art. 1716 del Proyecto de 1998, siendo en este caso también una reproducción de la redacción allí utilizada.

arII. COMENTARIO

1. Nuevo régimen

Con la reforma, la ratificación prevista en este artículo queda circunscripta a las vías a través de las cuales el gestor puede liberarse de sus obligaciones frente a terceros, mientras que la relación de aquél con el dueño se ha regulado en el bloque normativo que conforman los arts. 1785 a 1788.

Es decir, se amplía el espectro de alternativas mediante las que el gestor puede liberarse de responsabilidad respecto de terceros. Esto surge del juego de los arts. 1784, 1785 y 1789.

Se prevén tres supuestos a través de los que puede ocurrir la circunstancia indicada:

a) Si el dueño ratifica la gestión; b) si el dueño asume las obligaciones del gestor; o, c) si la gestión es útilmente conducida. Cualquiera de ellas, que operan de modo independiente, es susceptible de liberar al gestor respecto de terceros.

Claro es que ésta es la consecuencia lógica que ocasiona el hecho de que, a partir de la ratificación, el dueño queda obligado frente a terceros por los actos cumplidos en su nombre.

2. Efecto retroactivo

Un aspecto que vale la pena resaltar es el vinculado con el efecto retroactivo que tiene la ratificación de la gestión.

Al respecto, nótese que en el régimen legal anterior estaba previsto (art. 2304), mientras que en éste no. Ello no obstante, consideramos que de todas formas debe concedérsele ese efecto (esto es, retroactivo al día en que la gestión principió), pues ello se desprende del contenido de las obligaciones del dueño frente al gestor, dispuestas en el art. 1785. Así es que, a nuestro modo de ver, resultaba superfluo establecer expresamente una disposición de ese tipo en el artículo correspondiente a la ratificación.

En el mismo sentido opina López Mesa, quien advierte que, pese al silencio, la retroactividad de los efectos de la gestión ratificada es obvia, justamente, porque la ratificación tiene la consecuencia de la asunción por el representado de la actuación del gestor como si fuera suya, lo que torna necesaria la retroactividad de efectos de esa ratificación, que de otro modo sería selectiva.

3. Conducción útil de la gestión

Remitimos a lo dicho al comentar los arts. 1785 y 1787.

4. Forma y prueba de la ratificación

trche prevén formas En cuanto a la forma, en la medida en que no s cita. Ello surge, como indica Lpez Mesa, del Jsacramentales, puede ser expresa o t .y 264 1789 juego de los arts.

cita se produce, por ejemplo, cuando el dueò asume sus JLa ratificacin t .(y 1789 1784 obligaciones (conf. arts.

sujeta a un Jspecta a la prueba, la ratificacin tampoco estEn lo que re determinado medio probatorio. En tal contexto, en tanto no se encuentra prohibido por la ley, puede acreditarse, incluso, por presunciones.

III. JURISPRUDENCIA

La ratificaciyn posee la virtualidad de cubrir toda insuficiencia del apoderamiento, asH como tambiYn su ausencia. Por consiguiente, existe ratificaciyn cuando alguien, sin tener poderes o ante la insuficiencia de las facultades con las que cuenta, realiza un acto en nombre de otro, quien ulteriormente hace suyos los efectos del acto celes0 brado. De ahH que todas las derivaciones del acto realizado son as*UMIDAS POR LA PARTE QUE RATIFICA LA GESTIÓN AJENA CUMPLIDA EN SU BENEFICIO, LO CUAL ACARREA COMO EFECTO COLATERAL LA DESVINCULACIÓN DEL AGENTE GESTOR POR DICHAS CONSECUENCIAS (CNCIV., SALA D, 15/10/1981, LA LEY, 1982-A, 418, LL AR/JUR/5782/1981).*

ART. 1790.— APLICACIÓN DE NORMAS DEL MANDATO. LAS NORMAS DEL MANDATO SE APLICAN SUPLETORIAMENTE A LA GESTIÓN DE NEGOCIOS.

SI EL DUEÑO DEL NEGOCIO RATIFICA LA GESTIÓN, AUNQUE EL GESTOR CREA HACER UN NEGOCIO PROPIO, SE PRODUCEN LOS EFECTOS DEL MANDATO, ENTRE PARTES Y RESPECTO DE TERCEROS, DESDE EL DÍA EN QUE AQUÉLLA COMENZÓ.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

LA RELACIÓN DE ESTE ARTÍCULO SE DA CON EL ART. 2304 DEL RÉGIMEN ANTERIOR, SIN PERJUICIO DE QUE EXISTEN VARIANTES IMPORTANTES, ASENTADAS PRINCIPALMENTE EN EL HECHO DE QUE LA GESTIÓN DE NEGOCIOS AHORA SE CONSTITUYE EN UNA FUENTE

AUTÓNOMA DE OBLIGACIONES.

EN ESTE CASO, UNA VEZ MÁS, LA REDACCIÓN USADA ES UNA REPRODUCCIÓN DE LA DEL PROYECTO DE 1998, EN SU ART. 1717.

II. COMENTARIO

1. APLICACIÓN SUPLETORIA DEL MANDATO

EL HECHO DE QUE HAYA SIDO PREVISTA LA APLICACIÓN SUPLETORIA DE LA REGULACIÓN DEL MANDATO IMPLICA QUE LOS CONFLICTOS QUE SE SUSCITEN EN EL MARCO DE UNA GESTIÓN DE NEGOCIOS DEBEN SER RESUELTOS CON LA REGULACIÓN NORMATIVA PREVISTA PARA ESTE INSTITUTO Y, EN SU CASO, SÓLO CUANDO ELLO RESULTE NECESARIO POR NO ENCONTRAR UNA SOLUCIÓN EN ESTA ÚLTIMA, RECURRIR A LA PRIMERA.

ESTE ASPECTO ES SUSTANCIAL Y NO DEBE PERDERSE DE VISTA AL TIEMPO DE APLICAR UN SISTEMA U OTRO, ES DECIR, LA REGULACIÓN PERTINENTE A LA GESTIÓN DE NEGOCIOS O LA DEL MANDATO. DE LO CONTRARIO PERDERÍA SENTIDO LA NUEVA PREVISIÓN NORMATIVA SUMADA A LA REGULACIÓN DEL INSTITUTO Y LA UBICACIÓN ASIGNADA EN EL CÓDIGO.

2. RATIFICACIÓN Y EFECTOS DEL MANDATO

EN EL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO SE DISPONE QUE ANTE LA RATIFICACIÓN DE LA GESTIÓN POR PARTE DEL DUEÑO SE PRODUCEN LOS EFECTOS DEL MANDATO, ENTRE PARTES Y RESPECTO DE TERCEROS, DESDE EL DÍA EN QUE AQUÉLLA COMENZÓ.

AQUÍ HA HABIDO UNA MODIFICACIÓN RESPECTO DEL RÉGIMEN ANTERIOR EN EL QUE SE PREVEÍA QUE LA RATIFICACIÓN POR PARTE DEL DUEÑO DEL NEGOCIO EQUIVALÍA A UN MANDATO (ART. 2304, CÓD. CIVIL).

POR ELLO, HA VIRADO LA CONCEPCIÓN NORMATIVA Y EL ROL ASIGNADO A LA GESTIÓN DE NEGOCIOS, CONSTITUYENDO A ESTA FIGURA JURÍDICA, COMO SE DIJO, EN UNA FUENTE AUTÓNOMA DE OBLIGACIONES.

III. JURISPRUDENCIA

lchLa ratificaciyn del dueco de un negocio equivale a un mandato y tiene efecto retroactivo al dна en que la gestiyn principiy (art. 2304, Cyd. Civil), y ello ocurre cualesquiera que sean las circunstancias en las cuales se hubiera emprendido el negocio de otra y sin que deba diferenciarse entre una gestiyn propiamente dicha o una gestiyn anormal (SCBA, 7/9/1982, LL AR/JUR/2238/1982).

CAPHTULO 3

EMPLEO ЪTIL

Por PEDRO GALMARINI

Bibliografна de la reforma: SID9849094 GALMARINI, PEDRO, "Gestiyn de negocios. Empleo ъtil. Enriquecimiento sin causa. Declaraciyn unilateral de voluntad", en RIVERA, JULIO C. (dir.) - MEDINA, GRACIELA (coord.), *Comentarios al proyecto de Cydigo Civil y Comercial de la Naciyn 2012*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012; LYPEZ MESA, MARCELO J.,

hich "El enriquecimiento sin causa. Sus requisitos y limitaciones en el proyecto", LA LEY, 2012-D

Bibliografна clбsica: ALTERINI, ATILIO A. - AMEAL, OSCAR J. - LYPEZ CABANA, ROBERTO M., *Derecho de obligaciones civiles y comerciales*, 3Є ed., LexisNexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2006; BORDA, GUIHLLERMO A., *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, 9Є ed., actualizado por Borda, Alejandro, t. II, La Ley, pcia. Buenos Aires, 2008; COMPAGNUCCI DE CASO, RUBЙN H., "Enriquecimiento sin causa", en *Derecho de dacos*, Segunda parte, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 2000; LAVALLE COBO, JORGE E., "Comentario a los arts. 2288 a 2305", en BELLUSCIO, AUGUSTO C. (dir.) – ZANNONI, EDUARDO A. (coord.), *Cydigo Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, t. 9, Astrea, Buenos Aires, 2004; LLAMBHAS, JORGE J., *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, t. IV-B, actualizado por Raffo Benegas, Patricio, Editorial Perrot, Buenos Aires, 2005; MOISSET DE ESPANЙS, LUIS, "Notas sobre enriquecimiento sin causa", ED, 76-899; SALVAT, RAYMUNDO M., *Tratado de derecho civil argentino. Fuentes de las obligaciones*, segunda ed. actualizada por Acuca Anzorena, Arturo, t. III, Tipogrбfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1954; SPOTA, ALBERTO G., "El enriquecimiento sin causa mediante empleo ъtil", JA, 1953-I-241; SPOTA, ALBERTO G., *Instituciones de derecho civil. Contratos*, vols. I-II, Depalma, Buenos Aires, 1984; STIGLITZ, RUBЙN S., "Fuentes de las obligaciones. Enriquecimiento sin causa. Perspectivas de la Unificaciyn del Derecho Privado", en *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, DJ, aco XXX – N° 50, La Plata, 115; TRIGO REPRESAS, FЙLIX A. - LYPEZ MESA, MARCELO J., *Tratado de la responsabilidad civil*, t. I, 1Є ed., La Ley, Buenos Aires, 2004.

***

Art. 1791.— Caracterizaciyn. Quien, sin ser gestor de negocios ni mandatario, realiza un gasto, en interйs total o parcialmente ajeno, tiene derecho a que le sea reembolsado su valor, en cuanto haya resultado de utilidad, aunque despuйs йsta llegue a cesar.

El reembolso incluye los intereses, desde la fecha en que el gasto se efectъa.

I. RELACIYN CON EL CYDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El presente Capнtulo tambiйn, como el de gestiyn de negocios, encuentra su reflejo en el Proyecto de 1998, en sus arts. 1718 a 1720, siendo el art. 1791 a comentar casi una copia del art. 1718 de aquйl.

Asimismo, este artн

f47 culo estб vinculado parcialmente con los arts. 2306 y 2309 del Cyd. Civil. Asн, se han mantenido pautas que identifican y caracterizan a la figura jurнdica en cuestiyn, pero tambiйn se sumaron aspectos de relevancia.

II. COMENTARIO

1. Concepto

El empleo ъtil, como lo expresa De Mundo, es siempre una inversiyn y nunca un

acto de administraciyn, salvo que se administren sylo los bienes propios y, por razones circunstanciales, naciera la necesidad de hacer algъn gasto en beneficio de otra persona. Es decir que, el empleo ъtil, se produce por actos circunstanciales y aislados, que no llevan en sн la intenciyn de administrar o gestionar, ni mucho menos el propysito de crear obligaciones entre el titular del patrimonio aumentado y terceras personas.

2. Diferencia con la gestiyn de negocios y el enriquecimiento sin causa

Ghersi, tomбndose de la opiniyn de Borda, apunta que la diferencia entre empleo ъtil y gestiyn de negocios tiene que ver con una relaciyn de gйnero a especie. Ello es asн, argumenta, en tanto la gestiyn comprende todo servicio prestado por el gestor, sean actos materiales o servicios, mientras que el empleo ъtil se trata especнficamente de gastos en dinero.

Respecto de su diferencia con el enriquecimiento sin causa, observa que la acciyn que emana del empleo ъtil puede intentarse aunque hubiera cesado la utilidad del gasto, no ocurriendo lo propio con el enriquecimiento sin causa.

2.1. їGastos y/o servicios?

Las definiciones dadas a *empleo ъtil* y *enriquecimiento sin causa* traen claridad a lo que se entiende por cada una de esas figuras. Hasta ahora la doctrina y jurisprudencia hacнan mйrito de una u otra para fundar sus opiniones o decisiones al tiempo de determinar si correspondнa el reembolso de los gastos o servicios efectuados por una persona y que generaban utilidades a otra, asimilando ambos conceptos.

Consideramos, entonces, que al emplearse en el art. 1971 (caracterizaciyn de empleo ъtil) el tйrmino *gasto* y en el art. 1794 (catlchRACTERIZACIÓN DE ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA) EL TÉRMINO BENEFICIO, EL EMPLEO ÚTIL SÓLO COMPRENDE LOS GASTOS, QUEDANDO LOS SERVICIOS DE

HICHSTINADOS AL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA SEGUNDA FIGURA MENCIONADA.

3. INTERÉS TOTAL O PARCIALMENTE AJENO

EN EL NUEVO RÉGIMEN SE SUPRIMIÓ LA DESCRIPCIÓN ACERCA DEL ALCANCE DE LO QUE SE ENTIENDE POR EMPLEO ÚTIL (ART. 2309, CÓD. CIVIL), SIENDO REEMPLAZADA POR UNA PAUTA QUE ALBERGA AQUELLOS GASTOS QUE SE HICIERAN EN INTERÉS TOTAL O PARCIALMENTE AJENO. DE MODO QUE HABRÁ QUE JUZGAR EN CADA CASO EL INTERÉS DEL SUJETO PASIVO, EL QUE PODRÁ SER, INCLUSO, PARCIAL, LO CUAL INEVITABLEMENTE LLEVARÁ A INDAGAR ACERCA DEL CONTEXTO EN EL QUE LA EROGACIÓN HA SIDO EFECTUADA.

OBSERVAMOS ADECUADA ESTA PAUTA DE EVALUACIÓN DEL GASTO, EN TANTO OFRECE LA POSIBILIDAD DE QUE SITUACIONES QUE HASTA AQUÍ PODÍAN RESULTAR DE DIFÍCIL SOLUCIÓN, POR LO DIFUSO QUE EN ALGUNOS SUPUESTOS PUEDE SER ESTIMAR LA GRADACIÓN DEL INTERÉS AJENO, AHORA PUEDEN FUNDARSE EN DICHO PARÁMETRO NORMATIVO, SOBRE TODO AQUELLOS RAZONAMIENTOS A TRAVÉS DE LOS QUE SE ARRIBE A LA CONCLUSIÓN DE QUE HA MEDIADO UN INTERÉS PARCIAL.

4. UTILIDAD Y CESE

ES CONDICIÓN PARA TENER DERECHO A SU REEMBOLSO QUE EL GASTO HAYA SIDO DE UTILIDAD.

LAVALLE COBO INDICA QUE LA CUANTÍA DE LA INVERSIÓN REALIZADA SE MENSURA EN ATENCIÓN A LA UTILIDAD OBTENIDA EN EL PATRIMONIO DEL ENRIQUECIDO, AL MOMENTO DE RECIBIR ESE BENEFICIO.

AGREGA ESTE AUTOR QUE, DICHA UTILIDAD, REQUISITO DEL EMPLEO ÚTIL, DEBE CONSISTIR EN UNA VENTAJA INICIAL QUE ALGUIEN RECIBE DE OTRA PERSONA, SIN IMPORTAR SI LUEGO, POR CASO FORTUITO O POR CULPA DEL BENEFICIARIO, CESARA.

5. REEMBOLSO E INTERESES

SE PREVÉ QUE EL REEMBOLSO DE LOS GASTOS INCLUYE LOS INTERESES DESDE LA FECHA EN QUE EL GASTO SE EFECTÚA.

ESTA DISPOSICIÓN ES AFÍN CON EL ORDENAMIENTO JURÍDICO, EN EL CUAL CUALQUIER EROGACIÓN O PERJUICIO QUE DEBA SER COMPENSADO CORRESPONDE QUE LO SEA DESDE EL MOMENTO EN QUE SE PRODUJO.

SE TRATA DE INTERESES COMPENSATORIOS, QUE EN EL NUEVO RÉGIMEN HAN SIDO REGULADOS EN EL ART. 767.

III. JURISPRUDENCIA

EN LA LEY SE HA ESTABLECIDO ESPECÍFICAMENTE INTERESES COMPENSATORIOS PARA LOS SUPUESTOS DE SUMAS ADELANTADAS POR EL AUTOR, MANDATARIO, FIADOR O GESTOR (ARTS. 466, 1950, 2030 Y 2298, CÓD. CIVIL). DE TODAS ESAS HIPÓTESIS LA QUE MÁS SE ASIMILA AL CASO DEL EMPLEO ÚTIL ES LA GESTIÓN DE NEGOCIOS (AUNQUE PUEDA DISTINGUIRSE UNA DE OTRA ATENDIENDO A LA INTENCIÓN DEL AGENTE) Y EN ESE SUPUESTO LOS INTERESES SE DEBEN DESDE EL DÍA EN QUE LOS GASTOS SE HICIERON (ART. 2298, CÓD. CIVIL). DE AHÍ QUE LA PERSONA EN CUYO FAVOR SE HIZO EL GASTO, DEBE INTERESES SOBRE LA SUMA ÚTILMENTE EMPLEADA DESDE EL DÍA EN QUE AQUÉL SE HIZO (CNCIV., SALA C, 20/10/1981; LA LEY, 1983-B, 753; LL AR/JUR/5174/1981).

ART. 1792.— GASTOS FUNERARIOS. ESTÁN COMPRENDIDOS EN EL ARTÍCULO 1791 LOS GASTOS FUNERARIOS QUE TI ENEN RELACIÓN RAZONABLE CON LAS CIRCUNSTANCIAS DE LA PERSONA Y LOS USOS DEL LUGAR.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

LA PRESENTE PREVISIÓN NORMATIVA ENCUENTRA BASE EN EL ART. 2307 DEL CÓD. CIVIL.

TIENE COMO FUENTE, A SU VEZ, AL ART. 1719 DEL PROYECTO DE 1998, RESPECTO DEL QUE, PRÁCTICAMENTE, SE REPRODUCE LA REDACCIÓN.

II. COMENTARIO

1. GASTOS

Los gastos efectuados en el marco del empleo útil, son todos aquellos que puedan quedar comprendidos en el concepto de dicha figura. Entonces, tomando como parámetro lo expresado en el punto 1 del art. 1791, podemos concluir que es toda inversión efectuada de modo circunstancial o aislado, en beneficio de otra persona, que no haya sido llevado a cabo con la intención administrar o gestionar.

ri567~~4.1. GASTOS FUNERARIOS~~

Respecto de los gastos funerarios, que aparecían regulados en el art. 2307 del régimen anterior, se los mantiene como una especie del género empleo útil, fijándose pautas para determinar cuáles quedan comprendidos en esa figura.

~~GRID1.2. GASTOS COMPRENDIDOS~~

El concepto de gastos funerarios importa toda erogación vinculada con la inhumación de los restos de la persona, que cumpla con las pautas fijadas en la norma, esto es, que tengan relación razonable con las circunstancias de la persona y los usos del lugar.

Entre ellos, como describen Lavalle Cobo —siguiendo pautas J=urisprudenciales— y Salvat, podemos incluir: los gastos de entierro, velatorio, coche fúnebre, avisos fúnebres y sepultura. Éstos, a su vez, comprenden los gastos originados en la compra de un sepulcro para inhumar los restos, los derechos municipales y, dentro de algunos límites, las misas de cuerpo presente, así como las ofrendas florales corrientes, por resultar de costumbre.

2. PAUTA PARA EL REEMBOLSO

Así, como se dijo, para considerarse que los gastos quedan configurados en los estándares fijados en este artículo, deberán mantener una relación razonable con las circunstancias de la persona y los usos del lugar.

Se apela otra vez al término razonable, aspecto sobre el cual hemos vertido nuestra opinión en el Capítulo anterior (Gestión de negocios), al cual nos remitimos.

Pero, a su vez, se apunta que deberán tomarse en cuenta aspectos que mantienen una estrecha vinculación con los gastos que se pretende reembolsar. Advertimos equidistancia y proporción entre esto último y las pautas fijadas para considerar procedente el reembolso. Es que las circunstancias de la persona a favor de la que se hace el gasto y los usos que se practican en el lugar dónde el gasto ha sido efectuado delimitan el contexto adecuado para que se dimensione si la erogación ha sido acorde con lo que hubiera hecho la persona favorecida con la utilidad, o, dicho de otro modo, si se ha tratado de una utilidad o ha mediado exceso en el gasto efectuado. Finalmente, es como juzgar si ha habido relación de causalidad entre el gasto efectuado y las circunstancias de persona y lugar, que se establecen como premisas a tomar en cuenta para determinar si ha habido utilidad.

Es importante destacar que en el art. 1° de este Código se establece que "[l]os usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho". Esta pauta general confiere aun mayor fuerza y eficacia al parámetro normativo dado en el artículo bajo análisis.

3. CUANTÍA DEL REEMBOLSO

La cuantía del reembolso en concepto de gastos funerarios realizados debe surgir de la conjugación de las pautas aludidas con la situación de hecho. Es decir, en cada caso habrá que evaluar la condición o calidad de la persona y las costumbres del lugar.

Como lo sostiene Lavalle Cobo, el que reclame el pago deberá probar el servicio prestado, su importancia y valor. Asimismo, deberá aportar las pruebas vinculadas a la condición de fortuna del causante y los usos del lugar.

Luego, quedará a criterio del juez (el que deberá sujetarse, en principio, a las pautas legales) determinar la cuantía del reembolso. Entre las facultades con las que cuenta, claro, en la medida en que los considere excesivos, podrá ajustar los gastos efectuados hasta el límite que considere adecuado.

III. JURISPRUDENCIA

Mutatis mutandis, y en razón de la vinculación que en algunos de sus aspectos característicos mantienen las figuras jurídicas reguladas en los Capítulos 2° a 4° del Título V de este Código, resulta adecuada la aplicación a esta figura del criterio asentado en la jurisprudencia que a continuación se cita.

La función compulsiva que posee la cláusula penal incluida en un contrato de locación no es absoluta y encuentra su límite en los dictados de la moral y las buenas costumbres, admitiéndose su reducción cuando el monto resulta desproporcionado con la gravedad del incumplimiento, habida cuenta del valor de las prestaciones y las demás circunstancias del caso, en tanto su ejecución podría configurar un abusivo enriquecimiento del deudor (CNCiv., sala C, 19/4/2007, DJ, 2007-III-184, LL AR/JUR/2014/2007).

ART. 1793.— OBLIGADOS AL REEMBOLSO. EL ACREEDOR TIENE DERECHO A DEMANDAR EL REEMBOLSO:

A) A QUIEN RECIBE LA UTILIDAD;

B) A LOS HEREDEROS DEL DIFUNTO, EN EL CASO DE GAS-

TOS FUNERARIOS;

C) AL TERCERO ADQUIRENTE A TÍTULO GRATUITO DEL BIEN QUE RECIBE LA UTILIDAD, PERO SÓLO HASTA EL VALOR DE ELLA AL TIEMPO DE LA ADQUISICIÓN.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

LO REGULADO EN ESTE ARTÍCULO ENCUENTRA ASPECTOS SIMILARES EN LOS ARTS. 2308 Y 2310 DEL CÓD. CIVIL.

ELLO NO OBSTANTE, EN LA NUEVA PREVISIÓN NORMATIVA SE AMPLÍA EL ESPECTRO DE SUJETOS PASIVOS QUE TIENEN A SU CARGO CUMPLIR CON EL REEMBOLSO DE LOS GASTOS EFECTUADOS.

EN ESTE CASO TAMBIÉN SE REPRODUCE EL ART. 1720 DEL PROYECTO DE 1998.

II. COMENTARIO

1. ACCIÓN DE RECUPERO Y LEGITIMACIÓN ACTIVA

EL QUE SE CONSTITUYE EN ACREEDOR EN LOS TÉRMINOS INDICADOS EN LA NORMA, ES LA PERSONA QUE HA EFECTUADO LA EROGACIÓN PERTINENTE Y, POR TANTO, EL QUE TIENE ACCIÓN CONTRA LOS SUJETOS PASIVOS DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER LOS GASTOS QUE, DE ACUERDO CON EL CRITERIO Y LA NORMATIVA QUE DEBEN APLICARSE PARA SU DETERMINACIÓN (CRITERIO DEL JUEZ Y ART. 1792, RESPECTIVAMENTE), DEBAN SER REEMBOLSADOS.

2. LEGITIMADOS PASIVOS

LA VINCULACIÓN DE LOS GASTOS FUNERARIOS, SEGÚN LAVALLE COBO, CON LA FIGURA DEL EMPLEO ÚTIL, SE FUNDA EN QUE LA PERSONA QUE HA REALIZADO ESTA CLASE DE EROGACIONES LO HA HECHO EN BENEFICIO DE AQUELLAS QUE POR LEY TIENEN LA OBLIGACIÓN DE PAGARLAS, YA SEA COMO CARGA DE LA SUCESIÓN (ART. 2317) O COMO OBLIGACIÓN PERSONAL (ART. 1793).

LA RELACIÓN JURÍDICA SUSTANCIAL SE TRABA, FINALMENTE, DESDE UNA FASE GENÉRICA, CON QUIEN HAYA SIDO BENEFICIARIO DE UNA UTILIDAD; Y, DESDE UNA FASE ESPECÍFICA, CON LOS HEREDEROS DEL DIFUNTO —EN CASO DE GASTOS FUNERARIOS— Y CON EL TERCERO ADQUIRENTE A TÍTULO GRATUITO DEL BIEN QUE RECIBA LA UTILIDAD.

2.1. QUIÉN RECIBE LA UTILIDAD

COMO YA LO INDICABA LAVALLE COBO, LA REALIZACIÓN DE LOS GASTOS FUNERARIOS GENERA LA POSIBILIDAD DE DEMANDAR A LAS PERSONAS EN UTILIDAD DE QUIENES SE CONVIRTIERON.

EL ALCANCE DE LA LEY, AHORA, RESULTA DE SUMA CLARIDAD EN ESTE ASPECTO, SIENDO CONGRUENTE CON LA FUNCIÓN Y FINALIDAD DE LA FIGURA Y COHERENTE CON LA SISTEMÁTICA DEL CÓDIGO EN CUANTO A LA OBLIGACIÓN DE REEMBOLSAR AQUELLAS EROGACIONES QUE REPRESENTAN UNA UTILIDAD.

ESTA INCORPORACIÓN EN LA NORMATIVA CUBRE YA TODA ALTERNATIVA EN RELACIÓN CON LA PERSONA QUE DEBE REEMBOLSAR LO GASTADO EN LOS TÉRMINOS INDICADOS EN ESTE CAPÍTULO, SIENDO LA UTILIDAD, UNA VEZ MÁS, LA UNIDAD DE MEDIDA QUE HABILITA A RECUPERAR LO GASTADO, SIN PERJUICIO, CLARO ES, DE LAS PAUTAS ESPECÍFICAS INDICADAS EN LOS INCS. B) Y C) DE ESTE ARTÍCULO.

2.2. HEREDEROS DEL DIFUNTO

CON TODA LÓGICA SE DISPONE QUE, EN CASO DE TRATARSE DE GASTOS FUNERARIOS, LOS HEREDEROS DEL DIFUNTO SON LOS QUE DEBEN REEMBOLSAR LAS EROGACIONES EFECTUADAS POR ESE CONCEPTO.

AHORA BIEN, NO DEBE SOSLAYARSE QUE LA OBLIGACIÓN DEL PAGO DE ESOS GASTOS EXCEDE EL HECHO DE LA CUANTÍA DEL ACERVO HEREDITARIO, ES DECIR, DE LA MASA DE BIENES QUE LOS SUCESORES HAYAN HEREDADO DEL DIFUNTO. LOS OBLIGADOS TIENEN QUE PAGAR AUN CUANDO NO EXISTAN BIENES SUFICIENTES COMO PARA SALDAR LA OBLIGACIÓN A SU CARGO. POR TANTO, SI BIEN EL FUNDAMENTO LEGAL PUEDE UBICARSE EN EL ART. 2317, LO CIERTO ES QUE LA REALIDAD FÁCTICO-JURÍDICA DE LA FIGURA BAJO ANÁLISIS SUPERA EL CONTENIDO NORMATIVO O LA PAUTA ALLÍ FIJADA.

2.3. TERCERO ADQUIRENTE A TÍTULO GRATUITO

DE MUNDO DECÍA QUE EL ART. 2310 DEL CÓD. CIVIL, SIMILAR A ÉSTE EN CUANTO AL PUNTO EN COMENTARIO, PRESENTABA LA ANOMALÍA DE TRANSFORMAR LA ACCIÓN PERSONAL DEL EMPLEO ÚTIL EN UNA ACCIÓN REAL QUE SIGUE A LA COSA INDEPENDIENTEMENTE DE LA PERSONA QUE LA POSEA.

LAVALLE COBO, AL RESPECTO, ADVIERTE QUE ESTO NO ES ASÍ, QUE ES UNA ACCIÓN PERSONAL Y QUE NO SE TRANSFORMA EN UNA REAL POR PERMITIRSE EN EL PRECEPTO NORMATIVO EXTENDER LA LEGITIMACIÓN PASIVA AL TERCERO ADQUIRENTE A TÍTULO GRATUITO. ESTE AUTOR AGREGA QUE ELLO NO ES SUFICIENTE, PUES LA CIRCUNSTANCIA APUNTADA NO EXIME DE LA DEUDA A QUIEN SE BENEFICIÓ ORIGINALMENTE CON EL EMPLEO ÚTIL.

DE MODO QUE SI BIEN, EN PRINCIPIO, PODRÍA PENSARSE QUE, EN EL CASO, SE TRATA DE UNA OBLIGACIÓN PROPTER REM, EN TANTO, COMO LO SEÑALAN ALTERINI, AMEAL Y LÓPEZ CABANA, RESULTA DEUDOR QUIEN ES ACTUALMENTE DUEÑO O POSEEDOR DE LA COSA, LO CIERTO ES QUE EN LA MEDIDA EN QUE TAMBIÉN PUEDE PERSEGUIRSE AL QUE OBTUVO EL BENEFICIO O UTILIDAD (INC. A), NO SE CUMPLE, FINALMENTE, CON UNA DE LAS CARACTERÍSTICAS DE DICHAS OBLIGACIONES.

ES IMPORTANTE DESTACAR EN ESTE ASPECTO TAMBIÉN QUE SI EL TERCERO TRANSMITIESE EL BIEN SOBRE EL QUE RECAYÓ EL EMPLEO ÚTIL, DEJARÍA DE SER DEUDOR Y PASARÍA A SERLO EL NUEVO SUBADQUIRENTE, SIEMPRE QUE SE MANTUVIERA LA GRATUIDAD. Y, CLARO ESTÁ, SEGUIRÍA SIÉNDOLO EL QUE RECIBIÓ LA UTILIDAD.

DEBE TENERSE EN CUENTA ADEMÁS QUE EL ADQUIRENTE A TÍTULO GRATUITO RESPONDE HASTA EL VALOR DE LA UTILIDAD AL TIEMPO DE LA ADQUISICIÓN DE LA COSA TRANSMITIDA. DE FORMA QUE, COMO LO EXPLICA DE MUNDO, "...SI LAS MEJORAS FUERAN ANTERIORES A DICHO MOMENTO Y HUBIESEN DESAPARECIDO, NADA DEBERÁ, Y LA ACCIÓN SE DIRIGIRÁ CONTRA EL ENAJENANTE".

CAPÍTULO 4

ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA

SECCIÓN 1ª

DISPOSICIONES GENERALES

Por Pedro Galmarini

~~BIBLIOGRAFÍA DE LA REFORMA~~: *Galmarini, Pedro, "Gestión de negocios. Empleo útil. Enriquecimiento sin causa. Declaración unilateral de voluntad", en Rivera, Julio C. (dir.) - Medina, Graciela (coord.), Comentarios al proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012; López Mesa, Marcelo J., "El enriquecimiento sin causa. Sus requisitos y limitaciones en el proyecto", LA LEY, 2012-D.*

~~BIBLIOGRAFÍA CLÁSICA~~: *Alterini, Atilio A. - Ameal, Oscar J. - López Cabana, Roberto M., Derecho de obligaciones civiles y comerciales, 3ª ed., LexisNexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2006; Borda, Guillermo A., Tratado de derecho civil. Obligaciones, 9ª ed., actualizado por Borda, Alejandro, t. II, La Ley, pcia. Buenos Aires, 2008; Compagnucci de Caso, Rubén H., "Enriquecimiento sin causa", en Derecho de daños, Segunda parte, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 2000; Lavalle Cobo, Jorge E., "Comentario a los arts. 2288 a 2305", en Belluscio, Augusto C. (dir.) – Zannoni, Eduardo A. (coord.), Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado, t. 9, Astrea, Buenos Aires, 2004; Llambías, Jorge J., Tratado de derecho civil. Obligaciones, t. IV-B, actualizado por Raffo Benegas, Patricio, Editorial Perrot, Buenos Aires, 2005; Moisset de Espanés, Luis, "Notas sobre enriquecimiento sin causa", ED, 76-899; Salvat, Raymundo M., Tratado de derecho civil argentino. Fuentes de las obligaciones, segunda ed. actualizada por Acuña Anzorena, Arturo, t. III, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1954; Spota, Alberto G., "El enriquecimiento sin causa mediante empleo útil", JA, 1953-I-241; Spota, Alberto G., Instituciones de derecho civil. Contratos, vols. I-II, Depalma, Buenos Aires, 1984; Stiglitz, Rubén S., "Fuentes de las obligaciones. Enriquecimiento sin causa. Perspectivas de la Unificación del Derecho Privado", en Revista del Colegio de Abogados de La Plata, DJ, XXX-50, La Plata; Trigo Represas, Félix A. - López Mesa, Marcelo J., Tratado de la responsabilidad civil, t. I, 1ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2004.*

***

ART. 1794.— CARACTERIZACIÓN. TODA PERSONA QUE SIN UNA CAUSA LÍCITA SE ENRIQUEZCA A EXPENSAS DE OTRO, ESTÁ OBLIGADA, EN LA MEDIDA DE SU BENEFICIO, A RESARCIR EL DETRIMENTO PATRIMONIAL DEL EMPOBRECIDO.

SI EL ENRIQUECIMIENTO CONSISTE EN LA INCORPORACIÓN A SU PATRIMONIO DE UN BIEN DETERMINADO, DEBE RESTITUIRLO SI SUBSISTE EN SU PODER AL TIEMPO DE LA DEMANDA.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Para este Capítulo, tal y como se ha expuesto en los fundamentos del Anteproyecto que —con sus modificaciones— precedió a este Código, se ha seguido la metodología diagramada en el Proyecto de 1998, en que se establecían disposiciones generales para el enriquecimiento sin causa y particulares para el pago indebido. Ello no obstante, los dos primeros artículos (1794 y 1795) son una reproducción del Proyecto del Poder Ejecutivo de 1993, mientras que los restantes, sí, ya responden a la redacción del Proyecto de 1998.

El principio establecido en este artículo encuentra base, a su vez, en las notas a los arts. 499 y 784 del Cód. Civil. También, en lo que respecta al segundo párrafo, puede vincularse con el art. 505, incs. 1° y 2°, del mismo Código.

Por último, en lo relativo a la regulación del pago indebido en el Cód. - Civil, es menester agregar que las pautas normativas pertinen0 tes estaban fijadas en el Libro II, Sección I, Capítulo 8, De lo dado en pago de lo que no se debe.

II. COMENTARIO

1. CAUSA LÍCITA

El patrimonio de una persona, como lo explican Alterini, Ameal y López Cabana, puede tener variaciones siempre que tengan como antecedente una causa jurídica. Pero si la transformación operada en el patrimonio no reconoce una causa lícita, el beneficiado tiene el deber de restituir lo mal habido.

Es justamente la ausencia de una causa lícita lo que hace que el enriquecimiento sea ilegítimo y que, en consecuencia, esa circunstancia deba ser corregida, restituyendo quien resultó beneficiado lo que corresponda según el caso.

2. SUPUESTOS COMPRENDIDOS

En lo atinente al alcance de la conducta estimamos que, al fijarse como pauta normativa "...en la medida de su beneficio...", como lo anticipamos al opinar sobre empleo útil, puede tratarse tanto de una erogación dineraria cuanto de un servicio prestado, además de cualquier actividad que repercuta en un beneficio para el enriquecido, sin causa que lo justifique. El beneficio para el enriquecido puede redundar en cualquiera de esas circunstancias, no quedando reducido a un gasto como ocurre, según entendemos y hemos expuesto, respecto de aquella figura.

En ese sentido, Llambías sostiene que quedan comprendidas en la noción de enriquecimiento: las prestaciones satisfechas en virtud de un contrato

NULO, LOS SERVICIOS PRESTADOS A QUIEN SE BENEFICIA CON ELLOS, LA EXPLOTACIÓN COMERCIAL DE UN INVENTO EFECTUADO POR UN EMPLEADO, ASÍ COMO CUALQUIER ACTIVIDAD SUSCEPTIBLE DE APRECIACIÓN PECUNIARIA QUE REDUNDASE EN BENEFICIO DE OTRA PERSONA, COMO LAS LECCIONES IMPAGAS DADAS A UN MENOR, QUE CONTRATASEN LOS PARIENTES DE ÉSTE.

3. CUANTÍA DEL RESARCIMIENTO. FÓRMULA

CUANDO EN ESTE ARTÍCULO SE DISPONE LA OBLIGACIÓN DE RESARCIR EL DETRIMENTO PATRIMONIAL DEL EMPOBRECIDO, SE TOMA EN CUENTA AL SUJETO ACTIVO DE LA OBLIGACIÓN. ES DECIR, PARECIERA DISPONERSE QUE DEBIERA DEVOLVERSE HASTA EL LÍMITE DE LA PÉRDIDA O DE LO QUE REPRESENTE EL EMPOBRECIMIENTO DE DICHA PERSONA.

AHORA BIEN, ESTA PAUTA DEBE CONJUGARSE CON LA FIJADA EN EL ART. 1798, CONSISTENTE EN QUE LA REPETICIÓN OBLIGA A RESTITUIR LO RECIBIDO. Y ESTA ÚLTIMA EXPRESIÓN ALUDE A LA SITUACIÓN DEL SUJETO PASIVO DE LA RELACIÓN OBLIGACIONAL (EL ENRIQUECIDO).

EN ESE CONTEXTO, TENEMOS QUE, EN PRINCIPIO, SE TOMA AL MISMO TIEMPO LA PÉRDIDA Y LA GANANCIA ANTE UNA MISMA SITUACIÓN, LO CUAL TIENE SENTIDO POR CUANTO ELLO PUEDE RESPONDER A LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD QUE DEBE MEDIAR ENTRE AMBAS.

TRIGO REPRESAS Y LÓPEZ MESA DICEN QUE "[L]A NECESIDAD DE ESTA CONEXIÓN ES, POR LO DEMÁS FÁCILMENTE JUSTIFICABLE, POR CUANTO MAL PODRÍA ACORDARSE LA ACCIÓN IN REM VERSO, SI EL EMPOBRECIMIENTO Y ENRIQUECIMIENTO FUERAN INDEPENDIENTES Y DISTINTOS. DE LO CONTRARIO CUALQUIER EMPOBRECIDO RESULTARÍA LEGITIMADO PARA RECLAMAR TODOS LOS ENRIQUECIMIENTOS SIN CAUSA DE QUE PUDIERA TENER NOTICIA, LO CUAL ES EVIDENTEMENTE ABSURDO".

A PARTIR DE ESO, Y DEPENDIENDO DE CÓMO SE INTERPRETARA LA NORMATIVA CITADA, PODRÍA ENTENDERSE QUE EXISTEN DOS FÓRMULAS TENDIENTES A DETERMINAR EL QUANTUM DE LO DEBIDO, MEDIANTE LAS QUE NO NECESARIAMENTE SE ARRIBARÍA AL MISMO RESULTADO, LO CUAL NO SERÍA POSIBLE POR LA INCERTIDUMBRE QUE GENERARÍA EN LA PRÁCTICA DICHA ALTERNATIVA PARA AQUELLOS QUE SE ENCUENTREN EN UNA SITUACIÓN DE ESTE TIPO.

UNA, RESULTA DE CONFERIRLE PREVALENCIA A LA EXPRESIÓN EN LA MEDIDA DE SU BENEFICIO. ASÍ, AQUEL QUE RESULTÓ ENRIQUECIDO INJUSTAMENTE, DEBERÍA DEVOLVER AL EMPOBRECIDO TODO AQUELLO QUE HUBIERA IMPORTADO SU BENEFICIO. NÓTESE QUE DESDE AHÍ TAMBIÉN PODRÍA ENTENDERSE QUE TOMA FORMA LA EXPRESIÓN DEL ART. 1798 EN CUANTO A QUE SE LO OBLIGA AL PRIMERO A RESTITUIR LO RECIBIDO, Y NO MÁS.

AHORA BIEN, UNA COSA ES RESTITUIR LO RECIBIDO (QUE, EN TÉRMINOS MATERIALES, PUEDE RESULTAR LO MISMO, SOBRE TODO CUANDO SE PREVÉ EL PAGO EN ESPECIE —CONF. JUEGO DE ARTS. 1794, 1798 Y 759—) Y OTRA LA MEDIDA DEL BENEFICIO. ESTO ÚLTIMO PUEDE SUPERAR A LO RECIBIDO, ES DECIR, LO PRODUCIDO COMO COROLARIO DE OBTENER UNA GANANCIA A EXPENSAS DE OTRO, BAJO LA MODALIDAD DE QUE SE TRATE Y, CLARO, ESTANDO CONFIGURADOS LOS REQUISITOS DE ESTA FIGURA.

LA SEGUNDA, QUE TIENE AVAL DE LA DOCTRINA, CLARO QUE CON ANTERIORIDAD A LA INCORPORACIÓN AL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE ESTE PRECEPTO NORMATIVO, RADICA EN QUE EL OBJETO DE LA RESTITUCIÓN ESTÁ DADO POR EL MENOR DE LOS TOPES, ES DECIR, DE LO QUE REPRESENTE EL EMPOBRECIMIENTO Y EL ENRIQUECIMIENTO.

POR LO TANTO, CUANDO NO HAY COINCIDENCIA DEL EMPOBRECIMIENTO CON EL ENRIQUECIMIENTO, SIENDO EL PRIMERO MAYOR PIERDE EL ENRIQUECIDO TODO SU PROVECHO, PERO AUN ASÍ LE QUEDA UN DÉFICIT AL EMPOBRECIDO. Y A LA INVERSA, CUANDO EL ENRIQUECIMIENTO ES MAYOR AL EMPOBRECIMIENTO, EL EMPOBRECIDO CUBRE TODA SU PÉRDIDA QUEDÁNDOLE UN REMANENTE DE BENEFICIO AL ENRIQUECIDO.

EN SUMA, MÁS ALLÁ DE LA POSIBLE PERTINENCIA DE LA PRIMERA DE LAS FÓRMULAS ALUDIDAS (QUE VIENE COMO CONSECUENCIA DE UNA REDACCIÓN QUE CONSIDERAMOS, CUANTO MENOS, IMPRECISA) Y DE SU EVENTUAL ALCANCE, PARECIERA QUE LA SEGUNDA ES LA QUE HABRÍA QUERIDO ESTABLECER EL LEGISLADOR, TOMANDO EN CUENTA LA OPINIÓN DE LA DOCTRINA Y LA APLICACIÓN DE ÉSTA POR PARTE DE LA JURISPRUDENCIA. LA REDACCIÓN EMPLEADA EN EL PRIMER PÁRRAFO DEL ARTÍCULO EN COMENTARIO (Y, POR TANTO, SU APLICACIÓN AUTÓNOMA), POR LO DEMÁS, AVALARÍA ESTA SOLUCIÓN.

4. PAGO EN ESPECIE

SI EL ENRIQUECIMIENTO CONSISTE EN UN BIEN DETERMINADO, LA VÍA DE RESTITUCIÓN DISPUESTA ES EN ESPECIE, SIEMPRE QUE SUBSISTA EL BIEN EN EL PATRIMONIO DEL ENRIQUECIDO AL TIEMPO DE LA PROMOCIÓN DE LA DEMANDA.

ESTA PAUTA RESPONDE, NI MÁS NI MENOS, A LO QUE IMPORTA EL EFECTO NORMAL O NECESARIO DE LAS OBLIGACIONES, REGULADO EN EL ART. 730 DEL MISMO TEXTO LEGAL.

III. JURISPRUDENCIA

PARA QUE SEAN PROCEDENTES LAS ACCIONES DERIVADAS DEL ENRIQUE

1FCSCIMIENTO SIN CAUSA NO BASTA LA OBTENCIÓN DE UN PROVECHO O EL HABERSE ENRIQUECIDO, NI TAMPOCO QUE EXISTA UN ENRIQUECIMIENTO DE UNA DE LAS PARTES Y UN EMPOBRECIMIENTO DE LA OTRA, NI QUE EXISTA CONEXIÓN ENTRE ENRIQUECIMIENTO Y EMPOBRECIMIENTO, PUES ENTRE LOS SUPUESTOS ESENCIALES PARA LA APLICACIÓN DEL INSTITUTO SE REQUIERE LA INEXISTENCIA DE CAUSA DEL DESPLAZAMIENTO PATRIMONIAL (CNCIV., SALA F, 23/8/2007, LA LEY, 31/1/2008, DJ DEL 20/2/2008, 417, LL AR/JUR/4944/2007).

Art. 1795.— Improcedencia de la acciyn. La acciyn no es procedente si el ordenamiento jurıdico concede al damnificado otra acciyn para obtener la reparaciyn del empobrecimiento sufrido.

I. RELACIYN CON EL CYDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Tiene como fuente al art. 1542 del Proyecto del Poder Ejecutivo de 1993, sin perjuicio de lo cual en este texto se completaron las disposiciones generales previstas para la figura de enriquecimiento sin causa en dicho Proyecto.

Es dable subrayar tambiön que el origen de la subsidiariedad de la acciyn se encuentra en el Derecho francös. Como lo informa Ly47 pez Mesa, esta postura

naciy en la jurisprudencia de la Corte de Casaciyn francesa, hacia 1915.

II. Comentario

1. Subsidiariedad

Se establece la subsidiariedad de la acciyn tendiente a la re47stituciyn. Respecto de la denominaciyn de la acciyn, en rigor de verdad, como lo sostiene Moisset de Espanйs, serна conveniente sustituir el nombre de *restituciyn* por otro que reflejase mбs cabalmente sus alcances. Ello asн, ya que sylo se puede hablar de restituciyn de algo cuando antes se ha tenido, y lo cierto es que hay hipytesis en las que la acciyn se ejerce para reclamar algo que nos corresponde, pero que jamбs nos habна sido entregado.

Dicho ello, cabe secalar que la subsidiariedad importa que en caso de que el ordenamiento jurн

f47 dico conceda al damnificado otra acciyn para ver satisfechos los perjuicios sufridos, resulta improcedente la acciyn regulada en este Capнtulo.

La doctrina y jurisprudencia ya resultaban pacнficas en este sentido, de modo que se siguiy la lнnea que sostenнan los operadores jurнdicos en el Derecho interno hasta la aprobaciyn del texto legal aquн comentado.

2. Justificaciyn del carбcter subsidiario

En primer lugar, es preciso secalar que, mбs allб del —prбcticamente— uniforme criterio sobre el tema, ya no habrб riesgo de interpretaciones disconformes con el principio de subsidiariedad en relaciyn con la acciyn *in rem verso*. Ello es asн, obviamente, por haber sido legislado de la manera indicada.

Esta aclaraciyn resulta oportuna por cuanto, como lo expone Borda, la teorна de la subsidiariedad se funda en que cuando la ley regula de cierta manera el modo de actuar en justicia para la protecciyn de los derechos, no es posible usar otra vна que altere la regulaciyn legal.

Si esto fuera posible, pues se avalarна la posibilidad de burlar el sistema, lo cual de por sн es inadmisible, ademбs de que, con ello, se afectarна la seguridad jurнdica, siendo йste un aspecto cuya presencia es esencial en cualquier Estado de Derecho y un precepto al cual la CSJN ha categorizado de orden pъblico y le ha reconocido jerarquна constitucional.

A partir de lo dicho, y como consecuencia de la regulaciyn concreta sobre el punto, nada cabe discutir o interpretar en cuanto a la forma en que opera esta acciyn. Es decir, el legislador ha pretendido que las cuestiones que se susciten en derredor de una relaciyn jurнdica determinada, encuentren soluciyn en el marco regulatorio propio y sylo en una ъltima instancia, esto es, cuando no exista respuesta normativa para ello, se recurra a esta figura jurнdica y a la acciyn que la caracteriza.

3. Consecuencias

Conforme lo describe Lypez Mesa citando a autores franceses (Terrй, Simple y Lequette), el carбcter subsidiario de la acciyn de enriquecimiento sin causa presenta las siguientes consecuencias:

a) Que la acciyn *in rem verso* es descartada cuando el empobrecido dispone respecto del enriquecido de otro medio de obtener satisfacciyn.

b) Que la acciyn *in rem verso* estб excluida cuando el empobrecido habrна podido disponer de otra acciyn contra el enriquecido, pero йsta le es negada por la ley.

c) La acciyn *in rem verso* no puede suplir otra acciyn que el demandante no puede intentar a consecuencia de una prescripciyn, a consecuencia de una decadencia o una preclusiyn o por el efecto de la autoridad de la cosa juzgada, o porque йl no puede aportar las pruebas que ella exige o a consecuencia de otro obstбculo.

d) La acciyn *in rem verso* debe ser apartada cuando el empobrecimiento es debido a una culpa del empobrecido.

III. Jurisprudencia

1. El enriquecimiento sin causa tiene carбcter subsidiario y queda excluido si hay ley aplicable y no procede su aplicaciyn si la relaciyn entre las partes estб regida por un contrato que tiene su propia regulaciyn" (Sup. Corte Jus. Mendoza, sala 1Є, 29/10/2007, "Chiavetta, Hugo Silvio c. Gobierno de Mendoza —Direcciyn de Recursos Naturales Renovables— s/A.P.A.").

2. La acciyn de enriquecimiento sin causa funciona sylo subsidiariamente, cuando no existe ninguna otra disposiciyn que proteja un interйs legнtimo u obste a la consumaciyn de un daco injustificado y sylo es procedente cuando el interesado no cuenta con otra acciyn o vна de derecho para restablecer su equilibrio patrimonial, siendo la ultima ratio que le queda al beneficiario o portador (CCiv. Com. Fami s1*LIA Y CONT. ADM. VILLA MARIA, 1/11/2005, LLC 2006-252, JA, 2006-II-88, LL AR/JUR/5914/2005).*

SECCIÓN 2ª

PAGO INDEBIDO

POR PEDRO GALMARINI

ART. 1796.— CASOS. EL PAGO ES REPETIBLE, SI:

A) LA CAUSA DE DEBER NO EXISTE, O NO SUBSISTE, POR-SID9849094 QUE NO HAY OBLIGACIÓN VÁLIDA; ESA CAUSA DEJA DE EXISTIR; O ES REALIZADO EN CONSIDERACIÓN A UNA CAUSA FUTURA, QUE NO SE VA A PRODUCIR;

B) PAGA QUIEN NO ESTÁ OBLIGADO, O NO LO ESTÁ EN LOS ALCANCES EN QUE PAGA, A MENOS QUE LO HAGA COMO TERCERO;

C) RECIBE EL PAGO QUIEN NO ES ACREEDOR, A MENOS QUE SE ENTREGUE COMO LIBERALIDAD;

D) 1CSLA CAUSA DEL PAGO ES ILÍCITA O INMORAL;

E) EL PAGO ES OBTENIDO POR MEDIOS ILÍCITOS.

I. RELACIYN CON EL CYDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El presente artнculo encuentra relaciyn con los arts. 792 y 793 del Cyd. Civil.

Por otro lado, es una reproducciyn del art. 1725 del Proyecto de 1998.

II. COMENTARIO

1. Concepto

El pago es indebido, conforme el mйtodo utilizado en este Capнtulo, cuando se configura alguno de los supuestos previstos en esta norma.

Por otro lado, como lo secalan Alterini, Ameal y Lypez Cabana, hay pago indebido cuando falta uno de los elementos del pago: sujetos (*solvens y accipiens*), objeto (aquello que se paga) y causa (entendiendo por tal tanto la fuente —deuda anterior que sirve de antecedente al pago—, cuanto el fin u objetivo al que se orienta el *solvens* —la extinciyn de la deuda—), que, justamente, lo despojan del carбcter de pago.

2. Supuestos de repeticiyn

af315052.1. Causa

En los incs. a) y d) se establecen situaciones relativas a la causa del pago, a partir de cuya ocurrencia puede repetirse lo pagado.

Asн, en el primero de esos incisos se describen los supuestos que pueden presentarse y que habilitan la repeticiyn de lo pagado.

En lo concreto, la causa no debe existir o debe dejar de existir. Esto significa que debe ser actual, en el sentido de que el enriquecimiento debe concurrir al momento de promoverse la acciyn *in rem verso*, lo cual es lygico porque si la finalidad perseguida con ella es el restablecimiento de un equilibrio roto entre dos patrimonios, una vez que el provecho o beneficio ha desaparecido por el motivo que sea, se diluye el fundamento mismo de la acciyn.

Se agrega en el inc. d) que la causa no puede ser ilнcita ni inmoral.

Claro es que, en esta materia, la prestaciyn —o contenido de la obligaciyn— (que, en este caso, importa el comportamiento del empobrecido tendiente a satisfacer el interйs del enriquecido) no puede consistir en un hecho ilнcito. La consecuencia de ello es una sanciyn, constituyйndose en el caso en la habilitaciyn de la repeticiyn por haber efectuado un pago indebido.

Resta decir sobre este aspecto que el inc. d) analizado responde al contenido del art. 279 de este Cydigo, en el que se regula lo relativo al objeto del acto jurнdico en cuanto a que el hecho no puede ser prohibido por la ley ni contrario a la moral.

2.2. Sujeto no obligado

En este supuesto, el que paga no es el que estб obligado a hacerlo conforme a la relaciyn jurнdica trabada entre acreedor y deudor. De modo que, a partir de tal circunstancia, queda habilitado a repetir lo pagado, salvo que lo haya hecho como tercero. Es decir, en este ъltimo supuesto, para que se constituya en un pago y, por ende, se torne irrepetible para el que lo hizo, como lo secalan Alterini, Ameal y Lypez Cabana, el tercero debiy actuar con plena conciencia de que la deuda era ajena, esto es, pagando de modo consciente como tercero, por cuenta del deudor.

2.3. Recepciyn por un sujeto que no es acreedor

En este supuesto, previsto en el inc. c), la obligaciyn existe, pero el que recibe el pago no es el acreedor. Por tanto, ese pago hecho a un tercero ajeno es repetible, salvo, como se indica en la norma, que se trate de una liberalidad.

Es pertinente acadir que ese pago es inoponible al acreedor y que, de acuerdo con los principios que rigen la figura del enriquecimiento sin causa, dicho pago no serб repetible por parte del acreedor cuando le representase una utilidad o si йste lo ratificara (conf. art. 885).

2.4. Medios ilнcitos

Esto ocurre si el acreedor, para lograr que el deudor le pague, actъa con dolo, fuerza o intimidaciyn, lo cual genera la nulidad del acto del deudor (conf. arts. 271, 272 y 276).

III. JURISPRUDENCIA

Corresponde hacer lugar a la demanda de repeticiyn incoada por la aseguradora a efectos de obtener el reintegro de las sumas abonadas en concepto de garantнa por el incumplimiento de la obligaciyn de presentar en tiempo la documentaciyn complementaria de la mercaderнa declarada si, el importador presenty dicha documentaciyn en forma tardнa ya que, en virtud del principio de enriquecimiento sin causa, frente a la desapariciyn ulterior de la causa del pago efectuado, la obligaciyn se desvanece, dando lugar al derecho a repetir la suma abonada (CNCon. Adm. Fed., sala III, 31/5/2006, ED, 221-327, LL AR/JUR/2719/2006).

Art. 1797.— Irrelevancia del error. La repeticiyn del pago no estб sujeta a que haya sido hecho con error.

LOCHI. RELACIYN CON EL CYDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

En el Cyd. Civil, en sus arts. 784, 790 y 791, se regula lo atinente al pago por error y a los supuestos en los que podнa o no repetirse lo pagado.

Este precepto normativo, asн tambiйn, ha sido tomado del Proyecto de 1998, reproduciйndose la redacciyn del art. 1726.

oII. COMENTARIO

1. Pago por error: concepto

El pago hecho por error carece de causa-fin en razyn de que, si bien existe la causa-fuente (deuda), como lo sostienen Alterini, Ame47 al y Lypez Cabana, media una falla en la voluntad jurнdica necesaria para el acto de pago y, en consecuencia,

para que йste sea reputado vбlido.

Por tal motivo (es decir, por tratarse de una falla en la causa-fin), la repeticiyn estб sometida a los requisitos generales: a) la traslaciyn patrimonial del deudor al acreedor; y, b) la carencia de causa-fin, que debe ser demostrada por el deudor.

2. Irrelevancia del error

La previsiyn normativa sigue con toda lygica la finalidad de la figura jurнdica ahora legislada. Esto es, el fundamento de la acciyn reside en el principio que impide el enriquecimiento sin causa.

Al respecto, es adecuado recordar que, con anterioridad a la reforma y unificaciyn del Cyd. Civil y del Cyd. Com., y ante el silencio del primero, se discutнa si el error en que se fundaba la repeticiyn debнa ser excusable en los tйrminos del art. 929 de aquйl o si dicha exigencia era irrelevante en el caso.

Pues bien, con la claridad que trae la nueva regulaciyn sobre el punto, dicho debate se ha tornado abstracto.

3. Error y torpeza vs. causa ilнcita o inmoral

Entendemos que, conforme han sido regulados los distintos aspectos de la figura bajo anбlisis, corresponde preguntarse cymo juegan el error y la torpeza en el supuesto de que la causa del pago sea ilнcita o inmoral (art. 1796, inc. d).

Para responder dicho interrogante habrнa que, en primera medida, determinar si lo dispuesto en el art. 1797 (en el que se prevй la irrelevancia del error para solicitar vна acciyn judicial la repeticiyn del pago) tiene alguna implicancia en el juego normativo que suponen el art. 1799, inc. c) (situaciones especiales) y el art. 1796, inc. d).

Si asн fuera, entonces habrнa que decir que quien efectъe un pago cuya causa fuese ilнcita o inmoral, si lo hiciera por error, no serнa motivo de impedimento para reclamar la repeticiyn del pago, pero sн lo serнa para quien actuase con torpeza.

Es que el error no se constituye en un lнmite para acceder a la repeticiyn (art. 1797), pero actuar con torpeza sн (art. 1799, inc. c).

A partir de ello podrнa pensarse que la torpeza se constituye en una especie del gйnero error, al mismo tiempo que en una excepciyn al principio contenido en el art. 1797.

A esta conclusiyn puede sumarse como argumento lo previsto en el art. 8° de este Cydigo, en cuanto allн se fija como principio que la ignorancia de las leyes no sirve de excusa para su cumplimiento, salvo que existiese una excepciyn en el ordenamiento jurнdico. No es un dato menor el hecho de que se haya suprimido del art. 20 del Cyd. Civil el tйrmino *expresamente*. Es decir, ya no es necesario que sea explнcita la autorizaciyn en la ley respecto de la excepciyn al principio indicado, sino que es suficiente con que ella surja del ordenamiento jurнdico.

31505En ese contexto, consideramos que quien pague ignorando que la causa es ilнcita o que por algъn motivo —distinto de la incapacidad— se le dificultase la comprensiyn de su acto o hubiera demorado su comprensiyn y advirtiera el alcance del acto emprendido una vez efectuado, pues tendrнa derecho a la repeticiyn de lo pagado aun en los supuestos indicados (causa ilнcita o inmoral). Ello asн porque dicho supuesto se constituirнa en una excepciyn autorizada en el ordenamiento jurнdico especнfico sobre el tema.

III. JURISPRUDENCIA

Es anulable y de nulidad relativa el acto jurнdico por el cual el asegurado renunciy a la percepciyn de la indemnizaciyn debida por el acaecimiento del siniestro, si tal renuncia fue ocasionada por una maniobra dolosa del liquidador del seguro, en los tйrminos del art. 931 del C Civ, idynea para bloquear o suprimir momentбneamente el discernimiento de la vнctima —en el caso, un inexperto e ingenuo joven de 24 acos—, que lo indujo por error a consentir un acto del cual se habrнa abstenido de conocer la verdad, generando un perjuicio patrimonial al asegurado a la par que un enriquecimiento sin causa al asegurador (CNCom., sala A, 29/4/2004, LA LEY, 2004-C, 944, RCyS, 2004-1120, LL AR/JUR/203/2004).

n340**Art. 1798.— Alcances de la repeticiyn. La repeticiyn obliga a restituir lo recibido, conforme a las reglas de las obligaciones de dar para restituir.**

I. RELACIYN CON EL CYDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

rparEn este caso tambiйn se reprodujo el artнculo pertinente del Proyecto de 1998, en lo concreto el nro. 1727.

II. COMENTARIO

1. Alcance de la repeticiyn. Remisiyn

En este artнculo se establece la obligaciyn de restituir lo recibido, conforme a las reglas previstas para las obligaciones de dar para restituir, reguladas en los arts. 759 a 761 del mismo cuerpo normativo.

Allн se prevй una regla general en relaciyn con el comportamiento que debe seguir el deudor frente al acreedor de una obligaciyn de dar para restituir, asн como la facultad del acreedor frente al deudor.

Asн tambiйn, se disponen supuestos en los que se entrega la cosa a quien no es propietario, en caso de tratarse de bienes registrables o no registrables. A partir de las pautas allн fijadas, se estipula contra quienes tiene acciyn el acreedor.

Para ilustraciyn del funcionamiento de cada una de aquellas disposiciones, en mйrito a la brevedad y con el fin de no repetir innecesariamente lo expuesto al analizar dichas normas, remitimos a lo comentado en los arts. 759 a 761.

Art. 1799.— Situaciones especiales. En particular:

a) la restituciyn a cargo de una persona incapaz o con capacidad restringida no puede exceder el provecho que haya obtenido;

b) en el caso del inciso b) del artнculo 1796, la restituciyn no procede si el acreedor, de buena fe, se priva de su tнtulo, o renuncia a las garantнas; quien realiza el pago tiene subrogaciyn

legal en los derechos de aquйl;

c) en el caso del inciso d) del artнculo 1796, la parte que no actъa con torpeza tiene derecho a la restituciyn; si ambas partes actъan torpemente, el crйdito tiene el mismo destino que las herencias vacantes.

I. Relaciyn con el Cydigo Civil. Fuentes del nuevo texto

142Lo dispuesto en esta norma encuentra sustento en lo que se prevй en el art. 1165 del Cyd. Civil.

Asimismo, resulta ser una reproducciy n del art. 1728 del Proyecto de 1998.

II. Comentario

1. Situaciones especiales

1.1. Persona incapaz o con capacidad restringida

mult0En el primero de los supuestos que comprende este artнculo, se prevй el lнmite de restituciyn que corresponde a una persona incapaz o con capacidad restringida, el que se fija en el provecho que haya obtenido.

La pauta y lнmite aquн fijados se relaciona con lo dispuesto en el art. 1000 de este Cydigo. En este ъltimo se regula, justamente, lo concerniente a la anulaciyn de los contratos hechos con personas incapaces o con capacidad restringida. Asн se establece que la persona capaz sylo tiene derecho a reclamar la restituciyn o el reembolso de lo que ha gastado o pagado si el contrato enriqueciy a la parte incapaz o con capacidad restringida, y en la medida del enriquecimiento.

1.2. Acreedor de buena fe. Repercusiones respecto de la restituciyn

En lo que respecta a este segundo supuesto especial, se estipula la excepciyn al principio dispuesto en el art. 1796, inc. b). En este ъltimo se establece la posibilidad de repeticiyn ante el caso de pago por quien *no se encuentra obligado* a ello o que no lo estб *en los alcances en que paga*.

Dicha disposiciyn encuentra lygica en que el que pagy sin estar obligado no tiene una relaciyn jurнdica obligacional con quien ha recibido el pago y, por tanto, carece de vнnculo —como elemento de la obligaciyn—, lo cual hace que, contrariamente a quien es deudor en dicha relaciyn, puede repetir lo pagado.

La excepciyn a lo previsto en el inc. b) del art. 1796, es que el pago lo haga como tercero. Recuйrdese que йste cuenta con la posibilidad de ejecutar la prestaciyn —salvo que se hayan tenido en cuenta las condiciones especiales del deudor o hubiese oposiciyn conjunta de acreedor y deudor (conf. arts. 881 y 882)— y luego reclamarle lo pagado al deudor, con los matices que surgen si lo ha hecho con asentimiento de aquйl, ignorбndolo йste o contra su voluntad.

Ahora bien, tambiйn el tercero tendrнa a su alcance la posibilidad de subrogaciyn legal en los derechos del acreedor. Ello asн conforme se desprende del inc. b) del art. 1799, en cuanto allн se dispone de modo genйrico que quien realiza el pago tiene a su disposiciyn dicha acciyn, lo cual, encuentra aval tambiйn en lo previsto en el art. 882, inc. c) de este Cydigo, en el que se habilita al tercero a ejercer esta acciyn y la subrogatoria.

Un ъltimo aspecto que importa destacar es que, tal vez, habrнa tratado mayor claridad si se hubiera hecho la diferencia entre tercero interesado y no interesado en el inc. b) del art. 1796 y en el inc. b) del art. 1799.

Ello asн por cuanto de la conjugaciyn de esos incisos con los arts. 881 y 882, inc. c), puede surgir alguna confusiyn.

En primer lugar, puede pensarse que en el inc. b) del art. 1796, cuando se habla del supuesto de pago por quien *no estб obligado* o no lo estб *en los alcances en que paga*ch, y luego como excepciyn aparece el tercero, se estб haciendo una diferencia entre obligaciyn y derecho. Es decir, entre quienes no estбn obligados a pagar (terceros interesados y no interesados) y aquellos que tienen derecho a pagar (terceros interesados).

Si a eso se le suma que en el art. 881 se autoriza a ejecutar la prestaciyn a un tercero, pero haciendo la distinciyn entre ambos en el sentido de que el ъnico que puede vencer la resistencia del deudor o acreedor —ya sea que se opusieran de modo individual o conjunto— es el tercero interesado, y que en el artнculo siguiente (882, inc. c) se concede la acciyn de enriquecimiento sin causa y la subrogatoria al tercero que actъa contra la voluntad del deudor (siendo, a juzgar por lo dispuesto en el art. 881, el interesado el ъnico que puede actuar de esa manera), puede concluirse que las expresiones de sendos incs. b) aluden al tercero interesado, quedando relegado el que no lo es.

1.3. Torpeza de una o ambas partes

En este supuesto, ademбs de lo dicho en el punto 3° del comentario al art. 1797 —al que remitimos—, cabe secalar que en caso de que ambas partes actuasen con torpeza, el crйdito tendrб el mismo destino que el de las herencias vacantes. Es decir, la acreencia serб para el Estado que corresponda (conf. art. 2443).

Caphtulo 5

Declaraciyn unilateral de voluntad

Secciyn 1є

Disposiciones generales

Por Pedro Galmarini

Bibliografнa de la reforma: Galmarini, Pedro, "Gestiyn de negocios, empleo ъtil, enriquecimiento sin causa, declaraciyn unilateral de voluntad", en Rivera, Julio C. (dir.) - Medina, Graciela (coord.), *Comentarios al proyecto de Cydigo Civil y Comercial de la Naciyn 2012*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012.

Bibliografнa clбsica: ALTERINI, ATILIO A. - AMEAL, OSCAR J. - LYPEZ CABANA, ROBERTO M., *Derecho de obligaciones civiles y comerciales*, LexisNexis, Buenos Aires, 2006; ALTERINI, ATILIO A., *Contratos. Civiles, comerciales de consumo. Teorna General*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2006; BOFFI BOGGERO, LUIS MARHA, "La declaraciyn unilateral de voluntad como fuente de las obligaciones", JA, Buenos Aires, 1942; BUSSO, EDUARDO B., *Cydigo Civil anotado*, t. III, Ediar, Buenos Aires, 1944; CAZEAUX, PEDRO N. - TRIGO REPRESAS, FлLIX A., *Derecho de las Obligaciones*, Editora Platense, La Plata, 1994; CHASARES, MARCELA - FERNANDEZ BARREDO, RAMIRO - TRACOGNA, DONATO, "Derechos del Consumidor", en MARTORELL, ERNESTO E. (dir.), *Tratado de Derecho Comercial*, t. II, La Ley, Buenos Aires, 2010; COMPAGNUCCI DE CASO, RUBлN H. - FERRER, FRANCISCO A. M. - KEMELMAJER DE CALUCCI, AHDA - KIPER, CLAUDIO - LORENZETTI, R ICARDO L. - MEDINA, GRACIELA - MлNEZ COSTA, MARHA JOSEFA - MOSSET ITURRASPE, JORGE - PIEDECASAS, MIGUEL A. - RIVERA, JULIO CлSAR - TRIGO REPRESAS, FлLIX A. (dirs.), *Cydigo Civil de la Repъblica Argentina explicado*, t. II, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2011; COVIELLO, PEDRO J. J., "Contrato administrativo y confianza legнtisid9849094 ma", en XXXII Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo, *Revista Argentina del Rьgimen de la Administraciyn Pъblica* (RAP), aco XXX N° 348, septiembre de 2007; GROSSO, EDUARDO J. M., "El seguro de cauciyn", ED, 35-841; LARENZ, KARL, *Derecho de obligaciones,* trad. Santos Briz, Edit. *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1959; LLAMBHAS, JORGE J., *Tratado de Derecho Civil. Parte general*, t. II, 17a. ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997; LYPEZ MESA, MARCELO, *Curso de derecho de las obligaciones,* t. III, Depalma, Buenos Aires, 2002; LORENZETTI, RICARDO L., *Consumidores,* 2° ed. actualizada, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009; LORENZETTI, RICARDO L., *Justicia Colectiva*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2010; LORENZETTI, RICARDO L., *Tratado de los contratos,* 1Є ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004; MUCOZ, LUIS, "Contratos y negocios jurнdicos financieros", t. II, Universidad, Buenos Aires, 1981; ROUILLON, ADOLFO A. N. - FIGUEROA CASAS, PEDRO J., "Introducciyn a la teorna general de los tнtulos valores", en *Cydigo de Comercio comentado y anotado*, t. V, La Ley, Buenos Aires, 2006; SAVIGNY, FRIEDRICH KARL VON, *Obligaciones*, t. II, #61 citado en SPOTA, ALBERTO G., *Contratos*, 2Є ed., t. I parte general, La Ley, Buenos Aires, 2009; SIEGEL, HEINRICH, "La promesa como causa de obligaciones en el derecho moderno", citado en SPOTA, ALBERTO G., *Contratos,* 2Є ed., t. I, parte general, La Ley, Buenos Aires, 2009; TRIGO REPRESAS, FлLIX A. - LYPEZ MESA, MARCELO J., *Tratado de la Responsabilidad Civil,* t. I, La Ley, Buenos Aires, 2004.

***

widctlpar**Art. 1800.— Regla general. La declaraciyn unilateral de voluntad causa una obligaciyn jurнdicamente exigible en los casos previstos por la ley o por los usos y costumbres. Se le aplican subsidiariamente las normas relativas a los contratos.**

I. RELACIYN CON EL CYDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Si bien en el Cyd. Civil no existe normativa del tenor de la regulada en este Capнtulo, cabe secalar que en aquel texto legal pueden reconocerse algunos institutos, como la oferta a plazo o la promesa de recompensa, que se explican como supuestos de declaraciyn unilateral.

Asн tambiлn, es pertinente secalar que la temбtica incorporada en este Capнtulo y el modo de sistematizaciyn de los supuestos que responden a esta figura, tambiлn han sido seguidos en el Proyecto de 1998.

En el orden local, la figura de la declaraciyn unilateral de voluntad ha sido receptada en el Proyecto de 1987 (arts. 2288 y ss.), en el Proyecto del Poder Ejecutivo de 1993 (arts. 1470 y ss.), en el Proyecto de la Comisiyn Federal de la Cбmara de Diputados de 1993 (arts. 2288 y ss.) y, como se dijo, en el Proyecto de 1998.

En lo atinente al presente artнculo, si bien no tiene su anбlogo en la legislaciyn civil o comercial, sн podemos afirmar que guarda нntima relaciyn —al tiempo que son fuentes de esta figura— jurнdica todas aquellas normas que, por un lado, se refieren a la expresiyn de la voluntad como uno de los elementos necesarios para reputar un hecho como voluntario, y, por otro, que reconocen al hecho humano (acto) voluntario y lнcito como una fuente capaz de generar, con fin inmediato o no, alguna adquisiciyn, modificaciyn o extinciyn de relaciones o situaciones jurнdicas.

En primer lugar, podemos mencionar al art. 913 del Cyd. Civil, en el que se estableciy que "[n]ingъn hecho tendrб el carбcter de voluntario, sin un hecho exterior por el cual la voluntad se manifieste"; y por su parte, los arts. 898 y 944, en los que se estipuly que "[l]os hechos voluntarios son lнcitos o ilнcitos. Son actos lнcitos, las acciones voluntarias no prohibidas por la ley, de que pueden resultar alguna adquisiciyn, modificaciyn o extinciyn de derechos" y "[s]on actos jurнdicos los actos voluntarios lнcitos, que tengan por fin inmediato, establecer entre las personas relaciones jurнdicas, crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos", respectivamente.

A su turno, en el art. 946 del Cyd. Civil se estableciy, en lo que aquн interesa, que "[l]os actos jurнdicos son unilaterales o bilaterales. Son unilaterales, cuando basta para formarlos la voluntad de una sola persona, como el testamento…".

Por ello, aun cuando no existiera una legislaciyn que, de modo sistematizado, preciso y completo, reconociera a la declaraciyn unilateral de voluntad la calidad de acto pasible de generar por sн mismo obligaciones, podemos argъir que esa consecuencia jurнdica subyacна en el ordenamiento jurнdico aplicable. En efecto, cuando, por ejemplo, en el Cyd. ichCivil se reguly la oferta a tлrmino, no se considery que se estaba hablando de uno de los caracteres particulares de un contrato determinado, sino la posibilidad cierta de que la oferta efectuada por una persona a otra indeterminada por el plazo de su vigencia vinculaba al primero como deudor de la obligaciyn que dicha declaraciyn contenна.

En el mismo sentido que el artнculo comentado, el Proyecto de unificaciyn de los Cyd. Civil y Com. de la Naciyn del aco 1987, ya intentaba este reconocimiento legal, estipulбndose en su art. 2288 que "[l]as declaraciones unilaterales de voluntad producen obligaciones jurнdicamente exigibles cuando la ley o el uso les atribuyen esa aptitud. Las obligaciones resultantes son independientes de las negociaciones con las que puedan estar funcionalmente vinculadas".

Ahora bien, independientemente de las distintas corrientes negatorias que existieran sobre este instituto, no puede sino afirmarse que una declaraciyn de voluntad, sea unilateral o plurilateral, tanto bajo la yptica del Cydigo Civil cuanto del Cydigo de Comercio y de la nueva legislaciyn que en este trabajo comentamos, es una fuente

indiscutida de obligaciones.

Claro est6 que, en el caso, estamos abocados al estudio de la primera, es decir, la unilateral.

II. Comentario

1. Autonomнa de la voluntad como fuente de obligaciones

El hecho de haber incluido de modo expreso en nuestra legislaciyn positiva el tema regulado en este Capнtulo (reconocimiento o promesa de pago, promesa pъblica de recompensa, concurso pъblico y garantнas unilaterales), aunque en la realidad social, mercantil y jurisprudencial ya no generase conflicto alguno de interpretaciyn o aplicaciyn, se erige en algo novedoso. En cierto modo, podrнamos afirmar que darle hoy una legislaciyn propia al instituto de la *declaraciyn unilateral de voluntad* significa ni m6s ni menos que asumir *ab initio* a la autonomнa de la voluntad como fuente productora, por sн misma, de obligaciones.

Ello es asн porque, m6s`all6 del sinnъmero de crнticas que pudo haber cosechado este instituto a lo largo del tiempo (vgr.: para los causalistas, quienes sostenнan que la declaraciyn unilateral de voluntad carecнa de una causa legal que la justifique; o, por otro lado, para aquellos que postulaban su nulidad aduciendo que la declaraciyn unilateral de la voluntad era de ningъn valor, pues quedaba *siempre* en la potestad de su emisor la posibilidad de que en cualquier momento se liberase de la obligaciyn que aquйlla contenнa con su sola retractaciyn), lo cierto es que con esta *simple* inclusiyn legislativa no se hace m6s que reconocer en la palabra dada o prometida por una persona una fuerza que, desde el momento mismo en que se exteriorizy, resulta potencialmente capaz de generar un vнnculo jurнdico con otro sujeto, que es indeterminado en su gйnesis pero delchterminable en su desarrollo y conclusión.

En palabras de Cazeaux, en suma, ella "no es más que el poder de la sola voluntad del deudor, para crearse obligaciones a su cargo perfectamente válidas y exigibles, antes de la concurrencia de la voluntad del acreedor; y cuyo apartamiento, lógicamente, le impondrá responsabilidad civil por los perjuicios ocasionados".

2. Análisis hermenéutico de la disposición

sImult0Veamos a qué se refiere el artículo referenciado cuando menciona el concepto de *obligación jurídicamente exigible* frente a una declaración de esta naturaleza.

En primer lugar, cabe preguntarse qué tipo de obligación contenida en una declaración de este estilo no sería jurídicamente exigible. Para contestar dicho interrogante, podríamos referirnos, con meridiana aproximación, a aquellas declaraciones sobre las que justamente pesa una sospecha de nulidad por ser netamente potestativas, no por su posibilidad de ser retractadas sino por no contener una verdadera y certera declaración de voluntad (ej.: le regalaré un auto a Pedro por cada vez que pestañee en los siguientes diez minutos). En rigor, estamos en condiciones de afirmar que Pedro no podría exigirle al autor de esa declaración la entrega de los autos de los que habría sido acreedor en caso de que ella hubiera contenido una obligación jurídicamente exigible, pues entendemos que, básicamente, efectuada en esos términos carece de ese carácter.

En cambio, sería exigible aquella declaración unilateral que estuviera destinada a generar *con certeza* un vínculo obligacional (ej.: recompensaré con la entrega de mil pesos —$1.000— a quien encuentre y devuelva mi mascota perdida). Dicha declaración unilateral encierra, sin lugar a dudas, la posibilidad cierta de generar dicho vínculo jurídico con la persona que se dedique a buscar, encontrar y devolver a la mascota, con la debida contraprestación por dicha tarea, que no es ni más ni menos que la entrega de la suma de dinero prometida.

Vemos entonces que no todo tipo de declaración unilateral podría conllevar la posibilidad cierta de generar en cabeza del declarante una obligación, pues ello rozaría lo ilógico. Sin embargo, sí ocurre con las que, ya en el entendimiento de una persona *media*, pueden considerarse como verdaderas promesas del declarante con el ánimo de vincular al sujeto indeterminado al que va dirigida.

Esto nos lleva a pensar que, cuando nos encontremos frente a una declaración de esta naturaleza, necesariamente debamos interpretar si ella contiene o no una obligación *jurídicamente* exigible, dependiendo del contexto en el que tuvo lugar, de las condiciones de su declarante, de las palabras utilizadas en la estipulación, etcétera.

En el artículo se continúa diciendo que ello sólo sería así en los casos previstos en la ley (y que son los que seguidamente estudiaremos) o por los usos y costumbres de un lugar, con lo que necesariamente relaciona sus disposiciones con lo previsto en el art. 1° de este Código cuando se establece que "[l]os usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no reguladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho".

Por último, el hecho de que se haya establecido en este precepto normativo que a dicho instituto "[s]e le aplican subsidiariamente las normas relativas a los contratos", no quiere decir que nos encontremos frente a uno. Al respecto, cabe aclarar —aunque sea sobreabundante— que no estamos frente a una norma que regule el nacimiento de un contrato, pues, por definición, para la configuración de aquél resulta necesaria la conjunción de dos o más voluntades tendientes a regular una relación interpersonal determinada; circunstancia ésta que, como se ve, no se verifica frente a una declaración unilateral de voluntad. Sólo se aplicarán subsidiariamente las normas relativas a los contratos en lo que respecta a la interpretación de los términos y condiciones de la declaración y, eventualmente, a su duración, responsabilidad del declarante y extinción como oferta a un público indeterminado (vgr.: su duración, la posibilidad de retractación útil de la declaración, su poder de vinculación respecto de los destinatarios, muerte del declarante, etc.).

3. El caso de la estipulación a favor de un tercero. Fuente normativa

hCuando se habla de la estipulación a favor de un tercero, lo primero que tiende a pensar es que, justamente, al ser un tercero el beneficiario de la obligación, esta última nació de la mano de una declaración unilateral y sólo es exigible frente a quien prometió el beneficio que la justifica.

Sin embargo, al decir de la doctrina y jurisprudencia nacional mayoritaria, dicha estipulación tiene su fuente en lo prescripto en el art. 504 del Cód. Civil (ahora en el art. 1027 de este Código), y su origen dentro de la órbita contractual. Ello así por cuanto, si bien el beneficio está dirigido a un tercero, el promitente no efectuó tal de7 claración bajo la forma de una liberalidad, sino es la justificación a una contraprestación que tiene con otro sujeto al que se lo denomina estipulante.

En efecto, el típico caso que suele utilizarse para ejemplificar la figura, es la relación que existe entre un paciente (beneficiario), el sanatorio médico y el médico (promitentes) y la empresa de medicina prepaga —u obra social— (estipulante) en virtud de la afiliación que el primero tiene con la última.

III. Jurisprudencia

Cuando un afiliado contrata con una prepaga la cobertura médico, la empresa tiene para con él una obligación tácita de seguridad comprendida en el contrato asistencial. En cuanto a la vinculación del paciente con el centro de salud donde se asista, para él la relación contractual es una estipulación a favor de un tercero, en donde el estipulante es la empresa de medicina prepaga, los promitentes son los prestadores del servicio y el beneficiario es el afiliado. De tal manera, para el paciente, es irrelevante la modalidad de la contratación entre la prepaga y el prestador del servicio de salud, en tanto es un tercero respecto de aquélla y no puede serle oponible en virtud del efecto relativo de los contratos (arts. 503, 1195, 1199 y concs. del Cód. Procesal) (CNCiv., sala K, 11/6/2008, Sumario nro. 19.009 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil).

Coincidimos con esta última postura pues para que la estipulación sea operativa respecto del beneficiario, debieron concurrir al menos dos voluntades en el mismo sentido: la del promitente y la del estipulante; e incluso dicha estipulación será irrevocable para el caso en que el beneficiario tome razón de la estipulación y la acepte, expresa o tácitamente.

Art. 1801.— Reconocimiento y promesa de pago. La promesa de pago de una obligación realizada unilateralmente hace presumir la existencia de una fuente válida, excepto prueba en contrario. Para el reconocimiento se aplica el artículo 733.

I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto

Sobre este punto debemos remitirnos, en particular, a lo que se establecía en los arts. 718 a 723 del Cód. Civil, al regular justamente el reconocimiento de las obligaciones.

Por su parte, en el art. 1477 del Proyecto de unificación del año 1993, se disponía que "[e]l reconocimiento de una obligación y la promesa de pago formulados unilateralmente hacen presumir la existencia de una causa, salvo prueba en contrario" y, a su turno, en el art. 1741 del Proyecto de unificación del año 1998, con idéntica redacción a la actual (a excepción del Nro. de art. que en él se cita), también se previó el instituto.

II. Comentario

ch1. Conceptualización

Mucho se ha hablado acerca de si el reconocimiento de una deuda y la promesa del pago resultaban ser meros actos lícitos o actos jurídicos en sí.

Sin mediar la necesidad de expedirnos acerca de las distintas corrientes, sí cabe puntualizar que la diferencia entre uno y otro radica en verificar si el acto conlleva el ánimo de generar una consecuencia jurídica, pues de no ser así, sólo nos encontraríamos frente a un mero acto lícito.

Bajo esta línea de razonamiento, el reconocimiento de una obligación no es ni más ni menos que un acto *jurídico*f47 unilateral, por el cual alguien admite que se encuentra obligado con respecto a otra persona.

Así, no hay dudas de que se trata de un acto jurídico, en tanto el reconocimiento se dirige inevitablemente a generar una consecuencia jurídica, cual es la de asumir el pago de una obligación, develando, en consecuencia, la existencia de una fuente o causa válida.

2. Caracteres y formas

Se ha afirmado que este acto, además de unilateral (en la medida de que no necesita de la aceptación del acreedor para su configuración), es irrevocable y declarativo.

Irrevocable, pues una vez efectuada la declaración, el estipulante no tendría la posibilidad de dejarla sin efecto; y declarativo, por cuanto, como se adelantó, con el solo reconocimiento se estaría develando la existencia de una obligación preexistente que vendría a ser la razón determinante del acto jurídico. Por ello, necesariamente se requiere que en él se identifique al acreedor y la correcta individualización y determinación del crédito (expresión de su causa e importancia del crédito).

Asimismo, se ha afirmado que es uno de los tipos de actos a los que se los da en llamar *neutros* o *equidistantes*, pues no se trata de actos a título oneroso ni a título gratuito.

Luego, en cuanto a sus formas o al modo en que debe efectuarse el reconocimiento, su letra remite a lo dispuesto en el art. 733, en el que se estableció que "[e]l reconocimiento consiste en una manifestación de voluntad, expresa o tácita, por la que el deudor admite estar obligado al cumplimiento de una prestación".

Ello guarda relación con la instrumentación que se efectúe o no del reconocimiento.

Cuando la forma utilizada sea la expresa instrumentándose el acto jurídico por algún medio escrito, en dicho documento deberá individualizarse al acreedor, la causa de la obligación, el tiempo en el que fue contraída y el objeto del crédito. Si llegase a faltar uno de esos requisitos, el acto no se invalida, pues ellos o la obligación misma se podrán identificar con otros elementos. Además, cabe destacar que la existencia de la causa o fuente válida de esa obligación a la que hace referencia el artículo, se presume.

Por otro lado, es tácita cuando esa declaración se deduce de cualquier acto que realiza el deudor (es decir, el emisor de la declaración), que importe el reconocimiento del derecho del acreedor.

49094 3. Efectos

0 Los efectos que en la doctrina se le asignaron al reconocimiento o promesa de pago de una obligación, fueron sustancialmente dos:

a) que es prueba indiscutible de la existencia de la obligación o derecho del acreedor;

b) que interrumpe la prescripción de la eventual acción del acreedor, mientras ella no haya operado.

III. JURISPRUDENCIA

El reconocimiento de una obligación es la declaración por la cual una persona reconoce que está sometida a una obligación respecto de otra persona (art. 718, Cód. Civil). Puede ser hecha en forma expresa o tácita (art. 720, Cód. Civil), y en esta última posibilidad, queda incluido el reconocimiento que resulta de pagos hechos por el deudor (art. 721, Cód. Civil) (CNCiv., sala F, 9/4/1986, LA LEY, 1986-C, 47).

Art. 1802.— Cartas de crédito. Las obligaciones que resultan para el emisor o confirmante de las cartas de crédito emitidas por bancos u otras entidades autorizadas son declaraciones unilaterales de voluntad. En estos casos puede utilizarse cualquier clase de instrumento particular.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Las cartas de crédito estuvieron reguladas de manera general en el Cód. Com. entre los arts. 484 a 491, debiendo luego la doctrina conceptualizarlas e identificarlas dentro del grupo de los títulos valores, otorgándoles su propia entidad e identidad.

Sobre el tema, este Código unificado ha seguido el Proyecto del año 1998, con algunas modificaciones, ubicando el tema, metodológicamente, dentro del Capítulo de la *declaración unilateral de voluntad*.

El articulado propuesto recepta las reglas jurídicas básicas y más aceptadas, con la finalidad de promover la circulación amplia de estos títulos y la seguridad jurídica.

II. COMENTARIO

1. Generalidades

A la carta de crédito se la conceptualiza como un instrumento de pago mediante el cual un banco, actuando por cuenta y orden de un cliente, se compromete a pagar o hacer pagar (generalmente por medio de otro banco) a un beneficiario una determinada suma de dinero, contra la presentación de los documentos exigidos, siempre y cuando se cumplan los términos y las condiciones establecidos en la carta de crédito.

Muñoz la identifica como un negocio jurídico financiero en virtud del cual el dador de la carta documenta en ella su declaración unilateral de contenido volitivo, invitando a pagar al destinatario, para que éste ponga a disposición del tomador o tomadores de la carta o beneficiarios una cantidad fija o varias cantidades indeterminadas de dinero, pero comprendidas en un máximo cuyo límite establece o señala el mismo documento.

Pero, más allá de dejar asentada la naturaleza jurídica del instituto, este artículo viene a estipular que a las cartas de crédito emitidas por bancos u otras entidades autorizadas, debe considerárselas como declaraciones unilaterales de voluntad en las que, para su instrumentación, podría utilizarse cualquier tipo de documento particular.

No resulta atinente a este comentario detenerse a explicar en qué consiste una carta de crédito, pero sí cabe señalar que ella es una especie del género *títulos valores,* que son todos aquellos que favorecen o facilitan la circulación de los bienes y, en la generalidad, están constituidos por dos elementos: (i) el documento (denominado, *continente*), es decir, el papel en el que se describe, mediante escritura, la obligación o promesa de pagar una prestación de *contenido* económico; y, (ii) la obligación, que constituye el contenido económico del título valor, esto es, la promesa o derecho de crédito determinado.

Como toda promesa, ella constituye una declaración unilateral de voluntad vinculante por sí sola cuando la ley o el uso les atribuyen esa aptitud, sin que esté condicionada a la aceptación del destinatario.

Sobre este último aspecto cabe desatacar que, la promesa o compromiso que el título contiene, es una obligación incondicional e irrevocable de una prestación y otorga a cada titular o portador un derecho autónomo.

Además, tiene el carácter de irrevocable (como matiz de la incondicionalidad) justamente para evitar lo que comentábamos al principio del Capítulo: el arrepentimiento del promitente a su solo arbitrio y discrecionalidad.

2. Instrumentación y formalidades

En el artículo se dispone que "[e]n estos casos puede utilizarse cualquier instrumento particular". Entendemos que, cuando se hace referencia a *estos casos*, no sólo se incluye a la carta de crédito como supuesto previsto sino a cualquier otro título valor de uso en el mercado.

Por su parte, en cuanto a la forma, se ha dicho que no cualquier documento es un título valor, ni el título valor es un documento cualquiera. Éstos tienen carácter formal por cuanto deben extenderse cumpliendo un conjunto de requisitos mínimos. Por lo que representa (la promesa o compromiso asumido), el título valor es un documento declarativo, pues —valga la redundancia— en él se patentiza una declaración unilateral de voluntad destinada a crear una relación jurídica con una persona determinable.

Son, a su turno, constitutivos y dispositivos. Constitutivos, por cuanto la efectividad jurídica de la promesa o compromiso necesita irremediablemente de su documentación originaria; y dispositivos, porque debe disponerse de él para ejercer el derecho allí incorporado.

SECCIYN 2C

PROMESA PъBLICA DE RECOMPENSA

Por PEDRO GALMARINI

Art. 1803.— Obligatoriedad. El que mediante anuncios pъblicos promete recompensar, con una prestaciyn pecuniaria o una distinciyn, a quien ejecute determinado acto, cumpla determinados requisitos o se encuentre en cierta situaciyn, queda obligado por esa promesa desde el momento en que llega a conocimiento del pъblico.

I. RELACIYN CON EL CYDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

En el Cyd. Civil fue regulada la oferta en la secciyn denominada *De las obligaciones que nacen de los contratos*, como aquella declaraciyn tendiente a obtener de otra persona su aceptaciyn y asH conformar el consentimiento como elemento contractual necesario. Es decir que, a la oferta, se la concibiy como un elemento forzoso tendiente a conformar con otra voluntad el consentimiento contractual. Ello asH pues, en el art. 1148, se establecHa que "[p]ara que haya promesa, Ysta debe ser a persona o personas determinadas sobre un contrato especial, con todos los antecedentes constitutivos de los contratos".

A su turno, en el art. 454 del Cyd. Com. se establecHa que "[l]as ofertas indeterminadas, contenidas en un prospecto o en una circular, no obligaban al que las [habHa] hecho".

Por otro lado, en los art. 2531 y ss. del Cyd. Civil, relativos a la *apropiaciyn* de las cosas dentro del Libro III (*De los Derechos Reales*), se establecHa la posibilidad de que quien hallara una cosa petrchrdida *y la tomase*, se hacía de la carga de tenerla en su poder como depositario de la cosa, con derecho a obtener una recompensa por su cuidado, con las únicas salvedades allí establecidas (vgr.: si el que la hallaba conocía la persona del dueño y no se lo advertía inmediatamente). Luego, por ejemplo, en el art. 2533 se estableció que "[e]l que hubiese hallado una cosa perdida, tiene derecho a ser pagado de los gastos hechos en ella, y a una recompensa por el hallazgo. El propietario de la cosa puede exonerarse de todo reclamo cediéndola al que la halló".

Con posterioridad, en una acertada evolución de la legislación nacional, junto con el auge de los llamados derechos de tercera geh[illegible] LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR EN CUYO ART. 7º SE DISPUSO QUE "LA OFERTA DIRIGIDA A CONSUMIDORES POTENCIALMENTE DETERMINADOS OBLIGA A QUIEN LA EFECTUARE DURANTE EL TIEMPO EN QUE SE MANTENGA DISPONIBLE EN CONDICIONES NORMALES DE COMERCIALIZACIÓN, así como también sus modalidades, condiciones o limitaciones...".

En este último artículo, se estableció el carácter vinculante de la oferta dirigida a persona indeterminada, revirtiendo el principio establecido en el art. 1148 del Cód. Civil y en el 454 del Cód. Com.

II. COMENTARIO

1. Conceptualización de la promesa pública de recompensa

En palabras de López Mesa, la promesa pública de recompensa consiste en una declaración unilateral de voluntad, corporizada bajo la forma de un llamado a la solidaridad, mediante la cual una persona se obliga a hacer efectiva una prestación a favor de la persona que, entre muchas, obtenga un determinado resultado o preste un cierto servicio, generalmente de índole afectiva o extrapatrimonial.

Es interesante este instituto por su fin socializador. En efecto, según Busso, "constituye un modo de concitar la cooperación de grandes masas de población en cuanto a la realización de determinados resultados. En ese sentido, es un instituto de colaboración y de solidaridad. Permite un mejor aprovechamiento de las fuerzas sociales, y ello abona su utilidad intrínseca: excitar el interés de los aspirantes al premio e inducirlos a aplicar su actividad a la realización del hecho premiado".

En otras términos, la recompensa no sólo busca retribuir a la persona que halló una cosa o hizo otra, sino premiar la honradez e incitar este tipo de conductas en la sociedad (por ejemplo, devolver lo encontrado) y promover, en palabras del Máximo Tribunal, el orden y la paz social.

Los típicos ejemplos de promesas públicas de recompensa son los casos de búsqueda de mascotas o equipajes perdidos, aunque en el último tiempo hemos visto como se han proliferado este tipo de ofertas para la búsqueda de personas extraviadas o secuestradas.

2. Análisis hermenéutico de la norma

2.1. Modos o medios de publicidad

La norma hace mención de los *anuncios públicos*. En rigor de verdad no hay un modo o medio sacramental o formal de efectuar la promesa. En la generalidad de los casos, son anuncios en pequeños carteles adheridos en kioscos, en postes existentes en la vía pública, en locutorios, etc., o mismo, anuncios en los periódicos de masiva circulación.

Actualmente podríamos también incluir a la web (internet) como un medio útil para efectuar este tipo de ofertas. Sin embargo, luego veremos que, para una eventual retractación de la promesa, quien la divulgó por una vía particular deberá realizar la publicidad de la retractación por el mismo o similar medio masivo, siendo que, en el caso de internet y ante un ocasional reclamo, podría significar para el promitente muy dificultoso probar su oportuna retractación.

2.2. Elementos y circunstancias que configuran el instituto

a) *Promesa*: la promesa consiste en la prestación pecuniaria que el oferente estará obligado a dar a quien ejecute determinado acto, cumpla determinados requisitos o se encuentre en cierta situación.

b) *Publicidad*: nos remitimos a lo expuesto en punto 2.1 en relación con los medios o modos de efectuar la promesa.

c) *Sujeto indeterminado*: la promesa no deberá estar dirigida a una persona singular determinada, sino a una pluralidad indeterminada.

d) *Obligatoriedad*: acerca del tópico, según resumen Trigo Represas y López Mesa, algunos autores sostienen que se trata de un caso de *declaración unilateral,* apoyándose para ello en el sentimiento social y en una especie de derecho consuetudinario, derivado del hecho de que existe un convencimiento generalizado en la eficacia de la promesa pública de recompensa, y que, aceptada la promesa, queda vinculado el oferente y la concurrencia de voluntades retrotrae los efectos al momento del nacimiento de la oferta (entre ellos, Compagnucci de Caso y López Mesa). Sin embargo, por su lado, otros (Trigo Represas, Cazeaux, Boffi Boggero, Alterini A., Ameal, López Cabana) sostienen que si alguien halla una cosa perdida tiene derecho a la recompensa ofrecida, aun cuando hubiese desconocido su existencia o no tuviera el propósito de obtener dicho beneficio, por lo que se evidencia que la obligación a cargo del oferente nace exclusivamente de su voluntad y sin el concurso de toda otra.

En torno del tema se han suscitado un sinnúmero de interpretaciones posibles acerca de la justicia del derecho a ser recompensado.

Pero más allá de las diversas interpretaciones, los descriptos serían los elementos y circunstancias que configuran esta figura de promesa pública de recompensa.

III. Jurisprudencia

49094 1. Si bien, por un lado, se ha llegado a decir que la innegable claridad del art. 2533 del Cód. Civil tornaba estéril toda discusión acerca del porqué de la recompensa concedida a quien encontrase una cosa perdida, pues, aun cuando se la considerase como un premio a la honradez, un resguardo más al derecho de propiedad o un incentivo que la ley ofreciera para el obrar recto, lo cierto es que, más allá de los motivos internos que inspirasen al hallador, éste tiene el derecho a ser recompensado (CNCiv., sala M, 3/8/1994, LA LEY, 1995-E, 220).

2. Por otro lado, en un caso judicial en que el hallador demoró la entrega de la cosa hallada, se resolvió que la conducta del hallador, quien a efectos de garantizar su derecho a recompensa recurrió a la intermediación de un escribano en lugar de restituir directa e inmediatamente a su dueño la cosa perdida pudiendo hacerlo, configuraba un acto puramente especulativo, legítimo como esperanza jurídicamente tutelada, pero contrario a los móviles éticos que inspiraban la institución. Asimismo, el dubitativo actuar del hallador que conociendo al dueño de las cosas encontradas optó por entregarlas a la autoridad policial, si bien no le hace perder el derecho a la recompensa, debe ser meritado para reducir sus pretensiones (CNCiv., sala F, 28/11/1980, ED, 92-655).

3. Cabe señalar, por último, lo que sugería cierta jurisprudencia en apoyo de la postura legislada, cuando afirmaba que la normativa "no hace distinciones acerca de las circunstancias en que la cosa fuere hallada; por ello se ha decidido que aun cuando el hallazgo de una cosa perdida esté vinculado con la actividad del hallador, como lo es en el supuesto del personal del transporte público de pasajeros, el caso no resulta ajeno a la órbita del art. 2533 del Cód. Civil, debido a lo cual el autor del referido hallazgo posee derecho a recompensa (CCiv. y Com. Bahía Blanca, sala 1°, 21/11/1990, LA LEY, 1991-C, 102 y DJ, 1991-2-195).

Art. 1804.— Plazo expreso o tácito. La promesa formulada sin plazo, expreso ni tácito, caduca dentro del plazo de seis meses del último acto de publicidad, si nadie comunica al promitente el acaecimiento del hecho o de la situación prevista.

I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto

Este artículo no guardaría relación directa con alguno del Cód. Civil. Sin embargo, podemos encontrar alguna similitud con el art. 2535, cuando en él se estableció el plazo de seis (6) meses desde el último aviso publicitado, en ese caso, para que se presentase alguien que justificara el dominio de la cosa hallada. En él se dejaba constancia de que los gastos de conservación y la recompensa (si había existido) debían ser compensados a la persona que halló la cosa.

En el nuevo artículo, el plazo previsto es a los efectos de que se produzca la caducidad de la promesa, pero también es de seis (6) meses a contar desde que tuvo lugar el último acto de publicidad.

II. Comentario

Vemos aquí que, la promesa formulada sin plazo (sobre lo que ahondó el legislador aclarando: *ni expreso ni tácito*), caducará transcurridos los seis (6) meses desde que tuvo lugar el último acto de su publicidad. Ello, claro, sujeto a la condición de que nadie le comunique al promitente el acaecimiento del hecho o de la situación prevista en la promesa.

Algunos llegaron a interpretar —durante la vigencia de la ley anterior— que, al no haber el legislador previsto un lapso o término para que se produjera la caducidad de una oferta (precontractual) estipulada sin plazo, se tornaba de aplicación analógica el supuesto de vicio de la voluntad previsto en el art. 4030 (prescripción bienal) o, en todo caso, la prescripción decenal ordinaria fijada en el art. 4023 del Cód. Civil. Por último, cabía la posibilidad de que fuera el juez quien fijase el plazo de vencimiento de la oferta, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 509, 618 y 620 del Cód. Civil.

Sin embargo, observamos que aquí el plazo efectivamente fue previsto por el legislador, allanando así y en lo que a este punto respecta el camino de la interpre-

tación. En consecuencia, vemos que, en la medida de que el promitente no haya tomado conocimiento de que el hecho o situación contenida en la promesa sucedió, ésta será de ningún valor y por tanto inexigible la obligación pasados los seis meses desde la última publicidad que de ella se hubiera efectuado, desvinculando al promitente de la obligación que aquélla contenía (vgr.: el pago de una suma de dinero).

Es éste, entonces, un modo de extinción de la obligación unilateral asumida en la declaración.

Art. 1805.— Revocación. La promesa sin plazo puede ser retractada en todo tiempo por el promitente. Si tiene plazo, sólo puede revocarse antes del vencimiento, con justa causa. En ambos casos, la revocación surte efecto desde que es hecha pública por un medio de publicidad idéntico o equivalente al utilizado para la promesa. Es inoponible a quien ha efectuado el hecho o verificado la situación prevista antes del primer acto de publicidad de la revocación.

I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto

Este nuevo artículo no tiene una norma análoga en el Código Civil. Sin embargo, sí encuentra similitudes con la regulación en materia de formación del consentimiento en los contratos y retractación de la oferta precontractual, o con aquella en la que se hacía referencia a los vicios de la voluntad como causas suficientes para nulificar un acto jurídico. Ellos son los arts. 1158, 1159, 921, 922, 954, entre otros.

Asimismo, creemos que también guarda íntima relación con lo dispuesto en el art. 7° de la ley 24.240 —modif. ley 26.361— de Dhefensa del Consumidor, en cuanto allí se establece —en lo que aquí interesa— que "...[l]a revocación de la oferta hecha pública es eficaz una vez que haya sido difundida por medios similares a los empleados para hacerla conocer".

II. Comentario

Spota, en comentario al instituto de la promesa de recompensa al público y en crítica a la posición de Savigny (quien la entendía como una etapa precontractual, hasta tanto estuviese identificado el sujeto acreedor), adujo que "[h]ay que aprehender las cosas rectamente. Cuando alguien ofrece una recompensa queda desde ese momento obligado a cumplirla [...]. La promesa unilateral de pago, la promesa al público, debe tener eficacia si no se quiere quebrar la confianza, o sea, los valores sociales y económicos".

Es decir que, siguiendo esa expresión pronunciada con vehemencia, no cabe duda de que la promesa sin plazo estará vigente, ahora, hasta el momento previsto en el artículo anterior (esto es, hasta seis meses después de su última publicidad). Pero, cuando se trata de promesa con plazo, ésta subsistirá durante todo el tiempo que ella haya contemplado, a no ser que el estipulante la revoque o retracte con justa causa.

Veamos entonces el supuesto de que la promesa sea con un plazo fijado por el estipulante o promitente, pero que la quiera revsrsid9849094ocar fundándose en justa causa.

Aquí habrá que poner atención en que, con causa o sin ella, podría surgir la responsabilidad del promitente si la promesa fuera revocada y la revocación (si bien hecha con la debida publicidad) fuese posterior a que terceros comenzaran a efectuar las tareas tendientes a alcanzar la recompensa.

Ahora bien, cabe preguntarse ¿qué es justa causa? Bajo un primer razonamiento, podríamos inferir de que con justa causa el legislador quiso referirse a los vicios que pueden interferir en la voluntad del promitente (es decir, los vicios que afectan los elementos de la voluntad: falta de discernimiento, error, dolo y violencia). Sin embargo, creemos que ello deberá juzgarse en cada caso concreto, pues al ser tan amplio el espectro de lo que podría configurarse como una *justa causa*, ser categóricos acerca de la imposibilidad de invocarla si no acaeciera alguno de los vicios de la voluntad sería imprudente; ello, en función de la dinámica que ofrece el devenir natural de las cosas en conjunción con la expansión que pudiera tener el concepto abierto de que se trata.

En efecto, imaginemos el caso de que la promesa hubiera sido publicitada en el año 2000 y por el término de 15 años, y que ella consistía en entregar la suma de U$S 10.000 (diez mil dólares estadounidenses) a quien encontrase y entregase un animal perdido. Evidentemente, la suma prometida en el año 2000 (estando aún vigente la convertibilidad —art. 1°, ley 23.928—), si bien en valores nominales era la misma, en valores reales al tipo de cambio en moneda nacional de curso legal al momento del pago (suponiendo, claro, que se hizo efectivo luego de que fuera derogada dicha preceptiva a través de la ley. 25.561 —6/1/2002—), no lo era. Al respecto, no es ocioso añadir que, conforme ha sido regulado en el art. 765 de este Código, ese es el modo en el que habrá de liquidarse una deuda generada como consecuencia del incumplimiento de una obligación pactada en moneda que no sea de curso legal en la República.

Entonces, en tanto los factores externos sobrevinientes a la declaración del promitente, que pudieron preverse o no, podrían afectar la obligación por él asumida. En ese contexto, su invocación ¿constituiría también una justa causa —a los efectos de retractar útilmente la promesa— el caso de que terceros hubieran comenzado a ejecutar lo encomendado en la declaración antes de la publicidad de la revocación? A riesgo de ser reiterativos, creemos que ello deberá juzgarse en cada caso concreto, pues incluso deberán considerarse los patrones personales de cada sujeto, debiendo indagarse, en su caso, si el promitente tenía un mayor deber de diligencia o no, entre otras cosas.

En lo que respecta al medio o modo en que debe efectuarse la retractación de la promesa, ello no suscita mayores comentarios. En el artículo claramente se prevé que la revocación que se haga de la promesa sólo será eficaz desde cuando fuese hecha pública por un medio de publicidad idéntico o equivalente al utilizado para publicitarla.

Esto último cobra relevancia para el promitente en el caso de que la promesa haya sido publicitada con plazo cierto, pues de no ser así le bastará con que pasen seis meses desde su última publicidad.

Art. 1806.— Atribución de la recompensa. Cooperación de varias personas. Si varias personas acreditan por separado el cumplimiento del hecho, los requisitos o la situación previstos en la promesa, la recompensa corresponde a quien primero lo ha comunicado al promitente en forma fehaciente.

Si la notificación es simultánea, el promitente debe distribuir la recompensa en partes iguales; si la prestación es indivisible, la debe atribuir por sorteo.

Si varias personas contribuyen a un mismo resultado, se aplica lo que los contribuyentes han convenido y puesto en conocimiento del promitente por medio fehaciente.

A falta de notificación de convenio unánime, el promitente entrega lo prometido por partes iguales a todos y, si es indivisible, lo atribuye por sorteo; sin perjuicio de las acciones entre los contribuyentes, las que en todos los casos se dirimen por amigables componedores.

I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto

Al igual que el artículo anterior, esta nueva norma no tiene su análoga en la legislación anterior. Ello no obstante, podríamos encontrar un punto de contacto con aquella preceptiva en la que, salvando las distancias, fueron fijados estándares de equidad (arts. 907 y 1069, Cód. Civil, ahora, con la unificación, 1742) para aplicar frente a una determinada situación o conflicto.

II. Comentario

1. Análisis de la norma

Prior in tempore, potior in iure. Con este aforismo del latín damos quizá respuesta acabada al comentario del artículo. En él se establecen reglas para la atribución de la recompensa en el caso de que concurran varios acreedores a exigir su entrega.

En primer lugar, como regla básica y general, allí se prevé que "[s]i varias personas acreditan por separado el cumplimiento del hecho, los requisitos o la situación previstos en la promesa, la recompensa corresponde a quien primero la ha comunicado al promrsid9849094itente en forma fehaciente".

Entonces, quien notifique en primer término de modo fehaciente al promitente, que ha cumplido con el hecho o situación contenida en la promesa, será el sujeto que tenga la preferencia para el cobro de la recompensa.r Luego, en el caso de que varios acreedores hayan comunicado de *modo simultáneo* al promitente el cumplimiento del hecho o situación, es decir, que no pueda establecerse con certeza cuál de ellos fue el primero en efectuar la comunicación, mientras el bien o cosa prometida sea divisible, aquél deberá repartir la recompensa en partes iguales. Observemos en la solución legal, como se anticipó, una manifestación de equidad, al tiempo que, sin ánimo de reducir el alcance que tiene el concepto, representa un supuesto de justicia distributiva, claro que, adecuado a la figura de que se trata y al contexto en el que se aplica.

En caso de que el bien o la cosa fuera indivisible (es decir que no sea factible su distribución entre todos los acreedores), la norma, aun cuando desde una primera mirada pudiera sostenerse que el azar no podría reflejar una pauta justa, trae una solución al conflicto —cuanto menos lógica—, estableciendo que el promitente deberá efectuar la adjudicación de la recompensa por sorteo. Creemos que, llegado el caso, las reglas de ese eventual sorteo, si bien impuestas por el declarante, deben (cargando en el promitente la obligación de dar efectiva publicidad a las reglas del sorteo) y pueden (pues será un derecho disponible por parte de los interesados el interiorizarse o no de dichas reglas) ser objeto de control por parte de los acreedores. Esto último, en primer lugar, asegura que el acto del sorteo sea transparente y, en segundo lugar, si se quiere, opera de algún modo como un aval a la confianza que pudo originariamente generar el promitente.

Téngase presente que, incluso, párrafo seguido, la ley confiere la posibilidad de que esa masa de acreedores de la recompensa coopere en una posible solución de un conflicto a la hora de la adjudicación, bajo la forma de un convenio previo que deberán hacer saber al promitente, bajo apercibimiento de que éste pueda efectuarla siguiendo las pautas comentadas precedentemente y sin perjuicio de la posibilidad de que cada uno de los interesados puedan formalizar entre sí los reclamos que estime pertinentes.

Sobre este último punto, algo muy interesante que se deja asentado en el artículo es que, el eventual conflicto que pueda suscitarse entre los acreedores de la recompensa, deberá dirimirse a través de amigables componedores, manteniendo con ello la noción de equidad que subyace en el artículo.

Evidentemente, la motivación de la ley es excluir de la competencia de la justicia ordinaria a este tipo de conflictos, debiendo los interesados someterse a un proceso de amigables componedores (ni siquiera a un proceso arbitral), por cuanto como es sabido, a diferencia de lo que puede suceder con los tribunales de justicia o con los tribunales arbitrales, los amigables componedores no ofrecen una decisión basada en lo que dice o pueda interpretarse de una ley, sino que su *sentencia* se funda, básicamente, en principios de equidad, según el leal saber y entender del amigable componedor, que, por lo demás, no tiene que ser un profesional del derecho.

Al respecto, cabe interpretar que ello tiene su justificación, *prima facie*, en la poca importancia o relevancia social y económica del conflicto.

De todos modos, sabemos que en el CPCCN, entre los arts. 766 a 772 se encuentra legislado el proceso de amigables componedores, previéndose un trámite sencillo, rápido y con una decisión que deviene irrecurrible (conf. art. 771 del CPCC) y que en muchos casos resulta una herramienta eficaz pero poco utilizada por los ciudadanos para la resolución de sus conflictos.

SECCIÓN 3ª

CONCURSO PÚBLICO

Por PEDRO GALMARINI

Art. 1807.— Concurso público. La promesa de re

hichCOMPENSA AL VENCEDOR DE UN CONCURSO, REQUIERE PARA SU VALIDEZ QUE EL ANUNCIO RESPECTIVO CONTENGA EL PLAZO DE PRESENTACIÓN DE LOS INTERESADOS Y DE REALización de los trabajos previstos.

El dictamen del jurado designado en los anuncios obliga a los interesados. A falta de designación, se entiende que la adjudicación queda reservada al promitente.

El promitente no puede exigir la cesión de los derechos pecuniarios sobre la obra premiada si esa transmisión no fue prevista en las bases del concurso.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Al ser el concurso público con recompensa una especie de las promesas públicas de recompensa, nos remitimos en este aspecto a lo ya comentado en el art. 1803 y ss.

II. COMENTARIO

1. Generalidades y análisis hermenéutico del artículo

López Mesa señala que "el concurso configura una promesa dirigida a quienes se encuentren en determinada situación, acrediten cierta experiencia o solvencia en alguna rama científica, reúnan ciertas condiciones, o desarrollen alguna actividad especial; quien convoca al concurso promete a los participantes que el que resulte triunfante en la competencia, se le adjudicará un determinado premio, previa apreciación de méritos por parte de un jurado designado al efecto".

Explica que, la figura del concurso público con premio es bastante utilizada tanto en el ámbito del derecho privado como en el de derecho público. Agrega que, en el derecho público, se utiliza el mecanismo del concurso en la elección de cargos públicos (docentes, administrativos, judiciales) y que, pese a que su función fundamental es la asignación de cargos, la figura también es utilizada para el otorgamiento de becas, premios científicos, entre otras cosas.

Por otro lado, en el derecho privado, si bien no tuvo regulación legal alguna, en la práctica todos los días nos vemos frente a la posibilidad de participar en alguno de los ofrecidos masivamente a través de publicidades en la vía pública, efectuadas por grandes marcas que buscan, con la excusa de un concurso público (que en definitiva se desarrolla normalmente), acaparar más público consumidor.

En efecto, marcas de primera línea o instaladas en el mercado (como, vgr., Sprite, Coca Cola, Pepsi, Ser), generalmente buscan atraer al consumidor ofreciendo premios en dinero, productos, viajes, para quien cumpla con determinado objetivo (por ej.: juntar diez tapas rojas de un producto y abone dos pesos ($ 2); o, realizar el mejor trabajo fotográfico sobre cierta temática).

Vemos entonces que en este tipo de concursos (excluyendo los reglamentados aplicables conforme al caso en el ámbito del derecho público), además de la regulación ahora estipulada en el Código unificado, deberán tenerse en cuenta normas que hacen, por citar un supuesto, a la defensa del consumidor. Ello así pues, en ocasiones, aunque establecidas las reglas de un concurso de ese estilo de forma presunta y aparentemente válida, puede ocurrir que, por ejemplo, luego apele a la invocación de ciertas cláusulas abusivas (cfr. arts. 1117 a 1122) a los efectos de impedir el acceso al premio ofrecido o que, para que se haga efectivo, se exijan más requisitos que los que importaban el cumplimiento del objeto del concurso.

2. Confianza legítima

La figura de la confianza legítima puede resultar de aplicación para supuestos en los cuales media una declaración unilateral de voluntad, como en el caso.

Es que, como dice Coviello, en ciertos casos, ante situaciones que precisan de argumentos dirigidos a obtener soluciones equitativas y con las que se disipe todo sesgo autoritario, resulta de utilidad, y su aplicación pertinente, siempre que con ello se tienda a asegurar la vigencia de la juridicidad del comportamiento estatal, al que añadimos, el del sector privado. Ello se acentúa aún más si este último está conformado por grandes empresas o compañías, en tanto, al igual que ocurre ante ciertas situaciones con el Estado, en principio, la relación entre éstos y los particulares se da en un marco de asimetría, en el cual quien se enfrenta a aquéllos ocupa el lugar más débil del vínculo. Dicho autor añade que esa figura resulta de suma relevancia en función de que está situada entre los valores que contemplan los criterios orientadores para la conducta (sin contener, por lo general, una respuesta concreta para el caso) y la realidad. Es decir, es la aplicación del valor a través del principio.

Sobre el punto, y más específicamente, López Mesa ha dicho que "[s]i la relación jurídica entre intereses de dos personas no brota de lo declarado por una u otra, puede brotar, no obstante, de la conducta de ambas en su recíproca influencia. Como un fundamental postulado de política jurídica, aparece una vez más la necesidad de proteger la confianza depositada en lo aparentado por la declaración. El problema de si ha de producir efectos una sola declaración de voluntad debe resolverse —como todos los problemas jurídicos— según criterios de política jurídica que en este caso son los que aconsejan pr oteger dicha confianza".

3. Deber de información y su alcance

Son relevantes y actúan como complemento normativo preceptos tales como los dispuestos en los arts. 4°, 7°, 8°, 37 y ss. de la ley 24.240 —modif. ley 26.361 y en el caso del art. 8°, sustituido a través de la ley 26.994, Anexo II, punto 3.2.—.

Justamente, de acuerdo con lo que se dispone en el presente artículo, cuando se prevé que el concurso publicitado "...requiere para su validez que el anuncio respectivo contenga el plazo de presentación de los interesados y de realización de los

trabajos previstos", no se hace más que establecer el interés de que se cumpla fehacientemente con el deber de información (cfr. arg. art. 1000), ofreciendo una correcta y detallada publicidad (cfr. arg. art. 1101 y 1103) de las bases del concurso.

En el artículo se establece que la resolución del concurso será proporcionada por un jurado designado en las bases respectivas y que deberá ser puesto en conocimiento de los interesados con la publicidad que de él se haga. Si no llegara a existir un jurado en dichas bases, la resolución del concurso será dada por el promitente, es decir, por quien ofreció y organizó el concurso.

Por otro lado, es común que el promitente, organizador de un concurso público, requiera de los concursantes la cesión de los derechos de la obra que a la postre pueda ser premiada. Sin embargo, ello deberá hacerse saber en las bases del concurso, puesto que de no ser así, el concursante ganador podrá reservarse los derechos de su obra y ello en modo alguno podría importar la renuncia al premio ofrecido por el promitente.

III. Jurisprudencia

Corresponde responsabilizar al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires por el incumplimiento contractual generado ante la falta de entrega del premio de un concurso si, más allá del auspicio brindado al evento, tomó obligaciones a su cargo al estar las prestaciones prometidas a los ganadores —en medida importante— a su alcance y disposición, las que no hubieron podido ser comprometidas por un tercero (musicalización de letras de canciones de los ganadores por la orquesta de la Comuna, función de gala en un teatro de la Ciudad y grabaciones en CD del recital).

El incumplimiento de normativa municipal vigente en orden a los requisitos para la celebración de un contrato válido no es óbice para responsabilizar a la Comuna, pues ello no es oponible al ganador de uno de los premios del concurso al resultar ajeno a las relaciones que hubieran establecido la organizadora de aquél y el Municipio.

Pero, aun en el caso de que se considerara que el Gobierno de la Ciudad no fue co-organizador del certamen, debería igualmente responder en virtud de la "doctrina de la apariencia" al haber dejado crear la apariencia de ser el autor del hecho dañoso, el que le es imputable a título de culpa. La publicidad misma del llamado a concurso evidencia la razonabilidad de que el actor creyera que la Comuna era uno de los organizadores del concurso si en ella no sólo se aludió al auspicio sino se incluyeron logotipos de organismos de la entidad demandada (Centro de Divulgación Musical y Secretaría de Cultura del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires) (CNCiv., sala J, 19/6/2008, Sumario nro. 18.068 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil, Boletín nro. 4/2008).

Art. 1808.— Destinatarios. La promesa referida en el artículo 1807 puede ser efectuada respecto de cualquier persona o personas determinadas por ciertas calidades que deben ser claramente anunciadas. No pueden efectuarse llamados que realicen diferencias arbitrarias por raza, sexo, religión, ideología, nacionalidad, opinión política o gremial, posición económica o social, o basadas en otra discriminación ilegal.

I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto

Este artículo no guarda relación con otro del Código Civil o Comercial. Sin embargo, vemos que contiene normas que sí están previstas en la CN y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, propias de la lucha contra cualquier forma o modo de discriminación de las personas.

II. Comentario

1. No a las "categorías sospechosas"

En el artículo se prevé el deber de anunciar o publicar en debida forma las calidades que deberán reunir los eventuales concursantes, siendo que ellas en modo alguno podrán realizar diferencias *arbitrarias* por raza, sexo, religión, ideología, nacionalidad, opinión política o gremial, posición económica o social, o basadas en otra discriminación ilegal.

Nótese que se veda la posibilidad de efectuar diferencias, sino que el límite impuesto en él radica en que las diferencias no sean *arbitrarias*. Es decir que, en ciertos concursos, quizás sea necesario realizar una discriminación positiva, dependiendo la finalidad del concurso (vgr.: concurso de cantantes femeninas, concurso de cantantes argentinos, etc.).

En suma, si bien los concursos pueden apuntar a concentrar a personas que reúnan ciertas calidades y características propias del concurso al que se convoque, lo que está prohibido es que se produzca una discriminación arbitraria y, por tanto, lo que dado en llamar la Suprema Corte de Estados Unidos: "categorías sospechosas".

Lo que está permitido, finalmente, es la discriminación positiva, entendida como la disposición de acciones o la toma de medidas tendientes a remover desigualdades. Ello así, con el objeto último de poner, de la manera más fidedigna posible y próxima a la realidad, en un pie de igualdad a las personas frente a determinadas circunstancias. Este tipo de acciones han sido denominadas en la CN como positivas, teniendo el Congreso Nacional la atribución para legislar al respecto (conf. art. 75, inc. 23).

2. Legitimación extraordinaria

Si con motivo de la convocatoria al concurso, o durante su desarrollo, se produjera una discriminación arbitraria fundada en razones de raza, religión, sexo, etc., otra lectura posible del artículo radica en el alcance que se le puede otorgar a la legitimación activa (entendida para el caso como extraordinaria) a los efectos de peticionar por la vía que corresponda y de acuerdo con el estado en el que se encuentre el concurso, lo que en derecho corresponda, incluso su nulidad.

Ello es así por cuanto es claro que no sólo podría verse en juego el orden público (por el hecho de que lo afectado serían los derechos de un grupo de personas determinadas que el Estado tiene el deber de garantizar), sino el derecho de un conjunto de habitantes de manera personal y directa, sobre los que reposa el derecho de reclamar de conformidad con lo previsto en el art. 43 de la CN, en el que se estableció que "[p]odrán interponer esta acción [de amparo] contra cualquier

lochforma de discriminación [...], así como a los derechos de incidencia colectiva

en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización".

3. Constitucionalización del Derecho Civil y Comercial

Ambos aspectos destacados en los puntos precedentes ponen de manifiesto la materialización de la idea directriz sobre la cual se basó la reforma, cual es la constitucionalización del Derecho Privado (en el caso, el Civil y Comercial).

En definitiva, se recogió el cambio de paradigma producido desde hace un tiempo en el sentido indicado, dejando de lado la tendencia conservadora que entendía al Derecho Privado como disciplina estática y suficiente, obviando, al cabo, el ordenamiento jurídico todo, siendo que, en la cima de éste, claro es, se encuentran la CN y los tratados internacionales con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22).

La intención del legislador aquí apuntada ha sido plasmada en el contendido de los arts. 1° y 2° de este Código unificado.

Art. 1809.— Decisión del jurado. El dictamen del jurado obliga a los interesados. Si el jurado decide que todos o varios de los concursantes tienen el mismo mérito, el premio es distribuido en partes iguales entre los designados. Si el premio es indivisible, se adjudica por sorteo. El jurado puede declarar desierto cualquiera de los premios llamados a concurso.

I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto

Como varios de los artículos incluidos en esta sección, éste tampoco guarda relación con alguno que haya existido expresamente en la normativa que fue objeto de la unificación.

II. Comentario

Dejando de lado los concursos públicos llevados a cabo en el ámbito del derecho público, pues, en la generalidad de los casos, dichos certámenes cuentan con un reglamento de concursos que prevé un sinnúmero de situaciones (vgr.: impugnaciones a las calificaciones puestas por el jurado, posibilidad de actualizar antecedentes, etc.), notamos que, más allá de la fuerza vinculante que el legislador claramente le confiere al dictamen del jurado de un concurso respecto de lo actuado por los concursantes, se guarda silencio acerca de la posibilidad que eventualmente podrían tener dichos sujetos de impugnar dicha decisión.

En ese sentido, creemos que ello fue adrede, aunque hubiese s s1ido necesaria una aclaraciyn al respecto, pues, como principio, lo que no est6 prohibido est6 permitido (art. 19, CN). Sin embargo, entendemos que trat6ndose de un concurso pъblico (por ser ўste abierto a toda la ciudadanha interesada que cumpla con las condiciones fijadas para el evento), pero dentro de la esfera privada en cuanto a su organizaciyn y premiaciyn, a diferencia de lo que ocurre en el 6mbito del derecho pъblico, el legislador fue rotundo al no prever la posibilidad de que el dictamen del jurado sea discutido por los concursantes, o por lo menos no en dicha etapa. Ello fue ash, segъn entendemos, debido al mero interўs particular que en ўl estarha en juego.

Aun ash, debemos secalar que el concursante que se crea afectado en sus derechos siempre tendr6 la posibilidad de efectuar su reclamo por la vha judicial que corresponda.

En lo que respecta a la divisibilidad o indivisibilidad del premio del concurso, por la analogha de su contenido, nos remitimos a lo comentado en el art. 1806.

Por ъltimo, en el arthculo se previў la posibilidad de que el jurado declare desierto cualquiera de los premios llamados a concurso. Evidentemente, aunque ўsta se constituya en una facultad discrecional otorgada por el legislador, no quita que esa decisiyn —en todos los casos— deba ser fundada (motivada) y razonable, y que en ella deba considerarse y relacionarse el desempeco del concursante y el resultado obtenido con el premio ofrecido.

Secciyn 4€

Garanthas unilaterales

Por Pedro Galmarini

Art. 1810.— Garanthas unilaterales. Constituyen una declaraciyn unilateral de voluntad y est6n regidas por las disposiciones de este Capхtulo las llamadas "garanthas de cumplimiento a primera demanda", "a primer requerimiento" y aquellas en que de cualquier otra manera se establece que el emisor garantiza el cumplimiento de las obligaciones de otro y se obliga a pagarlas, o a pagar una suma de dinero u otra prestaciyn determinada, independientemente de las excepciones o defensas que el ordenante pueda tener, aunque mantenga el derecho de repeticiyn contra el beneficiario, el ordenante o ambos.

El pago faculta a la promociyn de las acciones recursorias correspondientes.

En caso de fraude o abuso manifiestos del beneficiario que surjan de prueba instrumental u otra de f6cil y r6pido examen, el garante o el ordenante puede requerir que el juez fije una cauciyn adecuada que el beneficiario debe satisfacer antes del cobro.

I. Relaciyn con el Cydigo Civil. Fuentes del nuevo texto

Una vez m6s, el arthculo que nos ocupa no guarda relaciyn con otro que haya sido expresamente legislado en el Cyd. Civil o Com. Sin embargo, sн se encontraba prevista su inclusiyn en el Proyecto de unificaciyn del aco 1987 en su art. 2290; texto que, a su vez, guardy relaciyn con los proyectados en el aco 1993 (art. 1479) y en 1998 (art. 1742).

=0II. Comentario

dbchSe ha dispuesto en esta secciyn que las figuras de *garantнas de cumplimiento a primera demanda* y *a primer requerimiento*, lo mismo que aquellas en que de cualquier otra manera se establece que el emisor garantiza el cumplimiento de las obligaciones de otro y se obliga a pagarlas, o a pagar una suma de dinero y otra prestaciyn determinada, constituyen una declaraciyn unilateral de voluntad.

Este tipo de garantнas, generalmente, son utilizadas por compacнas de seguros, habitualmente por medio de los denominados seguros de cauciyn.

Por tal razyn, puede afirmarse que lo asumido es una deuda futura que anticipadamente toma el sujeto que cauciona, por el monto —o hasta el importe— por el que otorga la garantнa y durante el plazo pactado, sin desembolso alguno de capital de su parte; lo que sylo harб si debe llevar a cabo su prestaciyn dando cumplimiento con esa garantнa.

Si ello llegase a suceder, explica Grosso, el garante en rigor no habrб de indemnizar un daco, sino simplemente pagar en lugar del deudor principal, o sea que su situaciyn resultarб ser, poco mбs poco menos, la de un deudor solidario (concurrente, en rigor, en razyn de que el pago responde a una causa distinta de la que originy la deuda del principal —art. 850—).

En el artнculo se hace referencia a que el pago efectuado por el garante lo faculta a la promociyn de las acciones recursorias correspondientes; y luego, para el caso de que exista fraude o abuso manifiesto por parte del beneficiario que surjan de prueba instrumental o de otra de fбcil y rбpido examen, a que el garante o el ordenante pueden pedir que el juez fije una cauciyn adecuada, que el beneficiario deberб satisfacer antes del cobro.

Claramente deja a salvo la posibilidad de que el emisor de la garantнa repita contra el deudor principal de la obligaciyn afianzada, contra el ordenante o contra ambos.

III. Jurisprudencia

Se ha dicho que, tйcnicamente, el seguro de cauciyn se trata de una forma de fianza y no de un seguro, ya que su funciyn consiste en servir de *garantнa* del cumplimiento de una obligaciyn determinada mediante la agregaciyn de un segundo deudor en *paridad de grado* con el deudor principal y que deberб cumplir como si fuera el deudor mismo (CNCom., sala B, 30/9/1991, publicado en Boletнn "Seguro de Cauciyn" del Prosecretarнa de Jurisprudencia de la Cбmara de Apelaciones en lo Comercial).

Art. 1811.— Sujetos. Pueden emitir esta clase de garantнas:

lain **a) 49 las personas pъblicas;**

b) las personas jurнdicas privadas en las que sus socios, fundadores o integrantes no responden ilimitadamente;

c) en cualquier caso, las entidades financieras y compacнas de seguros, y los importadores y exportadores por operaciones de comercio exterior, sean o no parte directa en ellas.

I. Relaciyn con el Cydigo Civil. Fuentes del nuevo texto

Nos remitimos a lo expuesto en el comentario pertinente al artнculo anterior, en cuanto a la remisiyn que se hace a los Proyectos de unificaciyn de los acos 1993 y 1998.

II. Comentario

1. Personas habilitadas a la emisiyn de garantнas unilaterales

La justificaciyn del detalle que efectuy el legislador en los incisos de este artнculo puede encontrar sustento, en lo que respecta al primero de los apartados, en que las personas pъblicas (Estado Nacional, demбs Estados provinciales o municipales, y sus reparticiones descentralizadas correspondientes) se presumen solventes (Fallos: 318:1084), con lo cual estarнan en condiciones de asumir un compromiso de estas caracterнsticas.

Por otro lado, es preciso tener presente que no se hace distinciyn alguna respecto de si se trata de personas pъblicas estatales o tambiйn incluye a las no estatales. No mediando disquisiciyn sobre el punto, pareciera que ambas podrнan estar habilitadas al efecto.

Luego, en lo que respecta a las personas privadas, menciona sylo a aquellas en las que sus socios no responden ilimitadamente con su patrimonio. Esta disposiciyn, aunque entendible desde el punto de vista del negocio, proteccionista de los integrantes de una empresa (pues lo que aparentemente se intenta *a priori* es proteger el patrimonio de los socios frente a la actividad propia de la empresa), en cierto modo limita el accionar del o de los beneficiarios frente a un eventual incumplimiento de la obligaciyn afianzada (sobre lo que, desde este ъltimo punto de vista, podrнamos disentir con la norma).

Al respecto, debe tomarse en cuenta que, mediante la ley 24.996, Anexo II, punto 2.11, fue sustituido el art. 24 de la ley 19.550 (LSC). Ahora se prevй que "[l]os socios responden frente a los terceros como obligados simplemente mancomunados y por partes iguales, salvo que la solidaridad con la sociedad o entre ellos, o una distinta proporciyn, resulte: 1) de una estipulaciyn expresa respecto de una relaciyn o un conjunto de relaciones; 2) de una estipulaciyn del contrato social, en los tйrminos del artнculo 22; 3) de las reglas comunes del tipo que manifestaron adoptar y respecto del cual se dejaron de cumplir requisitos sustanciales o formales". Asimismo, esa preceptiva, al tiempo de determinar la responsabilidad de los directores, administradores o socios debe conjugarse con lo previsto en los arts. 59 y 274 de la LSC.

Por ъltimo, se agrega que las entidades financieras y compacнas de seguros, y los importadores y exportadores por operaciones de comercio exterior, tambiйn pueden afianzar la obligaciyn principal, sean o no parte directa de aquellos negocios.

2. Importancia de la determinaciyn de los sujetos con capacidad para afianzar

Mбs allб del anбlisis que pudiera hacerse en torno de las particularidades de cada una de las personas jurнdicas identificadas en el artнculo en comentario, lo relevante, a nuestro criterio y en este estado primario de evaluaciyn de la nueva legislaciyn, es que hayan sido determinados del modo en que se lo hizo quienes

pueden emitir garantHas unilaterales. Es que, asH lo entendemos, hacha falta un cierto orden en el sentido indicado. Claro que, reciñn con el transhcurso del tiempo, observar el grado de acierto que 6 pere al respecto, se podrmo se oyn de cyy en funci n noytrae la nueva previsiRMATIVA Y LA REPERCUSIÓN POSITIVA QUE PUEDE TENER EN LA SOCIEDAD, EN VIRTUD DE LAS NECESIDADES QUE IMPERAN AL MOMENTO DE OBTENER UNA GARANTÍA DE ESTAS CARACTERÍSTICAS. PERO DESDE UNA PRIMERA PERSPECTIVA, LOS QUE HAN SIDO ELEGIDOS PARA CUMPLIR CON LA FUNCIÓN DE GARANTES EN LOS TÉRMINOS INDICADOS EN EL ART. 1810, PARECIERAN LOS ADECUADOS A TAL FIN.

III. JURISPRUDENCIA

RECIENTEMENTE, SE DECLARÓ LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA NORMATIVA LOCAL QUE REGÍA EN LA PCIA. DE BUENOS AIRES (ART. 21, CÓD. FISCAL, EN EL CASO), EN LA QUE SE PREVEÍA LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA E ILIMITADA DE LOS DIRECTORES DE LAS SOCIEDADES CON EL CONTRIBUYENTE FRENTE A LAS DEUDAS CON EL FISCO, CON FUNDAMENTO EN QUE CONTRARIABA LO PREVISTO AL RESPECTO EN LA LSC (CFR. ART. 31, CN) (CCIV. Y COM. DE SAN MARTÍN, SALA II, 2/10/2014). ES PERTINENTE AÑADIR QUE EL RECURSO PLANTEADO POR LA PCIA. INDICADA FUE RECHAZADO POR FALTA DE CRÍTICA CONCRETA Y RAZONADA RESPECTO DE LOS FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA DE CÁMARA. ELLO NO OBSTANTE, ES IMPORTANTE TOMAR EN CUENTA QUE UNO DE LOS VOCALES DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE AQUÉLLA RECHAZÓ EL RECURSO EXPIDIÉNDOSE SOBRE EL FONDO DEL ASUNTO. PARA ASÍ DECIDIR, EN LO SUSTANCIAL, REMITIÓ AL PRECEDENTE "FILCROSA" (FALLOS: 326:3899), DE LA CSJN. ES DECIR, BÁSICAMENTE, POSTULÓ QUE LA MATERIA EN JUEGO CORRESPONDE AL DERECHO COMÚN Y, POR TANTO, ES EL CONGRESO NACIONAL EL ÚNICO QUE TIENE LA ATRIBUCIÓN DE LEGISLAR SOBRE EL PUNTO (CFR. ART. 75, INC. 12, CN).

ART. 1812.— FORMA. LAS GARANTÍAS PREVISTAS EN ESTA SECCIÓN DEBEN CONSTAR EN INSTRUMENTO PÚBLICO O PRIVADO.

SI SON OTORGADAS POR ENTIDADES FINANCIERAS O COMPAÑÍAS DE SEGUROS, PUEDEN ASUMIRSE TAMBIÉN EN CUALQUIER CLASE DE INSTRUMENTO PARTICULAR.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

NOS REMITIMOS A LO EXPUESTO EN EL PUNTO PERTINENTE DEL ART. 1810.

II. COMENTARIO

1. GENERALIDADES

4LLAMBÍAS NOS ENSEÑABA QUE A LOS ACTOS COMPRENDIDOS EN ESTA SECCIÓN SE LOS DENOMINA ACTOS ABSTRACTOS, PUES "SON VÁ

F47 LIDOS CON PRESCINDENCIA DE LA FINALIDAD QUE HAYAN TENIDO LAS PARTES, AL EFECTUARLOS. RECIBEN ESA DENOMINACIÓN PORQUE PARA APRECIAR SU EFICACIA SÓLO SE TOMA EN CUENTA LO EXTERNO DEL ACTO, HACIENDO ABSTRACCIÓN DEL ELEMENTO INTENCIONAL DEL MISMO. EN CONSECUENCIA, LAS FALLAS INTERNAS DE QUE PUEDA ADOLECER UN ACTO ABSTRACTO NO PERJUDICAN A LOS TERCEROS QUE HAYAN CONFIADO EN LA REGULARIDAD DE SU APARIENCIA".

DE AHÍ QUE EL LEGISLADOR HAYA PREVISTO LA POSIBILIDAD DE QUE LAS GARANTÍAS AQUÍ COMENTADAS PUEDAN DOCUMENTARSE BAJO LA FORMA DE UN INSTRUMENTO PÚBLICO O PRIVADO, PUES —VALGA LA REDUNDANCIA— MIENTRAS LAS FORMAS EXTRÍNSECAS DEL TÍTULO NO ADOLEZCAN DE ALGÚN VICIO QUE HAGA DUDAR ACERCA DE LA OBLIGACIÓN QUE ÉL CONTIENE, SERÁ SUFICIENTE PARA SU FUTURA EXIGIBILIDAD.

PESE A ELLO Y A LA CONNOTACIÓN DE CONFIANZA QUE LLEVAN CONSIGO ESTE TIPO DE DECLARACIONES, GARANTÍAS O COMPROMISOS, LA REALIDAD COMERCIAL Y DE LOS TRIBUNALES NOS LLEVA A CONSIDERAR (POR UNA CUESTIÓN NETAMENTE PRÁCTICA Y DE EFICACIA), LA CONVENIENCIA DE QUE, PARA EL CASO EN QUE EL ACTO SE INSTRUMENTE BAJO LA FORMA PRIVADA, SE CERTIFIQUE LA FIRMA DEL EMISOR, DE MODO DE EVITAR IMPONDERABLES O INTERPR=0ETACIONES JUDICIALES DISCORDANTES CON EL ESPÍRITU DE LA NORMA.

EN LO QUE RESPECTA A LAS PARTICULARIDADES DE LOS INSTRUMENTOS PÚBLICOS Y PRIVADOS, REMITIMOS A LO ESTABLECIDO EN LOS ARTS. 289 Y SS. Y 313 Y SS., RESPECTIVAMENTE. ASIMISMO, REMITIMOS A LO COMENTADO EN ESTA OBRA ACERCA DEL ALCANCE DE CADA UNO DE ELLOS.

2. INSTRUMENTO PARTICULAR

NO OBSTANTE LO EXPUESTO EN EL PUNTO 1, MERECE UN COMENTARIO APARTE LO ESTABLECIDO EN EL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO.

ALLÍ SE HACE UNA DIFERENCIA EN RELACIÓN CON DOS ASPECTOS : (I) EL QUE EMITE EL INSTRUMENTO (ENTIDADES FINANCIERAS Y COMPAÑÍAS DE SEGUROS), Y, (II) EL TIPO DE DOCUMENTO DE QUE SE TRATA (INSTRUMENTO PARTICULAR).

PUES BIEN, NO DEBE PERDERSE DE VISTA EL ALCANCE DE DICHA DISQUISICIÓN, ESTO ES, QUE CUANDO SEA UNA DE ESAS ENTIDADES O COMPAÑÍAS LAS QUE EMITAN EL INSTRUMENTO HABRÁ QUE ESTARSE A LOS TÉRMINOS PREVISTOS EN EL ART. 319. ELLO ESTÁ VINCULADO, AL CABO, CON LA POSIBILIDAD DE PROBAR LA VALIDEZ DEL DOCUMENTO. ASÍ, EN AQUEL ARTÍCULO SE REGULAN CIERTAS PAUTAS QUE TIENE QUE TENER EN CUENTA EL JUEZ QUE ENTIENDA EN EL CASO QUE SE PRESENTE A SU CONOCIMIENTO, TALES COMO: LA CONGRUENCIA ENTRE LO SUCEDIDO Y LO NARRADO, LA PRECISIÓN Y CLARIDAD TÉCNICA DEL TEXTO, LOS USOS Y PRÁCTICAS DEL TRÁFICO, LAS RELACIONES PRECEDENTES Y LA CONFIABILIDAD DE LOS SOPORTES UTILIZADOS Y DE LOS PROCEDIMIENTOS TÉCNICOS QUE SE APLIQUEN.

A PARTIR DE ELLO, ENTONCES, QUEDA SUBSUMIDA LA ACTIVIDAD DEL MAGISTRADO Y CEÑIDOS LOS ASPECTOS SOBRE LOS QUE LAS PARTES DEBEN FUNDAR SUS POSTURAS, A LOS EFECTOS DE LOGRAR EL RECONOCIMIENTO DE LA VALIDEZ DEL INSTRUMENTO PARTICULAR. ESA CIRCUNSTANCIA (ES DECIR, EL HECHO DE ESTAR FIJADOS LOS ESTÁNDARES EN LOS QUE DEBE BASARSE, EVENTUALMENTE, UNA DECISIÓN SOBRE EL PUNTO), HACE QUE EXISTA MAYOR CERTIDUMBRE ACERCA DE LOS LÍMITES QUE PESAN EN UNA DECISIÓN DE ESTE TIPO, SIENDO QUE, A LOS EFECTOS DE PROPENDER A LA SEGURIDAD JURÍDICA, SIEMPRE ES MEJOR QUE LOS PATRONES QUE DEBEN SEGUIRSE PARA LA CONSECUCIÓN DE TAL FIN ESTÉN DISPUESTOS NORMATIVAMENTE Y QUE NO QUEDEN SUJETOS A LA MERA DISCRECIONALIDAD DEL JUEZ.

ART. 1813.— CESIÓN DE GARANTÍA. LOS DERECHOS DEL

BENEFICIARIO EMERGENTES DE LA GARANTÍA NO PUEDEN TRANSMITIRSE SEPARADAMENTE DEL CONTRATO O RELACIÓN CON LA QUE LA GARANTÍA ESTÁ FUNCIONALMENTE VINCULADA, ANTES DE ACAECER EL INCUMPLIMIENTO O EL PLAZO QUE HABILITA EL RECLAMO CONTRA EL EMISOR, EXCEPTO PACTO EN CONTRARIO.

UNA VEZ OCURRIDO EL HECHO O VENCIDO EL PLAZO QUE HABILITA ESE RECLAMO, LOS DERECHOS DEL BENEFICIARIO PUEDEN SER CEDIDOS INDEPENDIENTEMENTE DE CUALQUIER OTRA RELACIÓN. SIN PERJUICIO DE ELLO, EL CESIONARIO QUEDA VINCULADO A LAS EVENTUALES ACCIONES DE REPETICIÓN QUE PUEDAN CORRESPONDER CONTRA EL BENEFICIARIO SEGÚN LA GARANTÍA.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

NOS REMITIMOS A LO EXPUESTO EN EL PUNTO PERTINENTE DEL ART. 1810.

II. COMENTARIO

EN EL ARTÍCULO SE PREVÉ, COMO REGLA, LA IMPOSIBILIDAD DE QUE EL BENEFICIARIO DE LA GARANTÍA CEDA LOS DERECHOS QUE DE ELLA SURGEN ANTES DE QUE SE PRODUZCA EL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN AFIANZADA, YA SEA POR EL ACAECIMIENTO DEL HECHO QUE LA MOTIVA O POR EL VENCIMIENTO DEL PLAZO PARA SU CUMPLIMIENTO.

EN EFECTO, SE HA DICHO QUE EL ACREEDOR, ANTE EL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN POR PARTE DEL DEUDOR, SE ENCUENTRA FACULTADO A INTIMAR DIRECTAMENTE AL EMISOR DE LA GARANTÍA AL PAGO DE LAS SUMAS DADAS EN GARANTÍA POR HABER ACAECIDO EL SINIESTRO CONTEMPLADO, YA QUE LA VENTAJA DEL ASEGURAMIENTO CONSISTE EN HACER RESPONSABLE A QUIEN SE SUPONE SOLVENTE Y AL MISMO TIEMPO FIEL Y PUNTUAL CUMPLIDOR DE SUS OBLIGACIONES.

ELLO, SALVO QUE LAS PARTES DEL ACTO JURÍDICO ASEGURADO CONVENGAN LO CONTRARIO, ES DECIR, LA POSIBILIDAD DE CEDER LOS BENEFICIOS DE LA GARANTÍA CON ANTERIORIDAD A QUE TODO ACAEZCA, PRIMANDO, AL CABO, EL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.

ES CLARO EL ARTÍCULO EN CUANTO A QUE, UNA VEZ OCURRIDO EL HECHO O VENCIDO EL PLAZO QUE HABILITA EL RECLAMO, LOS DERECHOS DEL BENEFICIARIO PUEDEN SER CEDIDOS SIN LIMITACIÓN ALGUNA, AUNQUE EL CESIONARIO, ES DECIR, QUIEN RECIBE LOS DERECHOS EMERGENTES DE LA GARANTÍA, QUEDARÁ AFECTADO A LAS EVENTUALES ACCIONES DE REPETICIÓN QUE PUEDAN EJERCERSE CONTRA EL QUE SE LA CEDIÓ.

ART. 1814.— IRREVOCABILIDAD. LA GARANTÍA UNILATERAL ES IRREVOCABLE A MENOS QUE SE DISPONGA EN EL ACTO DE SU CREACIÓN QUE ES REVOCABLE.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

LANGFE11274NOS REMITIMOS A LO EXPUESTO EN EL PUNTO PERTINENTE DEL ART. 1810.

II. COMENTARIO

CREEMOS QUE LA JUSTICIA DEL PRESENTE ARTÍCULO RADICA, BÁSICAMENTE, EN HACER VALER LA PALABRA PROMETIDA, ESTANDO DE POR MEDIO LA CONFIANZA EN QUE ASÍ SERÁ.

EN EFECTO, RESULTA IMPORTANTE PARA EL BENEFICIARIO DE LA GARANTÍA TENER CERTEZA ACERCA DE QUE ELLA ESTARÁ VIGENTE HASTA TANTO SU DEUDOR HAYA SIDO LIBERADO DE SU EVENTUAL RESPONSABILIDAD. ES DECIR, LA GARANTÍA SE MANTENDRÁ VIGENTE HASTA QUE EL DEUDOR DE LA OBLIGACIÓN GARANTIZADA LA CUMPLA Y, POR LOS EFECTOS DEL PAGO, QUEDE LIBERADO DE SU EVENTUAL RESPONSABILIDAD.

SIN EMBARGO, VUELVE A ESTABLECERSE QUE DICHA CIRCUNSTANCIA SERÁ ASÍ MIENTRAS QUE EN EL ACTO EN EL QUE SE INSTRUMENTÓ LA GARANTÍA NO SE HAYA ESTABLECIDO EN FORMA EXPRESA LA POSIBILIDAD DE SU REVOCACIÓN POR PARTE DEL EMISOR.

ELLO NO OBSTANTE, CREEMOS QUE LAS CAUSAS POR LAS CUALES PUEDA HACERSE OPERATIVA LA CLÁUSULA DE REVOCABILIDAD DEBERÍAN ESTAR TAXATIVAMENTE ESTIPULADAS POR EL EMISOR, PUES SI NO LA DECLARACIÓN PRIMIGENIA CARECERÍA DE LA FUERZA VOLITIVA QUE LA MOTIVÓ.

POR ÚLTIMO, ES ADECUADO SUBRAYAR QUE, PARA VERIFICAR SI LA PERTINENCIA QUE, A PRIORI, SE ADVIERTE RESPECTO DE LA REGULACIÓN COMENTADA, SERÁ NECESARIO AGUARDAR A QUE COMIENCEN A PRESENTARSE Y, CONSECUENTEMENTE, RESOLVERSE LOS CASOS QUE QUEDEN COMPRENDIDOS EN LOS TEMAS TRATADOS, APLICANDO ESTA NUEVA NORMATIVA CONFORME LA DINÁMICA QUE LOS HECHOS FUTUROS IMPONGAN COMO LÍMITE DE ACTUACIÓN.

CAPÍTULO 6

TÍTULOS VALORES

SECCIÓN 1ª

DISPOSICIONES GENERALES

POR IGNACIO A. ESCUTI[*]

Bibliografía clósica: ALEGRIA, HÑCTOR, "Las Garanthas Autoliquidables", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, nro. 2, citado por MOLINA QUIROGA, "Prenda de títulos valores", LA LEY, 2009-B, 1208; ESPINA, "Las anotaciones en cuenta. Un nuevo medio de representaciyn de los derechos", a 22; FERRI, GIUSEPPE, *Titulo de*

[1] *(*) LOS ARTS. 1819, 1820, 1826 Y 1829 FUERON ELABORADOS CON LA COLABORACIÓN DE TOMÁS CAPDEVILA. LOS RESTANTES ARTÍCULOS FUERON ELABORADOS CON LA COLABORACHCIÓN DE VERÓNICA ESCUTI ANGONOA.*

crüdito, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1982; GYMEZ LEO, OSVALDO, *Instituciones de derecho cambiario. Tнtulos de crüdito*, Buenos Aires, Depalma, 1982, t. I; MOLINA SANDOVAL, "Prenda de tнtulos valores", LA LEY, 2009-B, 1208; MOTOS GUIRAO, "Crisis de letra de cambio y necesidad de su reforma", XXI-XXII; WINISKY, IGNACIO - GUALTIERI, GIUSEPPE, *Tнtulos circulatorios*, Buenos Aires, Zavalia, 1972; YADAROLA, MAURICIO, *Tнtulos de crüdito*, Buenos Aires, Tea, 1961.

***

Art. 1815.— Concepto. Los tнtulos valores incorporan una obligaciyn incondicional e irrevocable de una prestaciyn y otorgan a cada titular un derecho autynomo, sujeto a lo previsto en el artнculo 1816.

Cuando en este Cydigo se hace menciychn a bienes o cosas muebles registrables, no se comprenden los tнtulos valores.

Art. 1816.— Autonomнa. El portador de buena fe de un tнtulo valor que lo adquiere conforme con su ley de circulaciyn, tiene un derecho autynomo, y le son inoponibles las defensas personales que pueden existir contra anteriores portadores.

A los efectos de este artнculo, el portador es de mala fe si al adquirir el tнtulo procede a sabiendas en perjuicio del deudor demandado.

Art. 1817.— Pago liberatorio. El deudor que paga al portador del t

'edtulo valor conforme con su ley de circulaciyn queda liberado, excepto que al momento del pago, disponga de pruebas que demuestren la mala fe del que lo requiere. Sin embargo, si el deudor no recibe el tнtulo valor, se aplica lo dispuesto por el artнculo 1819.

Art. 1818.— Accesorios. La transferencia de un tнtulo valor comprende los accesorios que son inherentes a la prestaciyn en йl incorporada.

I. COMENTARIO

Ascarelli ha secalado la importancia decisiva de los tнtulos valores para la economнa contemporбnea.

El indudable acierto de la aseveraciyn del insigne jurista italiano, se advierte si se piensa que, actualmente el poder econymico, en ъltima instancia, se materializa por la posesiyn de los mencionados tнtulos (v.gr., posesiyn de acciones de una sociedad multinacional en cantidad suficiente para controlarla).

Es concordante la aguda manifestaciyn de Ripert, talentoso maestro francйs, cuando secala que en los tiempos que corren, a diferencia de йpocas pretйritas, en que importaba la propiedad inmobiliaria, los ricos son quienes poseen tнtulos valores.

Hasta el momento hemos referido solamente a la expresiyn "tнtulos valores", pero йsta no es la ъnica denominaciyn de la materia ya que, para referirse a la misma cuestiyn, la doctrina tambiйn alude a tнtulos de crйdito y a tнtulos circulatorios. Todas estas denominaciones presentan sus ventajas e inconvenientes, tal como lo analizaremos seguidamente y se observarб en el transcurso de la presente obra.

La denominaciyn de tнtulos valores permite la inclusiyn de documentos que aunque representan valores, no reъnen los requisitos generales propios de la disciplina cientнfica y por ende no le pueden ser aplicadas sus normas.

El nombre de tнtulos de crйdito deja afuera de su orbita los tнtulos valores que, aunque regulados por las normas especificas de la materia, no son representativos de crйditos, como por ejemplo la acciyn de una Sociedad Anynima (SA).

La denominaciyn de tнtulos circulatorios, no exenta de crнticas, es la mбs adecuada, pues hace referencia al fenymeno de la circulaciyn como denominador comъn de todos estos instrumentos. En efecto, como se verб, las exigencias de seguridad y celeridad en la circulaciyn, son las que han impuesto las caracterнsticas y principios fundamentales de la disciplina.

Pese a que, como hemos secalado, cada una de las denominaciones presenta sus ventajas e inconvenientes y a que somos partidarios de la de "t

'edtulos circulatorios", en el transcurso de la obra se las utilizarб indistintamente, dado que ninguna de ellas induce a error y constituyen un valor indicativo de la materia. Basta pensar en la multiplicidad de las relaciones crediticias, muchas veces despersonalizadas, propias de la economнa moderna, que requieren celeridad, simplicidad y seguridad. Los distintos ordenamientos jurнdicos han dado adecuada soluciyn a tales requerimientos.

Como ocurre casi invariablemente, las instituciones del derecho mercantil son el producto de la actividad comercial y a ello no escapan los tнtulos circulatorios. Ello nos obliga a realizar un estudio de su evoluciyn histyrica que, curiosamente, es la de los tнtulos representativos de obligaciones dinerarias (pagarй, cheque y letra de cambio) que bien pueden denominarse tнtulos de crйdito en sentido estricto, aunque тйcnicamente pueda ser censurado.

lochHa dado Vivante una definiciyn de tнtulo valor que, por su precisiyn y sobriedad, se ha convertido en tradiciyn e imprescindible punto de partida conceptual para el estudio de la materia: "tнtulo de crйdito es el documento necesario para ejercer el derecho literal y autynomo en йl expresado".

En general, documento es una cosa que reproduce o recepta un hecho o acto con relevancia jurнdica. El documento como tal es el producto de una operaciyn denominada "documentaciyn", que consiste en la reproducciyn o recepciyn del hecho o acto jurнdico mediante su materializaciyn.

Restringiendo su бmbito a lo que aquн interesa, debemos secalar que se trata de

la inserciyn de un derecho en una cosa mueble, normalmente un papel, es decir, la documentaciyn de un derecho.

El firmante del tнtulo incorpora al documento una declaraciyn de voluntad, incondicionada e irrevocable, de carбcter constitutivo y con alcance patrimonial mediante la cual se coloca en una posiciyn de obligado cambiario ante quien resulte portador legitimo del documento.

En los tнtulos de crйdito, el documento como "cosa" y el derecho como "bien", son conceptualmente distintos, pero representan un instituto jurнdico unitario. El derecho y el tнtulo estбn funcionalmente ligados: la comunidad de destino entre el tнtulo (cosa: corporal) y el derecho (bien: incorporal) es normalmente inescindible. Aunque parezca paradyjico, el sistema normativo realza la funciyn del tнtulo como cosa, en aparente desmedro del derecho, aunque es йste el que, en definitiva, da valor al documento.

Yadarola ha dicho que "para llenar cumplidamente las exigencias de la circulaciyn econymica, el tнtulo de crйdito tiene que estar rodeado de ciertas cualidades, tales como la certeza de la existencia del derecho al tiempo su adquisiciyn y la seguridad en la realizaciyn del mismo".

Por ello, es imprescindible que en el documento se configure con precisiyn el contenido, la naturaleza y extensiyn del derecho, lo cual se logra con la literalidad.

La literalidad se refiere al contenido del tнtulo valor y significa que la naturaleza, calidad y contenido del derecho incorporado se delimitan exclusivamente por lo que se menciona en el documento.

Tйngase presente que la literalidad no impide que, en determinados casos, el documento estй relacionado a elementos externos del propio tнtulo. Pero los elementos forбneos ьnicamente son vбlidos en tanto y en cuanto los admita la ley y se los mencione en el tнtulo (v.gr., vinculaciyn entre la acciyn de una SA y los estatutos sociales).

En el tнtulo valor se encuentra literalizado un derecho y йste necesariamente presupone una obligaciyn, y por ellos el documento puede y debe analizarse desde dos puntos de vista: el del obligado a la prestaciyn mencionada en el instrumento y el de quien estб facultado para exigir dicha prestaciyn.

Visto del lado activo, el acreedor no puede exigir otra cosa que lo que surja de los tйrminos del tнtulo. Visto del lado pasivo, las obligaciones no pueden surgir mбs que del propio tenor documental. El deudor no puede negarse al cumplimiento de la prestaciyn requerido por el acreedor, alegando o esgrimiendo razones que no surjan del tenor escrito del propio documento.

Gymez Leo sostiene que "toda disminuciyn, alteraciyn, modifica

rtich*CIÓN O EXTINCIÓN (PARCIAL O TOTAL) DEL DERECHO CARTULAR SE DEBE FUNDAR EN LA EXPRESIÓN TEXTUAL DEL DOCUMENTO, SIENDO IRRELEVANTES LOS POSIBLES ELEMENTOS FORÁNEOS QUE PUDIERAN SURGIR DE NEGOCIOS O RELACIONES AJENAS AL TÍTULO DE CRÉDITO".*

LA INSERCIÓN LITERAL DEL DERECHO EN EL DOCUMENTO CON EL ALCANCE SEÑALADO, PERMITE QUE SE HABLE DEL FENÓMENO DE LA INCORPORACIÓN.

LA INCORPORACIÓN DETERMINA QUE LO ESENCIAL SEA EL TÍTULO COMO colchsa y lo accesorio el derecho en el contenido, aunque sea йste el que da valor patrimonial al documento.

A tal punto que el derecho incorporado al "tнtulo" normalmente depende del derecho sobre el propio "documento" como cosa.

La incorporaciyn literal del derecho al documento permite aplicar un rйgimen jurнdico similar al de las cosas muebles.

Gran parte del sistema legal de los tнtulos de crйdito gira, fundamentalmente, alrededor de la regulaciyn del documento como cosa mueble, es decir del tнtulo como tal, aunque mediante y en definitiva tenga por finalidad la protecciyn del derecho incorporado.

En virtud de la funciyn econymica de los tнtulos valores cuyo aspecto fundamental atace a la circulaciyn de la riqueza, se toma del rйgimen general de las cosas muebles el principio secular segъn el cual "la posesiyn de buena fe de una cosa mueble, crea a favor del poseedor la presunciyn de tener la propiedad de ella" (art. 2412, Cyd. Vйlez Sarsfield), aunque aquн se va mбs allб todavнa, pues es, en principio, irrelevante que el documento sea robado o perdido.

La legitimaciyn, en general, hace referencia de los requisitos que deben concurrir en un sujeto para ejercer un derecho.

En el бmbito de las relaciones cartulares, la legitimaciyn se refiere a la situaciyn jurнdica del sujeto habilitado, para ejercer todos los derechos sobre el tнtulo y los que devienen de su posesiyn.

La legitimaciyn viene dada en primer termino por la posesiyn del documento: йsta es requisito indispensable para ejercer los derechos incorporados al tнtulo.

El poseedor legitimado estб habilitado para ejercer el derecho o los derechos emergentes del tнtulo sin necesidad de suministrar la prueba de que es: a) e propietario de dicho documento y b) el efectivo titular del derecho emergente del mismo.

En nuestro caso, encarada desde el punto de vista activo, la legitimaciyn para el ejercicio de los derechos emergentes del tнtulo comprende, en primer tйrmino, la habilitaciyn para transmitir regularmente el instrumento. En lo que atace a la transferencia del documento, es indispensable que se la haga con arreglo a ley de circulaciyn de tнtulo: el conjunto de normas que regulan: a) la forma de transmitir el tнtulo y b) las consecuencias de la transferencia. Ademбs, y fundamentalmente, la legitimaciyn activa es la habilitaciyn para ejercer el derecho incorporado y exigir del deudor la prestaciyn debida. Desde el lado pasivo, es la habilitaciyn para liberarse cumpliendo la prestaciyn adecuada al ser requerida por el legitimado activo.

Ha dicho Ferri que "legitimaciyn y titularidad, si bien normalmente coexisten, no son conceptos coincidentes. Se trata de situaciones jurнdicas diversas, basadas en diversos presupuestos jurнdicos. El primero concierne a la potestad para ejercer el derecho emergente del tнtulo; el segundo, a la pertenencia del mismo: la legitimaciyn compete a quien tiene la investidura formal del tнtulo, aunque el d

hres1erecho no le pertenezca".

Mas adelante, el mismo autor expresa que "puede darse un titular no legitimado, como se puede dar un no titular legitimado" y que "el ejercicio del derecho, aun por parte del no titular, se permite mediante la atribuciyn a otros de la legitimaciyn (efecto positivo del documento) e impide el ejercicio del derecho titular no legitimado y vacна de contenido la eventual transmisiyn de la titularidad que йste puede efectuar a otros, prescindiendo del tнtulo (efecto positivo del docrsid9849094umento) e impide el ejercicio del derecho al titular no legitimado y vacна de contenido la eventual transmisiyn de la titularidad que йste pueda efectuar a otros, prescindiendo del tнtulo (efecto negativo del documento)".

La posesiyn del documento segъn la ley de circulaciyn habilitada para el ejercicio del derecho con la prescindencia del hecho de que el poseedor sea o no el titular de йl. A su vez, el titular del derecho que no tiene en su poder el documento no puede ejercer el derecho mencionado en el tнtulo.

En definitiva, para dicho autor, el tнtulo tiene por funciyn atribuir la legitimaciyn, pero no su titularidad, de la que la circulaciyn prescinde. Asн, puede haber circulaciyn de la legitimaciyn sin circulaciyn del derecho y viceversa: frente al deudor solamente tiene eficacia la circulaciyn de la legitimaciyn y de ahн que el legitimado pueda exigir, aunque no sea titular, y el no legitimado no pueda exigir aunque sea titular. Todo el sistema cautelar gira en torno a esta dualidad de conceptos y su relativa independencia: la relevancia de la legitimaciyn y la irrelevancia de la titularidad.

Pero, ademбs, cuando los tнtulos son a la orden, se requiere la documentaciyn de la transferencia mediante el endoso que debe hacer en el mismo tнtulo el poseedor, pues la tradiciyn por sн sola es insuficiente.

En este caso, la legitimaciyn presupone "la investidura" formal materializada literalmente en el tнtulo mediante el endoso y la posesiyn de йl.

La autonomнa significa que cada adquisiciyn del tнtulo y por ende del derecho incorporado, es independiente de las relaciones existentes entre deudor y los poseedores anteriores del tнtulo.

Cada poseedor adquiere *ex novo* como si lo fuera originariamente, el derecho incorporado al tнtulo, sin pasar a ocupar la posiciyn que tenнa su transmitente o los anteriores poseedores.

La posiciyn jurнdica de los adquirentes sucesivos surge de la posesiyn legitima del tнtulo y su derecho existe en funciyn de ella y del tenor literal del propio documento y no por las relaciones personales que ligaban al anterior poseedor con el deudor.

En virtud de la autonomнa, para el tercero de buena fe es jurнdicamente irrelevante si la obligaciyn incorporada representaba el precio de una compraventa, resulta o viciada: el documento en manos de tercero adquirente constituye el tнtulo idyneo para exigir el cumplimiento de la prestaciyn prometida, con prescindencia de los derechos de los anteriores poseedores del documento respecto del deudor.

De tal modo, en virtud de la autonomнa se deja de lado lo preceptuado por el art. 3270 del Cyd. Vйlez Sarsfield, cuyo texto expresa: "Nadie puede transmitir a otro sobre un objeto, un derecho mejor o mбs extenso que el que gozaba; y recнprocamente, nadie puede adquirir sobre un objeto un derecho mejor y mбs extenso que el que tenнa aquel de quien lo adquiere".

La autonomнa comienza a funcionar a favor de los terceros que hayan adquirido el tнtulo de buena fe, a partir de la primera transferencia posterior a la emisiyn del documento. Ademбs, ella no opera a favor del tercero que al "adquirir" el tнtulo conoce el vicio que afectaba al derecho de su transmitente en perjuicio del deudor cartular.

El poseedor del tнtulo puede ejercer el derecho incorporado en razyn de su derecho al documento, con independencia de las relaciones que ligaron a los anteriores poseedores con el deudor de la prestaciyn en el contenida.

Ha dicho Yadarola: "Cuando hablo de fundamento del principio de autonomнa del derecho emergente de un tнtulo de crйdito no me refiero a su razyn prбctica, que sin duda es la defensa y seguridad de la circulaciyn de los derechos de crйdito, sin o a su razyn jurнdica o su justificaciyn lygica".

Manifiesta Gymez Leo que "luego de transcribir el pensamiento de Yadarola, queda claro que en el бmbito de las relaciones cartбceas la transmisor del tн47 tulo, que implica la adquisiciyn de la relaciyn real del documento, atento a su naturaleza jurнdica de cosa mueble, conlleva la adquisiciyn originaria del derecho cartular en el contenido".

1. Tнtulos causales y abstractos

Pueden destacarse los siguientes:

Causales y abstractos. Afirma Quintana Ferreyra que la causa es la "relaciyn jurнdica fundamental, originaria, subyacente que determina a las partes a que la objetivicen en el documento, determinado su libramiento o su circulaciyn".

La distinciyn de tнtulos causales y abstractos depende de la vinculaciyn existente entre el tнtulo mismo y el negocio fundamental que le ha dado origen. Los tнtulos causales estбn signados por el negocio fundamental que llevy a emitirlos, mientras que los abstractos funcionan desvinculados del negocio originario.

Los tнtulos causales son aquellos en los cuales se menciona la causa de su creaciyn y йsta tiene relevancia jurнdica.

En ellos, no sylo existe la menciyn de la relaciyn causal, sino que йsta es oponible a todos los portadores, dado que subsiste durante toda la vida del tнtulo.

Estos tнtulos estбn subordinados a la causa que les dio origen. Para que el documento produzca consecuencias jurнdicas, su causa no debe estar afectada por ningъn vicio que la perjudique (v.gr., la falta o ilicitud de la causa).

Las acciones, los debentures, los tнtulos pъblicos en que se menciona la ley que regula su emisiyn, son ejemplos de tнtulos causales. Lo mismo sucede con la carta de porte.

La abstracciyn, como lo ha secalado acertadamente Quintana Ferreyra, no es un

concepto filosyfico sino jurнdico, por el que la ley se limita a prescindir de la causa del tнtulo con miras a lograr mayor celeridad y seguridad en la circulaciyn.

El art. 499 del Cyd. Vйlez Sarsfield establece que todo negocio jurнdico debe responder a una causa. A su vez, los arts. 500 y 501 del mismo cuerpo legal declaran que la obligaciyn cuyo tнtulo hace referencia a una causa falsa, es vбlida si se origina en otra verdadera y que la que tiene su origen en una causa ilнcita es nula.

Sin embargo, en lo atinente a ciertos tнtulos valores, el art. 2112 del Cyd. Com. establece que en materia de letra de cambio o de todo otro tнtulo transmisible por medio del endoso, la falta de expresiyn de causa o la falta de causa no puede oponerse jamбs al tercero portador de buena fe.

Al respecto, Yadarola dice que si la falsa causa no es oponible al tercero de buena fe portador de un tнtulo a la orden, tampoco puede oponerse la falta de causa, porque de lo contrario nos encontrarнamos con aberraciones como йsta, por ejemplo: una letra nacida de un delito serб exigible por el tercero portador de buena fe, ya que йste no podrнa oponйrsele la falta de causa, p.ej., si la letra fue firmada y entregada al destinatario en calidad de anticipo de precio de una compraventa que despuйs no llegy a perfeccionarse, y entonces resultarнa que la obligaciyn arrancada por el delito es vбlida y no lo es la que simplemente carece de causa.

En este tipo de documentos no solamente es posible prescindir de la causa, sino que tambiйn es posible afirmar que no tiene necesidad de que ella exista positivamente.

La abstracciyn consiste en la desvinculaciyn del documento de la relaciyn causal. Carece de importancia que la relaciyn cartбcea no tenga ninguna causa: йsta hasta puede —acaso— no existir. Es indiferente que la causa sea o no mencionada en el texto del documento; aun expresбndola, la abstracciyn predomina sobre la literalidad frente al tercero.

La abstracciyn tiende a proteger la circulaciyn, y siendo йsa su finalidad esencial, no tiene eficacia respecto de las relaciones que se creen entre dos personas que han contratado entre sн y se enfrentan por el incumplimiento de la relaciyn cartбcea; aquн vuelve a desplegar toda su eficacia la relaciyn subyacente.

Los tнtulos causales estбn signados por el negocio fundamental que llevo a emitirlos, mientras que los abstractos funcionan desvinculados del negocio originario. El ejemplo tнpico del tнtulo valor causal lo tenemos en la acciyn, en cuyo tenor literal se hace referencia a la causa, que tiene relevancia en todo momento.

Por el contrario, la abstracciyn consiste en la desvinculaciyn del documento respecto de la relaciyn causal. Con ello se facilita y asegura la adquisiciyn y transmisiyn del documento abstracto —y del derecho a йl incorporado— con el fin de evitar que su causa entorpezca el ejercicio de los derechos emergentes del tнtulo. Cuando el tнtulo es abstracto, al portador no se le puede oponer excepciones emergentes de la causa del documento. El ejemplo tнpico del tнtulo abstracto es la letra, que aunque mencione su causa, por imperio de la ley estб desvinculada del negocio jurнdico.

En sнntesis, la distinciyn de tнtulos causales y abstractos depende de la vinculaciyn (o no) existente entre el tнtulo valor y el negocio fundamental que le ha dado origen.

1.1. Diferencia entre abstracciyn y autonomнa

La abstracciyn y la autonomнa son cuestiones que no pueden confundirse. La primera desvincula el documento de la relaciyn causal y consecuentemente no pueden serle opuestas al portador las excepciones que surgen de ella (inexistencia, falsedad, nulidad, contrato bilateral no cumplido por el tomador del documento, etc.). La segunda importa la existencia de un derecho originario, es decir, desvinculado de la posiciyn jurнdica de sus anteriores portadores, y, por ende, al tenedor legitimado no se le puede oponer las excepciones personales que se podrнan haber opuesto a los anteriores portadores.

Para advertir las diferencias conceptuales entre autonomнa y abstracciyn, pondremos dos ejemplos: 1) autonomнa: el obligado al pago de una letra de cambio no puede oponer al tercero portador de buena fe la excepciyn de compensaciyn que le podrнa haber opuesto a un anterior interviniente en la circulaciyn (v.gr., el que le transmitiy la letra al portador). Asн, el obligado cambiario no le puede decir al portador que no le paga la letra porque quien se la transmitiy era deudor suyo por un importe igual y se produjo la compensaciyn; 2) abstracciyn: el obligado al pago de una letra no le puede oponer al tercero portador la *exceptio non adimpleti contractus*, fundado en que el tomador de la letra no le entregy la mercaderнa a la que estaba obligado en virtud del contrato de compraventa que diera origen al tнtulo valor.

Ello no obstante, debemos acotar que en algunas hipytesis se superponen las excepciones causales y las personales. Asн, en el ultimo ejemplo el obligado cambiario tiene una excepciyn causal contra el vendedor que no le entregy la mercaderнa, lo cual obviamente tambiйn es de carбcter personal, ya que es una excepciyn oponible en funciyn de su vнnculo directo y personal.

1.2. Formales y no formales

7Segъn el conjunto de solemnidades exigidas por la ley para la validez de la declaraciyn contenida en el documento, se los clasifica en formales y no formales.

El tнtulo valor es formal cuando la ley exige el cumplimiento de determinados requisitos en la confecciyn del documento. Dadas las particularidades de la materia, se comprende que la obligaciyn cambiaria sylo surge si se incluyen en el documento todos los requisitos tipificados taxativamente por la ley. La letra es el tнtulo formal por excelencia.

Por el contrario, los tнtulos no formales no requieren el cumplimiento de solemnidades taxativamente preestablecidas.

1.3. Completos e incompletos

La clasificaciyn tiene en cuenta la circunstancia de que el tнtulo sea autosuficiente o no, es decir, si el documento contiene todos los elementos necesarios para la plena configuraciyn de los derechos emergentes de йl o no.

Tнtulo completo es el que contiene todos los elementos necesarios para la configuraciyn integral de los derechos y obligaciones. Por el contrario, tнtulo incompleto es aquel que por sн solo no es suficiente para obtener la directa e integral configuraciyn

de los derechos. La plena y cabal configuraciyn syło se obtiene en otros documentos, a los que el propio tнtulo remite. Ejemplo de ello es la acciyn, que estб vinculada a los estatutos.

1.4. Al portador, a la orden y nominativos

Segъn los requisitos necesarios para su circulaciyn, se clasifican los tнtulos valores en: 1) al portador; 2) a la orden, y 3) nominativos.

En el tнtulo al portador, para estar legitimado basta la posesiyn del documento. Su transferencia requiere la entrega de йl.

Tнtulo a la orden es el originariamente emitido a favor de determinada persona y pagadero a ella misma o a quien tenga su posesiyn y aparezca como endosatario.

El tнtulo nominativo para su transferencia requiere ademбs del traspaso de la posesiyn, el endoso y su anotaciyn en un registro destinado a tales fines.

1.5. Representativos de dinero y de prestaciones de otra naturaleza

Si se refieren a obligaciones de dar sumas ciertas de dinero, se denominan tнtulos cambiarios (letra, pagarй). Si se refieren a obligaciones de dar cosas de otra naturaleza se denominan tнtulos representativos de mercaderнas (warrant, carta de porte). Y, finalmente, se habla de tнtulos de participaciyn (acciones de una SA).

1.6. En serie e individuales

Los tнtulos en serie son los emitidos en forma "estandarizada", es decir, una gran cantidad de iguales caracterнsticas y derechos, v.gr., acciones. Individuales son los emitidos particularmente, p.ej., el pagarй.

1.7. Privados y pъblicos

Si han sido creados por un ente de derecho privado o por una persona de derecho pъblico en el ejercicio de esas funciones pъblicas, se clasifican en tнtulos privados y tнtulos pъblicos.

1.8. Nominados e innominados

Si el tнtulo responde a un esquema preestablecido legislativamente, serб un tнtulo nominado. Por el contrario, se habla de innominados cuando no existe una disciplina legal que los contemple especнficamente.

Art. 1819.— Titularidad. Quien adquiere un tнtulo valor a tнtulo oneroso, sin culpa grave y conforme con su ley de circulaciyn, no estб obligado a desprenderse del tнtulo valor y, en su caso, no estб sujeto a reivindicaciyn ni a la repeticiyn de lo cobrado.

I. RELACIYN CON EL CYDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Fuentes: arts. 17 y 18 decreto ley 5965/1963; 1751 del Proyecto de Unificaciyn de los Cydigos Vйlez Sarsfield y Comercial de 1998 y 1483, 2° pбrrafo, del Proyecto de Unificaciyn de 1992 y 9 del Cydigo Vйlez Sarsfield y Comercial.

II. COMENTARIO

La regular transmisiyn del tнtulo tutela la validez, vigencia (oponibilidad en el contexto cambiario) y consistencia del derecho que corporiza.

El eminente matiz circulatorio de los tнtulos valores demanda la armonizaciyn, por parte del legislador, del interйs del trбfico jurнdico con aquel de su tenedor coyuntural.

Mбs allб de su connotaciyn subjetiva y especнfica, sin desmedro de su abstracciyn, autonomнa o carбcter causal, el basamento del sistema de adquisiciyn de los tнtulos valores, se tutela la esencia circulatoria del documento.

Esa protecciyn es extendida a la situaciyn jurнdica del portador como sujeto legitimado para investir el estado de acreedor de los derechos inherentes al tнtulo, en tanto adquiriese esa investidura con buena fe subjetiva, la cual excluye la culpa grave.

La adquisiciyn derivada del derecho inherente al tнtulo entronca en la sustancia *intuitu pecuniae*, la que denota a estos documentos en cualquiera de sus especies (ya sea aquellos cambiarios, los documentos de pago, las acciones de sociedades anynimas y los valores negociables).

Ese rasgo completa la autosuficiencia del tнtulo toda vez que el crйdito que se documenta inviste un valor econymico y financiero despojado de contingencias atinentes a la persona del portador.

La determinaciyn de la acreencia y su oponibilidad a la cadena de obligados en el decurso de circulaciyn del tнtulo consolida la exigibilidad de una prestaciyn incondicionada, cuya legitimaciyn corresponde al tenedor y sin mengua o descuento del precio, salvo convenciyn con el obligado.

La referencia, en el texto y en sus fuentes, de la inaplicabilidad en el caso de la repeticiyn del pago indebido o de la reivindicaciyn de un mejor derecho por terceros, devela la *ratio legis*.

La tutela excede la posiciyn del portador y, aъn mбs, aquella de la cadena de obligados cambiarios. Se enfatiza el rol de transmisiyn de la riqueza en el mercado relevante, en este supuesto el nacional, consustancial a los tнtulos cartulares y a los valores negociables, segъn la moderna evoluciyn del derecho mercantil.

Esa deducciyn demuestra que la restricciyn de las defensas personales impuesta por el art. 1821, Cyd. Vйlez Sarsfield y Comercial enfatiza que el bien jurнdico tutelado es el crйdito, a travйs de los instrumentos idyneos para su circulaciyn en el mercado. Ese crйdito requiere que su trбfico se asegure mediante una dinбmica de circulaciyn abstraнda de las vicisitudes personales.

La buena fe es un presupuesto implнcito de la circulaciyn de los tнtulos valores y su despliegue en esta disciplina es variado:

(a) La pauta estructurante de la posiciyn del portador viene dada por el ejercicio de la buena fe objetiva cuando la adquisiciyn del tнtulo. El portador remedia cualquier impugnaciyn a su derecho en cuanto soslaye la colusiyn dolosa, mediante maquinaciones o ardides en perjuicio de los obligados.

(b) La buena fe subjetiva o creencia asevera sobre la falta de conocimiento del portador sobre cualquier vicio que impidiese o prohibiera su adquisiciyn a rahz de supuestos personales del endosante.

La culpa grave se refuerza por el status de agentes econymicos que operan en mercados profesionales e intervienen en la circulaciyn de los thtulos en el mercado.

En suma, las excepciones personales subrayan que el bien jurhdico tutelado de car6cter mediato, es la eficiencia de los mercados mobiliarios, ya sea regulados (el de capitales), ya desregulados pero sujetos a distintas normas que resguardar su tr6fico.

f47 La regulaciyn se aparta del Proyecto de 1998 al respecto de un matiz sustantivo.

La adquisiciyn regular del thtulo obsta a la restituciyn o entrega de ystе, segъn la previsiyn comentada. El Proyecto protegha al portador "...a desprenderse del derecho que de yl emana...".

La incorporaciyn de los valores negociables por el dec. 677/2001, respaldada por los arts. 2 y 3 de la Ley de Mercados de Capitales 26.831, es una pauta de interpretaciyn legal.

Los derechos de los thtulos valores se tienen por incorporados a ystos y circulan mediante una identidad presumida y protegida por la ley.

Art. 1820.— Libertad de creaciyn. Cualquier persona puede crear y emitir thtulos valores en los tipos y condiciones que elija. Se comprende en esta facultad la denominaciyn del tipo o clase de thtulo, su forma de circulaciyn con arreglo a las leyes generales, sus garanthas, rescates, plazos, su calidad de convertible o no en otra clase de thtulo, derechos de los terceros titulares y dem6s regulaciones que hacen a la configuraciyn de los derechos de las partes interesadas, que deben expresarse con claridad y no prestarse a confusiyn con el tipo, denominaciyn y condiciones de los thtulos valores especialmente previstos en la legislaciyn vigente.

Sylo pueden emitirse thtulos valores abstractos no regulados por la ley cuando se destinan a ofertas pъblicas, con el cumplimiento de los recaudos de la legislaciyn especнfica; y tambiyn cuando los emisores son entidades financieras, de seguros o fiduciarios financieros registrados ante el organismo de contralor de los mercados de valores.

I. Relaciyn con el Cydigo Civil. Fuentes del nuevo texto

Fuentes: arts. 1752 del Proyecto de Unificaciyn de los Cydigos Vylez Sarsfield y Comercial de 1998, 2 y 3 de la Ley de Mercado de Capitales 26.832, 3 del dec. 677/2001.

II. Comentario

La regulaciyn cambiaria basy su impronta imperativa en la tipicidad de los instrumentos susceptibles de enmarcar la circulaciyn en los mercados.

La tipicidad selecciony los thtulos escogidos y enmarcy el ejercicio de la autonomha de la configuraciyn de los negocios al diseco normativo de cada uno de ellos en cuanto a su objeto, sujetos, mytodos de transmisiyn y de aseguramiento.

f47 La din6mica de la economha moderna sobrepasy la rigidez del elenco inderogable de thtulos y enfatizy la actuaciyn en el mercado de los documentos cartulares causales con idynticos o superiores patrones de eficiencia jurhdica, negocial y financiera a los de aquellos regulados.

La norma bajo comentario convalida la creaciyn de thtulos valores o de valores negociables para circulaciyn en el tr6fico mercantil e incluso para el mercado de capitales, a travys de la oferta pъblica, sin sujeciyn a tipos prescriptos con anterioridad.

La distinciyn viene dada por la necesaria adecuaciyn al rygimen de oferta pъblica de los thtulos valores abstractos o aquellos emitidos en serie y de car6cter homogyneo en cada clase por entidades financieras, aseguradoras o fiduciarios financieros.

Ahora bien, la autorizaciyn genyrica a los agentes del mercado de capitales, registrados ante los yrganos competentes segъn su actividad.

Las especies descriptas en el p6rrafo anterior comprenden la mayorha relevante de valores negociables sujetos a oferta en los mercados de capitales nacionales.

La circulaciyn de los thtulos valores causales que soslayen la oferta pъblica demanda la identidad de derechos, sistemas de transmisiyn y adquisiciyn, de garanthas y de registraciyn, en caso de necesitarse ysta.

Estas pautas aportan certeza al tr6fico mercan7 til en relaciyn al sistema de adquisiciyn de los thtulos y del contenido de los derechos que corporizan, ya que la libertad de configuraciyn de nuevos thtulos deber6 coordinar la nueva especie de thtulos con la esencia de la circulaciyn cartular, de sus garanthas y de los plazos de vigencia, los que precisan, adem6s, de la fijaciyn de sistemas de presentaciyn al cobro o de pago.

El Codificador remarca la exigida claridad en la creaciyn de la nueva figura, de sus elementos esenciales que lo tipifican dentro del gynero de thtulos valores y que lo distinguen de sus otras especies.

La prevenciyn de la confusiyn contiene una apertura normativa hacia cierta rigidez esencial a la tipicidad. Por ende, el diseco autynomo del instrumento requiere de un examen previo del encuadramiento legal que excluya identidad o suplantaciyn de thtulos dotados de funcionalidad anбloga.

La autonomha de la voluntad se engarzar6 con el criterio de tr6fico impersonal y generalizado de los thtulos. Deber6 atenderse a la idoneidad del instrumento y a la

posibilidad de englobar con homogeneidad e identidad de derechos que se otorgan.

O sea, la libertad de creaciyn armonizarб con la configuraciyn semejante y paritaria de los elementos esenciales, tipificados por la ley, del тнtulo.

En los тнtulos causales, cuyo activo subyacente sea la deuda emitida por sociedades constituidas en el paнs, deberна indicarse la opciyn de conversiyn en el capital social. Esa indicaciyn resguardarб la fluidez de la circulaciyn y del precio de su transmisiyn, ya que impactarб en las expectativas de los agentes del trбfico.

La emisiyn seriada es permitida a cualquier persona, salvo el caso de los emisores de la oferta pъblica, los que deben ser autorizados con antelaciyn por la Comisiyn Nacional de Valores. En verdad, la autorizaciyn alude a la oferta pъblica, situaciyn que realza la intenciyn del legislador, enderezada a proteger al mercado y a su funcionamiento mediante la imposiciyn de criterios uniformes a sus agentes.

Art. 1821.— Defensas oponibles. El deudor sylo puede oponer al portador del тнtulo valor las siguientes defensas:

a) las personales que tiene respecto de йl, excepto el caso de transmisiones en procuraciyn, o fiduciarias con anбloga finalidad;

b) las que derivan del tenor literal del тнtulo o, en su caso, del tenor del documento inscripto de conformidad con el artнculo 1850;

c) las que se fundan en la falsedad de su firma o en un defecto de capacidad o de representaciyn al momento en que se constituye su obligaciyn, excepto que la autorна de la firma o de la declaraciyn obligatoria sea consentida o asumida como propia o que la actuaciyn del representante sea ratificada;

d) las que se derivan de la falta de legitimaciyn del portador;

e) la de alteraciyn del texto del тнtulo o, en su caso, del texto inscripto segъn el artнculo 1850;

f) las de prescripciyn o caducidad;

g) las que se fundan en la cancelaciyn del тнtulo valor o en la suspensiyn de su pago ordenada conforme a lo previsto en este Capнtulo;

h) las de carбcter procesal que establecen las leyes respectivas.

40Art. 1822.— Medidas precautorias. Las medidas precautorias, secuestro, gravбmenes y cualquier otra afectaciyn del derecho conferido por el тнtulo valor, no tienen efecto si no se llevan a cabo:

a) en los тнtulos valores al portador, a la orden o nominativos endosables, sobre el mismo documento;

b) en los тнtulos nominativos no endosables, y en los no cartulares, por su inscripciyn en el registro respectivo;

c) cuando un тнtulo valor se ha ingresado a una caja de valores o a una cбmara compensadora o sistema de compensaciyn autorizado, la medida debe notificarse a la entidad pertinente, la que la debe registrar conforme con sus reglamentos.

Art. 1823.— Firmas falsas y otros supuestos. Aunque por cualquier motivo el тнtulo valor contenga firmas falsas, o de personas inexistentes o que no resulten obligadas por la firma, son vбlidas las obligaciones de los demбs suscriptores, y se aplica lo dispuesto por el artнculo 1819.

Art. 1824.— Incumplimiento del asentimiento conyugal. El incumplimiento del requisito previsto en el artнculo 470, inciso b) en los тнtulos nominativos no endosables o no cartulares, no es oponible a terceros portadores de buena fe. Al efecto previsto por este artнculo, se considera de buena fe al adquirente de un тнtulo valor incorporado al rйgimen de oferta pъblica.

Art. 1825.— Representaciyn inexistente o insuficiente. Quien invoca una representaciyn inexistente o actъa sin facultades suficientes, es personalmente responsable como si actuara en nombre propio. Igual responsabilidad tiene quien falsifica la firma incorporada a un тнtulo valor.

Art. 1826.— Responsabilidad. Excepto disposiciyn legal o clбusula expresa en el тнtulo valor o en uno de sus actos de transmisiyn o garantна, estбn solidariamente obligados al pago los creadores del тнtulo valor, pero no los demбs intervinientes.

Las obligaciones resultantes de un тнtulo valor pueden ser garantizadas por todas las garantнas que sean compatibles. Las garantнas otorgadas en el texto del documento o que surgen de la inscripciyn del artнculo 1850, son invocables por todos los titulares y, si no hay disposiciyn expresa en contrario, se consideran solidarias con las de los otros obligados.

Art. 1827.— Novaciyn. Excepto novaciyn, la creaciyn o transmisiyn de un тнtulo valor no perjudica las acciones derivadas del negocio causal o subyacente. El portador syhlo puede ejercer la acciyn causal contra el deudor requerido si el тнtulo valor no estб perjudicado, y ofrece su restituciyn si el тнtulo valor es cartular.

Si el portador ha perdido las acciones emergentes del тнtulo valor y no tiene acciyn causal, se aplica lo dispuesto sobre enriquecimiento sin causa.

hl. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

FUENTES: ARTS. 1792 DEL PROYECTO DE UNIFICACIÓN DE LOS CÓDIGOS VÉLEZ SARSFIELD Y COMERCIAL DE 1998, 1492 DEL PROYECTO DE UNIFICACIÓN DE 1992, 51 Y CONCORDANTES DEL DECRETO LEY 5965/1963 Y 40 Y CONCORDANTES DE LA LEY DE CHEQUES 24.452.

II. COMENTARIO

EL CODIFICADOR, EN CONCORDANCIA CON EL ANTECEDENTE DEL PROYECTO DE 1998, INNOVA EN LA MATERIA.

SE POSTULA UNA SOLUCIÓN REDUCCIONISTA DEL ESQUEMA DE OBLIGADOS AB ORIGINE CON MOTIVO DE LA OBLIGACIÓN INSTRUMENTADA EN EL TÍTULO.

SE DESCARTA LA PLURALIDAD SUCESIVA DE OBLIGADOS CAMBIARIOS DERI=0VADA DE LA CIRCULACIÓN, ESTO ES ENDOSANTE Y CUALQUIER FIRMANTE SOBREVINIENTE DEL DOCUMENTO, EN BASE A LA CUAL SE CONSTRUYE EL ESQUEMA DE RESPONSABILIDAD EN MATERIA DE TÍTULOS VALORES.

EL ESQUEMA DEL DEC. 5965/1963 ESTABLECIÓ UNA IDENTIDAD DE OBLIGADOS SIN DISTINGUIR SU FUNCIÓN AL TIEMPO DE CREACIÓN DE LA CAMBIAL. LA SEGURIDAD DEL TRÁFICO SE POSTULÓ MEDIANTE LA SOLIDARIDAD DE CUALQUIER INTERVINIENTE EN EL PROCESO CAMBIARIO.

EN VERDAD, LA SOLIDARIDAD CAMBIARIA PRESUME Y CUSTODIA LA CIRCULACIÓN DEL TÍTULO Y EL DERECHO DEL PORTADOR COYUNTURAL, QUIEN ES LEGITIMADO PARA EL COBRO O PARA LA INTERPOSICIÓN DE LA ACCIÓN CAMBIARIA CONTRA CUALQUIERA DE LOS COOBLIGADOS, DADA SU PARIDAD EN LA ASUNCIÓN DE LA PRESTACIÓN INCONDICIONAL EXPUESTA.

LA REGLA SE LIMITA A LA ASIGNACIÓN DE RESPONSABILIDAD A LIBRADOR Y AVALISTAS DEL LIBRADOR, O SEA EL NÚCLEO DE COOBLIGADOS ORIGINALES.

LA POSICIÓN DEL FIADOR DEMANDA DEL EJERCICIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LOS CREADORES DEL TÍTULO, YA QUE DEBERÍA ADICIONARSE LA CONVENCIÓN PERTINENTE PARA LA CONFIRMACIÓN DE SU RESPONSABILIDAD. SI LA FIANZA FUESE SOBREVINIENTE A LA CREACIÓN DEL TÍTULO U OTORGADA EN EL DECURSO DE SU CIRCULACIÓN, HABRÁ DE EXPRESARSE CON CLARIDAD EN EL INSTRUMENTO.

EL RIGOR CAMBIARIO SE INCARDINA CON LA REAFIRMACIÓN DE LA LIBERTAD DE CREACIÓN Y CONFIGURACIÓN DE INSTRUMENTOS CARTULARES PROCLAMADA POR EL CÓD. VÉLEZ SARSFIELD Y COMERCIAL.

ASI, SÓLO SE PRESUMIRÁ LA SOLIDARIDAD CAMBIARIA DIRECTA PARA LOS INTERVINIENTES DE SU PROCESO DE CIRCULACIÓN PARA EL PAGARÉ, LA LETRA DE CAMBIO Y EL CHEQUE.

LA RESTRICCIÓN DE SOLIDARIDAD LEGAL PARA LOS OBLIGADOS CAMBIARIOS PUEDE REMEDIARSE POR UNA ESTIPULACIÓN EN EL PROPIO TÍTULO AL TIEMPO DE SU LIBRAMIENTO O DE SUS TRANSMISIONES.

LA SOLIDARIDAD INSTITUIDA POR CONVENIO AFECTARÍA A LOS COOBLIGADOS POSTERIORES YA QUE LA ESTIPULACIÓN AGRAVARÍA LA SITUACIÓN DE LOS INTERVINIENTES ANTERIORES QUIENES, EN EJERCICIO DE LA AUTONOMÍA DE SU VOLUNTAD Y CON APEGO A LA NORMA COMENTADA, SOSLAYARON LA SOLIDARIDAD.

EN VERDAD, ESTA FRANQUICIA LEGAL APORTARÁ CERTEZA AL TRÁFICO MERCANTIL SOBRE LA SOLVENCIA DE LOS OBLIGADOS CAMBIARIOS PARA EL CUMPLIMIENTO DE LA PRESTACIÓN INCONDICIONAL. ESE PRIVILEGIO PERMITE AL PORTADOR LA MITIGACIÓN DEL RIESGO DE INSOLVENCIA AUNQUE EN EL CASO DE INVERSORES PROFESIONALES, TALES LOS DEL MERCADO DE CAPITALES, NO ES EL PARÁMETRO EXCLUYENTE DE APRECIACIÓN AL TIEMPO DE SUSCRIPCIÓN O ADQUISICIÓN DEL TÍTULO.

LA AUTONOMÍA EN LA GENERACIÓN DE GARANTÍAS PARA AFIANZAR LAS PRESTACIONES CORPORIZADAS EN LOS TÍTULOS VALORES HA DE RESPETAR SUS PRESUPUESTOS LEGALES, PRESERVAR SU PODER CIRCULATORIO Y CUMPLIR CON LOS REQUISITOS DE PREVIA INSCRIPCIÓN EN EL AGENTE DE REGISTRO.

ART. 1828.— TÍTULOS REPRESENTATIVOS DE MERCADERÍAS. LOS TÍTULOS REPRESENTATIVOS DE MERCADERÍAS ATRIBUYEN AL PORTADOR LEGÍTIMO EL DERECHO A LA ENTREGA DE LA COSA, SU POSESIÓN Y EL PODER DE DISPONERLA MEDIANTE LA TRANSFERENCIA DEL TÍTULO.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

FUENTES: ART. 1760 DEL PROYECTO DE UNIFICACIÓN DE LOS CÓ7 DIGOS VÉLEZ SARSFIELD Y COMERCIAL DE 1998.

II. COMENTARIO

ESTOS TÍTULOS CAUSALES SE EMPLEARON DESDE ANTAÑO EN LA DINÁMICA DE LA CONTRATACIÓN MERCANTIL, EN ESPECIAL EN CIERTOS SECTORES DE LA ECONOMÍA COMO LO DEMUESTRA LA VIGENCIA DEL WARRANTS EN LAS POSTRIMERÍAS DEL SIGLO XIX, EL COMIENZO DEL SIGLO XX Y EN LAS ÚLTIMAS DOS DÉCADAS.

LA EMISIÓN DE ESTOS TÍTULOS GENERA LA ESCISIÓN DEL DOCUMENTO COMERCIAL QUE INSTRUMENTA EL NEGOCIO, POR LO GENERAL A PLAZO, CON EL TÍTULO VALOR QUE, CON SUSTENTO EN EL NEGOCIO BASE QUE LEGITIMA SU EMISIÓN, CIRCULA A PARTIR DE LA INTERVENCIÓN DEL ADQUIRENTE DEL BIEN, PORTADO LEGÍTIMO DEL TÍTULO.

LA CIRCULACIÓN SE ESCINDE DE LA SITUACIÓN DE LA MERCADERÍA OBJETO DE LA COMPRAVENTA Y SE CONVALIDA A TRAVÉS DE LA INTRODUCCIÓN DEL TÍTULO AL TRÁFICO POR EL ADQUIRENTE, PRIMER "PORTADOR LEGÍTIMO".

LA LEGITIMACIÓN CAMBIARIA DERIVADA DE LA TRANSMISIÓN DE ESOS TÍTULOS REPRESENTATIVOS PERMITE A SU TENEDOR (A) EL DERECHO A LA ENTREGA DE LA COSA DEL DEPÓSITO EN EL QUE SE ENCUENTRE O DE PARTE DEL VENDEDOR, EN CASO DE NO HABERSE EJECUTADO LA TRADICIÓN O (B) LA POTESTAD DE SU VENTA, LA QUE SE EJECUTA MEDIANTE LA TRANSMISIÓN DEL TÍTULO.

EL DESTINO DE LA COSA, DADA LA ESENCIA CAUSAL DEL TÍTULO, INCIDE SOBRE SU IDONEIDAD CIRCULATORIA. SU PÉRDIDA, EXTRAVÍO O DESTRUCCIÓN APAREJARÁN LA INEXISTENCIA DEL OBJETO QUE OTORGA VALOR ECONÓMICO AL TÍTULO.

ART. 1829.— CUOTAPARTES DE FONDOS COMUNES DE IN-

VERSIÓN. SON TÍTULOS VALORES LAS CUOTAPARTES DE FONDOS COMUNES DE INVERSIÓN.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

FUENTES: ART. 1761 DEL PROYECTO DE UNIFICACIÓN DE LOS CÓDIGOS VÉLEZ SARSFIELD Y COMERCIAL DE 1998; ARTS. 1°, 2, 3 18 Y CONCORDANTES DE LA LEY 24.083 Y ART. 2° DE LA LEY 26.831.

II. COMENTARIO

LOS FONDOS COMUNES DE INVERSIÓN SON UN VEHÍCULO DE INVERSIÓN COLECTIVA REGULADO POR LA LEY ESPECIAL, DE VASTO EMPLEO EN LA CONTRATACIÓN BANCARIA Y DEL MERCADO DE CAPITALES NACIONAL.

SUSTENTAN SOBRE UN PATRIMONIO DE AFECTACIÓN ADMINISTRADO POR UNA SOCIEDAD GERENTE, CONTROLADA POR ENTIDADES FINANCIERAS E INTEGRADO POR VALORES MOBILIARIOS DE DISTINTA ESPECIE, SUSCEPTIBLE DE ESTRUCTURACIÓN EN MASA Y DE CONTENIDO HOMOGÉNEO, SIN DETERMINACIÓN LEGAL DE TIPICIDAD EN CUANTO A LA ASIGNACIÓN DEL OBJETO DE LA INVERSIÓN:

ART. 1°, LEY 24.083: SE CONSIDERA FONDO COMÚN DE INVERSIÓN AL PATRIMONIO INTEGRADO POR: VALORES MOBILIARIOS CON OFERTA PPUBLICA, METALES PRECIOSOS, DIVISAS, DERECHOS Y OBLIGACIONES DERIVADOS DE OPERACIONES DE FUTURO Y OPCIONES, INSTRUMENTO EMITIDO POR ENTIDADES FINANCIERAS AUTORIZADAS POR EL BANCO CENTRAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA Y DINERO, PERTENECIENTES A DIVERSAS PERSONAS A LAS CUALES SE LES RECONOCE DERECHOS DE COPROPIEDAD REPRESENTADOS POR CUOTAPARTES CARTULARES O ESCRITURALES. ESTOS FONDOS NO CONSTITUYEN SOCIEDADES Y CARECEN DE PERSONA JURÍDICA.

ESE PATRIMONIO DE AFECTACIÓN, VARIABLE SEGÚN SU COMPOSICIÓN, CONSTITUIRÁ EL ACTIVO SUBYACENTE DEL VALOR NEGOCIABLE, ESPECIE DEL TÍTULO VALOR QUE EL ART. 2 DE LA LEY DE MERCADO DE CAPITALES ASIGNA A LA CUOTA PARTE A FIN DE SU NEGOCIACIÓN EN LOS MERCADOS DE CAPITALES.

SU HOMOGENEIDAD Y FUNGIBILIDAD PERMITE LA CONSTITUCIÓN DE CARTERAS DE TÍTULOS SUJETOS AL TRÁFICO GENERALIZADO E IMPERSONAL, SEGÚN EL MANDATO DEL CITADO ART. 2.

LAS CUOTAS PARTES SE REPRESENTAN EN CERTIFICADOS DE COPROPIEDAD (ART. 18, LEY 24.083), NOMINATIVOS O AL PORTADOR.

LA AUTORIZACIÓN DE EMISIÓN DE CERTIFICADOS AL PORTADOR SE CONFIRMA POR EL ART. 1837 CÓD. VÉLEZ SARSFIELD Y COMERCIAL.

ES USUAL QUE LAS CUOTAS PARTES SEAN INSCRIPTAS EN LA CAJA DE VALORES O QUE SU REGISTRO SE GESTIONE POR LA SOCIEDAD DEPOSITARIA. POR ENDE, SE EMITEN COMO NOMINATIVAS, SITUACIÓN QUE CONLLEVE EL ENCUADRAMIENTO DE SU RÉGIMEN DE CIRCULACIÓN DENTRO DE LAS PREVISIONES DE LOS ARTS. 1838 Y CONCORDANTES CÓD. VÉLEZ SARSFIELD Y COMERCIAL.

SECCIÓN 2ª

TÍTULOS VALORES CARTULARES

POR IGNACIO A. ESCUTI[(*)]

ART. 1830.— NECESIDAD. LOS TÍTULOS VALORES CARTULARES SON NECESARIOS PARA LA CREACIÓN, TRANSMISIÓN, MODIFICACIÓN Y EJERCICIO DEL DERECHO INCORPORADO.

ART. 1831.— LITERALIDAD. EL TENOR LITERAL DEL DOCUMENTO DETERMINA EL ALCANCE Y LAS MODALIDADES DE LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES CONSIGNADAS EN ÉL, O EN SU HOJA DE PROLONGACIÓN.

ART. 1832.— ALTERACIONES. EN CASO DE ALTERACIÓN DEL TEXTO DE UN TÍTULO VALOR CARTULAR, LOS FIRMANTES POSTERIORES QUEDAN OBLIGADOS EN LOS TÉRMINOS DEL TEXTO ALTERADO; LOS FIRMANTES ANTERIORES ESTÁN OBLIGADOS EN LOS TÉRMINOS DEL TEXTO ORIGINAL.

SI NO RESULTA DEL TÍTULO VALOR O NO SE DEMUESTRA QUE LA FIRMA FUE PUESTA DESPUÉS DE LA ALTERACIÓN, SE PRESUME QUE HA SIDO PUESTA ANTES.

ART. 1833.— REQUISITOS. CONTENIDO MÍNIMO. CUANDO POR LEY O POR DISPOSICIÓN DEL CREADOR, EL TÍTULO VALOR DEBE INCLUIR UN CONTENIDO PARTICULAR CON CARÁCTER ESENCIAL, NO PRODUCE EFECTO CUANDO NO CONTIENE ESAS ENUNCIACIONES.

EL TÍTULO VALOR EN EL QUE SE OMITEN LAS REFERIDAS MENCIONES AL TIEMPO DE SU CREACIÓN, PUEDE SER COMPLETADO HASTA LA FECHA EN QUE DEBE CUMPLIRSE LA PRESTACIÓN, EXCEPTO DISPOSICIÓN EN CONTRARIO.

ART. 1834.— APLICACIÓN SUBSIDIARIA. LAS NORMAS DE ESTA SECCIÓN:

A) SE APLICAN EN SUBSIDIO DE LAS ESPECIALES QUE RIGEN PARA TÍTULOS VALORES DETERMINADOS;

B) NO SE APLICAN CUANDO LEYES ESPECIALES ASÍ LO DISPONEN, INCLUSO EN CUANTO ELLAS SE REFIEREN A LA OBLIGATORIEDAD DE ALGUNA FORMA DE CREACIÓN O CIRCULACIÓN DE LOS TÍTULOS VALORES O DE CLASES DE ELLOS.

ART. 1835.— TÍTULOS IMPROPIOS Y DOCUMENTOS DE LEGI-

TIMACIÓN. LAS DISPOSICIONES DE ESTE CAPÍTULO NO SE APLICAN A LOS DOCUMENTOS, BOLETOS, CONTRASEÑAS, FICHAS U OTROS COMPROBANTES QUE SIRVEN EXCLUSIVAMENTE PARA IDENTIFICAR A QUIEN TIENE DERECHO A EXIGIR LA PRESTACIÓN QUE EN ELLOS SE EXPRESA O A QUE ELLOS DAN LUGAR, O A PERMITIR LA TRANSFERENCIA DEL DERECHO SIN LA OBSERVANCIA DE LAS FORMAS PROPIAS DE LA CESIÓN.

ART. 1836.— DESMATERIALIZACIÓN E INGRESO EN SISTEMAS DE ANOTACIONES EN CUENTA. LOS TÍTULOS VALORES TIPIFICADOS LEGALMENTE COMO CARTULARES TAMBIÉN PUEDEN EMITIRSE COMO NO CARTULARES, PARA SU INGRESO Y CIRCULACIÓN EN UNA CAJA DE VALORES O UN SISTEMA AUTORIZADO DE COMPENSACIÓN BANCARIA O DE ANOTACIONES EN CUENTA.

LOS TÍTULOS VALORES EMITIDOS EFECTIVAMENTE COMO CARTULARES PUEDEN INGRESARSE A ALGUNO DE ESTOS SISTEMAS, CONFORME CON SUS REGLAMENTOS, MOMENTO A PARTIR DEL CUAL LAS TRANSFERENCIAS, GRAVÁMENES REALES O PERSONALES Y PAGO TIENEN EFECTO O SE CUMPLEN POR LAS ANOTACIONES EN CUENTA PERTINENTES.

PARÁGRAFO 1º

TÍTULOS VALORES AL PORTADOR

ART. 1837.— CONCEPTO. ES TÍTULO VALOR AL PORTADOR, AUNQUE NO TENGA CLÁUSULA EXPRESA EN TAL SENTIDO, AQUEL QUE NO HA SIDO EMITIDO EN FAVOR DE SUJETO DETERMINADO, O DE OTRO MODO INDICADA UNA LEY DE CIRCULACIÓN DIFERENTE.

LA TRANSFERENCIA DE UN TÍTULO VALOR AL PORTADOR SE PRODUCE CON LA TRADICIÓN DEL TÍTULO.

PARÁGRAFO 2º

TÍTULOS VALORES A LA ORDEN

ART. 1838.— TIPIFICACIÓN. ES TÍTULO VALOR A LA ORDEN EL CREADO A FAVOR DE PERSONA DETERMINADA. SIN NEC4ESIDAD DE INDICACIÓN ESPECIAL, EL TÍTULO VALOR A LA ORDEN SE TRANSFIERE MEDIANTE ENDOSO.

GNP1034SI EL CREADOR DEL TITULO VALOR INCORPORA LA CLÁUSULA "NO A LA ORDEN" O EQUIVALENTES, LA TRANSFERENCIA DEL TITULO VALOR DEBE HACERSE CONFORME CON LAS REGLAS DE LA CESIÓN DE DERECHOS, Y TIENE LOS EFECTOS PROPIOS DE LA CESIÓN.

ART. 1839.— ENDOSO. EL ENDOSO DEBE CONSTAR EN EL TÍTULO O EN HOJA DE PROLONGACIÓN DEBIDAMENTE ADHERIDA E IDENTIFICADA Y SER FIRMADO POR EL ENDOSANTE. ES VÁLIDO EL ENDOSO AUN SIN MENCIÓN DEL ENDOSATARIO, O CON LA INDICACIÓN "AL PORTADOR".

EL ENDOSO AL PORTADOR TIENE LOS EFECTOS DEL ENDOSO EN BLANCO. EL ENDOSO PUEDE HACERSE AL CREADOR DEL TÍTULO VALOR O A CUALQUIER OTRO OBLIGADO, QUIENES PUEDEN ENDOSAR NUEVAMENTE EL TÍTULO VALOR.

ART. 1840.— CONDICIÓN Y ENDOSO PARCIAL. CUALQUIER CONDICIÓN PUESTA AL ENDOSO SE TIENE POR NO ESCRITA. ES NULO EL ENDOSO PARCIAL.

ART. 1841.— TIEMPO DEL ENDOSO. EL ENDOSO PUEDE SER EFECTUADO EN CUALQUIER TIEMPO ANTES DEL VENCIMIENTO. EL ENDOSO SIN FECHA SE PRESUME EFECTUADO ANTES DEL VENCIMIENTO.

EL ENDOSO POSTERIOR AL VENCIMIENTO PRODUCE LOS EFECTOS DE UNA CESIÓN DE DERECHOS.

ART. 1842.— LEGITIMACIÓN. EL PORTADOR DE UN TÍTULO A LA ORDEN QUEDA LEGITIMADO PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO EN ÉL INCORPORADO, POR UNA SERIE NO INTERRUMPIDA DE ENDOSOS FORMALMENTE VÁLIDOS, AUN CUANDO EL ÚLTIMO SEA EN BLANCO.

ART. 1843.— ENDOSO EN BLANCO. SI EL TÍTULO ES ENDOSADO EN BLANCO, EL PORTADOR PUEDE LLENAR EL ENDOSO CON SU NOMBRE O CON EL DE OTRA PERSONA, O ENDOSAR NUEVAMENTE EL TÍTULO, O TRANSMITIRLO A UN TERCERO SIN LLENAR EL ENDOSO O SIN EXTENDER UNO NUEVO.

ART. 1844.— ENDOSO EN PROCURACIÓN. SI EL ENDOSO CONTIENE LA CLÁUSULA "EN PROCURACIÓN" U OTRA SIMILAR, EL ENDOSATARIO PUEDE EJERCER, INCLUSO JUDICIALMENTE, TODOS LOS DERECHOS INHERENTES AL TÍTULO VALOR, PERO SÓLO PUEDE ENDOSARLO EN PROCURACIÓN.

LOS OBLIGADOS SÓLO PUEDEN OPONER AL ENDOSATARIO EN PROCURACIÓN LAS EXCEPCIONES QUE PUEDEN SER

OPUESTAS AL ENDOSANTE.

LA EFICACIA DEL ENDOSO EN PROCURACIÓN NO CESA POR MUERTE O INCAPACIDAD SOBREVENIDA DEL ENDOSANTE.

ART. 1845.— ENDOSO EN GARANTÍA. SI EL ENDOSO CONTIENE LA CLÁUSULA "VALOR EN PRENDA" U OTRA SIMILAR, EL ENDOSATARIO PUEDE EJERCER, INCLUSO JUDICIALMENTE, TODOS LOS DERECHOS INHERENTES AL TÍTULO VALOR, PERO EL ENDOSO HECHO POR ÉL VALE COMO ENDOSO EN PROCURACIÓN.

EL DEUDOR DEMANDADO NO PUEDE INVOCAR CONTRA EL PORTADOR LAS EXCEPCIONES FUNDADAS EN SUS RELACIONES CON EL ENDOSANTE, A MENOS QUE EL PORTADOR AL RECIBIR EL TÍTULO LO HAYA HECHO A SABIENDAS EN PERJUICIO DE AQUÉL.

ART. 1846.— RESPONSABILIDAD. EXCEPTO CLÁUSULA EXPRESA, EL ENDOSANTE RESPONDE POR EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN INCORPORADA.

EN CUALQUIER CASO, EL ENDOSANTE PUEDE EXCLUIR TOTAL O PARCIALMENTE SU RESPONSABILIDAD MEDIANTE CLÁUSULA EXPRESA.

PARÁGRAFO 3º

TÍTULOS VALORES NOMINATIVOS ENDOSABLES

ART. 1847.— RÉGIMEN. ES TÍTULO NOMINATIVO END

INSRSID9849094OSABLE EL EMITIDO EN FAVOR DE UNA PERSONA DETERMINADA, QUE SEA TRANSMISIBLE POR ENDOSO Y CUYA TRANSMISIÓN PRODUCE EFECTOS RESPECTO AL EMISOR Y A TERCEROS AL INSCRIBIRSE EN EL RESPECTIVO REGISTRO.

EL ENDOSATARIO QUE JUSTIFICA SU DERECHO POR UNA SERIE ININTERRUMPIDA DE ENDOSOS ESTÁ LEGITIMADO PARA SOLICITAR LA INSCRIPCIÓN DE SU TÍTULO.

SI EL EMISOR DEL TÍTULO SE NIEGA A INSCRIBIR LA TRANSMISIÓN, EL ENDOSATARIO PUEDE RECLAMAR LA ORDEN JUDICIAL CORRESPONDIENTE.

ART. 1848.— REGLAS APLICABLES. SON APLICABLES A LOS TÍTULOS NOMINATIVOS ENDOSABLES LAS DISPOSICIONES COMPATIBLES DE LOS TÍTULOS VALORES A LA ORDEN.

PARÁGRAFO 4º

TÍTULOS VALORES NOMINATIVOS NO ENDOSABLES

ART. 1849.— RÉGIMEN. ES TÍTULO VALOR NOMINATIVO NO ENDOSABLE EL EMITIDO A FAVOR DE UNA PERSONA DETERMINADA, Y CUYA TRANSMISIÓN PRODUCE EFECTOS RESPECTO AL EMISOR Y A TERCEROS AL INSCRIBIRSE EN EL RESPECTIVO REGISTRO.

I. COMENTARIO

COMO LO HEMOS EXPRESADO, AUTONOMÍA SIGNIFICA QUE CADA ADQUISICIÓN DEL TÍTULO Y, EN CONSECUENCIA, DEL DERECHO A EL INCORPORADO, ES INDEPENDIENTE DE LAS RELACIONES PERSONALES QUE LIGABA AL ANTERIOR POSEEDOR CON EL DEUDOR.

EL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA ESTÁ MANIFIESTO EN EL ART. 18 DEL DEC.-LEY 5965/1963 QUE ESTABLECE: "LAS PERSONAS CONTRA QUIENES SE PROMUEVA ACCIÓN..., NO PUEDEN OPONER AL PORTADOR LAS EXCEPCIONES FUNDADAS EN SUS RELACIONES PERSONALES CON EL LIBRADOR, O CON LOS TENEDORES ANTERIORES...".

LA NORMA ES APLICABLE TANTO A LA LETRA COMO AL PAGARÉ (EN ESTE ULTIMO CASO, EN FUNCIÓN DE LO PRECEPTUADO POR EL ART. 103 DEL DEC.-LEY 5965/1963), Y OTRA SIMILAR EXISTE EN EL ORDENAMIENTO DEL CHEQUE.

LA LEGISLACIÓN CAMBIARIA RECEPTA EL PRINC

HICHIPIO DE LA INDEPENDENCIA DE LAS OBLIGACIONES CAMBIARIAS, EN GENERAL ENGLOBADO COMO DEMOSTRATIVO DE LA AUTONOMÍA, LO CUAL NO ES ABSOLUTAMENTE CORRECTO COMO LO SEÑALA ALEGRIA.

ASÍ, EL ART. 7° ESTABLECE QUE SI EL TÍTULO CAMBIARIO "LLEVASE FIRMAS DE PERSONAS INCAPACES DE OBLIGARSE CAMBIARIAMENTE, FIRMAS FALSAS O DE PERSONAS IMAGINARIAS O FIRMAS QUE POR CUALQUIER OTRA RAZÓN NO OBLIGAN A LAS PERSONAS QUE HAN FIRMADO LA LETRA O CON EL NOMBRE DE LAS CUALES HA SIDO FIRMADA, LAS OBLIGACIONES DE LOS OTROS SUSCRIPTORES SIGUEN SIENDO, SIN EMBARGO, VÁLIDAS".

LA NORMA ES APLICABLE TANTO A LA LETRA COMO AL PAGARÉ (ART. 103, DEC.-LEY 5965/1963), Y OTRA SIMILAR EXISTE EN EL ORDENAMIENTO DEL CHEQUE.

HEMOS SEÑALADO QUE LA LITERALIDAD SE REFIERE AL CONTENIDO DEL TÍTULO VALOR Y SIGNIFICA QUE LA NATURALEZA, CALIDAD Y CONTENIDO DEL DERECHO INCORPORADO SE DELIMITAN EXCLUSIVAMENTE POR LO QUE SE MENCIONA EN EL DOCUMENTO.

AF31505LA LITERALIDAD SIGNIFICA QUE EL DEUDOR DE LA PRESTACIÓN CONSIGNADA EN EL DOCUMENTO NO PUEDE NEGARSE A SU CUMPLIMIENTO, ALEGANDO O ADUCIENDO RAZONES O EXCEPCIONES QUE NO SURJAN DEL TENOR ESCRITO EN EL PROPIO TÍTULO. A SU VEZ, LA OBLIGACIÓN CAMBIARIA NO PUEDE SURGIR MÁS QUE DEL PROPIO

TENOR DOCUMENTAL, POR LO CUAL NO ES POSIBLE EXIGÍRSELE OTRA COSA QUE LA QUE SURGE DE ÉL.

COMO HEMOS DICHO, SE TRATA DE TÍTULOS FORMALES. SE HA VUELTO A UN CIERTO FORMALISMO, SIMILAR AL QUE SE IMPERABA EN EL ANTIGUO DERECHO ROMANO.

SE HA IMPUESTO ESE RÍGIDO FORMALISMO A FIN DE FACILITAR LA CIRCULACIÓN DE ESTOS TÍTULOS VALORES. SI LA DECLARACIÓN NO SE MANIFIESTA COMO LO MANDA LA LEY, NO HAY DECLARACIÓN CARTULAR. ASÍ, SE HA IMPUESTO LA FORMA ESCRITA (V.GR., NO PUEDE HABER OBLIGACIÓN CAMBIARIA VERBAL).

EL RIGOR ES AQUÍ MÁS EXAGERADO QUE EN LOS OTROS DOCUMENTOS, PORQUE EN OTROS, CUANDO NO SE CUMPLEN ALGUNAS FORMALIDADES, PODRÁ SER NULO O ANULABLE, CONVALIDARSE O SUBSANARSE POR LAS PARTES. EN CAMBIO, NO SE PUEDE HABLAR DE NULIDAD O ANULABILIDAD: DIRECTAMENTE, NO HAY DOCUMENTO CAMBIARIO.

LA COMPLETIVIDAD SIGNIFICA QUE EL TÍTULO DEBE BASTARSE A SÍ MISMO, SER AUTOSUFICIENTE Y CONTENER TODAS LAS RELACIONES Y TODOS LOS DERECHOS EMERGENTES DE ÉL. EN CONSECUENCIA, NO PUEDE HACER REFERENCIA ALGUNA A OTRO INSTRUMENTO, NI PUEDE SER MODIFICADO POR OTRO, YA QUE SOLAMENTE DEL TÍTULO SURGEN LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES CAMBIARIAS.

SE PUEDE EXIGIR QUE EL PAGO DE ESTOS TÍTULOS CONSTE EN EL PROPIO DOCUMENTO, Y EN EL CASO DE TRATARSE DE UN ENDOSANTE, SE LE PERMITE LA CANCELACIÓN DE SU ENDOSO Y DE LOS SUBSIGUIENTES.

COMO LO HEMOS MANIFESTADO, LA LEGITIMACIÓN PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO MENCIONADO EN EL TÍTULO, SE CONSIDERA HABILITACIÓN PARA EXIGIR EL CUMPLIMIENTO DE LOS DERECHOS INCORPORADOS O PARA TRANSMITIR LEGÍTIMAMENTE EL DOCUMENTO, DE MODO TAL QUE, PARA EJERCER EL O LOS DERECHOS EMERGENTES DEL TÍTULO, NO ES NECESARIA LA PRUEBA DE SER EL PROPIETARIO DE DICHO DOCUMENTO Y EL EFECTIVO TITULAR DE LOS PRECITADOS DERECHOS.

TANTO LA LETRA COMO EL PAGARÉ Y EL CHEQUE TIENE LA MISMA FORMA DE CIRCULACIÓN, AUNQUE REGULADA POR DOS ORDENAMIENTOS INDISTINTOS.

DICHOS TÍTULOS SON TRANSMISIBLES POR UN ACTO DE NATURALEZA CAMBIARIA, DE CARÁCTER INCONDICIONAL, QUE COMO SE REFIEREN A UNA COSA NO PUEDE SER PARCIAL, DENOMINADO ENDOSO, QUE DEBE MATERIALIZARSE EN EL DOCUMENTO O EN SU PROLONGACIÓN, SEA EN BLANCO O A LA ORDEN DE DETERMINADA PERSONA, CUYA REALIZACIÓN IMPORTA CONVERTIR AL ENDOSANTE EN GARANTE DEL PAGO, SALVO CLÁUSULA EN CONTRARIO, Y LEGITIMA AL PORTADOR PARA EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS CAMBIARIOS SI ES DE BUENA FE, AUNQUE EL TÍTULO HUBIERE SIDO ROBADO O PERDIDO.

A SU VEZ, PESE A LA DIVERSIDAD DE ORDENAMIENTOS, TODOS ELLOS, CUANDO SON LIBRADOS "NO A LA ORDEN

'94 PUEDEN SER TRANSMITIDOS CON LOS EFECTOS DE LA CESIÓN ORDINARIA. POR SU PARTE, SIMILARES EFECTOS TIENE LA PROHIBICIÓN DE UN NUEVO ENDOSO, PESE A LA DUALIDAD LEGISLATIVA.

CONSISTE EN LA DESVINCULACIÓN DEL DOCUMENTO RESPECTO DE LA RELACIÓN CAUSAL: CARECE DE IMPORTANCIA QUE EXISTA O NO CAUSA EN ORDEN A LA RELACIÓN CARTULAR, O QUE DICHA CAUSA SEA O NO MENCIONADA EN EL TEXTO DEL DOCUMENTO. YA TUVE OPORTUNIDAD DE REFERIRME A ESTE ASPECTO, ACLARANDO QUE LA FINALIDAD ESENCIAL DE LA ABSTRACCIÓN SE TRADUCE EN LA PROTECCIÓN A LA CIRCULACIÓN.

EN EL ORDENAMIENTO DEL CHEQUE EXISTEN DISPOSICIONES SIMILARES.

TODOS LOS QUE INTERVIENEN EN LA CIRCULACIÓN DE LOS TÍTULOS QUEDAN SOLIDARIAMENTE OBLIGADOS RESPECTO DEL PORTADOR, AUNQUE LA INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN SÓLO OPERA EN CONTRA DE QUIEN REALIZA EL ACTO INTERRUPTIVO, A DIFERENCIA DE LO QUE OCURRE EN MATERIA CIVIL.

HA DICHO FONTANARROSA QUE "A DIFERENCIA DE LO QUE OCURRE EN EL DERECHO CIVIL, EN EL QUE EL VÍNCULO SOLIDARIO SE EXTINGUE EN LAS RELACIONES ENTRE LOS DIVERSOS COOBLIGADOS, EN EL DERECHO CAMBIARIO SÓLO SE EXTINGUE DICHO VÍNCULO CUANDO PAGA EL OBLIGADO PRINCIPAL".

BAJO DISTINTAS DENOMINACIONES (NATURALEZA JURÍDICA DE LA OBLIGACIÓN CAMBIARIA, NATURALEZA JURÍDICA DE LA LETRA DE CAMBIO, FUENTE DE LA OBLIGACIÓN CAMBIARIA, ETC.), LA DOCTRINA HA REFLEXIONADO SOBRE LOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA OBLIGACIÓN EMERGENTE DE LA LETRA. EN OTRAS PALABRAS, SE HA DISCURRIDO SOBRE LA EXPLICACIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE QUIEN FIRMÓ LA LETRA PARA CON UN TERCERO CON QUIEN NUNCA TUVO RELACIÓN Y QUE AL APARECER COMO PORTADOR LEGÍTIMO DEL DOCUMENTO, PUEDE EJERCER TODOS LOS DERECHOS EMANADOS DE ÉL.

BULYGIN HA MANIFESTADO QUE EL PROBLEMA SURGE DE UNO DE LOS CARACTERES DE LA LETRA: LA ABSTRACCIÓN. EL AUTOR MANIFIESTA QUE TODAS LAS TEORÍAS QUE SE HAN ELABORADO TIENDEN, CON MAYOR O MENOR ACIERTO, A EXPLICAR CÓMO "UNA PERSONA, CUYA FIRMA APARECE EN LA LETRA DE CAMBIO, ESTÁ OBLIGADA A PAGAR SU IMPORTE, AUNQUE NUNCA HAYA TENIDO VOLUNTAD DE OBLIGARSE; VERBIGRACIA CUANDO ESTAMPÓ SU FIRMA EN UN PAPEL EN BLANCO, O CUANDO LA LETRA LE FUE ARRANCADA COMPULSIVAMENTE, SIEMPRE QUE EL QUE EXIJA EL PAGO SEA UN TENEDOR DE BUENA FE".

A TRAVÉS DE LAS DISTINTAS POSICIONES DOCTRINARIAS, SE HA PRETENDIDO EXPLICAR EL FUNDAMENTO DE LA OBLIGACIÓN DE PAGAR (ASPECTO PASIVO) Y EL DERECHO DE EXIGIR EL COBRO (ASPECTO ACTIVO).

SE HAN ELABORADO AL RESPECTO NUMEROSAS TEORÍAS.

LAS PRIMERAS TUVIERON UN CARÁCTER NETAMENTE CONTRACTUALISTA Y HACÍAN ACTUAR UNA SERIE DE CONTRATOS (COMPRAVENTA, CESIÓN DE CRÉDITOS, DELEGACIÓN Y MANDATO) PARA EXPLICAR LA SITUACIÓN DE LOS DISTINTOS OBLIGADOS (LIBRADOR, ENDOSANTE, ACEPTANTE, ETC.). TALES ENFOQUES YA HAN SIDO SUPERADOS Y POR ELLO NO NOS DETENDREMOS AL RESPECTO.

LA CONCEPCIÓN TRADICIONAL QUEDÓ SUPERADA CON EL APORTE DE KARL EINERT, QUIEN EN SU CELEBRE OBRA "EL DERECHO DE CAMBIO SEGÚN LAS OPERACIONES DE CAMBIO EN EL SIGLO XIX", DICE: A) LA LETRA ES EL PAPEL MONEDA DE LOS COMERCIANTES, QUIENES EN ESE SENTIDO ACTÚAN IGUAL QUE EL ESTADO, SIN NINGUNA RESERVA NI POSIBILIDAD DE IMPUGNAR EL VF31505ALOR; B) EL TÍTULO NO ES UN SIMPLE

DOCUMENTO PROBATORIO, ES EL PORTADOR DE LA PROMESA IRREVOCABLE; C) LA LETRA DE CAMBIO OPERA SEPARADAMENTE RESPECTO DE LA RELACIÓN FUNDAMENTAL; D) LA OBLIGACIÓN CAMBIARIA TIENE SU FUNDAMENTO EN UNA PROMESA UNILATERAL DIRIGIDA AL PÚBLICO.

ESTA DOCTRINA CONSTITUYÓ UN DECISIVO IMPULSO PARA EL PROGRESO DE LA LEGISLACIÓN CAMBIARIA.

SIGUIENDO IGUALES RUMBOS, UN IMPORTANTE SECTOR DE LA DOCTRINA ITALIANA (ROCCO, NAVARRINI, MESSINEO, ETC.) PERFECCIONÓ LA TEORÍA DE LA VOLUNTAD UNILATERAL. MEDIANTE ELLA SE SOSTIENE QUE EL LIBRADOR ASUME POR SU SOLA VOLUNTAD EL COMPROMISO DE PAGAR EL TÍTULO VALOR DESTINADO A CIRCULAR, NO A LA PERSONA DETERMINADA, SINO DETERMINABLE; ESTO ES, A QUIEN AL VENCIMIENTO APAREZCA COMO PORTADOR LEGÍTIMO.

YADAROLA MANIFIESTA QUE LA TEORÍA DE LA VOLUNTAD UNILATERAL EXPLICA SIN DUDA CON BASTANTE CLARIDAD LA OBLIGACIÓN DIRECTA DEL LIBRADOR CAMBIARIO RESPECTO DE CUALQUIER TERCERO TENEDOR DE BUENA FE O, LO QUE ES LO MISMO, EL DERECHO ORIGINARIO DEL PORTADOR FRENTE AL DEUDOR CON QUIEN NUNCA TUVO RELACIÓN.

ESTA DOCTRINA TIENE NUMEROSOS ADEPTOS PORQUE EXPLICA SATISFACTORIAMENTE EL ASPECTO PASIVO DE LA RELACIÓN CAMBIARIA. SIN EMBARGO, HA SIDO TACHADA DE INSUFICIENTE AL NO COMPRENDER TODOS LOS SUPUESTOS FACTIBLES. EN EFECTO, EXIGE LA EXISTENCIA DE LA VOLUNTAD DE OBLIGARSE CAMBIARIAMENTE, LA CUAL MUCHAS VECES PUEDE NO HABER EXISTIDO (COMO EN EL CASO DEL TÍTULO CONFECCIONADO EN BROMA O POR ERROR), SIN QUE POR ESO QUEDE AFECTADA LA EFICACIA DE LA OBLIGACIÓN CAMBIARIA.

LA TEORÍA DE LA APARIENCIA DESARROLLADA POR JACOBI, BOLAFFIO Y MOSSA ENTRE OTROS, NIEGA TODO VALOR O SIGNIFICACIÓN A LA VOLUNTAD EN LA CREACIÓN DE LA LETRA. ENCUENTRA LA FUENTE DE LA OBLIGACIÓN CAMBIARIA EN LA APARIENCIAS JURÍDICA DE UNA DECLARACIÓN VÁLIDA DE VOLUNTAD. LA CONFIANZA QUE SUSCITA EL SOLO HECHO DE HABERSE CREADO UN TÍTULO CON LAS FORMAS EXIGIDAS POR LA LEY HACE QUE EL SUSCRIPTOR QUEDE OBLIGADO CAMBIARIAMENTE.

LOS PARTIDARIOS DE ESTA TEORÍA SOSTIENEN QUE EL LEGISLADOR PROTEGE EL SENTIMIENTO COLECTIVO DE SEGURIDAD QUE DEBE ACOMPAÑAR A LAS RELACIONES CAMBIARIAS, A FIN DE QUE SE DESENVUELVAN DE CONFORMIDAD CON LOS INTERESES DEL TRÁFICO MODERNO. DE AHÍ QUE EL DEUDOR NO PUEDE INVOCAR ALGO CONTRARIO A LA VOLUNTAD APARENTE EMERGENTE DE LA LITERALIDAD DEL TÍTULO.

EN DEFINITIVA, LOS DOS FUNDAMENTOS EN QUE SE BASA ESTA TEORÍA SON: LA PRESCINDENCIA DE LA VOLUNTAD DE OBLIGARSE EN EL ACTO DE FIRMAR EL TÍTULO, Y LA FUERZA CREADORA QUE SE ACUERDA A LA APARIENCIA EMERGENTE DEL TÍTULO, EN ARAS DE LA PROTECCIÓN DE LOS TERCEROS.

QUIEN HA LIBRADO UNA LETRA, RESPONDE POR LA MISMA POR EL HECHO DE HABER CREADO EL TÍTULO, CON ABSTRACCIÓN DE SU VOLUNTAD ESPECÍFICA DE OBLIGARSE EN ESE CASO CONCRETO.

LA TEORÍA DE LA APARIENCIA JURÍDICA EXPLICA SATISFACTORIAMENTE EL ASPECTO ACTIVO DE LA RELACIÓN CAMBIARIA: EL TERCERO GOZA DE UN DERECHO INSENSIBLE A LAS EXCEPCIONES RELATIVAS A LOS POSEEDORES PRECEDENTES, EN VIRTUD DE LA CONFIANZA QUE MERECE EL TÍTULO COMO TAL.

YADAROLA SEÑALA LOS DEFECTOS DE LAS DOS PRINCIPALES TEORÍAS VIGENTES: LA DE LA VOLUNTAD UNILATERAL Y LA DE LA APARIENCIA.

DICHO AUTOR EXPRESA QUE, CUANDO AFIRMAMOS QUE LA VOLUNTAD NO CUMPLE NINGÚN ROL EN EL NACIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN, NOS REFERIMOS, NATURALMENTE, A LA VOLUNTAD DIRIGIDA A CREAR UNA OBLIGACIÓN; RECONOCIENDO, EN CAMBIO, UNA EXIGENCIA MÍNIMA DE VOLUNTAD —NO OBLIGACIONAL NI NEGOCIAL— QUE SE CONCRETA EN LA DE PONER LA FIRMA: LA SUSCRIPCIÓN DEBE SER PRODUCTO DE UN ACTO CONSCIENTE, ES DECIR, HAY QUE TENER CONCIENCIA DE QUÉ SE FIRMA AUNQUE SE IGNOREN LOS EFECTOS JURÍDICOS QUE RESULTARAN DE ESA FIRMA O SE DESCONOZCA LO QUE SE HA FIRMADO. TODO LOS EFECTOS JURÍDICOS DE LA OBLIGACIÓN CAMBIARIA NACEN A CONSECUENCIA DE ESE ACTO DE VOLUNTAD, SON EL RESULTADO DE UN HECHO JURÍDICO VOLUNTARIO; ESTE HECHO ES EL QUE HA DADO NACIMIENTO A LA DECLARACIÓN CAMBIARIA, Y COMO ESTA DECLARACIÓN ES SUFICIENTE PARA QUE EXISTA LA OBLIGACIÓN, CONSECUENTEMENTE, EN ELLA ESTÁ LA FUENTE DE OBLIGACIÓN CAMBIARIA.

YADAROLA DICE QUE LA OBLIGACIÓN CAMBIARIA NACE EN VIRTUD DEL ACTO VOLUNTARIO DEL OBLIGADO, POR EL CUAL CREA LA LETRA O FACILITA SU CREACIÓN (CASO DE LA FIRMA EN BLANCO), SIN NECESIDAD DE QUE SU INTENCIÓN SE HAYA DIRIGIDO A CREAR UN VÍNCULO OBLIGATORIO; TODO CON LA ÚNICA CONDICIÓN DE QUE UN TERCERO ESTÉ EN APTITUD DE EXIGIR EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN. ESTO ES LÓGICO, PUESTO QUE NO EXISTE OBLIGACIÓN CAMBIARIA MÁS QUE A PARTIR DEL INSTANTE EN QUE LA LETRA HA SALIDO, POR CUALQUIER MEDIO, DEL PODER DEL LIBRADOR.

LA SOLUCIÓN A QUE SE LLEGA EN EL ESTUDIO DEL PROBLEMA DE LA FUENTE DE LA OBLIGACIÓN CAMBIARIA, EXPLICA SATISFACTORIAMENTE TODOS LOS CASOS QUE HAN DADO NACIMIENTO A LA LETRA: CUANDO SE LA HA SUSCRIPTO PARA UTILIZARLA COMO MODELO EN LA ENSEÑANZA, LA CREACIÓN ES EL PRODUCTO DE UN HECHO VOLUNTARIO DEL LIBRADOR, LO MISMO QUE CUANDO SE SUSCRIBE POR BROMA O SE FIRMA POR ERROR, EN LA CREENCIA DE QUE SE SUSCRIBE UNA SIMPLE MISIVA, O A BASE DEL DOLO DEL QUE OBTIENE LA FIRMA.

SECCIÓN 2ª

TÍTULOS VALORES CARTULARES

POR IGNACIO A. ESCUTI(*)

ART. 1830.— NECESIDAD. LOS TÍTULOS VALORES CARTULARES SON NECESARIOS PARA LA CREACIÓN, TRANSMISIÓN, MODIFICACIÓN Y EJERCICIO DEL DERECHO INCORPORADO.

ART. 1831.— LITERALIDAD. EL TENOR LITERAL DEL DOCUMENTO DETERMINA EL ALCANCE Y LAS MODALIDADES DE LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES CONSIGNADAS EN ÉL, O EN SU

HOJA DE PROLONGACIÓN.

ART. 1832.— ALTERACIONES. EN CASO DE ALTERACIÓN DEL TEXTO DE UN TÍTULO VALOR CARTULAR, LOS FIRMANTES POSTERIORES QUEDAN OBLIGADOS EN LOS TÉRMINOS DEL TEXTO ALTERADO; LOS FIRMANTES ANTERIORES ESTÁN OBLIGADOS EN LOS TÉRMINOS DEL TEXTO ORIGINAL.

SI NO RESULTA DEL TÍTULO VALOR O NO SE DEMUESTRA QUE LA FIRMA FUE PUESTA DESPUÉS DE LA ALTERACIÓN, SE PRESUME QUE HA SIDO PUESTA ANTES.

ART. 1833.— REQUISITOS. CONTENIDO MÍNIMO. CUANDO POR LEY O POR DISPOSICIÓN DEL CREADOR, EL TÍTULO VALOR DEBE INCLUIR UN CONTENIDO PARTICULAR CON CARÁCTER ESENCIAL, NO PRODUCE EFECTO CUANDO NO CONTIENE ESAS ENUNCIACIONES.

EL TÍTULO VALOR EN EL QUE SE OMITEN LAS REFERIDAS MENCIONES AL TIEMPO DE SU CREACIÓN, PUEDE SER COMPLETADO HASTA LA FECHA EN QUE DEBE CUMPLIRSE LA PRESTACIÓN, EXCEPTO DISPOSICIÓN EN CONTRARIO.

ART. 1834.— APLICACIÓN SUBSIDIARIA. LAS NORMAS DE ESTA SECCIÓN:

A) SE APLICAN EN SUBSIDIO DE LAS ESPECIALES QUE RIGEN PARA TÍTULOS VALORES DETERMINADOS;

LOCHB) NO SE APLICAN CUANDO LEYES ESPECIALES ASÍ LO DISPONEN, INCLUSO EN CUANTO ELLAS SE REFIEREN A LA OBLIGATORIEDAD DE ALGUNA FORMA DE CREACIÓN O CIRCUSID9849094 LACIÓN DE LOS TÍTULOS VALORES O DE CLASES DE ELLOS.

ART. 1835.— TÍTULOS IMPROPIOS Y DOCUMENTOS DE LEGITIMACIÓN. LAS DISPOSICIONES DE ESTE CAPÍTULO NO SE APLICAN A LOS DOCUMENTOS, BOLETOS, CONTRASEÑAS, FICHAS U OTROS COMPROBANTES QUE SIRVEN EXCLUSIVAMENTE PARA IDENTIFICAR A QUIEN TIENE DERECHO A EXIGIR LA PRESTACIÓN QUE EN ELLOS SE EXPRESA O A QUE ELLOS DAN LUGAR, O A PERMITIR LA TRANSFERENCIA DEL DERECHO SIN LA OBSERVANCIA DE LAS FORMAS PROPIAS DE LA CESIÓN.

ART. 1836.— DESMATERIALIZACIÓN E INGRESO EN SISTEMAS DE ANOTACIONES EN CUENTA. LOS TÍTULOS VALORES TIPIFICADOS LEGALMENTE COMO CARTULARES TAMBIÉN PUEDEN EMITIRSE COMO NO CARTULARES, PARA SU INGRESO Y CIRCULACIÓN EN UNA CAJA DE VALORES O UN SISTEMA AUTORIZADO DE COMPENSACIÓN BANCARIA O DE ANOTACIONES EN CUENTA.

LOS TÍTULOS VALORES EMITIDOS EFECTIVAMENTE COMO CARTULARES PUEDEN INGRESARSE A ALGUNO DE ESTOS SISTEMAS, CONFORME CON SUS REGLAMENTOS, MOMENTO A PARTIR DEL CUAL LAS TRANSFERENCIAS, GRAVÁMENES REALES O PERSONALES Y PAGO TIENEN EFECTO O SE CUMPLEN POR LAS ANOTACIONES EN CUENTA PERTINENTES.

PARÁGRAFO 1º

TÍTULOS VALORES AL PORTADOR

ART. 1837.— CONCEPTO. ES TÍTULO VALOR AL PORTADOR, AUNQUE NO TENGA CLÁUSULA EXPRESA EN TAL SENTIDO, AQUEL QUE NO HA SIDO EMITIDO EN FAVOR DE SUJETO DETERMINADO, O DE OTRO MODO INDICADA UNA LEY DE CIRCULACIÓN DIFERENTE.

LA TRANSFERENCIA DE UN TÍTULO VALOR AL PORTADOR SE PRODUCE CON LA TRADICIÓN DEL TÍTULO.

PARÁGRAFO 2º

TÍTULOS VALORES A LA ORDEN

ART. 1838.— TIPIFICACIÓN. ES TÍTULO VALOR A LA ORDEN EL CREADO A FAVOR DE PERSONA DETERMINADA. SIN NECESIDAD DE INDICACIÓN ESPECIAL, EL TÍTULO VALOR A LA ORDEN SE TRANSFIERE MEDIANTE ENDOSO.

ID9849094 SI EL CREADOR DEL TITULO VALOR INCORPORA LA CLÁUSULA "NO A LA ORDEN" O EQUIVALENTES, LA TRANSFERENCIA DEL TITULO VALOR DEBE HACERSE CONFORME CON LAS REGLAS DE LA CESIÓN DE DERECHOS, Y TIENE LOS EFECTOS PROPIOS DE LA CESIÓN.

ART. 1839.— ENDOSO. EL ENDOSO DEBE CONSTAR EN EL TÍTULO O EN HOJA DE PROLONGACIÓN DEBIDAMENTE ADHERIDA E IDENTIFICADA Y SER FIRMADO POR EL ENDOSANTE. ES VÁLIDO EL ENDOSO AUN SIN MENCIÓN DEL ENDOSATARIO, O CON LA INDICACIÓN "AL PORTADOR".

EL ENDOSO AL PORTADOR TIENE LOS EFECTOS DEL EN-

DOSO EN BLANCO. EL ENDOSO PUEDE HACERSE AL CREADOR DEL TÍTULO VALOR O A CUALQUIER OTRO OBLIGADO, QUIENES PUEDEN ENDOSAR NUEVAMENTE EL TÍTULO VALOR.

ART. 1840.— CONDICIÓN Y ENDOSO PARCIAL. CUALQUIER CONDICIÓN PUESTA AL ENDOSO SE TIENE POR NO ESCRITA. ES NULO EL ENDOSO PARCIAL.

ART. 1841.— TIEMPO DEL ENDOSO. EL ENDOSO PUEDE SER EFECTUADO EN CUALQUIER TIEMPO ANTES DEL VENCIMIENTO. EL ENDOSO SIN FECHA SE PRESUME EFECTUADO ANTES DEL VENCIMIENTO.

0EL ENDOSO POSTERIOR AL VENCIMIENTO PRODUCE LOS EFECTOS DE UNA CESIÓN DE DERECHOS.

ART. 1842.— LEGITIMACIÓN. EL PORTADOR DE UN TÍTULO A LA ORDEN QUEDA LEGITIMADO PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO EN ÉL INCORPORADO, POR UNA SERIE NO INTERRUMTRCHAUN CUANDO EL ,ALMENTE VÁLIDOSPIDA DE ENDOSOS FORM .ÚLTIMO SEA EN BLANCO

ART. 1843.— ENDOSO EN BLANCO. SI EL TÍTULO ES ENDOSADO EN BLANCO, EL PORTADOR PUEDE LLENAR EL ENDOSO CON SU NOMBRE O CON EL DE OTRA PERSONA, O ENDOSAR NUEVAMENTE EL TÍTULO, O TRANSMITIRLO A UN TERCERO SIN LLENAR EL ENDOSO O SIN EXTENDER UNO NUEVO.

ART. 1844.— ENDOSO EN PROCURACIÓN. SI EL ENDOSO CONTIENE LA CLÁUSULA "EN PROCURACIÓN" U OTRA SIMILAR, EL ENDOSATARIO PUEDE EJERCER, INCLUSO JUDICIALMENTE, TODOS LOS DERECHOS INHERENTES AL TÍTULO VALOR, PERO SÓLO PUEDE ENDOSARLO EN PROCURACIÓN.

a85**Los obligados sylo pueden oponer al endosatario en procuraciyn las excepciones que pueden ser opuestas al endosante.**

La eficacia del endoso en procuraciyn no cesa por muerte o incapacidad sobrevenida del endosante.

Art. 1845.— Endoso en garantнa. Si el endoso contiene la clбusula " valor en prenda" u otra similar, el endosatario puede ejercer, incluso judicialmente, todos los derechos inherentes al tнtulo valor, pero el endoso hecho por йl vale como endoso en procuraciyn.

El deudor demandado no puede invocar contra el portador las excepciones fundadas en sus relaciones con el endosante, a menos que el portador al recibir el tнtulo lo haya hecho a sabiendas en perjuicio de aquйl.

1274**Art. 1846.— Responsabilidad. Excepto clбusula expresa, el endosante responde por el cumplimiento de la obligaciyn incorporada.**

En cualquier caso, el endosante puede excluir total o parcialmente su responsabilidad mediante clбusula expresa.

PARБGRAFO 3є

THTULOS VALORES NOMINATIVOS ENDOSABLES

Art. 1847.— Rйgimen. Es tнtulo nominativo endosable el emitido en favor de una persona determinada, que sea transmisible por endoso y cuya transmisiyn produce efectos respecto al emisor y a terceros al inscribirse en el respectivo registro.

El endosatario que justifica su derecho por una serie ininterrumpida de endosos estб legitimado para solicitar la inscripciyn de su tнtulo.

Si el emisor del tнtulo se niega a inscribir la transmisiyn, el endosatario puede reclamar la orden judicial correspondiente.

Art. 1848.— Reglas aplicables. Son aplicables a los tнtulos nominativos endosables las disposiciones compatibles de los tнtulos valores a la orden.

PARБGRAFO 4є

THTULOS VALORES NOMINATIVOS NO ENDOSABLES

Art. 1849.— Rйgimen. Es tнtulo valor nominativo no endosable el emitido a favor de una persona determinada, y cuya transmisiyn produce efectos respecto al emisor y a terceros al inscribirse en el respectivo registro.

I. COMENTARIO

Como lo hemos expresado, autonomнa significa que cada adqu cs1isición del título y, en consecuencia, del derecho a el incorporado, es independiente de las relaciones personales que ligaba al anterior poseedor con el deudor.

El principio de la autonomía está manifiesto en el art. 18 del dec.-ley 5965/1963 que establece: "Las personas contra quienes se promueva acción..., no pueden oponer al portador las excepciones fundadas en sus relaciones personales con el

librador, o con los tenedores anteriores...".

La norma es aplicable tanto a la letra como al pagaré (en este ultimo caso, en función de lo preceptuado por el art. 103 del dec.-ley 5965/1963), y otra similar existe en el ordenamiento del cheque.

La legislación cambiaria recepta el principio de la independencia de las obligaciones cambiarias, en general englobado como demostrativo de la autonomía, lo cual no es absolutamente correcto como lo señala Alegria.

Así, el art. 7° establece que si el título cambiario "llevase firmas de personas incapaces de obligarse cambiariamente, firmas falsas o de personas imaginarias o firmas que por cualquier otra razón no obligan a las personas que han firmado la letra o con el nombre de las cuales ha sido firmada, las obligaciones de los otros suscriptores siguen siendo, sin embargo, válidas".

La norma es aplicable tanto a la letra como al pagaré (art. 103, dec.-ley 5965/1963), y otra similar existe en el ordenamiento del cheque.

Hemos señalado que la literalidad se refiere al contenido del título valor y significa que la naturaleza, calidad y contenido del derecho incorporado se delimitan exclusivamente por lo que se menciona en el documento.

La literalidad significa que el deudor de la prestación consignada en el documento no puede negarse a su cumplimiento, alegando o aduciendo razones o excepciones que no surjan del tenor escrito en el propio título. A su vez, la obligación cambiaria no puede surgir más que del propio tenor documental, por lo cual no es posible exigírsele otra cosa que la que surge de él.

Como hemos dicho, se trata de títulos formales. Se ha vuelto a un cierto formalismo, similar al que se imperaba en el antiguo derecho romano.

Se ha impuesto ese rígido formalismo a fin de facilitar la circulación de estos títulos valores. Si la declaración no se manifiesta como lo manda la ley, no hay declaración cartular. Así, se ha impuesto la forma escrita (v.gr., no puede haber obligación cambiaria verbal).

El rigor es aquí más exagerado que en los otros documentos, porque en otros, cuando no se cumplen algunas formalidades, podrá ser nulo o anulable, convalidarse o subsanarse por las partes. En cambio, no se puede hablar de nulidad o anulabilidad: directamente, no hay documento cambiario.

La completividad significa que el título debe bastarse a sí mismo, ser autosuficiente y contener todas las relaciones y todos los derechos emergentes de él. En consecuencia, no puede hacer referencia alguna a otro instrumento, ni puede ser modificado por otro, ya que solamente del título surgen los derechos y obligaciones cambiarias.

Se puede exigir que el pago de estos títulos conste en el propio documento, y en el caso de tratarse de un endosante, se le permite la cancelación de su endoso y de los subsiguientes.

Como lo hemos manifestado, la legitimación para el ejercicio del derecho mencionado en el título, se considera habilitación para exigir el cumplimiento de los derechos incorporados o para transmitir legítimamente el documento, de modo tal que, para ejercechR EL O LOS Derechos emergentes del título, no es necesaria la prueba de ser el propietario de dicho documento y el efectivo titular de los precitados derechos.

Tanto la letra como el pagaré y el cheque tiene la misma forma de circulación, aunque regulada por dos ordenamientos indistintos.

Dichos títulos son transmisibles por un acto de naturaleza cambiaria, de carácter incondicional, que como se refieren a una cosa no puede ser parcial, denominado endoso, que debe materializarse en el documento o en su prolongación, sea en blanco o a la orden de determinada persona, cuya realización importa convertir al endosante en garante del pago, salvo cláusula en contrario, y legitima al portador para el ejercicio de los derechos cambiarios si es de buena fe, aunque el título hubiere sido robado o perdido.

A su vez, pese a la diversidad de ordenamientos, todos ellos, cuando son librados "no a la orden" pueden ser transmitidos con los efectos de la cesión ordinaria. Por su parte, similares efectos tiene la prohibición de un nuevo endoso, pese a la dualidad legislativa.

Consiste en la desvinculación del documento respecto de la rela

f47 ción causal: carece de importancia que exista o no causa en orden a la relación cartular, o que dicha causa sea o no mencionada en el texto del documento. Ya tuve oportunidad de referirme a este aspecto, aclarando que la finalidad esencial de la abstracción se traduce en la protección a la circulación.

En el ordenamiento del cheque existen disposiciones similares.

Todos los que intervienen en la circulación de los títulos quedan solidariamente obligados respecto del portador, aunque la interrupción de la prescripción sólo opera en contra de quien realiza el acto interruptivo, a diferencia de lo que ocurre en materia civil.

Ha dicho Fontanarrosa que "a diferencia de lo que ocurre en el derecho civil, en el que el vínculo solidario se extingue en las relaciones entre los diversos coobligados, en el derecho cambiario sólo se extingue dicho vínculo cuando paga el obligado principal".

Bajo distintas denominaciones (naturaleza jurídica de la obligación cambiaria, naturaleza jurídica de la letra de cambio, fuente de la obligación cambiaria, etc.), la doctrina ha reflexionado sobre los fundamentos jurídicos de la obligación emergente de la letra. En otras palabras, se ha discurrido sobre la explicación de la obligación de quien firmó la letra para con un tercero con quien nunca tuvo relación y que al aparecer como portador legítimo del documento, puede ejercer todos los derechos emanados de él.

Bulygin ha manifestado que el problema surge de uno de los caracteres de la letra: la abstracción. El autor manifiesta que todas las teorías que se han elaborado tienden, con mayor o menor acierto, a explicar cómo "una persona, cuya firma aparece en la letra de cambio, está obligada a pagar su importe, aunque nunca haya tenido voluntad de obligarse; verbigracia cuando estampó su firma en un papel en

blanco, o cuando la letra le fue arrancada compulsivamente, siempre que el que exija el pago sea un tenedor de buena fe".

A través de las distintas posiciones doctrinarias, se ha pretendido explicar el fundamento de la obligación de pagar (aspecto pasivo) y el derecho de exigir el cobro (aspecto activo).

Se han elaborado al respecto numerosas teorías.

Las primeras tuvieron un carácter netamente contractualista y hacían actuar una serie de contratos (compraventa, cesión de créditos, delegación y mandato) para explicar la situación de los distintos obligados (librador, endosante, aceptante, etc.). Tales enfoques ya han sido superados y por ello no nos detendremos al respecto.

La concepción tradicional quedó superada con el aporte de Karl Einert, quien en su celebre obra "El derecho de cambio según las operaciones de cambio en el siglo XIX", dice: a) la letra es el papel moneda de los comerciantes, quienes en ese sentido actúan igual que el Estado, sin ninguna reserva ni posibilidad de impugnar el valor; b) el título no es un simple documento probatorio, es el portador de la promesa irrevocable; c) la letra de cambio opera separadamente respecto de la relación fundamental; d) la obligación cambiaria tiene su fundamento en una promesa unilateral dirigida al público.

Esta doctrina constituyó un decisivo impulso para el progreso de la legislación cambiaria.

Siguiendo iguales rumbos, un importante sector de la doctrina italiana (Rocco, Navarrini, Messineo, etc.) perfeccionó la teoría de la voluntad unilateral. Mediante ella se sostiene que el librador asume por su sola voluntad el compromiso de pagar el título valor destinado a circular, no a la persona determinada, sino determinable; esto es, a quien al vencimiento aparezca como portador legítimo.

Yadarola manifiesta que la teoría de la voluntad unilateral explica sin duda con bastante claridad la obligación directa del librador cambiario respecto de cualquier tercero tenedor de buena fe o, lo que es lo mismo, el derecho originario del portador frente al deudor con quien nunca tuvo relación.

Esta doctrina tiene numerosos adeptos porque explica satisfactoriamente el aspecto pasivo de la relación cambiaria. Sin embargo, ha sido tachada de insuficiente al no comprender todos los supuestos factibles. En efecto, exige la existencia de la voluntad de obligarse cambiariamente, la cual muchas veces puede no haber existido (co0 mo en el caso del título confeccionado en broma o por error), sin que por eso quede afectada la eficacia de la obligación cambiaria.

La teoría de la apariencia desarrollada por Jacobi, Bolaffio y Mossa entre otros, niega todo valor o significación a la voluntad en la creación de la letra. Encuentra la fuente de la obligación cambiaria en la apariencias jurídica de una declaración válida de voluntad. La confianza que suscita el solo hecho de haberse creado un título con las formas exigidas por la ley hace que el suscriptor quede obligado cambiariamente.

Los partidarios de esta teoría sostienen que el legislador protege el sentimiento colectivo de seguridad que debe acompañar a las relaciones cambiarias, a fin de que se desenvuelvan de conformidad con los intereses del tráfico moderno. De ahí que el deudor no puede invocar algo contrario a la voluntad aparente emergente de la litera47 lidad del título.

En definitiva, los dos fundamentos en que se basa esta teoría son: la prescindencia de la voluntad de obligarse en el acto de firmar el título, y la fuerza creadora que se acuerda a la apariencia emergente del título, en aras de la protección de los terceros.

Quien ha librado una letra, responde por la misma por el hecho de haber creado el título, con abstracción de su voluntad específica de obligarse en ese caso concreto.

La teoría de la apariencia jurídica explica satisfactoriamente el aspecto activo de la relación cambiaria: el tercero goza de un derecho insensible a las excepciones relativas a los poseedores precedentes, en virtud de la confianza que merece el título como tal.

Yadarola señala los defectos de las dos principales teorías vigentes: la de la voluntad unilateral y la de la apariencia.

Dicho autor expresa que, cuando afirmamos que la voluntad no cumple ningún rol en el nacimiento de la obligación, nos referimos, naturalmente, a la voluntad dirigida a crear una obligación; reconociendo, en cambio, una exigencia mínima de voluntad —no obligacional ni negocial— que se concreta en la de poner la firma: la suscripción debe ser producto de un acto consciente, es decir, hay que tener conciencia de qué se firma aunque se ignoren los efectos jurídicos que resultaran de esa firma o se desconozca lo que se ha firmado. Todo los efectos jurídicos de la obligación cambiaria nacen a consecuencia de ese acto de voluntad, son el resultado de un hecho jurídico voluntario; este hecho es el que ha dado nacimiento a la declaración cambiaria, y como esta declaración es suficiente para que exista la obligación, consecuentemente, en ella está la fuente de obligación cambiaria.

Yadarola dice que la obligación cambiaria nace en virtud del acto voluntario del obligado, por el cual crea la letra o facilita su creación (caso de la firma en blanco), sin necesidad de que su intención se haya dirigido a crear un vínculo obligatorio; todo con la única condición de que un tercero esté en aptitud de exigir el cumplimiento de la obligación. Esto es lógico, puesto que no existe obligación cambiaria más que a partir del instante en que la letra ha salido, por cualquier medio, del poder del librador.

La solución a que se llega en el estudio del problema de la fuente de la obligación cambiaria, explica satisfactoriamente todos los casos que han dado nacimiento a la letra: cuando se la ha suscripto para utilizarla como modelo en la enseñanza, la creación es el producto de un hecho voluntario del librador, lo mismo que cuando se suscribe por broma o se firma por error, en la creencia de que se suscribe una simple misiva, o a base del dolo del que obtiene la firma.

SECCIÓN 2ª

TÍTULOS VALORES CARTULARES

Por IGNACIO A. ESCUTI[rsid9849094] (*)

Art. 1830.— Necesidad. Los títulos valores cartulares son necesarios para la creación, transmisión, modificación y ejercicio del derecho incorporado.

Art. 1831.— Literalidad. El tenor literal del documento determina el alcance y las modalidades de los derechos y obligaciones consignadas en él, o en su hoja de prolongación.

Art. 1832.— Alteraciones. En caso de alteración del texto de un título valor cartular, los firmantes posteriores quedan obligados en los té9 rminos del texto alterado; los firmantes anteriores están obligados en los términos del texto original.

Si no resulta del título valor o no se demuestra que la firma fue puesta después de la alteración, se presume que ha sido puesta antes.

Art. 1833.— Requisitos. Contenido mínimo. Cuando por ley o por disposición del creador, el título valor debe incluir un contenido particular con carácter esencial, no produce efecto cuando no contiene esas enunciaciones.

El título valor en el que se omiten las referidas menciones al tiempo de su creación, puede ser completado hasta la fecha en que debe cumplirse la prestación, excepto disposición en contrario.

Art. 1834.— Aplicación subsidiaria. Las normas de esta Sección:

a) se aplican en subsidio de las especiales que rigen para títulos valores determinados;

b) no se aplican cuando leyes especiales así lo disponen, incluso en cuanto ellas se refieren a la obligatoriedad de alguna forma de creación o circulación de los títulos valores o de clases de ellos.

Art. 1835.— Títulos impropios y documentos de legitimación. Las disposiciones de este Capítulo no se aplican a los documentos, boletos, contraseñas, fichas u otros comprobantes que sirven exclusivamente para identificar a quien tiene derecho a exigir la prestación que en ellos se expresa o a que ellos dan lugar, o a permitir la transferencia del derecho sin la observancia de las formas propias de la cesión.

Art. 1836.— Desmaterialización e ingreso en sistemas de anotaciones en cuenta. Los títulos valores tipificados legalmente como cartulares también pueden emitirse como no cartulares, para su ingreso y circulación en una caja de valores o un sistema autorizado de compensación bancaria o de anotaciones en cuenta.

Los títulos valores emitidos efectivamente como cartulares pueden ingresarse a alguno de estos sistemas, conforme con sus reglamentos, momento a partir del cual las transferencias, gravámenes reales o personales y pago tienen efecto o se cumplen por las anotaciones en cuenta pertinentes.

PARÁGRAFO 1º

TÍTULOS VALORES AL PORTADOR

Art. 1837.— Concepto. Es título valor al portador, aunque no tenga cláusula expresa en tal sentido, aquel que no ha sido emitido en favor de sujeto determinado, o de otro modo indicada una ley de circulación diferente.

La transferencia de un título valor al portador se produce con la tradición del título.

PARÁGRAFO 2º

C TÍTULOS VALORES A LA ORDEN

Art. 1838.— Tipificación. Es título valor a la orden el creado a favor de persona determinada. Sin necesidad de indicación especial, el título valor a la orden se transfiere mediante endoso.

hSI EL CREADOR DEL TITULO VALOR INCORPORA LA CLÁUSULA "NO A LA ORDEN" O EQUIVALENTES, LA TRANSFERENCIA DEL TITULO VALOR DEBE HACERSE CONFORME CON LAS REGLAS DE LA CESIÓN DE DERECHOS, Y TIENE LOS EFECTOS PROPIOS DE LA CESIÓN.

Art. 1839.— Endoso. El endoso debe constar en el título o en hoja de prolongación debidamente adherida e identificada y ser firmado por el endosante. Es válido el endoso aun sin mención del

endosatario, o con la indicación "al portador".

El endoso al portador tiene los efectos del endoso en blanco. El endoso puede hacerse al creador del título valor o a cualquier otro obligado, quienes pueden endosar nuevamente el título valor.

Art. 1840.— Condición y endoso parcial. Cualquier condición puesta al endoso se tiene por no escrita. Es nulo el endoso parcial.

Art. 1841.— Tiempo del endoso. El endoso puede ser efectuado en cualquier tiempo antes del vencimiento. El endoso sin fecha se presume efectuado antes del vencimiento.

El endoso posterior al vencimiento produce los efectos de una cesión de derechos.

Art. 1842.— Legitimación. El portador de un título a la orden queda legitimado para el ejercicio del derecho en él incorporado, por una serie no interrumpida de endosos formalmente válidos, aun cuando el último sea en blanco.

Art. 1843.— Endoso en blanco. Si el título es endosado en blanco, el portador puede llenar el endoso con su nombre o con el de otra persona, o endosar nuevamente el título, o transmitirlo a un tercero sin llenar el endoso o sin extender uno nuevo.

Art. 1844.— Endoso en procuración. Si el endoso contiene la cláusula "en procuración" u otra similar, el endosatario puede ejercer, incluso judicialmente, todos los derechos inherentes al título valor, pero sólo puede endosarlo en procuración.

Los obligados sólo pueden oponer al endosatario en procuración las excepciones que pueden ser opuestas al endosante.

La eficacia del endoso en procuración no cesa por muerte o incapacidad sobrevenida del endosante.

Art. 1845.— Endoso en garantía. Si el endoso contiene la cláusula "valor en prenda" u otra similar, el endosatario puede ejercer, incluso judicialmente, todos los derechos inherentes al tí=0tulo valor, pero el endoso hecho por él vale como endoso en procuración.

El deudor demandado no puede invocar contra el portador las excepciones fundadas en sus relaciones con el endosante, a menos que el portador al recibir el título lo haya hecho a sabiendas en perjuicio de aquél.

Art. 1846.— Responsabilidad. Excepto cláusula expresa, el endosante responde por el cumplimiento de la obligación incorporada.

En cualquier caso, el endosante puede excluir total o parcialmente su responsabilidad mediante cláusula expresa.

PARÁGRAFO 3°

TÍTULOS VALORES NOMINATIVOS ENDOSABLES

Art. 1847.— Régimen. Es título nominativo endosable el emitido en favor de una persona determinada, que sea transmisible por endoso y cuya transmisión produce efectos respecto al emisor y a terceros al inscribirse en el respectivo registro.

El endosatario que justifica su derecho por una serie ininterrumpida de endosos está legitimado para solicitar la inscripción de su título.

Si el emisor del título se niega a inscribir la transmisión, el endosatario puede reclamar la orden judicial correspondiente.

Art. 1848.— Reglas aplicables. Son aplicables a los títulos nominativos endosables las disposiciones compatibles de los títulos valores a la orden.

PARÁGRAFO 4°

TÍTULOS VALORES NOMINATIVOS NO ENDOSABLES

Art. 1849.— Régimen. Es título valor nominativo no endosable el emitido a favor de una persona determinada, y cuya transmisión produce efectos respecto al emisor y a terceros al inscribirse en el respectivo registro.

I. COMENTARIO

Como lo hemos expresado, autonomía significa que cada adquisición del título y, en consecuencia, del derecho a el incorporado, es independiente de las relaciones personales que ligaba al anterior poseedor con el deudor.

El principio de la autonomía está manifiesto en el art. 18 del dec.-ley 5965/1963 que establece: "Las personas contra quienes se promueva acción..., no pueden oponer al portador las excepciones fundadas en sus relaciones personales con el librador, o con los tenedores anteriores...".

La norma es aplicable tanto a la letra como al pagaré (en este ultimo caso, en función de lo preceptuado por el art. 103 del dec.-ley 5965/1963), y otra similar existe

en el ordenamiento del cheque.

La legislación cambiaria recepta el principio de la independencia de las obligaciones cambiarias, en general englobado como demostrativo de la autonomía, lo cual no es absolutamente correcto como lo señala Alegria.

Así, el art. 7° establece que si el título cambiario "llevase firmas de personas incapaces de obligarse cambiariamente, firmas falsas o de personas imaginarias o firmas que por cualquier otra razón no obligan a las personas que han firmado la letra o con el nombre de las cuales ha sido firmada, las obligaciones de los otros suscriptores siguen siendo, sin embargo, válidas".

La norma es aplicable tanto a la letra como al pagaré (art. 103, dec.-ley 5965/1963), y otra similar existe en el ordenamiento del cheque.

Hemos señalado que la literalidad se refiere al contenido del título valor y significa que la naturaleza, calidad y contenido del derecho incorporado se delimitan exclusivamente por lo que se menciona en el documento.

La literalidad significa que el deudor de la prestación consignada en el documento no puede negarse a su cumplimiento, alegando o aduciendo razones o excepciones que no surjan del tenor escrito en el propio título. A su vez, la obligación cambiaria no puede surgir más que del propio tenor documental, por lo cual no es posible exigírsele otra cosa que la que surge de él.

Como hemos dicho, se trata de títulos formales. Se ha vuelto a un cierto formalismo, similar al que se imperaba en el antiguo derecho romano.

Se ha impuesto ese rígido formalismo a fin de facilitar la circulación de estos títulos valores. Si la declaración no se manifiesta como lo manda la ley, no hay declaración cartular. Así, se ha impuesto la forma escrita (v.gr., no puede haber obligación ch*AMBIARIA VERBAL).*

EL RIGOR ES AQUÍ MÁS EXAGERADO QUE EN LOS OTROS DOCUMENTOS, PORQUE EN OTROS, CUANDO NO SE CUMPLEN ALGUNAS FORMALIDADES, PODRÁ SER NULO O ANULABLE, CONVALIDARSE O SUBSANARSE POR LAS PARTES. EN CAMBIO, NO SE PUEDE HABLAR DE NULIDAD O ANULABILIDAD: DIRECTAMENTE, NO HAY DOCUMENTO CAMBIARIO.

LA COMPLETIVIDAD SIGNIFICA QUE EL TÍTULO DEBE BASTARSE A SÍ MISMO, SER AUTOSUFICIENTE Y CONTENER TODAS LAS RELACIONES Y TODOS LOS DERechos emergentes de él. En consecuencia, no puede hacer referencia alguna a otro instrumento, ni puede ser modificado por otro, ya que solamente del título surgen los derechos y obligaciones cambiarias.

Se puede exigir que el pago de estos títulos conste en el propio documento, y en el caso de tratarse de un endosante, se le permite la cancelación de su endoso y de los subsiguientes.

Como lo hemos manifestado, la legitimación para el ejercicio del derecho mencionado en el título, se considera habilitación para exigir el cumplimiento de los derechos incorporados o para transmitir legítimamente el documento, de modo tal que, para ejercer el o los derechos emergentes del título, no es necesaria la prueba de ser el propietario de dicho documento y el efectivo titular de los precitados derechos.

Tanto la letra como el pagaré y el cheque tiene la misma forma de circulación, aunque regulada por dos ordenamientos indistintos.

Dichos títulos son transmisibles por un acto de naturaleza cambiaria, de carácter incondicional, que como se refieren a una cosa no puede ser parcial, denominado endoso, que debe materializarse en el documento o en su prolongación, sea en blanco o a la orden de determinada persona, cuya realización importa convertir al endosante en garante del pago, salvo cláusula en contrario, y legitima al portador para el ejercicio de los derechos cambiarios si es de buena fe, aunque el título hubiere sido robado o perdido.

A su vez, pese a la diversidad de ordenamientos, todos ellos, cuando son librados "no a la orden" pueden ser transmitidos con los efectos de la cesión ordinaria. Por su parte, similares efectos tiene la prohibición de un nuevo endoso, pese a la dualidad legislativa.

Consiste en la desvinculación del documento respecto de la relación causal: carece de importancia que exista o no causa en orden a la relación cartular, o que dicha causa sea o no mencionada en el texto del documento. Ya tuve oportunidad de referirme a este aspecto, aclarando que la finalidad esencial de la abstracción se traduce en la protección a la circulación.

En el ordenamiento del cheque existen disposiciones similares.

Todos los que intervienen en la circulación de los títulos quedan solidariamente obligados respecto del portador, aunque la interrupción de la prescripción sólo opera en contra de quien realiza el acto interruptivo, a diferencia de lo que ocurre en materia civil.

Ha dicho Fontanarrosa que "a diferencia de lo que ocurre en el derecho civil, en el que el vínculo solidario se extingue en las relaciones entre los diversos coobligados, en el derecho cambiario sólo se extingue dicho vínculo cuando paga el obligado principal".

Bajo distintas denominaciones (naturaleza jurídica de la obligación cambiaria, naturaleza jurídica de la letra de cambio, fuente de la obligación cambiaria, etc.), la doctrina ha reflexionado sobre los fundamentos jurídicos de la obligación emergente de la letra. En otras palabras, se ha discurrido sobre la explicación de la obligación de quien firmó la letra para con un tercero con quien nunca tuvo relación y que al aparecer como portador legítimo del documento, puede ejercer todos los derechos emanados de él.

Bulygin ha manifestado que el problema surge de uno de los caracteres de la letra: la abstracción. El autor manifiesta que todas las teorías que se han elaborado tienden, con mayor o menor acierto, a explicar cómo "una persona, cuya firma aparece en la letra de cambio, está obligada a pagar su importe, aunque nunca haya tenido voluntad de obligarse; verbigracia cuando estampó su firma en un papel en blanco, o cuando la letra le fue arrancada compulsivamente, siempre que el que exija el pago sea un tenedor de buena fe".

A través de las distintas posiciones doctrinarias, se ha pretendido explicar el

fundamento de la obligación de pagar (aspecto pasivo) y el derecho de exigir el cobro (aspecto activo).

Se han elaborado al respecto numerosas teorías.

Las primeras tuvieron un carácter netamente contractualista y hacían actuar una serie de contratos (compraventa, cesión de créditos, delegación y mandato) para explicar la situación de los distintos obligados (librador, endosante, aceptante, etc.). Tales enfoques ya han sido superados y por ello no nos detendremos al respecto.

La concepción tradicional quedó superada con el aporte de Karl Einert, quien en su celebre obra "El derecho de cambio según las operaciones de cambio en el siglo XIX", dice: a) la letra es el papel moneda de los comerciantes, quienes en ese sentido actúan igual que el Estado, sin ninguna reserva ni posibilidad de impugnar el va94 lor; b) el título no es un simple documento probatorio, es el portador de la promesa irrevocable; c) la letra de cambio opera separadamente respecto de la relación fundamental; d) la obligación cambiaria tiene su fundamento en una promesa unilateral dirigida al público.

Esta doctrina constituyó un decisivo impulso para el progreso de la legislación cambiaria.

Siguiendo iguales rumbos, un importante sector de la doctrina italiana (Rocco, Navarrini, Messineo, etc.) perfeccionó la teoría de la voluntad unilateral. Mediante ella se sostiene que el librador asume por su sola voluntad el compromiso de pagar el título valor destinado a circular, no a la persona determinada, sino determinable; esto es, a quien al vencimiento aparezca como portador legítimo.

Yadarola manifiesta que la teoría de la voluntad unilateral explica sin duda con bastante claridad la obligación directa del librador cambiario respecto de cualquier tercero tenedor de buena fe o, lo que es lo mismo, el derecho originario del portador frente al deudor con quien nunca tuvo relación.

Esta doctrina tiene numerosos adeptos porque explica satisfactoriamente el aspecto pasivo de la relación cambiaria. Sin embargo, ha sido tachada de insuficiente al no comprender todos los supuestos factibles. En efecto, exige la existencia de la voluntad de obligarse cambiariamente, la cual muchas veces puede no haber existido (como en el caso del título confeccionado en broma o por error), sin que por eso quede afectada la eficacia de la obligación cambiaria.

La teoría de la apariencia desarrollada por Jacobi, Bolaffio y Mossa entre otros, niega todo valor o significación a la voluntad en la creación de la letra. Encuentra la fuente de la obligación cambiaria en la apariencias jurídica de una declaración válida de voluntad. La confianza que suscita el solo hecho de haberse creado un título con las formas exigidas por la ley hace que el suscriptor quede obligado cambiariamente.

Los partidarios de esta teoría sostienen que el legislador protege el sentimiento colectivo de seguridad que debe acompañar a las relaciones cambiarias, a fin de que se desenvuelvan de conformidad con los intereses del tráfico moderno. De ahí que el deudor no puede invocar algo contrario a la voluntad aparente emergente de la literalidad del título.

En definitiva, los dos fundamentos en que se basa esta teoría son: la prescindencia de la voluntad de obligarse en el acto de firmar el título, y la fuerza creadora que se acuerda a la apariencia emergente del título, en aras de la protección de los terceros.

Quien ha librado una letra, responde por la misma por el hecho de haber creado el título, con abstracción de su voluntad específica de obligarse en ese caso concreto.

La teoría de la apariencia jurídica explica satisfactoriamente el aspecto activo de la relación cambiaria: el tercero goza de un derecho insensible a las excepciones relativas a los poseedores precedentes, en virtud de la confianza que merece el título como tal.

Yadarola señala los defectos de las dos principales teorías vigentes: la de la voluntad unilateral y la de la apariencia.

Dicho autor expresa que, cuando afirmamos que la voluntad no cumple ningún rol en el nacimiento de la obligación, nos referimos, naturalmente, a la voluntad dirigida a crear una obligación; reconociendo, en cambio, una exigencia mínima de voluntad —no obliga1505cional ni negocial— que se concreta en la de poner la firma: la suscripción debe ser producto de un acto consciente, es decir, hay que tener conciencia de qué se firma aunque se ignoren los efectos jurídicos que resultaran de esa firma o se desconozca lo que se ha firmado. Todo los efectos jurídicos de la obligación cambiaria nacen a consecuencia de ese acto de voluntad, son el resultado de un hecho jurídico voluntario; este hecho es el que ha dado nacimiento a la declaración cambiaria, y como esta declaración es suficiente para que exista la obligación, consecuentemente, en ella está la fuente de obligación cambiaria.

Yadarola dice que la obligación cambiaria nace en virtud del acto voluntario del obligado, por el cual crea la letra o facilita su creació n (caso de la firma en blanco), sin necesidad de que su intención se haya dirigido a crear un vínculo obligatorio; todo con la única condición de que un tercero esté en aptitud de exigir el cumplimiento de la obligación. Esto es lógico, puesto que no existe obligación cambiaria más que a partir del instante en que la letra ha salido, por cualquier medio, del poder del librador.

La solución a que se llega en el estudio del problema de la fuente de la obligación cambiaria, explica satisfactoriamente todos los casos que han dado nacimiento a la letra: cuando se la ha suscripto para utilizarla como modelo en la enseñanza, la creación es el producto de un hecho voluntario del librador, lo mismo que cuando se suscribe por broma o se firma por error, en la creencia de que se suscribe una simple misiva, o a base del dolo del que obtiene la firma.

SECCIÓN 2ª

TÍTULOS VALORES CARTULARES

Por IGNACIO A. ESCUTI (*)

Art. 1830.— Necesidad. Los títulos valores cartulares son necesarios para la creación, transmisión, modificación y ejercicio

del derecho incorporado.

Art. 1831.— Literalidad. El tenor literal del documento determina el alcance y las modalidades de los derechos y obligaciones consignadas en él, o en su hoja de prolongación.

Art. 1832.— Alteraciones. En caso de alteración del texto de un título valor cartular, los firmantes posteriores quedan obligados en los términos del texto alterado; los firmantes anteriores están obligados en los términos del texto original.

Si no resulta del título valor o no se demuestra que la firma fue puesta después de la alteración, se presume que ha sido puesta antes.

Art. 1833.— Requisitos. Contenido mínimo. Cuando por ley o por disposición del creador, el título valor debe incluir un contenido particular con carácter esencial, no produce efecto cuando no contiene esas enunciaciones.

El título valor en el que se omiten las referidas menciones al tiempo de su creación, puede ser completado hasta la fecha en que debe cumplirse la prestación, excepto disposición en contrario.

340Art. 1834.— Aplicación subsidiaria. Las normas de esta Sección:

i340a) se aplican en subsidio de las especiales que rigen para títulos valores determinados;

b) no se aplican cuando leyes especiales así lo disponen, incluso en cuanto ellas se refieren a la obligatoriedad de alguna forma de creación o circulación de los títulos valores o de clases de ellos.

Art. 1835.— Títulos impropios y documentos de legitimación. Las disposiciones de este Capítulo no se aplican a los documentos, boletos, contraseñas, fichas u otros comprobantes que sirven exclusivamente para identificar a quien tiene derecho a exigir la prestación que en ellos se expresa o a que ellos dan lugar, o a permitir la transferencia del derecho sin la observancia de las formas propias de la cesión.

Art. 1836.— Desmaterialización e ingreso en sistemas de anotaciones en cuenta. Los títulos valores tipificados legalmente como cartulares también pueden emitirse como no cartulares, para su ingreso y circulación en una caja de valores o un sistema autorizado de compensación bancaria o de anotaciones en cuenta.

Los títulos valores emitidos efectivamente como cartulares pueden ingresarse a alguno de estos sistemas, conforme con sus reglamentos, momento a partir del cual las transferencias, gravámenes reales o personales y pago tienen efecto o se cumplen por las anotaciones en cuenta pertinentes.

PARÁGRAFO 1°

TÍTULOS VALORES AL PORTADOR

Art. 1837.— Concepto. Es título valor al portador, aunque no tenga cláusula expresa en tal sentido, aquel que no ha sido emitido en favor de sujeto determinado, o de otro modo indicada una ley de circulación diferente.

La transferencia de un título valor al portador se produce con la tradición del título.

PARÁGRAFO 2°

F48 TÍTULOS VALORES A LA ORDEN

Art. 1838.— Tipificación. Es título valor a la orden el creado a favor de persona determinada. Sin necesidad de indicación especial, el título valor a la orden se transfiere mediante endoso.

Si el creador del título valor incorpora la cláusula "no a la orden" o equivalentes, la transferencia del título valor debe hacerse conforme con las reglas de la cesión de derechos, y tiene los efectos propios de la cesión.

Art. 1839.— Endoso. El endoso debe constar en el título o en hoja de prolongación debidamente adherida e identificada y ser firmado por el endosante. Es válido el endoso aun sin mención del endosatario, o con la indicación "al portador".

El endoso al portador tiene los efectos del endoso en blanco. El endoso puede hacerse al creador del título valor o a cualquier otro obligado, quienes pueden endosar nuevamente el título valor.

Art. 1840.— Condición y endoso parcial. Cualquier condición puesta al endoso se tiene por no escrita. Es nulo el endoso parcial.

Art. 1841.— Tiempo del endoso. El endoso puede ser efectuado

en cualquier tiempo antes del vencimiento. El endoso sin fecha se presume efectuado antes del vencimiento.

El endoso posterior al vencimiento produce los efectos de una cesión de derechos.

Art. 1842.— Legitimación. El portador de un título a la orden queda legitimado para el ejercicio del derecho en él incorporado, por una serie no interrumrsid9849094 pida de endosos formalmente válidos, aun cuando el último sea en blanco.

Art. 1843.— Endoso en blanco. Si el título es endosado en blanco, el portador puede llenar el endoso con su nombre o con el de otra persona, o endosar nuevamente el título, o transmitirlo a un tercero sin llenar el endoso o sin extender uno nuevo.

Art. 1844.— Endoso en procuración. Si el endoso contiene la cláusula "en procuración" u otra similar, el endosatario puede ejercer, incluso judicialmente, todos los derechos inherentes al título valor, pero sólo puede endosarlo en procuración.

tx880Los obligados sólo pueden oponer al endosatario en procuración las excepciones que pueden ser opuestas al endosante.

La eficacia del endoso en procuración no cesa por muerte o incapacidad sobrevenida del endosante.

Art. 1845.— Endoso en garantía. Si el endoso contiene la cláusula "valor en prenda" u otra similar, el endosatario puede ejercer, incluso judicialmente, todos los derechos inherentes al título valor, pero el endoso hecho por él vale como endoso en procuración.

El deudor demandado no puede invocar contra el portador las excepciones fundadas en sus relaciones con el endosante, a menos que el portador al recibir el título lo haya hecho a sabiendas en perjuicio de aquél.

Art. 1846.— Responsabilidad. Excepto cláusula expresa, el endosante responde por el cumplimiento de la obligación incorporada.

En cualquier caso, el endosante puede excluir total o parcialmente su responsabilidad mediante cláusula expresa.

PARÁGRAFO 3°

TÍTULOS VALORES NOMINATIVOS ENDOSABLES

Art. 1847.— Régimen. Es título nominativo endosable el emitido en favor de una persona determinada, que sea transmisible por endoso y cuya transmisión produce efectos respecto al emisor y a terceros al inscribirse en el respectivo registro.

El endosatario que justifica su derecho por una serie ininterrumpida de endosos está legitimado para solicitar la inscripción de su título.

Si el emisor del título se niega a inscribir la transmisión, el endosatario puede reclamar la orden judicial correspondiente.

Art. 1848.— Reglas aplicables. Son aplicables a los títulos nominativos endosables las disposiciones compatibles de los títulos valores a la orden.

fcs0 PARБGRAFO 4Є

THTULOS VALORES NOMINATIVOS NO ENDOSABLES

Art. 1849.— Rйgimen. Es tнtulo valor nominativo no endosable el emitido a favor de una persona determinada, y cuya transmisiyn produce efectos respecto al emisor y a terceros al inscribirse en el respectivo registro.

d9849094 I. COMENTARIO

Como lo hemos expresado, autonomнa significa que cada adquisiciyn del tнtulo y, en consecuencia, del derecho a el incorporado, es independiente de las relaciones personales que ligaba al anterior poseedor con el deudor.

El principio de la autonomнa estб manifiesto en el art. 18 del dhres0 ec.-ley 5965/1963 que establece: "Las personas contra quienes se promueva acciyn..., no pueden oponer al portador las excepciones fundadas en sus relaciones personales con el librador, o con los tenedores anteriores...".

La norma es aplicable tanto a la letra como al pagarй (en este ultimo caso, en funciyn de lo preceptuado por el art. 103 del dec.-ley 5965/1963), y otra similar existe en el ordenamiento del chech.que

principio de la independencia de las n cambiaria recepta elyLa legislaci

obligaciones cambiarias, en general englobado como demoSTRATIVO DE LA AUTONOMÍA, LO CUAL NO ES ABSOLUTAMENTE CORRECTO COMO LO SEÑALA ALEGRIA.

ASÍ, EL ART. 7° ESTABLECE QUE SI EL TÍTULO CAMBIARIO "LLEVASE FIRMAS DE PERSONAS INCAPACES DE OBLIGARSE CAMBIARIAMENTE, FIRMAS FALSAS O DE PERSONAS IMAGINARIAS O FIRMAS QUE POR CUALQUIER OTRA RAZÓN NO OBLIGAN A LAS PERSONAS QUE HAN FIRMADO LA LETRA O CON EL NOMBRE DE LAS CUALES HA SIDO FIRMADA, LAS OBLIGACIONES DE LOS OTROS SUSCRIPTORES SIGUEN SIENDO, SIN EMBARGO, VÁLIDAS".

LA NORMA ES APLICABLE TANTO A LA LETRA COMO AL PAGARÉ (ART. 103, DEC.-LEY 5965/1963), Y OTRA SIMILAR EXISTE EN EL ORDENAMIENTO DEL CHEQUE.

HEMOS SEÑALADO QUE LA LITERALIDAD SE REFIERE AL CONTENIDO DEL TÍTULO VALOR Y SIGNIFICA QUE LA NATURALEZA, CALIDAD Y CONTENIDO DEL DERECHO INCORPORADO SE DELIMITAN EXCLUSIVAMENTE POR LO QUE SE MENCIONA EN EL DOCUMENTO.

LA LITERALIDAD SIGNIFICA QUE EL DEUDOR DE LA PRESTACIÓN CONSIGNADA EN EL DOCUMENTO NO PUEDE NEGARSE A SU CUMPLIMIENTO, ALEGANDO O ADUCIENDO RAZONES O EXCEPCIONES QUE NO SURJAN DEL TENOR ESCRITO EN EL PROPIO TÍTULO. A SU VEZ, LA OBLIGACIÓN CAMBIARIA NO PUEDE SURGIR MÁS QUE DEL PROPIO TENOR DOCUMENTAL, POR LO CUAL NO ES POSIBLE EXIGÍRSELE OTRA COSA QUE LA QUE SURGE DE ÉL.

COMO HEMOS DICHO, SE TRATA DE TÍTULOS FORMALES. SE HA VUELTO A UN CIERTO FORMALISMO, SIMILAR AL QUE SE IMPERABA EN EL ANTIGUO DERECHO ROMANO.

SE HA IMPUESTO ESE RÍGIDO FORMALISMO A FIN DE FACILITAR LA CIRCULACIÓN DE ESTOS TÍTULOS VALORES. SI LA DECLARACIÓN NO SE MANIFIESTA COMO LO MANDA LA LEY, NO HAY DECLARACIÓN CARTULAR. ASÍ, SE HA IMPUESTO LA FORMA ESCRITA (V.GR., NO PUEDE HABER OBLIGACIÓN CAMBIARIA VERBAL).

EL RIGOR ES AQUÍ MÁS EXAGERADO QUE EN LOS OTROS DOCUMENTOS, PORQUE EN OTROS, CUANDO NO SE CUMPLEN ALGUNAS FORMALIDADES, PODRÁ SER NULO O ANULABLE, CONVALIDARSE O SUBSANARSE POR LAS PARTES. EN CAMBIO, NO SE PUEDE HABLAR DE NULIDAD O ANULABILIDAD: DIRECTAMENTE, NO HAY DOCUMENTO CAMBIARIO.

LA COMPLETIVIDAD SIGNIFICA QUE EL TÍTULO DEBE BASTARSE A SÍ MISMO, SER AUTOSUFICIENTE Y CONTENER TODAS LAS RELACIONES Y TODOS LOS DERECHOS EMERGENTES DE ÉL. EN CONSECUENCIA, NO PUEDE HACER REFERENCIA ALGUNA A OTRO INSTRUMENTO, NI PUEDE SER MODIFICADO POR OTRO, YA QUE SOLAMENTE DEL TÍTULO SURGEN LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES CAMBIARIAS.

SE PUEDE EXIGIR QUE EL PAGO DE ESTOS TÍTULOS CONSTE EN EL PROPIO DOCUMENTO, Y EN EL CASO DE TRATARSE DE UN ENDOSANTE, SE LE PERMITE LA CANCELACIÓN DE SU ENDOSO Y DE LOS SUBSIGUIENTES.

COMO LO HEMOS MANIFESTADO, LA LEGITIMACIÓN PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO MENCIONADO EN EL TÍTULO, SE CONSIDERA HABILITACIÓN PARA EXIGIR EL CUMPLIMIENTO DE LOS DERECHOS INCORPORADOS O PARA TRANSMITIR LEGÍTIMAMENTE EL DOCUMENTO, DE MODO TAL QUE, PARA EJERCER EL O LOS DERECHOS EMERGENTES DEL TÍTULO, NO ES NECESARIA LA PRUEBA DE SER EL PROPIETARIO DE DICHO DOCUMENTO Y EL EFECTIVO TITULAR DE LOS PRECITADOS DERECHOS.

TANTO LA LETRA COMO EL PAGARÉ Y EL CHEQUE TIENE LA MISMA FORMA DE CIRCULACIÓN, AUNQUE REGULADA POR DOS ORDENAMIENTOS INDISTINTOS.

DICHOS TÍTULOS SON TRANSMISIBLES POR UN ACTO DE NATURALEZA CAMBIARIA, DE CARÁCTER INCONDICIONAL, QUE COMO SE REFIEREN A UNA COSA NO PUEDE SER PARCIAL, DENOMINADO ENDOSO, QUE DEBE MATERIALIZARSE EN EL DOCUMENTO O EN SU PROLONGACIÓN, SEA EN BLANCO O A LA ORDEN DE DETERMINADA PERSONA, CUYA REALIZACIÓN IMPORTA CONVERTIR AL ENDOSANTE EN GARANTE DEL PAGO, SALVO CLÁUSULA EN CONTRARIO, Y LEGITIMA AL PORTADOR PARA EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS CAMBIARIOS SI ES DE BUENA FE, AUNQUE EL TÍTULO HUBIERE SIDO ROBADO O PERDIDO.

A SU VEZ, PESE A LA DIVERSIDAD DE ORDENAMIENTOS, TODOS ELLOS, CUANDO SON LIBRADOS "NO A LA ORDEN" PUEDEN SER TRANSMITIDOS CON LOS EFECTOS DE LA CESIÓN ORDINARIA. POR SU PARTE, SIMILARES EFECTOS TIENE LA PROHIBICIÓN DE UN NUEVO ENDOSO, PESE A LA DUALIDAD LEGISLATIVA.

CONSISTE EN LA DESVINCULACIÓN DEL DOCUMENTO RESPECTO DE LA RELACIÓN CAUSAL: CARECE DE IMPORTANCIA QUE EXISTA O NO CAUSA EN ORDEN A LA RELACIÓN CARTULAR, O QUE DICHA CAUSA SEA O NO MENCIONADA EN EL TEXTO DEL DOCUMENTO. YA TUVE OPORTUNIDAD DE REFERIRME A ESTE ASPECTO, ACLARANDO QUE LA FINALIDAD ESENCIAL DE LA ABSTRACCIÓN SE TRADUCE EN LA PROTECCIÓN A LA CIRCULACIÓN.

EN EL ORDENAMIENTO DEL CHEQUE EXISTEN DISPOSICIONES SIMILARES.

TODOS LOS QUE INTERVIENEN EN LA CIRCULACIÓN DE LOS TÍTULOS QUEDAN SOLIDARIAMENTE OBLIGADOS RESPECTO DEL PORTADOR, AUNQUE LA INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN SÓLO OPERA EN CONTRA DE QUIEN REALIZA EL ACTO INTERRUPTIVO, A DIFERENCIA DE LO QUE OCURRE EN MATERIA CIVIL.

HA DICHO FONTANARROSA QUE "A DIFERENCIA DE LO QUE OCURRE EN EL DERECHO CIVIL, EN EL QUE EL VÍNCULO SOLIDARIO SE EXTINGUE EN LAS RELACIONES ENTRE LOS DIVERSOS COOBLIGADOS, EN EL DERECHO CAMBIARIO SÓLO SE EXTINGUE DICHO VÍNCULO CUANDO PAGA EL OBLIGADO PRINCIPAL".

BAJO DISTINTAS DENOMINACIONES (NATURALEZA JURÍDICA DE LA OBLIGACIÓN CAMBIARIA, NATURALEZA JURÍDICA DE LA LETRA DE CAMBIO, FUENTE DE LA OBLIGACIÓN CAMBIARIA, ETC.), LA DOCTRINA HA REFLEXIONADO SOBRE LOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA OBLIGACIÓN EMERGENTE DE LA LETRA. EN OTRAS PALABRAS, SE HA DISCURRIDO SOBRE LA EXPLICACIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE QUIEN FIRMÓ LA LETRA PARA CON UN TERCERO CON QUIEN NUNCA TUVO RELACIÓN Y QUE AL APARECER COMO PORTADOR LEGÍTIMO DEL DOCUMENTO, PUEDE EJERCER TODOS LOS DERECHOS EMANADOS DE ÉL.

BULYGIN HA MANIFESTADO QUE EL PROBLEMA SURGE DE UNO DE LOS CARACTERES DE LA LETRA: LA ABSTRACCIÓN. EL AUTOR MANIFIESTA QUE TODAS LAS TEORÍAS QUE SE HAN ELABORADO TIENDEN, CON MAYOR O MENOR ACIERTO, A EXPLICAR CÓMO "UNA PERSONA, CUYA FIRMA APARECE EN LA LETRA DE CAMBIO, ESTÁ OBLIGADA A PAGAR SU IMPORTE, AUNQUE NUNCA HAYA TENIDO VOLUNTAD DE OBLIGARSE; VERBIGRACIA CUANDO ESTAMPÓ SU FIRMA EN UN PAPEL EN BLANCO, O CUANDO LA LETRA LE FUE ARRANCADA COMPULSIVAMENTE, SIEMPRE QUE EL QUE EXIJA EL PAGO SEA UN TENEDOR

DE BUENA FE".

A TRAVÉS DE LAS DISTINTAS POSICIONES DOCTRINARIAS, SE HA PRETENDIDO EXPLICAR EL FUNDAMENTO DE LA OBLIGACIÓN DE PAGAR (ASPECTO PASIVO) Y EL DERECHO DE EXIGIR EL COBRO (ASPECTO ACTIVO).

SE HAN ELABORADO AL RESPECTO NUMEROSAS TEORÍAS.

LAS PRIMERAS TUVIERON UN CARÁCTER NETAMENTE CONTRACTUALISTA Y HACÍAN ACTUAR UNA SERIE DE CONTRATOS (COMPRAVENTA, CESIÓN DE CRÉDITOS, DELEGACIÓN Y MANDATO) PARA EXPLICAR LA SITUACIÓN DE LOS DISTINTOS OBLIGADOS (LIBRADOR, ENDOSANTE, ACEPTANTE, ETC.). TALES ENFOQUES YA HAN SIDO SUPERADOS Y POR ELLO NO NOS DETENDREMOS AL RESPECTO.

LA CONCEPCIÓN TRADICIONAL QUEDÓ SUPERADA CON EL APORTE DE KARL EINERT, QUIEN EN SU CELEBRE OBRA "EL DERECHO DE CAMBIO SEGÚN LAS OPERACIONES DE CAMBIO EN EL SIGLO XIX", DICE: A) LA LETRA ES EL PAPEL MONEDA DE LOS COMERCIANTES, QUIENES EN ESE SENTIDO ACTÚAN IGUAL QUE EL ESTADO, SIN NINGUNA RESERVA NI POSIBILIDAD DE IMPUGNAR EL VALOR; B) EL TÍTULO NO ES UN SIMPLE DOCUMENTO PROBATORIO, ES EL PORTADOR DE LA PROMESA IRREVOCABLE; C) LA LETRA DE CAMBIO OPERA SEPARADAMENTE RESPECTO DE LA RELACIÓN FUNDAMENTAL; D) LA OBLIGACIÓN CAMBIARIA TIENE SU FUNDAMENTO EN UNA PROMESA UNILATERAL DIRIGIDA AL PÚBLICO.

ESTA 7DOCTRINA CONSTITUYÓ UN DECISIVO IMPULSO PARA EL PROGRESO DE LA LEGISLACIÓN CAMBIARIA.

SIGUIENDO IGUALES RUMBOS, UN IMPORTANTE SECTOR DE LA DOCTRINA ITALIANA (ROCCO, NAVARRINI, MESSINEO, ETC.) PERFECCIONÓ LA TEORÍA DE LA VOLUNTAD UNILATERAL. MEDIANTE ELLA SE SOSTIENE QUE EL LIBRADOR ASUME POR SU SOLA VOLUNTAD EL COMPROMISO DE PAGAR EL TÍTULO VALOR DESTINADO A CIRCULAR, NO A LA PERSONA DETERMINADA, SINO DETERMINABLE; ESTO ES, A QUIEN AL VENCIMIENTO APAREZCA COMO PORTADOR LEGÍTIMO.

YADAROLA MANIFIESTA QUE LA TEORÍA DE LA VOLUNTAD UNILATERAL EXPLICA SIN DUDA CON BASTANTE CLARIDAD LA OBLIGACIÓN DIRECTA DEL LIBRADOR CAMBIARIO RESPECTO DE CUALQUIER TERCERO TENEDOR DE BUENA FE O, LO QUE ES LO MISMO, EL DERECHO ORIGINARIO DEL PORTADOR FRENTE AL DEUDOR CON QUIEN NUNCA TUVO RELACIÓN.

ESTA DOCTRINA TIENE NUMEROSOS ADEPTOS PORQUE EXPLICA SATISFACTORIAMENTE EL ASPECTO PASIVO DE LA RELACIÓN CAMBIARIA. SIN EMBARGO, HA SIDO TACHADA DE INSUFICIENTE AL NO COMPRENDER TODOS LOS SUPUESTOS FACTIBLES. EN EFECTO, EXIGE LA EXISTENCIA DE LA VOLUNTAD DE OBLIGARSE CAMBIARIAMENTE, LA CUAL MUCHAS VECES PUEDE NO HABER EXISTIDO (COMO EN EL CASO DEL TÍTULO CONFECCIONADO EN BROMA O POR ERROR), SIN QUE POR ESO QUEDE AFECTADA LA EFICACIA DE LA OBLIGACIÓN CAMBIARIA.

LA TEORÍA DE LA APARIENCIA DESARROLLADA POR JACOBI, BOLAFFIO Y MOSSA ENTRE OTROS, NIEGA TODO VALOR O SIGNIFICACIÓN A LA VOLUNTAD EN LA CREACIÓN DE LA LETRA. ENCUENTRA LA FUENTE DE LA OBLIGACIÓN CAMBIARIA EN LA APARIENCIAS JURÍDICA DE UNA DECLARACIÓN VÁLIDA DE VOLUNTAD. LA CONFIANZA QUE SUSCITA EL SOLO HECHO DE HABERSE CREADO UN TÍTULO CON LAS FORMAS EXIGIDAS POR LA LEY HACE QUE EL SUSCRIPTOR QUEDE OBLIGADO CAMBIARIAMENTE.

LOS PARTIDARIOS DE ESTA TEORÍA SOSTIENEN QUE EL LEGISLADOR PROTEGE EL SENTIMIENTO COLECTIVO DE SEGURIDAD QUE DEBE ACOMPAÑAR A LAS RELACIONES CAMBIARIAS, A FIN DE QUE SE DESENVUELVAN DE CONFORMIDAD CON LOS INTERESES DEL TRÁFICO MODERNO. DE AHÍ QUE EL DEUDOR NO PUEDE INVOCAR ALGO CONTRARIO A LA VOLUNTAD APARENTE EMERGENTE DE LA LITERALIDAD DEL TÍTULO.

EN DEFINITIVA, LOS DOS FUNDAMENTOS EN QUE SE BASA ESTA TEORÍA SON: LA PRESCINDENCIA DE LA VOLUNTAD DE OBLIGARSE EN EL ACTO DE FIRMAR EL TÍTULO, Y LA FUERZA CREADORA QUE SE ACUERDA A LA APARIENCIA EMERGENTE DEL TÍTULO, EN ARAS DE LA PROTECCIÓN DE LOS TERCEROS.

QUIEN HA LIBRADO UNA LETRA, RESPONDE POR LA MISMA POR EL HECHO DE HABER CREADO EL TÍTULO, CON ABSTRACCIÓN DE SU VOLUNTAD ESPECÍFICA DE OBLIGARSE EN ESE CASO CONCRETO.

LA TEORÍA DE LA APARIENCIA JURÍDICA EXPLICA SATISFACTORIAMENTE EL ASPECTO ACTIVO DE LA RELACIÓN CAMBIARIA; EL TERCERO GOZA DE UN DERECHO INSENSIBLE A LAS EXCEPCIONES RELATIVAS A LOS POSEEDORES PRECEDENTES, EN VIRTUD DE LA CONFIANZA QUE MERECE EL TÍTULO COMO TAL.

YADAROLA SEÑALA LOS DEFECTOS DE LAS DOS PRINCIPALES TEORÍAS VIGENTES: LA DE LA VOLUNTAD UNILATERAL Y LA DE LA APARIENCIA.

DICHO AUTOR EXPRESA QUE, CUANDO AFIRMAMOS QUE LA VOLUNTAD NO CUMPLE NINGÚN ROL EN EL NACIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN, NOS REFERIMOS, NATURALMENTE, A LA VOLUNTAD DIRIGIDA A CREAR UNA OBLIGACIÓN; RECONOCIENDO, EN CAMBIO, UNA EXIGENCIA MÍNIMA DE VOLUNTAD —NO OBLIGACIONAL NI NEGOCIAL— QUE SE CONCRETA EN LA DE PONER LA FIRMA: LA SUSCRIPCIÓN DEBE SER PRODUCTO DE UN ACTO CONSCIENTE, ES DECIR, HAY QUE TENER CONCIENCIA DE QUÉ SE FIRMA AUNQUE SE IGNOREN LOS EFECTOS JURÍ505DICOS QUE RESULTARAN DE ESA FIRMA O SE DESCONOZCA LO QUE SE HA FIRMADO. TODO LOS EFECTOS JURÍDICOS DE LA OBLIGACIÓN CAMBIARIA NACEN A CONSECUENCIA DE ESE ACTO DE VOLUNTAD, SON EL RESULTADO DE UN HECHO JURÍDICO VOLUNTARIO; ESTE HECHO ES EL QUE HA DADO NACIMIENTO A LA DECLARACIÓN CAMBIARIA, Y COMO ESTA DECLARACIÓN ES SUFICIENTE PARA QUE EXISTA LA OBLIGACIÓN, CONSECUENTEMENTE, EN ELLA ESTÁ LA FUENTE DE OBLIGACIÓN CAMBIARIA.

YADAROLA DICE QUE LA OBLIGACIÓN CAMBIARIA NACE EN VIRTUD DEL ACTO VOLUNTARIO DEL OBLIGADO, POR EL CUAL CREA LA LETRA O FACILITA SU CREACIÓN (CASO DE LA FIRMA EN BLANCO), SIN NECESIDAD DE QUE SU INTENCIÓN SE HAYA DIRIGIDO A CREAR UN VÍNCULO OBLIGATORIO; TODO CON LA ÚNICA CONDICIÓN DE QUE UN TERCERO ESTÉ EN APTITUD DE EXIGIR EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN. ESTO ES LÓGICO, PUESTO QUE NO EXISTE OBLIGACIÓN CAMBIARIA MÁS QUE A PARTIR DEL INSTANTE EN QUE LA LETRA HA SALIDO, POR CUALQUIER MEDIO, DEL PODER DEL LIBRADOR.

LA SOLUCIÓN A QUE SE LLEGA EN EL ESTUDIO DEL PROBLEMA DE LA FUENTE DE LA OBLIGACIÓN CAMBIARIA, EXPLICA SATISFACTORIAMENTE TODOS LOS CASOS QUE HAN DADO NACIMIENTO A LA LETRA: CUANDO SE LA HA SUSCRIPTO PARA UTILIZARLA COMO MODELO EN LA ENSEÑANZA, LA CREACIÓN ES EL PRODUCTO DE UN HECHO VOLUNTARIO

DEL LIBRADOR, LO MISMO QUE CUANDO SE SUSCRIBE POR BROMA O SE FIRMA POR ERROR, EN LA CREENCIA DE QUE SE SUSCRIBE UNA SIMPLE MISIVA, O A BASE DEL DOLO DEL QUE OBTIENE LA FIRMA.

SECCIÓN 2ª

TÍTULOS VALORES CARTULARES

POR IGNACIO A. ESCUTI[*]

ART. 1830.— NECESIDAD. LOS TÍTULOS VALORES CARTULARES SON NECESARIOS PARA LA CREACIÓN, TRANSMISIÓN, MODIFICACIÓN Y EJERCICIO DEL DERECHO INCORPORADO.

ART. 1831.— LITERALIDAD. EL TENOR LITERAL DEL DOCUMENTO DETERMINA EL ALCANCE Y LAS MODALIDADES DE LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES CONSIGNADAS EN ÉL, O EN SU HOJA DE PROLONGACIÓN.

ART. 1832.— ALTERACIONES. EN CASO DE ALTERACIÓN DEL TEXTO DE UN TÍTULO VALOR CARTULAR, LOS FIRMANTES POSTERIORES QUEDAN OBLIGADOS EN LOS TÉRMINOS DEL TEXTO ALTERADO; LOS FIRMANTES ANTERIORES ESTÁN OBLIGADOS EN LOS TÉRMINOS DEL TEXTO ORIGINAL.

SI NO RESULTA DEL TÍTULO VALOR O NO SE DEMUESTRA QUE LA FIRMA FUE PUESTA DESPUÉS DE LA ALTERACIÓN, SE PRESUME QUE HA SIDO PUESTA ANTES.

ART. 1833.— REQUISITOS. CONTENIDO MÍNIMO. CUANDO POR LEY O POR DISPOSICIÓN DEL CREADOR, EL TÍTULO VALOR DEBE INCLUIR UN CONTENIDO PARTICULAR CON CARÁCTER ESENCIAL, NO PRODUCE EFECTO CUANDO NO CONTIENE ESAS ENUNCIACIONES.

EL TÍTULO VALOR EN EL QUE SE OMITEN LAS REFERIDAS MENCIONES AL TIEMPO DE SU CREACIÓN, PUEDE SER COMPLETADO HASTA LA FECHA EN QUE DEBE CUMPLIRSE LA PRESTACIÓN, EXCEPTO DISPOSICIÓN EN CONTRARIO.

ART. 1834.— APLICACIÓN SUBSIDIARIA. LAS NORMAS DE ESTA SECCIÓN:

bA) SE APLICAN EN SUBSIDIO DE LAS ESPECIALES QUE RI 1s GEN PARA TÍTULOS VALORES DETERMINADOS;

B) NO SE APLICAN CUANDO LEYES ESPECIALES ASÍ LO DISPONEN, INCLUSO EN CUANTO ELLAS SE REFIEREN A LA OBLIGATORIEDAD DE ALGUNA FORMA DE CREACIÓN O CIRCULACIÓN DE LOS TÍTULOS VALORES O DE CLASES DE ELLOS.

Art. 1835.— Tнtulos impropios y documentos de legitimaciyn. Las disposiciones de este Capнtulo no se aplican a los documentos, boletos, contrasecas, fichas u otros comprobantes que sirven exclusivamente para identificar a quien tiene derecho a exigir la prestaciyn que en ellos se expresa o a que ellos dan lugar, o a permitir la transferencia del derecho sin la observancia de las formas propias de la cesiyn.

Art. 1836.— Desmaterializaciyn e ingreso en sistemas de anotaciones en cuenta. Los tнtulos valores tipificados legalmente como cartulares tambiйn pueden emitirse como no cartulares, para su ingreso y circulaciyn en una caja de valores o un sistema autorizado de compensaciyn bancaria o de anotaciones en cuenta.

Los tнtulos valores emitidos efectivamente como cartulares pueden ingresarse a alguno de estos sistemas, conforme con sus reglamentos, momento a partir del cual las transferencias, gravбmenes reales o personales y pago tienen efecto o se cumplen por las anotaciones en cuenta pertinentes.

PARЬGRAFO 1є

TнTULOS VALORES AL PORTADOR

Art. 1837.— Concepto. Es tнtulo valor al portador, aunque no tenga clбusula expresa en tal sentido, aquel que no ha sido emitido en favor de sujeto determinado, o de otro modo indicada una ley de circulaciyn diferente.

La transferencia de un tнtulo valor al portador se produce con la tradiciyn del tнtulo.

PARЬGRAFO 2є

TнTULOS VALORES A LA ORDEN

Art. 1838.— Tipificaciyn. Es tнtulo valor a la =orden el creado a favor de persona determinada. Sin necesidad de indicaciyn especial, el tнtulo valor a la orden se transfiere mediante endoso.

Si el creador del titulo valor incorpora la clбusula "no a la orden" o equivalentes, la transferencia del titulo valor debe hacerse conforme con las reglas de la cesiyn de derechos, y tiene los

efectos propios de la cesiyn.

Art. 1839.— Endoso. El endoso debe constar en el tнtulo o en hoja de prolongaciyn debidamente adherida e identificada y ser firmado por el endosante. Es vбlido el endoso aun sin menciyn del endosatario, o con la indicaciyn "al portador".

El endoso al portador tiene los efectos del endoso en blanco. El endoso puede hacerse al creador del tнtulo valor o a cualquier otro obligado, quienes pueden endosar nuevamente el tнtulo valor.

Art. 1840.— Condiciyn y endoso parcial. Cualquier condiciyn puesta al endoso se tiene por no escrita. Es nulo el endoso parcial.

Art. 1841.— Tiempo del endoso. El endoso puede ser efectuado en cualquier tiempo antes del vencimiento. El endoso sin fecha se presume efectuado antes del vencimiento.

El endoso posterior al vencimiento produce los efectos de una cesiyn de derechos.

Art. 1842.— Legitimaciyn. El portador de un tнtulo a la orden queda legitimado para el ejercicio del derecho en йl incorporado, por una serie no interrumpida de endosos formalmente vбlidos, aun cuando el ъltimo sea en blanco.

Art. 1843.— Endoso en blanco. Si el tнtulo es endosado en blanco, el portador puede llenar el endoso con su nombre o con el de otra persona, o endosar nuevamente el tнtulo, o transmitirlo a un tercero sin llenar el endoso o sin extender uno nuevo.

Art. 1844.— Endoso en procuraciyn. Si el endoso contiene la clбusula "en procuraciyn" u otra similar, el endosatario puede ejercer, incluso judicialmente, todos los derechos inherentes al tнtulo valor, pero sylo puede endosarlo en procuraciyn.

Los obligados sylo pueden oponer al endosatario en procuraciyn las excepciones que pueden ser opuestas al endosante.

La eficacia del endoso en procuraciyn no cesa por muerte o incapacidad sobrevenida del endosante.

Art. 1845.— Endoso en garantнa. Si el endoso contiene la clбusula "valor en prenda" u otra similar, el endosatario puede ejercer, incluso judicialmente, todos los derechos inherentes al tнtulo valor, pero el endoso hecho por йl vale como endoso en procuraciyn.

El deudor demandado no puede invocar contra el portador las excepciones fundadas en sus relaciones con el endosante, a menos que el portador al recibir el tнtulo lo haya hecho a sabiendas en perjuicio de aquйl.

Art. 1846.— Responsabilidad. Excepto clбusula expresa, el endosante responde por el cumplimiento de la obligaciyn incorporada.

En cualquier caso, el endosante puede excluir total o parcialmente su responsabilidad mediante clбusula expresa.

Parбgrafo 3є

Tнtulos valores nominativos endosables

Art. 1847.— Rйgimen. Es tнtulo nominativo endosable el emitido en favor de una persona determinada, que sea transmisible por endoso y cuya transmisiyn produce efectos respecto al emisor y a terceros al inscribirse en el respectivo registro.

El endosatario que justifica su derecho por una s49 erie ininterrumpida de endosos estб legitimado para solicitar la inscripciyn de su tнtulo.

Si el emisor del tнtulo se niega a inscribir la transmisiyn, el endosatario puede reclamar la orden judicial correspondiente.

Art. 1848.— Reglas aplicables. Son aplicables a los tнtulos nominativos endosables las disposiciones compatibles de los tнtulos valores a la orden.

Parбgrafo 4є

Tнtulos valores nominativos no endosables

Art. 1849.— Rйgimen. Es tнtulo valor nominativo no endosable el emitido a favor de una persona determinada, y cuya transmisiyn produce efectos respecto al emisor y a terceros al inscribirse en el respectivo registro.

I. Comentario

s0 Como lo hemos expresado, autonomнa significa que cada adqu*ISICIÓN DEL TÍTULO Y, EN CONSECUENCIA, DEL DERECHO A EL INCORPORADO, ES INDEPENDIENTE DE LAS RELACIONES PERSONALES QUE LIGABA AL ANTERIOR POSEEDOR CON EL DEUDOR.*

EL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA ESTÁ MANIFIESTO EN EL ART. 18 DEL DEC.-LEY 5965/1963 QUE ESTABLECE: "LAS PERSONAS CONTRA QUIENES SE PROMUEVA ACCIÓN..., NO PUEDEN OPONER AL PORTADOR LAS EXCEPCIONES FUNDADAS EN SUS RELACIONES PERSONALES CON EL LIBRADOR, O CON LOS TENEDORES ANTERIORES...".

LA NORMA ES APLICABLE TANTO A LA LETRA COMO AL PAGARÉ (EN ESTE ULTIMO CASO, EN FUNCIÓN DE LO PRECEPTUADO POR EL ART. 103 DEL DEC.-LEY 5965/1963), Y OTRA SIMILAR EXISTE EN EL ORDENAMIENTO DEL CHEQUE.

LA LEGISLACIÓN CAMBIARIA RECEPTA EL PRINCIPIO DE LA INDEPENDENCIA DE LAS OBLIGACIONES CAMBIARIAS, EN GENERAL ENGLOBADO COMO DEMOSTRATIVO DE LA AUTONOMÍA, LO CUAL NO ES ABSOLUTAMENTE CORRECTO COMO LO SEÑALA ALEGRIA.

ASÍ, EL ART. 7° ESTABLECE QUE SI EL TÍTULO CAMBIARIO "LLEVASE FIRMAS DE PERSONAS INCAPACES DE OBLIGARSE CAMBIARIAMENTE, FIRMAS FALSAS O DE PERSONAS IMAGINARIAS O FIRMAS QUE POR CUALQUIER OTRA RAZÓN NO OBLIGAN A LAS PERSONAS QUE HAN FIRMADO LA LETRA O CON EL NOMBRE DE LAS CUALES HA SIDO FIRMADA, LAS OBLIGACIONES DE LOS OTROS SUSCRIPTORES SIGUEN SIENDO, SIN EMBARGO, VÁLIDAS".

LA NORMA ES APLICABLE TANTO A LA LETRA COMO AL PAGARÉ (ART. 103, DEC.-LEY 5965/1963), Y OTRA SIMILAR EXISTE EN EL ORDENAMIENTO DEL CHEQUE.

HEMOS SEÑALADO QUE LA LITERALIDAD SE REFIERE AL CONTENIDO DEL TÍTULO VALOR Y SIGNIFICA QUE LA NATURALEZA, CALIDAD Y CONTENIDO DEL DERECHO INCORPORADO SE DELIMITAN EXCLUSIVAMENTE POR LO QUE SE MENCIONA EN EL DOCUMENTO.

LA LITERALIDAD SIGNIFICA QUE EL DEUDOR DE LA PRESTACIÓN CONSIGNADA EN EL DOCUMENTO NO PUEDE NEGARSE A SU CUMPLIMIENTO, ALEGANDO O ADUCIENDO RAZONES O EXCEPCIONES QUE NO SURJAN DEL TENOR ESCRITO EN EL PROPIO TÍTULO. A SU VEZ, LA OBLIGACIÓN CAMBIARIA NO PUEDE SURGIR MÁS QUE DEL PROPIO TENOR DOCUMENTAL, POR LO CUAL NO ES POSIBLE EXIGÍRSELE OTRA COSA QUE LA QUE SURGE DE ÉL.

COMO HEMOS DICHO, SE TRATA DE TÍTULOS FORMALES. SE HA VUELTO A UN CIERTO FORMALISMO, SIMILAR AL QUE SE IMPERABA EN EL ANTIGUO DERECHO ROMANO.

SE HA IMPUESTO ESE RÍGIDO FORMALISMO A FIN DE FACILITAR LA CIRCULACIÓN DE ESTOS TÍTULOS VALORES. SI LA DECLARACIÓN NO SE MANIFIESTA COMO LO MANDA LA LEY, NO HAY DECLARACIÓN CARTULAR. ASÍ, SE HA IMPUESTO LA FORMA ESCRITA (V.GR., NO PUEDE HABER OBLIGACIÓN CAMBIARIA VERBAL).

EL RIGOR ES AQUÍ MÁS EXAGERADO QUE EN LOS OTROS DOCUMENTOS, PORQUE EN OTROS, CUANDO NO SE CUMPLEN ALGUNAS FORMALIDADES, PODRÁ SER NULO O ANULABLE, CONVALIDARSE O SUBSANARSE POR LAS PARTES. EN CAMBIO, NO SE PUEDE HABLAR DE NULIDAD O ANULABILIDAD: DIRECTAMENTE, NO HAY DOCUMENTO CAMBIARIO.

LA COMPLETIVIDAD SIGNIFICA QUE EL TÍTULO DEBE BASTARSE A SÍ MISMO, SER AUTOSUFICIENTE Y CONTENER TODAS LAS RELACIONES Y TODOS LOS DERECHOS EMERGENTES DE ÉL. EN CONSECUENCIA, NO PUEDE HACER REFERENCIA ALGUNA A OTRO INSTRUMENTO, NI PUEDE SER MODIFICADO POR OTRO, YA QUE SOLAMENTE DEL TÍTULO SURGEN LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES CAMBIARIAS.

SE PUEDE EXIGIR QUE EL PAGO DE ESTOS TÍTULOS CONSTE EN EL PROPIO DOCUMENTO, Y EN EL CASO DE TRATARSE DE UN ENDOSANTE, SE LE PERMITE LA CANCELACIÓN DE SU ENDOSO Y DE LOS SUBSIGUIENTES.

COMO LO HEMOS MANIFESTADO, LA LEGITIMACIÓN PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO MENCIONADO EN EL TÍTULO, SE CONSIDERA HABILITACIÓN PARA EXIGIR EL CUMPLIMIENTO DE LOS DERECHOS INCORPORADOS O PARA TRANSMITIR LEGÍTIMAMENTE EL DOCUMENTO, DE MODO TAL QUE, PARA EJERCER EL O LOS DESRSID9849094 RECHOS EMERGENTES DEL TÍTULO, NO ES NECESARIA LA PRUEBA DE SER EL PROPIETARIO DE DICHO DOCUMENTO Y EL EFECTIVO TITULAR DE LOS PRECITADOS DERECHOS.

TANTO LA LETRA COMO EL PAGARÉ Y EL CHEQUE TIENE LA MISMA FORMA DE CIRCULACIÓN, AUNQUE REGULADA POR DOS ORDENAMIENTOS INDISTINTOS.

DICHOS TÍTULOS SON TRANSMISIBLES POR UN ACTO DE NATURALEZA CAMBIARIA, DE CARÁCTER INCONDICIONAL, QUE COMO SE REFIEREN A UNA COSA NO PUEDE SER PARCIAL, DENOMINADO ENDOSO, QUE DEBE MATERIALIZARSE EN EL DOCUMENTO O EN SU PROLONGACIÓN, SEA EN BLANCO O A LA ORDEN DE DETERMINADA PERSONA, CUYA REALIZACIÓN IMPORTA CONVERTIR AL ENDOSANTE EN GARANTE DEL PAGO, SALVO CLÁUSULA EN CONTRARIO, Y LEGITIMA AL PORTADOR PARA EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS CAMBIARIOS SI ES DE BUENA FE, AUNQUE EL TÍTULO HUBIERE SIDO ROBADO O PERDIDO.

A SU VEZ, PESE A LA DIVERSIDAD DE ORDENAMIENTOS, TODOS ELLOS, CUANDO SON LIBRADOS "NO A LA ORDEN" PUEDEN SER TRANSMITIDOS CON LOS EFECTOS DE LA CESIÓN ORDINARIA. POR SU PARTE, SIMILARES EFECTOS TIENE LA PROHIBICIÓN DE UN NUEVO ENDOSO, PESE A LA DUALIDAD LEGISLATIVA.

CONSISTE EN LA DESVINCULACIÓN DEL DOCUMENTO RESPECTO DE LA RELACIÓN CAUSAL: CARECE DE IMPORTANCIA QUE EXISTA O NO CAUSA EN ORDEN A LA RELACIÓN CARTULAR, O QUE DICHA CAUSA SEA O NO MENCIONADA EN EL TEXTO DEL DOCUMENTO. YA TUVE OPORTUNIDAD DE REFERIRME A ESTE ASPECTO, ACLARANDO QUE LA FINALIDAD ESENCIAL DE LA ABSTRACCIÓN SE TRADUCE EN LA PROTECCIÓN A LA CIRCULACIÓN.

EN EL ORDENAMIENTO DEL CHEQUE EXISTEN DISPOSICIONES SIMILARES.

TODOS LOS QUE INTERVIENEN EN LA CIRCULACIÓN DE LOS TÍTULOS QUEDAN SOLIDARIAMENTE OBLIGADOS RESPECTO DEL PORTADOR, AUNQUE LA INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN SÓLO OPERA EN CONTRA DE QUIEN REALIZA EL ACTO INTERRUPTIVO, A DIFERENCIA DE LO QUE OCURRE EN MATERIA CIVIL.

HA DICHO FONTANARROSA QUE "A DIFERENCIA DE LO QUE OCURRE EN EL DERECHO CIVIL, EN EL QUE EL VÍNCULO SOLIDARIO SE EXTINGUE EN LAS RELACIONES ENTRE LOS DIVERSOS COOBLIGADOS, EN EL DERECHO CAMBIARIO SÓLO SE EXTINGUE DICHO VÍNCULO CUANDO PAGA EL OBLIGADO PRINCIPAL".

BAJO DISTINTAS DENOMINACIONES (NATURALEZA JURÍDICA DE LA OBLIGACIÓN CAMBIARIA, NATURALEZA JURÍDICA DE LA LETRA DE CAMBIO, FUENTE DE LA OBLIGACIÓN CAMBIARIA, ETC.), LA DOCTRINA HA REFLEXIONADO SOBRE LOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA OBLIGACIÓN EMERGENTE DE LA LETRA. EN OTRAS PALABRAS, SE HA DISCURRIDO SOBRE LA EXPLICACIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE QUIEN FIRMÓ LA LETRA PARA CON

UN TERCERO CON QUIEN NUNCA TUVO RELACIÓN Y QUE AL APARECER COMO PORTADOR LEGÍTIMO DEL DOCUMENTO, PUEDE EJERCER TODOS LOS DERECHOS EMANADOS DE ÉL.

BULYGIN HA MANIFESTADO QUE EL PROBLEMA SURGE DE UNO DE LOS CA7RACTERES DE LA LETRA: LA ABSTRACCIÓN. EL AUTOR MANIFIESTA QUE TODAS LAS TEORÍAS QUE SE HAN ELABORADO TIENDEN, CON MAYOR O MENOR ACIERTO, A EXPLICAR CÓMO "UNA PERSONA, CUYA FIRMA APARECE EN LA LETRA DE CAMBIO, ESTÁ OBLIGADA A PAGAR SU IMPORTE, AUNQUE NUNCA HAYA TENIDO VOLUNTAD DE OBLIGARSE; VERBIGRACIA CUANDO ESTAMPÓ SU FIRMA EN UN PAPEL EN BLANCO, O CUANDO LA LETRA LE FUE ARRANCADA COMPULSIVAMENTE, SIEMPRE QUE EL QUE EXIJA EL PAGO SEA UN TENEDOR DE BUENA FE".

A TRAVÉS DE LAS DISTINTAS POSICIONES DOCTRINARIAS, SE HA PRETENDIDO EXPLICAR EL FUNDAMENTO DE LA OBLIGACIÓN DE PAGAR (ASPECTO PASIVO) Y EL DERECHO DE EXIGIR EL COBRO (ASPECTO ACTIVO).

SE HAN ELABORADO AL RESPECTO NUMEROSAS TEORÍAS.

LAS PRIMERAS TUVIERON UN CARÁCTER NETAMENTE CONTRACTUALISTA Y HACÍAN ACTUAR UNA SERIE DE CONTRATOS (COMPRAVENTA, CESIÓN DE CRÉDITOS, DELEGACIÓN Y MANDATO) PARA EXPLICAR LA SITUACIÓN DE LOS DISTINTOS OBLIGADOS (LIBRADOR, ENDOSANTE, ACEPTANTE, ETC.). TALES ENFOQUES YA HAN SIDO SUPERADOS Y POR ELLO NO NOS DETENDREMOS AL RESPECTO.

LA CONCEPCIÓN TRADICIONAL QUEDÓ SUPERADA CON EL APORTE DE KARL EINERT, QUIEN EN SU CELEBRE OBRA "EL DERECHO DE CAMBIO SEGÚN LAS OPERACIONES DE CAMBIO EN EL SIGLO XIX", DICE: A) LA LETRA ES EL PAPEL MONEDA DE LOS COMERCIANTES, QUIENES EN ESE SENTIDO ACTÚAN IGUAL QUE EL ESTADO, SIN NINGUNA RESERVA NI POSIBILIDAD DE IMPUGNAR EL VALOR; B) EL TÍTULO NO ES UN SIMPLE DOCUMENTO PROBATORIO, ES EL PORTADOR DE LA PROMESA IRREVOCABLE; C) LA LETRA DE CAMBIO OPERA SEPARADAMENTE RESPECTO DE LA RELACIÓN FUNDAMENTAL; D) LA OBLIGACIÓN CAMBIARIA TIENE SU FUNDAMENTO EN UNA PROMESA UNILATERAL DIRIGIDA AL PÚBLICO.

ESTA DOCTRINA CONSTITUYÓ UN DECISIVO IMPULSO PARA EL PROGRESO DE LA LEGISLACIÓN CAMBIARIA.

SIGUIENDO IGUALES RUMBOS, UN IMPORTANTE SECTOR DE LA DOCTRINA ITALIANA (ROCCO, NAVARRINI, MESSINEO, ETC.) PERFECCIONÓ LA TEORÍA DE LA VOLUNTAD UNILATERAL. MEDIANTE ELLA SE SOSTIENE QUE EL LIBRADOR ASUME POR SU SOLA VOLUNTAD EL COMPROMISO DE PAGAR EL TÍTULO VALOR DESTINADO A CIRCULAR, NO A LA PERSONA DETERMINADA, SINO DETERMINABLE; ESTO ES, A QUIEN AL VENCIMIENTO APAREZCA COMO PORTADOR LEGÍTIMO.

YADAROLA MANIFIESTA QUE LA TEORÍA DE LA VOLUNTAD UNILATERAL EXPLICA SIN DUDA CON BASTANTE CLARIDAD LA OBLIGACIÓN DIRECTA DEL LIBRADOR CAMBIARIO RESPECTO DE CUALQUIER TERCERO TENEDOR DE BUENA FE O, LO QUE ES LO MISMO, EL DERECHO ORIGINARIO DEL PORTADOR FRENTE AL DEUDOR CON QUIEN NUNCA TUVO RELACIÓN.

ESTA DOCTRINA TIENE NUMEROSOS ADEPTOS PORQUE EXPLICA SATISFACTORIAMENTE EL ASPECTO PASIVO DE LA RELACIÓN CAMBIARIA. SIN EMBARGO, HA SIDO TACHADA DE INSUFICIENTE AL NO COMPRENDER TODOS LOS SUPUESTOS FACTIBLES. EN EFECTO, EXIGE LA EXISTENCIA DE LA VOLUNTAD DE OBLIGARSE CAMBIARIAMENTE, LA CUAL MUCHAS VECES PUEDE NO HABER EXISTIDO (COMO EN EL CASO DEL TÍTULO CONFECCIONADO EN BROMA O POR ERROR), SIN QUE POR ESO QUEDE AFECTADA LA EFICACIA DE LA OBLIGACIÓN CAMBIARIA.

LA TEORÍA DE LA APARIENCIA DESARROLLADA POR JACOBI, BOLAFFIO Y MOSSA ENTRE OTROS, NIEGA TODO VALOR O SIGNIFICACIÓN A LA VOLUNTAD EN LA CREACIÓN DE LA LETRA. ENCUENTRA LA FUENTE DE LA OBLIGACIÓN CAMBIARIA EN LA APARIENCIAS JURÍDICA DE UNA DECLARACIÓN VÁLIDA DE VOLUNTAD. LA CONFIANZA QUE SUSCITA EL SOLO HECHO DE HABERSE CREADO UN TÍTULO CON LAS FORMAS EXIGIDAS POR LA LEY HACE QUE EL SUSCRIPTOR QUEDE OBLIGADO CAMBIARIAMENTE.

LOS PARTIDARIOS DE ESTA TEORÍA SOSTIENEN QUE EL LEGISLADOR PROTEGE EL SENTIMIENTO COLECTIVO DE SEGURIDAD QUE DEBE ACOMPAÑAR A LAS RELACIONES CAMBIARIAS, A FIN DE QUE SE DESENVUELVAN DE CONFORMIDAD CON LOS INTERESES DEL TRÁFICO MODERNO. DE AHÍ QUE EL DEUDOR NO PUEDE INVOCAR ALGO CONTRARIO A LA VOLUNTAD APARENTE EMERGENTE DE LA LITERAICHLIDAD DEL TÍTULO.

EN DEFINITIVA, LOS DOS FUNDAMENTOS EN QUE SE BASA ESTA TEORÍA SON: LA PRESCINDENCIA DE LA VOLUNTAD DE OBLIGARSE EN EL ACTO DE FIRMAR EL TÍTULO, Y LA FUERZA CREADORA QUE SE ACUERDA A LA APARIENCIA EMERGENTE DEL TÍTULO, EN ARAS DE LA PROTECCIÓN DE LOS TERCEROS.

QUIEN HA LIBRADO UNA LETRA, RESPONDE POR LA MISMA POR EL HECHO DE HABER CREADO EL TÍTULO, CON ABSTRACCIÓN DE SU VOLUNTAD ESPECÍFICA DE OBLIGARSE EN ESE CASO CONCRETO.

LA TEORÍA DE LA APARIENCIA JURÍDICA EXPLICA SATISFACTORIAMENTE EL ASPECTO ACTIVO DE LA RELACIÓN CAMBIARIA: EL TERCERO GOZA DE UN DERECHO INSENSIBLE A LAS EXCEPCIONES RELATIVAS A LOS POSEEDORES PRECEDENTES, EN VIRTUD DE LA CONFIANZA QUE MERECE EL TÍTULO COMO TAL.

YADAROLA SEÑALA LOS DEFECTOS DE LAS DOS PRINCIPALES TEORÍAS VIGENTES; LA DE LA VOLUNTAD UNILATERAL Y LA DE LA APARIENCIA.

DICHO AUTOR EXPRESA QUE, CUANDO AFIRMAMOS QUE LA VOLUNTAD NO CUMPLE NINGÚN ROL EN EL NACIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN, NOS REFERIMOS, NATURALMENTE, A LA VOLUNTAD DIRIGIDA A CREAR UNA OBLIGACIÓN; RECONOCIENDO, EN CAMBIO, UNA EXIGENCIA MÍNIMA DE VOLUNTAD —NO OBLIGACIONAL NI NEGOCIAL— QUE SE CONCRETA EN LA DE PONER LA FIRMA: LA SUSCRIPCIÓN DEBE SER PRODUCTO DE UN ACTO CONSCIENTE, ES DECIR, HAY QUE TENER CONCIENCIA DE QUÉ SE FIRMA AUNQUE SE IGNOREN LOS EFECTOS JURÍDICOS QUE RESULTARAN DE ESA FIRMA O SE DESCONOZCA LO QUE SE HA FIRMADO. TODO LOS EFECTOS JURÍDICOS DE LA OBLIGACIÓN CAMBIARIA NACEN A CONSECUENCIA DE ESE ACTO DE VOLUNTAD, SON EL RESULTADO DE UN HECHO JURÍDICO VOLUNTARIO; ESTE HECHO ES EL QUE HA DADO NACIMIENTO A LA DECLARACIÓN CAMBIARIA, Y COMO ESTA DECLARACIÓN ES SUFICIENTE PARA QUE EXISTA LA OBLIGACIÓN, CONSECUENTEMENTE, EN ELLA ESTÁ LA FUENTE DE OBLIGACIÓN CAMBIARIA.

YADAROLA DICE QUE LA OBLIGACIÓN CAMBIARIA NACE EN VIRTUD DEL ACTO VOLUNTARIO DEL OBLIGADO, POR EL CUAL CREA LA LETRA O FACILITA SU CREACIÓN (CASO

DE LA FIRMA EN BLANCO), SIN NECESIDAD DE QUE SU INTENCIÓN SE HAYA DIRIGIDO A CREAR UN VÍNCULO OBLIGATORIO; TODO CON LA ÚNICA CONDICIÓN DE QUE UN TERCERO ESTÉ EN APTITUD DE EXIGIR EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN. ESTO ES LÓGICO, PUESTO QUE NO EXISTE OBLIGACIÓN CAMBIARIA MÁS QUE A PARTIR DEL INSTANTE EN QUE LA LETRA HA SALIDO, POR CUALQUIER MEDIO, DEL PODER DEL LIBRADOR.

LA SOLUCIÓN A QUE SE LLEGA EN EL ESTUDIO DEL PROBLEMA DE LA FUENTE DE LA OBLIGACIÓN CAMBIARIA, EXPLICA SATISFACTORIAMENTE TODOS LOS CASOS QUE HAN DADO NACIMIENTO A LA LETRA: CUANDO SE LA HA SUSCRIPTO PARA UTILIZARLA COMO MODELO EN LA ENSEÑANZA, LA CREACIÓN ES EL PRODUCTO DE UN HECHO VOLUNTARIO DEL LIBRADOR, LO MISMO QUE CUANDO SE SUSCRIBE POR BROMA O SE FIRMA POR ERROR, EN LA CREENCIA DE QUE SE SUSCRIBE UNA SIMPLE MISIVA, O A BASE DEL DOLO DEL QUE OBTIENE LA FIRMA.

SECCIÓN 2ª

TÍTULOS VALORES CARTULARES

POR IGNACIO A. ESCUTI[*]

ART. 1830.— NECESIDAD. LOS TÍTULOS VALORES CARTULARES SON NECESARIOS PARA LA CREACIÓN, TRANSMISIÓN, MODIFICACIÓN Y EJERCICIO DEL DERECHO INCORPORADO.

ART. 1831.— LITERALIDAD. EL TENOR LITERAL DEL DOCUMENTO DETERMINA EL ALCANCE Y LAS MODALIDADES DE LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES CONSIGNADAS EN ÉL, O EN SU HOJA DE PROLONGACIÓN.

ART. 1832.— ALTERACIONES. EN CASO DE ALTERACIÓN DEL TEXTO DE UN TÍTULO VALOR CARTULAR, LOS FIRMANTES POSTERIORES QUEDAN OBLIGADOS EN LOS TÉRMINOS DEL TEXTO ALTERADO; LOS FIRMANTES ANTERIORES ESTÁN OBLIGADOS EN LOS TÉRMINOS DEL TEXTO ORIGINAL.

SI NO RESULTA DEL TÍTULO VALOR O NO SE DEMUESTRA QUE LA FIRMA FUE PUESTA DESPUÉS DE LA ALTERACIÓN, SE PRESUME QUE HA SIDO PUESTA ANTES.

AF31505ART. 1833.— REQUISITOS. CONTENIDO MÍNIMO. CUANDO POR LEY O POR DISPOSICIÓN DEL CREADOR, EL TÍTULO VALOR DEBE INCLUIR UN CONTENIDO PARTICULAR CON CARÁCTER ESENCIAL, NO PRODUCE EFECTO CUANDO NO CONTIENE ESAS =ENUNCIACIONES.

EL TÍTULO VALOR EN EL QUE SE OMITEN LAS REFERIDAS MENCIONES AL TIEMPO DE SU CREACIÓN, PUEDE SER COMPLETADO HASTA LA FECHA EN QUE DEBE CUMPLIRSE LA PRESTACIÓN, EXCEPTO DISPOSICIÓN EN CONTRARIO.

ART. 1834.— APLICACIÓN SUBSIDIARIA. LAS NORMAS DE ESTA SECCIÓN:

A) SE APLICAN EN SUBSIDIO DE LAS ESPECIALES QUE RIGEN PARA TÍTULOS VALORES DETERMINADOS;

B) NO SE APLICAN CUANDO LEYES ESPECIALES ASÍ LO DISPONEN, INCLUSO EN CUANTO ELLAS SE REFIEREN A LA OBLIGATORIEDAD DE ALGUNA FORMA DE CREACIÓN O CIRCULACIÓN DE LOS TÍTULOS VALORES O DE CLASES DE ELLOS.

ART. 1835.— TÍTULOS IMPROPIOS Y DOCUMENTOS DE LEGITIMACIÓN. LAS DISPOSICIONES DE ESTE CAPÍTULO NO SE APLICAN A LOS DOCUMENTOS, BOLETOS, CONTRASEÑAS, FICHAS U OTROS COMPROBANTES QUE SIRVEN EXCLUSIVAMENTE PARA IDENTIFICAR A QUIEN TIENE DERECHO A EXIGIR LA PRESTACIÓN QUE EN ELLOS SE EXPRESA O A QUE ELLOS DAN LUGAR, O A PERMITIR LA TRANSFERENCIA DEL DERECHO SIN LA OBSERVANCIA DE LAS FORMAS PROPIAS DE LA CESIÓN.

ART. 1836.— DESMATERIALIZACIÓN E INGRESO EN SISTEMAS DE ANOTACIONES EN CUENTA. LOS TÍTULOS VALORES TIPIFICADOS LEGALMENTE COMO CARTULARES TAMBIÉN PUEDEN EMITIRSE COMO NO CARTULARES, PARA SU INGRESO Y CIRCULACIÓN EN UNA CAJA DE VALORES O UN SISTEMA AUTORIZADO DE COMPENSACIÓN BANCARIA O DE ANOTACIONES EN CUENTA.

LOS TÍTULOS VALORES EMITIDOS EFECTIVAMENTE COMO CARTULARES PUEDEN INGRESARSE A ALGUNO DE ESTOS SISTEMAS, CONFORME CON SUS REGLAMENTOS, MOMENTO A PARTIR DEL CUAL LAS TRANSFERENCIAS, GRAVÁMENES REALES O PERSONALES Y PAGO TIENEN EFECTO O SE CUMPLEN POR LAS ANOTACIONES EN CUENTA PERTINENTES.

PARÁGRAFO 1º

TÍTULOS VALORES AL PORTADOR

ART. 1837.— CONCEPTO. ES TÍTULO VALOR AL PORTADOR, AUNQUE NO TENGA CLÁUSULA EXPRESA EN TAL SENTIDO, AQUEL QUE NO HA SIDO EMITIDO EN FAVOR DE SUJETO DE~~terminado, o de otro modo indicado una ley de~~ CIRCULACIÓN DIFERENTE.

24LA TRANSFERENCIA DE UN TÍTULO VALOR AL PORTADOR SE PRODUCE CON LA TRADICIÓN DEL TÍTULO.

PARÁGRAFO 2º

TÍTULOS VALORES A LA ORDEN

ART. 1838.— TIPIFICACIÓN. ES TÍTULO VALOR A LA ORDEN EL CREADO A FAVOR DE PERSONA DETERMINADA. SIN NECESIDAD DE INDICACIÓN ESPECIAL, EL TÍTULO VALOR A LA ORDEN SE TRANSFIERE MEDIANTE ENDOSO.

SI EL CREADOR DEL TITULO VALOR INCORPORA LA CLÁUSULA "NO A LA ORDEN" O EQUIVALENTES, LA TRANSFERENCIA DEL TITULO VALOR DEBE HACERSE CONFORME CON LAS REGLAS DE LA CESIÓN DE DERECHOS, Y TIENE LOS EFECTOS PROPIOS DE LA CESIÓN.

ART. 1839.— ENDOSO. EL ENDOSO DEBE CONSTAR EN EL TÍTULO O EN HOJA DE PROLONGACIÓN DEBIDAMENTE ADHERIDA E IDENTIFICADA Y SER FIRMADO POR EL ENDOSANTE. ES VÁLIDO EL ENDOSO AUN SIN MENCIÓN DEL ENDOSATARIO, O CON LA INDICACIÓN "AL PORTADOR".

EL ENDOSO AL PORTADOR TIENE LOS EFECTOS DEL ENDOSO EN BLANCO. EL ENDOSO PUEDE HACERSE AL CREADOR DEL TÍTULO VALOR O A CUALQUIER OTRO OBLIGADO, QUIENES PUEDEN ENDOSAR NUEVAMENTE EL TÍTULO VALOR.

ART. 1840.— CONDICIÓN Y ENDOSO PARCIAL. CUALQUIER CONDICIÓN PUESTA AL ENDOSO SE TIENE POR NO ESCRITA. ES NULO EL ENDOSO PARCIAL.

ART. 1841.— TIEMPO DEL ENDOSO. EL ENDOSO PUEDE SER EFECTUADO EN CUALQUIER TIEMPO ANTES DEL VENCIMIENTO. EL ENDOSO SIN FECHA SE PRESUME EFECTUADO ANTES DEL VENCIMIENTO.

EL ENDOSO POSTERIOR AL VENCIMIENTO PRODUCE LOS EFECTOS DE UNA CESIÓN DE DERECHOS.

ART. 1842.— LEGITIMACIÓN. EL PORTADOR DE UN TÍTULO A LA ORDEN QUEDA LEGITIMADO PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO EN ÉL INCORPORADO, POR UNA SERIE NO INTERRUMPIDA DE ENDOSOS FORMALMENTE VÁLIDOS, AUN CUANDO EL ÚLTIMO SEA EN BLANCO.

ART. 1843.— ENDOSO EN BLANCO. SI EL TÍTULO ES ENDOSADO EN BLANCO, EL PORTADOR PUEDE LLENAR EL ENDOSO CON SU NOMBRE O CON EL DE OTRA PERSONA, O ENDOSAR NUEVAMENTE EL TÍTULO, O TRANSMITIRLO A UN TERCERO SIN LLENAR EL ENDOSO O SIN EXTENDER UNO NUEVO.

ART. 1844.— ENDOSO EN PROCURACIÓN. SI EL ENDOSO CONTIENE LA CLÁUSULA "EN PROCURACIÓN" U OTRA SIMILAR, EL ENDOSATARIO PUEDE EJERCER, INCLUSO JUDICIALMENTE, TODOS LOS DERECHOS INHERENTES AL TÍTULO VALOR, PERO SÓLO PUEDE ENDOSARLO EN PROCURACIÓN.

PLAIN LOS OBLIGADOS SÓLO PUEDEN OPONER AL ENDOSATARIO EN PROCURACIÓN LAS EXCEPCIONES QUE PUEDEN SER OPUESTAS AL ENDOSANTE.

LA EFICACIA DEL ENDOSO EN PROCURACIÓN NO CESA POR MUERTE O INCAPACIDAD SOBREVENIDA DEL ENDOSANTE.

ART. 1845.— ENDOSO EN GARANTÍA. SI EL ENDOSO CONTIENE LA CLÁUSULA "VALOR EN PRENDA" U OTRA SIMILAR, EL ENDOSATARIO PUEDE EJERCER, INCLUSO JUDICIALMENTE, TODOS LOS DERECHOS INHERENTES AL TÍTULO VALOR, PERO EL ENDOSO HECHO POR ÉL VALE COMO ENDOSO EN PROCURACIÓN.

EL DEUDOR DEMANDADO NO PUEDE INVOCAR CONTRA EL PORTADOR LAS EXCEPCIONES FUNDADAS EN SUS RELACIONES CON EL ENDOSANTE, A MENOS QUE EL PORTADOR AL RECIBIR EL TÍTULO LO HAYA HECHO A SABIENDAS EN PERJUICIO DE AQUÉL.

ART. 1846.— RESPONSABILIDAD. EXCEPTO CLÁUSULA EXPRESA, EL ENDOSANTE RESPONDE POR EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN INCORPORADA.

EN CUALQUIER CASO, EL ENDOSANTE PUEDE EXCLUIR TOTAL O PARCIALMENTE SU RESPONSABILIDAD MEDIANTE CLÁUSULA EXPRESA.

PARÁGRAFO 3º

TÍTULOS VALORES NOMINATIVOS ENDOSABLES

ART. 1847.— RÉGIMEN. ES TÍTULO NOMINATIVO ENDOSABLE EL EMITIDO EN FAVOR DE UNA PERSONA DETERMINADA, QUE SEA TRANSMISIBLE POR ENDOSO Y CUYA TRANSMISIÓN

PRODUCE EFECTOS RESPECTO AL EMISOR Y A TERCEROS AL INSCRIBIRSE EN EL RESPECTIVO REGISTRO.

EL ENDOSATARIO QUE JUSTIFICA SU DERECHO POR UNA SERIE ININTERRUMPIDA DE ENDOSOS ESTÁ LEGITIMADO PARA SOLICITAR LA INSCRIPCIÓN DE SU TÍTULO.

SI EL EMISOR DEL TÍTULO SE NIEGA A INSCRIBIR LA TRANSMISIÓN, EL ENDOSATARIO PUEDE RECLAMAR LA ORDEN JUDICIAL CORRESPONDIENTE.

ART. 1848.— REGLAS APLICABLES. SON APLICABLES A LOS TÍTULOS NOMINATIVOS ENDOSABLES LAS DISPOSICIONES COMPATIBLES DE LOS TÍTULOS VALORES A LA ORDEN.

idctlparPARÁGRAFO 4º

9849094 TÍTULOS VALORES NOMINATIVOS NO ENDOSABLES

ART. 1849.— RÉGIMEN. ES TÍTULO VALOR NOMINATIVO NO ENDOSABLE EL EMITIDO A FAVOR DE UNA PERSONA DETERMINADA, Y CUYA TRANSMISIÓN PRODUCE EFECTOS RESPECTO AL EMISOR Y A TERCEROS AL INSCRIBIRSE EN EL RESPECTIVO REGISTRO.

I. COMENTARIO

COMO LO HEMOS EXPRESADO, AUTONOMÍA SIGNIFICA QUE CADA ADQUISICIÓN DEL TÍTULO Y, EN CONSECUENCIA, DEL DERECHO A EL INCORPORADO, ES INDEPENDIENTE DE LAS RELACIONES PERSONALES QUE LIGABA AL ANTERIOR POSEEDOR CON EL DEUDOR.

EL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA ESTÁ MANIFIESTO EN EL ART. 18 DEL DEC.-LEY 5965/1963 QUE ESTABLECE: "LAS PERSONAS CONTRA QUIENES SE FROMUEVA ACCIÓN..., NO PUEDEN OPONER AL PORTADOR LAS EXCEPCIONES FUNDADAS EN SUS RELACIONES PERSONALES CON EL LIBRADOR, O CON LOS TENEDORES ANTERIORES...".

LA NORMA ES APLICABLE TANTO A LA LETRA COMO AL PAGARÉ (EN ESTE ULTIMO CASO, EN FUNCIÓN DE LO PRECEPTUADO POR EL ART. 103 DEL DEC.-LEY 5965/1963), Y OTRA SIMILAR EXISTE EN EL ORDENAMIENTO DEL CHEQUE.

LA LEGISLACIÓN CAMBIARIA RECEPTA EL PRINCIPIO DE LA INDEPENDENCIA DE LAS OBLIGACIONES CAMBIARIAS, EN GENERAL ENGLOBADO COMO DEMOSTRATIVO DE LA AUTONOMÍA, LO CUAL NO ES ABSOLUTAMENTE CORRECTO COMO LO SEÑALA ALEGRIA.

ASÍ, EL ART. 7° ESTABLECE QUE SI EL TÍTULO CAMBIARIO "LLEVASE FIRMAS DE PERSONAS INCAPACES DE OBLIGARSE CAMBIARIAMENTE, FIRMAS FALSAS O DE PERSONAS IMAGINARIAS O FIRMAS QUE POR CUALQUIER OTRA RAZÓN NO OBLIGAN A LAS PERSONAS QUE HAN FIRMADO LA LETRA O CON EL NOMBRE DE LAS CUALES HA SIDO FIRMADA, LAS OBLIGACIONES DE LOS OTROS SUSCRIPTORES SIGUEN SIENDO, SIN EMBARGO, VÁLIDAS".

LA NORMA ES APLICABLE TANTO A LA LETRA COMO AL PAGARÉ (ART. 103, DEC.-LEY 5965/1963), Y OTRA SIMILAR EXISTE EN EL ORDENAMIENTO DEL CHEQUE.

HEMOS SEÑALADO QUE LA LITERALIDAD SE REFIERE AL CONTENIDO DEL TÍTULO VALOR Y SIGNIFICA QUE LA NATURALEZA, CALIDAD Y CONTENIDO DEL DERECHO INCORPORADO SE DELIMITAN EXCLUSIVAMENTE POR LO QUE SE MENCIONA EN EL DOCUMENTO.

LA LITERALIDAD SIGNIFICA QUE EL DEUDOR DE LA PRESTACIÓN CONSIGNADA EN EL DOCUMENTO NO PUEDE NEGARSE A SU CUMPLIMIENTO, ALEGANDO O ADUCIENDO RAZONES O EXCEPCIONES QUE NO SURJAN DEL TENOR ESCRITO EN EL PROPIO TÍTULO. A SU VEZ, LA OBLIGACIÓN CAMBIARIA NO PUEDE SURGIR MÁS QUE DEL PROPIO TENOR DOCUMENTAL, POR LO CUAL NO ES POSIBLE EXIGÍRSELE OTRA COSA QUE LA QUE SURGE DE ÉL.

COMO HEMOS DICHO, SE TRATA DE TÍTULOS FORMALES. SE HA VUELTO A UN CIERTO FORMALISMO, SIMILAR AL QUE SE IMPERABA EN EL ANTIGUO DERECHO ROMANO.

SE HA IMPUESTO ESE RÍGIDO FORMALISMO A FIN DE FACILITAR LA CIRCULACIÓN DE ESTOS TÍTULOS VALORES. SI LA DECLARACIÓN NO SE MANIFIESTA COMO LO MANDA LA LEY, NO HAY DECLARACIÓN CARTULAR. ASÍ, SE HA IMPUESTO LA FORMA ESCRITA (V.GR., NO PUEDE HABER OBLIGACIÓN CAMBIARIA VERBAL).

HICHEL RIGOR ES AQUÍ MÁS EXAGERADO QUE EN LOS OTROS DOCUMENTOS, PORQUE EN OTROS, CUANDO NO SE CUMPLEN ALGUNAS FORMALIDADES, PODRÁ SER NULO O ANULABLE, CONVALIDARSE O SUBSANARSE POR LAS PARTES. EN CAMBIO, NO SE PUEDE HABLAR DE NULIDAD O ANULABILIDAD: DIRECTAMENTE, NO HAY DOCUMENTO CAMBIARIO.

LA COMPLETIVIDAD SIGNIFICA QUE EL TÍTULO DEBE BASTARSE A SÍ MISMO, SER AUTOSUFICIENTE Y CONTENER TODAS LAS RELACIONES Y TODOS LOS DERECHOS EMERGENTES DE ÉL. EN CONSECUENCIA, NO PUEDE HACER REFERENCIA ALGUNA A OTRO INSTRUMENTO, NI PUEDE SER MODIFICADO POR OTRO, YA QUE SOLAMENTE DEL TÍTULO SURGEN LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES CAMBIARIAS.

SE PUEDE EXIGIR QUE EL PAGO DE ESTOS TÍTULOS CONSTE EN EL PROPIO DOCUMENTO, Y EN EL CASO DE TRATARSE DE UN ENDOSANTE, SE LE PERMITE LA CANCELACIÓN DE SU ENDOSO Y DE LOS SUBSIGUIENTES.

COMO LO HEMOS MANIFESTADO, LA LEGITIMACIÓN PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO MENCIONADO EN EL TÍTULO, SE CONSIDERA HABILITACIÓN PARA EXIGIR EL CUMPLIMIENTO DE LOS DERECHOS INCORPORADOS O PARA TRANSMITIR LEGÍTIMAMENTE EL DOCUMENTO, DE MODO TAL QUE, PARA EJERCER EL O LOS DERECHOS EMERGENTES DEL TÍTULO, NO ES NECESARIA LA PRUEBA DE SER EL PROPIETARIO DE DICHO DOCUMENTO Y EL EFECTIVO TITULAR DE LOS PRECITADOS DERECHOS.

TANTO LA LETRA COMO EL PAGARÉ Y EL CHEQUE TIENE LA MISMA FORMA DE CIRCULACIÓN, AUNQUE REGULADA POR DOS ORDENAMIENTOS INDISTINTOS.

DICHOS TÍTULOS SON TRANSMISIBLES POR UN ACTO DE NATURALEZA CAMBIARIA, DE CARÁCTER INCONDICIONAL, QUE COMO SE REFIEREN A UNA COSA NO PUEDE SER PARCIAL, DENOMINADO ENDOSO, QUE DEBE MATERIALIZARSE EN EL DOCUMENTO O EN SU PROLONGACIÓN, SEA EN BLANCO O A LA ORDEN DE DETERMINADA PERSONA, CUYA REALIZACIÓN IMPORTA CONVERTIR AL ENDOSANTE EN GARANTE DEL PAGO, SALVO CLÁUSULA EN CONTRARIO, Y LEGITIMA AL PORTADOR PARA EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS CAMBIARIOS SI ES DE BUENA FE, AUNQUE EL TÍTULO HUBIERE SIDO ROBADO O PERDIDO.

A SU VEZ, PESE A LA DIVERSIDAD DE ORDENAMIENTOS, TODOS ELLOS, CUANDO SON LIBRADOS "NO A LA ORDEN" PUEDEN SER TRANSMITIDOS CON LOS EFECTOS DE LA CESIÓN ORDINARIA. POR SU PARTE, SIMILARES EFECTOS TIENE LA PROHIBICIÓN DE UN NUEVO ENDOSO, PESE A LA DUALIDAD LEGISLATIVA.

CONSISTE EN LA DESVINCULACIÓN DEL DOCUMENTO RESPECTO DE LA RELACIÓN CAUSAL: CARECE DE IMPORTANCIA QUE EXISTA O NO CAUSA EN ORDEN A LA RELACIÓN CARTULAR, O QUE DICHA CAUSA SEA O NO MENCIONADA EN EL TEXTO DEL DOCUMENTO. YA TUVE OPORTUNIDAD DE REFERIRME A ESTE ASPECTO, ACLARANDO QUE LA FINALIDAD ESENCIAL DE LA ABSTRACCIÓN SE TRADUCE EN LA PROTECCIÓN A LA CIRCULACIÓN.

EN EL ORDENAMIENTO DEL CHEQUE EXISTEN DISPOSICIONES SIMILARES.

TODOS LOS QUE INTERVIENEN EN LA CIRCULACIÓN DE LOS TÍTULOS QUEDAN SOLIDARIAMENTE OBLIGADOS RESPECTO DEL PORTADOR, AUNQUE LA INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN SÓLO OPERA EN CONTRA DE QUIEN REALIZA EL ACTO INTERRUPTIVO, A DIFERENCIA DE LO QUE OCURRE EN MATERIA CIVIL.

HA DICHO FONTANARROSA QUE "A DIFERENCIA DE LO QUE OCURRE EN EL DERECHO CIVIL, EN EL QUE EL VÍNCULO SOLIDARIO SE EXTINGUE EN LAS RELACIONES ENTRE LOS DIVERSOS COOBLIGADOS, EN EL DERECHO CAMBIARIO SÓLO SE EXTINGUE DICHO VÍNCULO CUANDO PAGA EL OBLIGADO PRINCIPAL".

BAJO DISTINTAS DENOMINACIONES (NATURALEZA JURÍDICA DE LA OBLIGACIÓN CAMBIARIA, NATURALEZA JURÍDICA DE LA LETRA DE CAMBIO, FUENTE DE LA OBLIGACIÓN CAMBIARIA, ETC.), LA DOCTRINA HA REFLEXIONADO SOBRE LOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA OBLIGACIÓN EMERGENTE DE LA LETRA. EN OTRAS PALABRAS, SE HA DISCURRIDO SOBRE LA EXPLICACIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE QUIEN FIRMÓ LA LETRA PARA CON UN TERCERO CON QUIEN NUNCA TUVO RELACIÓN Y QUE AL APARECER COMO PORTADOR LEGÍTIMO DEL DOCUMENTO, PUEDE EJERCER TODOS LOS DERECHOS EMANADOS DE ÉL.

BULYGIN HA MANIFESTADO QUE EL PROBLEMA SURGE DE UNO DE LOS CARACTERES DE LA LETRA: LA ABSTRACCIÓN. EL AUTOR MANIFIESTA QUE TODAS LAS TEORÍAS QUE SE HAN ELABORADO TIENDEN, CON MAYOR O MENOR ACIERTO, A EXPLICAR CÓMO "UNA PERSONA, CUYA FIRMA APARECE EN LA LETRA DE CAMBIO, ESTÁ OBLIGADA A PAGAR SU IMPORTE, AUNQUE NUNCA HAYA TENIDO VOLUNTAD DE OBLIGARSE; VERBIGRACIA CUANDO ESTAMPÓ SU FIRMA EN UN PAPEL EN BLANCO, O CUANDO LA LETRA LE FUE ARRANCADA COMPULSIVAMENTE, SIEMPRE QUE EL QUE EXIJA EL PAGO SEA UN TENEDOR DE BUENA FE".

A TRAVÉS DE LAS DISTINTAS POSICIONES DOCTRINARIAS, SE HA PRETENDIDO EXPLICAR EL FUNDAMENTO DE LA OBLIGACIÓN DE PAGAR (ASPECTO PASIVO) Y EL DERECHO DE EXIGIR EL COBRO (ASPECTO ACTIVO).

SE HAN ELABORADO AL RESPECTO NUMEROSAS TEORÍAS.

LAS PRIMERAS TUVIERON UN CARÁCTER NETAMENTE CONTRACTUALISTA Y HACÍAN ACTUAR UNA SERIE DE CONTRATOS (COMPRAVENTA, CESIÓN DE CRÉDITOS, DELEGACIÓN Y MANDATO) PARA EXPLICAR LA SITUACIÓN DE LOS DISTINTOS OBLIGADOS (LIBRADOR, ENDOSANTE, ACEPTANTE, ETC.). TALES ENFOQUES YA HAN SIDO SUPERADOS Y POR ELLO NO NOS DETENDREMOS AL RESPECTO.

LA CONCEPCIÓN TRADICIONAL QUEDÓ SUPERADA CON EL APORTE DE KARL EINERT, QUIEN EN SU CELEBRE OBRA "EL DERECHO DE CAMBIO SEGÚN LAS OPERACIONES DE CAMBIO EN EL SIGLO XIX", DICE: A) LA LETRA ES EL PAPEL MONEDA DE LOS COMERCIANTES, QUIENES EN ESE SENTIDO ACTÚAN IGUAL QUE EL ESTADO, SIN NINGUNA RESERVA NI POSIBILIDAD DE IMPUGNAR EL VALOR; B) EL TÍTULO NO ES UN SIMPLE DOCUMENTO PROBATORIO, ES EL PORTADOR DE LA PROMESA IRREVOCABLE; C) LA LETRA DE CAMBIO OPERA SEPARADAMENTE RESPECTO DE LA RELACIÓN FUNDAMENTAL; D) LA OBLIGACIÓN CAMBIARIA TIENE SU FUNDAMENTO EN UNA PROMESA UNILATERAL DIRIGIDA AL PÚBLICO.

ESTA DOCTRINA CONSTITUYÓ UN DECISIVO IMPULSO PARA EL PROGRESO DE LA LEGISLACIÓN CAMBIARIA.

SIGUIENDO IGUALES RUMBOS, UN IMPORTANTE SECTOR DE LA DOCTRINA ITALIANA (ROCCO, NAVARRINI, MESSINEO, ETC.) PERFECCIONÓ LA TEORÍA DE LA VOLUNTAD UNILATERAL. MEDIANTE ELLA SE SOSTIENE QUE EL LIBRADOR ASUME POR SU SOLA VOLUNTAD EL COMPROMISO DE PAGAR EL TÍTULO VALOR DESTINADO A CIRCULAR, NO A LA PERSONA DETERMINADA, SINO DETERMINABLE; ESTO ES, A QUIEN AL VENCIMIENTO APAREZCA COMO PORTADOR LEGÍTIMO.

YADAROLA MANIFIESTA QUE LA TEORÍA DE LA VOLUNTAD UNILATERAL EXPLICA SIN DUDA CON BASTANTE CLARIDAD LA OBLIGACIÓN DIRECTA DEL LIBRADOR CAMBIARIO RESPECTO DE CUALQUIER TERCERO TENEDOR DE BUENA FE O, LO QUE ES LO MISMO, EL DERECHO ORIGINARIO DEL PORTADOR FRENTE AL DEUDOR CON QUIEN NUNCA TUVO RELACIÓN.

ESTA DOCTRINA TIENE NUMEROSOS ADEPTOS PORQUE EXPLICA SATISFACTORIAMENTE EL ASPECTO PASIVO DE LA RELACIÓN CAMBIARIA. SIN EMBARGO, HA SIDO TACHADA DE INSUFICIENTE AL NO COMPRENDER TODOS LOS SUPUESTOS FACTIBLES. EN EFECTO, EXIGE LA EXISTENCIA DE LA VOLUNTAD DE OBLIGARSE CAMBIARIAMENTE, LA CUAL MUCHAS VECES PUEDE NO HABER EXISTIDO (COMO EN EL CASO DEL TÍTULO CONFECCIONADO EN BROMA O POR ERROR), SIN QUE POR ESO QUEDE AFECTADA LA EFICACIA DE LA OBLIGACIÓN CAMBIARIA.

LA TEORÍA DE LA APARIENCIA DESARROLLADA POR JACOBI, BOLAFFIO Y MOSSA ENTRE OTROS, NIEGA TODO VALOR O SIGNIFICACIÓN A LA VOLUNTAD EN LA CREACIÓN DE LA LETRA. ENCUENTRA LA FUENTE DE LA OBLIGACIÓN CAMBIARIA EN LA APARIENCIAS JURÍDICA DE UNA DECLARACIÓN VÁLIDA DE VOLUNTAD. LA CONFIANZA QUE SUSCITA EL SOLO HECHO DE HABERSE CREADO UN TÍTULO CON LAS FORMAS EXIGIDAS POR LA LEY HACE QUE EL SUSCRIPTOR QUEDE OBLIGADO CAMBIARIAMENTE.

LOS PARTIDARIOS DE ESTA TEORÍA SOSTIENEN QUE EL LEGISLADOR PROTEGE EL SENTIMIENTO COLECTIVO DE SEGURIDAD QUE DEBE ACOMPAÑAR A LAS RELACIONES CAMBIARIAS, A FIN DE QUE SE DESENVUELVAN DE CONFORMIDAD CON LOS INTERESES

DEL TRÁFICO MODERNO. DE AHÍ QUE EL DEUDOR NO PUEDE INVOCAR ALGO CONTRARIO A LA VOLUNTAD APARENTE EMERGENTE DE LA LITERALIDAD DEL TÍTULO.

EN DEFINITIVA, LOS DOS FUNDAMENTOS EN QUE SE BASA ESTA TEORÍA SON: LA PRESCINDENCIA DE LA VOLUNTAD DE OBLIGARSE EN EL ACTO DE FIRMAR EL TÍTULO, Y LA FUERZA CREADORA QUE SE ACUERDA A LA APARIENCIA EMERGENTE DEL TÍTULO, EN ARAS DE LA PROTECCIÓN DE LOS TERCEROS.

QUIEN HA LIBRADO UNA LETRA, RESPONDE POR LA MISMA POR EL HECHO DE HABER CREADO EL TÍTULO, CON ABSTRACCIÓN DE SU VOLUNTAD ESPECÍFICA DE OBLIGARSE EN ESE CASO CONCRETO.

LA TEORÍA DE LA APARIENCIA JURÍDICA EXPLICA SATISFACTORIAMENTE EL ASPECTO ACTIVO DE LA RELACIÓN CAMBIARIA: EL TERCERO GOZA DE UN DERECHO INSENSIBLE A LAS EXCEPCIONES RELATIVAS A LOS POSEEDORES PRECEDENTES, EN VIRTUD DE LA CONFIANZA QUE MERECE EL TÍTULO COMO TAL.

YADAROLA SEÑALA LOS DEFECTOS DE LAS DOS PRINCIPALES TEORÍAS VIGENTES: LA DE LA VOLUNTAD UNILATERAL Y LA DE LA APARIENCIA.

DICHO AUTOR EXPRESA QUE, CUANDO AFIRMAMOS QUE LA VOLUNTAD NO CUMPLE NINGÚN ROL EN EL NACIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN, NOS REFERIMOS, NATURALMENTE, A LA VOLUNTAD DIRIGIDA A CREAR UNA OBLIGACIÓN; RECONOCIENDO, EN CAMBIO, UNA EXIGENCIA MÍNIMA DE VOLUNTAD —NO OBLIGACIONAL NI NEGOCIAL— QUE SE CONCRETA EN LA DE PONER LA FIRMA: LA SUSCRIPCIÓN DEBE SER PRODUCTO DE UN ACTO CONSCIENTE, ES DECIR, HAY QUE TENER CONCIENCIA DE QUÉ SE FIRMA AUNQUE SE IGNOREN LOS EFECTOS JURÍDICOS QUE RESULTARAN DE ESA FIRMA O SE DESCONOZCA LO QUE SE HA FIRMADO. TODO LOS EFECTOS JURÍDICOS DE LA OBLIGACIÓN CAMBIARIA NACEN A CONSECUENCIA DE ESE ACTO DE VOLUNTAD, SON EL RESULTADO DE UN HECHO JURÍDICO VOLUNTARIO; ESTE HECHO ES EL QUE HA DADO NACIMIENTO A LA DECLARACIÓN CAMBIARIA, Y COMO ESTA DECLARACIÓN ES SUFICIENTE PARA QUE EXISTA LA OBLIGACIÓN, CONSECUENTEMENTE, EN ELLA ESTÁ LA FUENTE DE OBLIGACIÓN CAMBIARIA.

YADAROLA DICE QUE LA OBLIGACIÓN CAMBIARIA NACE EN VIRTUD DEL ACTO VOLUNTARIO DEL OBLIGADO, POR EL CUAL CREA LA LETRA O FACILITA SU CREACIÓN (CASO DE LA FIRMA EN BLANCO), SIN NECESIDAD DE QUE SU INTENCIÓN SE HAYA DIRIGIDO A CREAR UN VÍNCULO OBLIGATORIO; TODO CON LA ÚNICA CONDICIÓN DE QUE UN TERCERO ESTÉ EN APTITUD DE EXIGIR EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN. ESTO ES LÓGICO, PUESTO QUE NO EXISTE OBLIGACIÓN CAMBIARIA MÁS QUE A PARTIR DEL INSTANTE EN QUE LA LETRA HA SALIDO, POR CUALQUIER MEDIO, DEL PODER DEL LIBRADOR.

LA SOLUCIÓN A QUE SE LLEGA EN EL ESTUDIO DEL PROBLEMA DE LA FUENTE DE LA OBLIGACIÓN CAMBIARIA, EXPLICA SATISFACTORIAMENTE TODOS LOS CASOS QUE HAN DADO NACIMIENTO A LA LETRA: CUANDO SE LA HA SUSCRIPTO PARA UTILIZARLA COMO MODELO EN LA ENSEÑANZA, LA CREACIÓN ES EL PRODUCTO DE UN HECHO VOLUNTARIO DEL LIBRADOR, LO MISMO QUE CUANDO SE SUSCRIBE POR BROMA O SE FIRMA POR ERROR, EN LA CREENCIA DE QUE SE SUSCRIBE UNA SIMPLE MISIVA, O A BASE DEL DOLO DEL QUE OBTIENE LA FIRMA.

SECCIÓN 2ª

multoTÍTULOS VALORES CARTULARES

POR IGNACIO A. ESCUTI(*)

ART. 1830.— NECESIDAD. LOS TÍTULOS VALORES CARTULARES SON NECESARIOS PARA LA CREACIÓN, TRANSMISIÓN, MODIFICACIÓN Y EJERCICIO DEL DERECHO INCORPORADO.

ART. 1831.— LITERALIDAD. EL TENOR LITERAL DEL DOCUMENTO DETERMINA EL ALCANCE Y LAS MODALIDADES DE LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES CONSIGNADAS EN ÉL, O EN SU HOJA DE PROLONGACIÓN.

ART. 1832.— ALTERACIONES. EN CASO DE ALTERACIÓN DEL TEXTO DE UN TÍTULO VALOR CARTULAR, LOS FIRMANTES POSTERIORES QUEDAN OBLIGADOS EN LOS TÉRMINOS DEL TEXTO ALTERADO; LOS FIRMANTES ANTERIORES ESTÁN OBLIGADOS EN LOS TÉRMINOS DEL TEXTO ORIGINAL.

SI NO RESULTA DEL TÍTULO VALOR O NO SE DEMUESTRA QUE LA FIRMA FUE PUESTA DESPUÉS DE LA ALTERACIÓN, SE PRESUME QUE HA SIDO PUESTA ANTES.

ART. 1833.— REQUISITOS. CONTENIDO MÍNIMO. CUANDO POR LEY O POR DISPOSICIÓN DEL CREADOR, EL TÍTULO VALOR DEBE INCLUIR UN CONTENIDO PARTICULAR CON CARÁCTER ESENCIAL, NO PRODUCE EFECTO CUANDO NO CONTIENE ESAS ENUNCIACIONES.

EL TÍTULO VALOR EN EL QUE SE OMITEN LAS REFERIDAS MENCIONES AL TIEMPO DE SU CREACIÓN, PUEDE SER COMPLETADO HASTA LA FECHA EN QUE DEBE CUMPLIRSE LA PRESTACIÓN, EXCEPTO DISPOSICIÓN EN CONTRARIO.

ART. 1834.— APLICACIÓN SUBSIDIARIA. LAS NORMAS DE ESTA SECCIÓN:

A) SE APLICAN EN SUBSIDIO DE LAS ESPECIALES QUE RIGEN PARA TÍTULOS VALORES DETERMINADOS;

B) NO SE APLICAN CUANDO LEYES ESPECIALES ASÍ LO DISPONEN, INCLUSO EN CUANTO ELLAS SE REFIEREN A LA OBLIGATORIEDAD DE ALGUNA FORMA DE CREACIÓN O CIRCULACIÓN DE LOS TÍTULOS VALORES O DE CLASES DE ELLOS.

ART. 1835.— TÍTULOS IMPROPIOS Y DOCUMENTOS DE LE-

GNDTW-6ITIMACIÓN. LAS DISPOSICIONES DE ESTE CAPÍTULO NO SE APLICAN A LOS DOCUMENTOS, BOLETOS, CONTRASEÑAS, FICHAS U OTROS COMPROBANTES QUE SIRVEN EXCLUSIVAMENTE PARA IDENTIFICAR A QUIEN TIENE DERECHO A EXIGIR LA PRESTACIÓN QUE EN ELLOS SE EXPRESA O A QUE ELLOS DAN LUGAR, O A PERMITIR LA TRANSFERENCIA DEL DERECHO SIN LA OBSERVANCIA DE LAS FORMAS PROPIAS DE LA CESIÓN.

ART. 1836.— DESMATERIALIZACIÓN E INGRESO EN SISTEMAS DE ANOTACIONES EN CUENTA. LOS TÍTULOS VALORES TIPIFICADOS LEGALMENTE COMO CARTULARES TAMBIÉN PUEDEN EMITIRSE COMO NO CARTULARES, PARA SU INGRESO Y CIRCULACIÓN EN UNA CAJA DE VALORES O UN SISTEMA AUTORIZADO DE COMPENSACIÓN BANCARIA O DE ANOTACIONES EN CUENTA.

LOS TÍTULOS VALORES EMITIDOS EFECTIVAMENTE COMO CARTULARES PUEDEN INGRESARSE A ALGUNO DE ESTOS SISTEMAS, CONFORME CON SUS REGLAMENTOS, MOMENTO A PARTIR DEL CUAL LAS TRANSFERENCIAS, GRAVÁMENES REALES O PERSONALES Y PAGO TIENEN EFECTO O SE CUMPLEN POR LAS ANOTACIONES EN CUENTA PERTINENTES.

PARÁGRAFO 1º

TÍTULOS VALORES AL PORTADOR

ART. 1837.— CONCEPTO. ES TÍTULO VALOR AL PORTADOR, AUNQUE NO TENGA CLÁUSULA EXPRESA EN TAL SENTIDO, AQUEL QUE NO HA SIDO EMITIDO EN FAVOR DE SUJETO DETERMINADO, O DE OTRO MODO INDICADA UNA LEY DE CIRCULACIÓN DIFERENTE.

LA TRANSFERENCIA DE UN TÍTULO VALOR AL PORTADOR SE PRODUCE CON LA TRADICIÓN DEL TÍTULO.

PARÁGRAFO 2º

TÍTULOS VALORES A LA ORDEN

ART. 1838.— TIPIFICACIÓN. ES TÍTULO VALOR A LA ORDEN EL CREADO A FAVOR DE PERSONA DETERMINADA. SIN NECESIDAD DE INDICACIÓN ESPECIAL, EL TÍTULO VALOR A LA ORDEN SE TRANSFIERE MEDIANTE ENDOSO.

SI EL CREADOR DEL TITULO VALOR INCORPORA LA CLÁUSULA "NO A LA ORDEN" O EQUIVALENTES, LA TRANSFERENCIA DEL TITULO VALOR DEBE HACERSE CONFORME CON LAS REGLAS DE LA CESIÓN DE DERECHOS, Y TIENE LOS EFECTOS PROPIOS DE LA CESIÓN.

ART. 1839.— ENDOSO. EL ENDOSO DEBE CONSTAR EN EL TÍTULO O EN HOJA DE PROLONGACIÓN DEBIDAMENTE ADHERIDA E IDENTIFICADA Y SER FIRMADO POR EL ENDOSANTE. ES VÁLIDO EL ENDOSO AUN SIN MENCIÓN DEL ENDOSATARIO, O CON LA INDICACIÓN "AL PORTADOR".

EL ENDOSO AL PORTADOR TIENE LOS EFECTOS DEL ENDOSO EN BLANCO. EL ENDOSO PUEDE HACERSE AL CREADOR DEL TÍTULO VALOR O A CUALQUIER OTRO OBLIGADO, QUIENES PUEDEN ENDOSAR NUEVAMENTE EL TÍTULO VALOR.

ART. 1840.— CONDICIÓN Y ENDOSO PARCIAL. CUALQUIER CONDICIÓN PUESTA AL ENDOSO SE TIENE POR NO ESCRITA. ES NULO EL ENDOSO PARCIAL.

ART. 1841.— TIEMPO DEL ENDOSO. EL ENDOSO PUEDE SER EFECTUADO EN CUALQUIER TIEMPO ANTES DEL VENCIMIENTO. EL ENDOSO SIN FECHA SE PRESUME EFECTUADO ANTES DEL VENCIMIENTO.

EL ENDOSO POSTERIOR AL VENCIMIENTO PRODUCE LOS EFECTOS DE UNA CESIÓN DE DERECHOS.

ART. 1842.— LEGITIMACIÓN. EL PORTADOR DE UN TÍTULO A LA ORDEN QUEDA LEGITIMADO PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO EN ÉL INCORPORADO, POR UNA SERIE NO INTERRUMPIDA DE ENDOSOS FORMALMENTE VÁLIDOS, AUN CUANDO EL ÚLTIMO SEA EN BLANCO.

ART. 1843.— ENDOSO EN BLANCO. SI EL TÍTULO ES ENDOSADO EN BLANCO, EL PORTADOR PUEDE LLENAR EL ENDOSO CON SU NOMBRE O CON EL DE OTRA PERSONA, O ENDOSAR NUEVAMENTE EL TÍTULO, O TRANSMITIRLO A UN TERCERO SIN LLENAR EL ENDOSO O SIN EXTENDER UNO NUEVO.

ART. 1844.— ENDOSO EN PROCURACIÓN. SI EL ENDOSO CONTIENE LA CLÁUSULA "EN PROCURACIÓN" U OTRA SIMILAR, EL ENDOSATARIO PUEDE EJERCER, INCLUSO JUDICIALMENTE, TODOS LOS DERECHOS INHERENTES AL TÍTULO VALOR, PERO SÓLO PUEDE ENDOSARLO EN PROCURACIÓN.

LOS OBLIGADOS SÓLO PUEDEN OPONER AL ENDOSATARIO EN PROCURACIÓN LAS EXCEPCIONES QUE PUEDEN SER

OPUESTAS AL ENDOSANTE.

LA EFICACIA DEL ENDOSO EN PROCURACIÓN NO CESA POR MUERTE O INCAPACIDAD SOBREVENIDA DEL ENDOSANTE.

ART. 1845.— ENDOSO EN GARANTÍA. SI EL ENDOSO CONTIENE LA CLÁUSULA "VALOR EN PRENDA" U OTRA SIMILAR, EL ENDOSATARIO PUEDE EJERCER, INCLUSO JUDICIALMENTE, TODOS LOS DERECHOS INHERENTES AL TÍTULO VALOR, PERO EL ENDOSO HECHO POR ÉL VALE COMO ENDOSO EN PROCURACIÓN.

EL DEUDOR DEMANDADO NO PUEDE INVOCAR CONTRA EL PORTADOR LAS EXCEPCIONES FUNDADAS EN SUS RELACIONES CON EL ENDOSANTE, A MENOS QUE EL PORTADOR AL RECIBIR EL TÍTULO LO HAYA HECHO A SABIENDAS EN PERJUICIO DE AQUÉL.

ART. 1846.— RESPONSABILIDAD. EXCEPTO CLÁUSULA EXPRESA, EL ENDOSANTE RESPONDE POR EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN INCORPORADA.

EN CUALQUIER CASO, EL ENDOSANTE PUEDE EXCLUIR TOTAL O PARCIALMENTE SU RESPONSABILIDAD MEDIANTE CLÁUSULA EXPRESA.

PARÁGRAFO 3º

TÍTULOS VALORES NOMINATIVOS ENDOSABLES

ART. 1847.— RÉGIMEN. ES TÍTULO NOMINATIVO ENDOSABLE EL EMITIDO EN FAVOR DE UNA PERSONA DETERMINADA, QUE SEA TRANSMISIBLE POR ENDOSO Y CUYA TRANSMISIÓN PRODUCE EFECTOS RESPECTO AL EMISOR Y A TERCEROS AL INSCRIBIRSE EN EL RESPECTIVO REGISTRO.

EL ENDOSATARIO QUE JUSTIFICA SU DERECHO POR UNA SERIE ININTERRUMPIDA DE ENDOSOS ESTÁ LEGITIMADO PARA SOLICITAR LA INSCRIPCIÓN DE SU TÍTULO.

SI EL EMISOR DEL TÍTULO SE NIEGA A INSCRIBIR LA TRANSMISIÓN, EL ENDOSATARIO PUEDE RECLAMAR LA ORDEN JUDICIAL CORRESPONDIENTE.

ART. 1848.— REGLAS APLICABLES. SON APLICABLES A LOS TÍTULOS NOMINATIVOS ENDOSABLES LAS DISPOSICIONES COMPATIBLES DE LOS TÍTULOS VALORES A LA ORDEN.

s20PARÁGRAFO 4º

TÍTULOS VALORES NOMINATIVOS NO ENDOSABLES

ART. 1849.— RÉGIMEN. ES TÍTULO VALOR NOMINATIVO NO ENDOSABLE EL EMITIDO A FAVOR DE UNA PERSONA DE094 TERMINADA, Y CUYA TRANSMISIÓN PRODUCE EFECTOS RESPECTO AL EMISOR Y A TERCEROS AL INSCRIBIRSE EN EL RESPECTIVO REGISTRO.

I. COMENTARIO

COMO LO HEMOS EXPRESADO, AUTONOMÍA SIGNIFICA QUE CADA ADQUISICIÓN DEL TÍTULO Y, EN CONSECUENCIA, DEL DERECHO A EL INCORPORADO, ES INDEPENDIENTE DE LAS RELACIONES PERSONALES QUE LIGABA AL ANTERIOR POSEEDOR CON EL DEUDOR.

EL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA ESTÁ MANIFIESTO EN EL ART. 18 DEL DEC.-LEY 5965/1963 QUE ESTABLECE: "LAS PERSONAS CONTRA QUIENES SE PROMUEVA ACCIÓN..., NO PUEDEN OPONER AL PORTADOR LAS EXCEPCIONES FUNDADAS EN SUS RELACIONES PERSONALES CON EL LIBRADOR, O CON LOS TENEDORES ANTERIORES...".

LA NORMA ES APLICABLE TANTO A LA LETRA COMO AL PAGARÉ (EN ESTE ULTIMO CASO, EN FUNCIÓN DE LO PRECEPTUADO POR EL ART. 103 DEL DEC.-LEY 5965/1963), Y OTRA SIMILAR EXISTE EN EL ORDENAMIENTO DEL CHEQUE.

LA LEGISLACIÓN CAMBIARIA RECEPTA EL PRINCIPIO DE LA INDEPENDENCIA DE LAS OBLIGACIONES CAMBIARIAS, EN GENERAL ENGLOBADO COMO DEMOSTRATIVO DE LA AUTONOMÍA, LO CUAL NO ES ABSOLUTAMENTE CORRECTO COMO LO SEÑALA ALEGRIA.

ASÍ, EL ART. 7° ESTABLECE QUE SI EL TÍTULO CAMBIARIO "LLEVASE FIRMAS DE PERSONAS INCAPACES DE OBLIGARSE CAMBIARIAMENTE, FIRMAS FALSAS O DE PERSONAS IMAGINARIAS O FIRMAS QUE POR CUALQUIER OTRA RAZÓN NO OBLIGAN A LAS PERSONAS QUE HAN FIRMADO LA LETRA O CON EL NOMBRE DE LAS CUALES HA SIDO FIRMADA, LAS OBLIGACIONES DE LOS OTROS SUSCRIPTORES SIGUEN SIENDO, SIN EMBARGO, VÁLIDAS".

LA NORMA ES APLICABLE TANTO A LA LETRA COMO AL PAGARÉ (ART. 103, DEC.-LEY 5965/1963), Y OTRA SIMILAR EXISTE EN EL ORDENAMIENTO DEL CHEQUE.

HEMOS SEÑALADO QUE LA LITERALIDAD SE REFIERE AL CONTENIDO DEL TÍTULO VALOR Y SIGNIFICA QUE LA NATURALEZA, CALIDAD Y CONTENIDO DEL DERECHO INCORPORADO SE DELIMITAN EXCLUSIVAMENTE POR LO QUE SE MENCIONA EN EL DOCUMENTO.

LA LITERALIDAD SIGNIFICA QUE EL DEUDOR DE LA PRESTACIÓN CONSIGNADA EN EL DOCUMENTO NO PUEDE NEGARSE A SU CUMPLIMIENTO, ALEGANDO O ADUCIENDO RAZONES O EXCEPCIONES QUE NO SURJAN DEL TENOR ESCRITO EN EL PROPIO TÍTULO. A SU VEZ, LA OBLIGACIÓN CAMBIARIA NO PUEDE SURGIR MÁS QUE DEL PROPIO TENOR DOCUMENTAL, POR LO CUAL NO ES POSIBLE EXIGÍRSELE OTRA COSA QUE LA QUE SURGE DE ÉL.

COMO HEMOS DICHO, SE TRATA DE TÍTULOS FORMALES. SE HA VUELTO A UN CIERTO FORMALISMO, SIMILAR AL QUE SE IMPERABA EN EL ANTIGUO DERECHO ROMANO.

SE HA IMPUESTO ESE RÍGIDO FORMALISMO A FIN DE FACILITAR LA CIRCULACIÓN DE ESTOS TÍTULOS VALORES. SI LA DECLARACIÓN NO SE MANIFIESTA COMO LO MANDA LA LEY, NO HAY DECLARACIÓN CARTULAR. ASÍ, SE HA IMPUESTO LA FORMA ESCRITA (V.GR., NO PUEDE HABER OBLIGACIÓN CAMBIARIA VERBAL).

EL RIGOR ES AQUÍ MÁS EXAGERADO QUE EN LOS OTROS DOCUMENTOS, PORQUE EN OTROS, CUANDO NO SE CUMPLEN ALGUNAS FORMALIDADES, PODRÁ SER NULO O ANULABLE, CONVALIDARSE O SUBSANARSE POR LAS PARTES. EN CAMBIO, NO SE PUEDE HABLAR DE NULIDAD O ANULABILIDAD: DIRECTAMENTE, NO HAY DOCUMENTO CAMBIARIO.

LA COMPLETIVIDAD SIGNIFICA QUE EL TÍTULO DEBE BASTARSE A SÍ MISMO, SER AUTOSUFICIENTE Y CONTENER TODAS LAS RELACIONES Y TODOS LOS DERRES1ECHOS EMERGENTES DE ÉL. EN CONSECUENCIA, NO PUEDE HACER REFERENCIA ALGUNA A OTRO INSTRUMENTO, NI PUEDE SER MODIFICADO POR OTRO, YA QUE SOLAMENTE DEL TÍTULO SURGEN LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES CAMBIARIAS.

SE PUEDE EXIGIR QUE EL PAGO DE ESTOS TÍTULOS CONSTE EN EL PROPIO DOCUMENTO, Y EN EL CASO DE TRATARSE DE UN ENDOSANTE, SE LE PERMITE LA CANCELACIÓN DE SU ENDOSO Y DE LOS SUBSIGUIENTES.

COMO LO HEMOS MANIFESTADO, LA LEGITIMACIÓN PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO MENCIONADO EN EL TÍTULO, SE CONSIDERA HABILITACIÓN PARA EXIGIR EL CUMPLIMIENTO DE LOS DERECHOS INCORPORADOS O PARA TRANSMITIR LEGÍTIMAMENTE EL DOCUMENTO, DE MODO TAL QUE, PARA EJERCER EL O LOS DERECHOS EMERGENTES DEL TÍTULO, NO ES NECESARIA LA PRUEBA DE SER EL PROPIETARIO DE DICHO DOCUMENTO Y EL EFECTIVO TITULAR DE LOS PRECITADOS DERECHOS.

TANTO LA LETRA COMO EL PAGARÉ Y EL CHEQUE TIENE LA MISMA FORMA DE CIRCULACIÓN, AUNQUE REGULADA POR DOS ORDENAMIENTOS INDISTINTOS.

DICHOS TÍTULOS SON TRANSMISIBLES POR UN ACTO DE NATURALEZA CAMBIARIA, DE CARÁCTER INCONDICIONAL, QUE COMO SE REFIEREN A UNA COSA NO PUEDE SER PARCIAL, DENOMINADO ENDOSO, QUE DEBE MATERIALIZARSE EN EL DOCUMENTO O EN SU PROLONGACIÓN, SEA EN BLANCO O A LA ORDEN DE DETERMINADA PERSONA, CUYA REALIZACIÓN IMPORTA CONVERTIR AL ENDOSANTE EN GARANTE DEL PAGO, SALVO CLÁUSULA EN CONTRARIO, Y LEGITIMA AL PORTADOR PARA EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS CAMBIARIOS SI ES DE BUENA FE, AUNQUE EL TÍTULO HUBIERE SIDO ROBADO O PERDIDO.

A SU VEZ, PESE A LA DIVERSIDAD DE ORDENAMIENTOS, TODOS ELLOS, CUANDO SON LIBRADOS "NO A LA ORDEN

1CSF" PUEDEN SER TRANSMITIDOS CON LOS EFECTOS DE LA CESIÓN ORDINARIA. POR SU PARTE, SIMILARES EFECTOS TIENE LA PROHIBICIÓN DE UN NUEVO ENDOSO, PESE A LA DUALIDAD LEGISLATIVA.

CONSISTE EN LA DESVINCULACIÓN DEL DOCUMENTO RESPECTO DE LA RELACIÓN CAUSAL: CARECE DE IMPORTANCIA QUE EXISTA O NO CAUSA EN ORDEN A LA RELACIÓN CARTULAR, O QUE DICHA CAUSA SEA O NO MENCIONADA EN EL TEXTO DEL DOCUMENTO. YA TUVE OPORTUNIDAD DE REFERIRME A ESTE ASPECTO, ACLARANDO QUE LA FINALIDAD ESENCIAL DE LA ABSTRACCIÓN SE TRADUCE EN LA PROTECCIÓN A LA CIRCULACIÓN.

EN EL ORDENAMIENTO DEL CHEQUE EXISTEN DISPOSICIONES SIMILARES.

TODOS LOS QUE INTERVIENEN EN LA CIRCULACIÓN DE LOS TÍTULOS QUEDAN SOLIDARIAMENTE OBLIGADOS RESPECTO DEL PORTADOR, AUNQUE LA INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN SÓLO OPERA EN CONTRA DE QUIEN REALIZA EL ACTO INTERRUPTIVO, A DIFERENCIA DE LO QUE OCURRE EN MATERIA CIVIL.

HA DICHO FONTANARROSA QUE "A DIFERENCIA DE LO QUE OCURRE EN EL DERECHO CIVIL, EN EL QUE EL VÍNCULO SOLIDARIO SE EXTINGUE EN LAS RELACIONES ENTRE LOS DIVERSOS COOBLIGADOS, EN EL DERECHO CAMBIARIO SÓLO SE EXTINGUE DICHO VÍNCULO CUANDO PAGA EL OBLIGADO PRINCIPAL".

BAJO DISTINTAS DENOMINACIONES (NATURALEZA JURÍDICA DE LA OBLIGACIÓN CAMBIARIA, NATURALEZA JURÍDICA DE LA LETRA DE CAMBIO, FUENTE DE LA OBLIGACIÓN CAMBIARIA, ETC.), LA DOCTRINA HA REFLEXIONADO SOBRE LOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA OBLIGACIÓN EMERGENTE DE LA LETRA. EN OTRAS PALABRAS, SE HA DISCURRIDO SOBRE LA EXPLICACIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE QUIEN FIRMÓ LA LETRA PARA CON UN TERCERO CON QUIEN NUNCA TUVO RELACIÓN Y QUE AL APARECER COMO PORTADOR LEGÍTIMO DEL DOCUMENTO, PUEDE EJERCER TODOS LOS DERECHOS EMANADOS DE ÉL.

BULYGIN HA MANIFESTADO QUE EL PROBLEMA SURGE DE UNO DE LOS CARACTERES DE LA LETRA: LA ABSTRACCIÓN. EL AUTOR MANIFIESTA QUE TODAS LAS TEORÍAS QUE SE HAN ELABORADO TIENDEN, CON MAYOR O MENOR ACIERTO, A EXPLICAR CÓMO "UNA PERSONA, CUYA FIRMA APARECE EN LA LETRA DE CAMBIO, ESTÁ OBLIGADA A PAGAR SU IMPORTE, AUNQUE NUNCA HAYA TENIDO VOLUNTAD DE OBLIGARSE; VERBIGRACIA CUANDO ESTAMPÓ SU FIRMA EN UN PAPEL EN BLANCO, O CUANDO LA LETRA LE FUE ARRANCADA COMPULSIVAMENTE, SIEMPRE QUE EL QUE EXIJA EL PAGO SEA UN TENEDOR DE BUENA FE".

A TRAVÉS DE LAS DISTINTAS POSICIONES DOCTRINARIAS, SE HA PRETENDIDO EXPLICAR EL FUNDAMENTO DE LA OBLIGACIÓN DE PAGAR (ASPECTO PASIVO) Y EL DERECHO DE EXIGIR EL COBRO (ASPECTO ACTIVO).

SE HAN ELABORADO AL RESPECTO NUMEROSAS TEORÍAS.

LAS PRIMERAS TUVIERON UN CARÁCTER NETAMENTE CONTRACTUALISTA Y HACÍAN ACTUAR UNA SERIE DE CONTRATOS (COMPRAVENTA, CESIÓN DE CRÉDITOS, DELEGACIÓN Y MANDATO) PARA EXPLICAR LA SITUACIÓN DE LOS DISTINTOS OBLIGADOS (LIBRADOR, ENDOSANTE, ACEPTANTE, ETC.). TALES ENFOQUES YA HAN SIDO SUPERADOS Y POR ELLO NO NOS DETENDREMOS AL RESPECTO.

LA CONCEPCIÓN TRADICIONAL QUEDÓ SUPERADA CON EL APORTE DE KARL EINERT, QUIEN EN SU CELEBRE OBRA "EL DERECHO DE CAMBIO SEGÚN LAS OPERACIONES DE CAMBIO EN EL SIGLO XIX", DICE: A) LA LETRA ES EL PAPEL MONEDA DE LOS COMERCIANTES, QUIENES EN ESE SENTIDO ACTÚAN IGUAL QUE EL ESTADO, SIN NINGUNA RESERVA NI POSIBILIDAD DE IMPUGNAR EL VALOR; B) EL TÍTULO NO ES UN SIMPLE DOCUMENTO PROBATORIO, ES EL PORTADOR DE LA PROMESA IRREVOCABLE; C) LA LETRA DE CAMBIO OPERA SEPARADAMENTE RESPECTO DE LA RELACIÓN FUNDAMENTAL; D) LA OBLIGACIÓN CAMBIARIA TIENE SU FUNDAMENTO EN UNA PROMESA UNILATERAL DIRIGIDA

AL PÚBLICO.

ESTA DOCTRINA CONSTITUYÓ UN DECISIVO IMPULSO PARA EL PROGRESO DE LA LEGISLACIÓN CAMBIARIA.

SIGUIENDO IGUALES RUMBOS, UN IMPORTANTE SECTOR DE LA DOCTRINA ITALIANA (ROCCO, NAVARRINI, MESSINEO, ETC.) PERFECCIONÓ LA TEORÍA DE LA VOLUNTAD UNILATERAL. MEDIANTE ELLA SE SOSTIENE QUE EL LIBRADOR ASUME POR SU SOLA VOLUNTAD EL COMPROMISO DE PAGAR EL TÍTULO VALOR DESTINADO A CIRCULAR, NO A LA PERSONA DETERMINADA, SINO DETERMINABLE; ESTO ES, A QUIEN AL VENCIMIENTO APAREZCA COMO PORTADOR LEGÍTIMO.

YADAROLA MANIFIESTA QUE LA TEORÍA DE LA VOLUNTAD UNILATERAL EXPLICA SIN DUDA CON BASTANTE CLARIDAD LA OBLIGACIÓN DIRECTA DEL LIBRADOR CAMBIARIO RESPECTO DE CUALQUIER TERCERO TENEDOR DE BUENA FE O, LO QUE ES LO MISMO, EL DERECHO ORIGINARIO DEL PORTADOR FRENTE AL DEUDOR CON QUIEN NUNCA TUVO RELACIÓN.

ESTA DOCTRINA TIENE NUMEROSOS ADEPTOS PORQUE EXPLICA SATISFACTORIAMENTE EL ASPECTO PASIVO DE LA RELACIÓN CAMBIARIA. SIN EMBARGO, HA SIDO TACHADA DE INSUFICIENTE AL NO COMPRENDER TODOS LOS SUPUESTOS FACTIBLES. EN EFECTO, EXIGE LA EXISTENCIA DE LA VOLUNTAD DE OBLIGARSE CAMBIARIAMENTE, LA CUAL MUCHAS VECES PUEDE NO HABER EXISTIDO (COMO EN EL CASO DEL TÍTULO CONFECCIONADO EN BROMA O POR ERROR), SIN QUE POR ESO QUEDE AFECTADA LA EFICACIA DE LA OBLIGACIÓN CAMBIARIA.

LA TEORÍA DE LA APARIENCIA DESARROLLADA POR JACOBI, BOLAFFIO Y MOSSA ENTRE OTROS, NIEGA TODO VALOR O SIGNIFICACIÓN A LA VOLUNTAD EN LA CREACIÓN DE LA LETRA. ENCUENTRA LA FUENTE DE LA OBLIGACIÓN CAMBIARIA EN LA APARIENCIAS JURÍDICA DE UNA DECLARACIÓN VÁLIDA DE VOLUNTAD. LA CONFIANZA QUE SUSCITA EL SOLO HECHO DE HABERSE CREADO UN TÍTULO CON LAS FORMAS EXIGIDAS POR LA LEY HACE QUE EL SUSCRIPTOR QUEDE OBLIGADO CAMBIARIAMENTE.

LOS PARTIDARIOS DE ESTA TEORÍA SOSTIENEN QUE EL LEGISLADOR PROTEGE EL SENTIMIENTO COLECTIVO DE SEGURIDAD QUE DEBE ACOMPAÑAR A LAS RELACIONES CAMBIARIAS, A FIN DE QUE SE DESENVUELVAN DE CONFORMIDAD CON LOS INTERESES DEL TRÁFICO MODERNO. DE AHÍ QUE EL DEUDOR NO PUEDE INVOCAR ALGO CONTRARIO A LA VOLUNTAD APARENTE EMERGENTE DE LA LITERALIDAD DEL TÍTULO.

EN DEFINITIVA, LOS DOS FUNDAMENTOS EN QUE SE BASA ESTA TEORÍA SON: LA PRESCINDENCIA DE LA VOLUNTAD DE OBLIGARSE EN EL ACTO DE FIRMAR EL TÍTULO, Y LA FUERZA CREADORA QUE SE ACUERDA A LA APARIENCIA EMERGENTE DEL TÍTULO, EN ARAS DE LA PROTECCIÓN DE LOS TERCEROS.

QUIEN HA LIBRADO UNA LETRA, RESPONDE POR LA MISMA POR EL HECHO DE HABER CREADO EL TÍTULO, CON ABSTRACCIÓN DE SU VOLUNTAD ESPECÍFICA DE OBLIGARSE EN ESE CASO CONCRETO.

LA TEORÍA DE LA APARIENCIA JURÍDICA EXPLICA SATISFACTORIAMENTE EL ASPECTO ACTIVO DE LA RELACIÓN CAMBIARIA: EL TERCERO GOZA DE UN DERECHO INSENSIBLE A LAS EXCEPCIONES RELATIVAS A LOS POSEEDORES PRECEDENTES, EN VIRTUD DE LA CONFIANZA QUE MERECE EL TÍTULO COMO TAL.

YADAROLA SEÑALA LOS DEFECTOS DE LAS DOS PRINCIPALES TEORÍAS VIGENTES: LA DE LA VOLUNTAD UNILATERAL Y LA DE LA APARIENCIA.

DICHO AUTOR EXPRESA QUE, CUANDO AFIRMAMOS QUE LA VOLUNTAD NO CUMPLE NINGÚN ROL EN EL NACIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN, NOS REFERIMOS, NATURALMENTE, A LA VOLUNTAD DIRIGIDA A CREAR UNA OBLIGACIÓN; RECONOCIENDO, EN CAMBIO, UNA EXIGENCIA MÍNIMA DE VOLUNTAD —NO OBLIGACIONAL NI NEGOCIAL— QUE SE CONCRETA EN LA DE PONER LA FIRMA: LA SUSCRIPCIÓN DEBE SER PRODUCTO DE UN ACTO CONSCIENTE, ES DECIR, HAY QUE TENER CONCIENCIA DE QUÉ SE FIRMA AUNQUE SE IGNOREN LOS EFECTOS JURÍDICOS QUE RESULTARAN DE ESA FIRMA O SE DESCONOZCA LO QUE SE HA FIRMADO. TODO LOS EFECTOS JURÍDICOS DE LA OBLIGACIÓN CAMBIARIA NACEN A CONSECUENCIA DE ESE ACTO DE VOLUNTAD, SON EL RESULTADO DE UN HECHO JURÍDICO VOLUNTARIO; ESTE HECHO ES EL QUE HA DADO NACIMIENTO A LA DECLARACIÓN CAMBIARIA, Y COMO ESTA DECLARACIÓN ES SUFICIENTE PARA QUE EXISTA LA OBLIGACIÓN, CONSECUENTEMENTE, EN ELLA ESTÁ LA FUENTE DE OBLIGACIÓN CAMBIARIA.

YADAROLA DICE QUE LA OBLIGACIÓN CAMBIARIA NACE EN VIRTUD DEL ACTO VOLUNTARIO DEL OBLIGADO, POR EL CUAL CREA LA LETRA O FACILITA SU CREACIÓN (CASO DE LA FIRMA EN BLANCO), SIN NECESIDAD DE QUE SU INTENCIÓN SE HAYA DIRIGIDO A CREAR UN VÍNCULO OBLIGATORIO; TODO CON LA ÚNICA CONDICIÓN DE QUE UN TERCERO ESTÉ EN APTITUD DE EXIGIR EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN. ESTO ES LÓGICO, PUESTO QUE NO EXISTE OBLIGACIÓN CAMBIARIA MÁS QUE A PARTIR DEL INSTANTE EN QUE LA LETRA HA SALIDO, POR CUALQUIER MEDIO, DEL PODER DEL LIBRADOR.

LA SOLUCIÓN A QUE SE LLEGA EN EL ESTUDIO DEL PROBLEMA DE LA FUENTE DE LA OBLIGACIÓN CAMBIARIA, EXPLICA SATISFACTORIAMENTE TODOS LOS CASOS QUE HAN DADO NACIMIENTO A LA LETRA: CUANDO SE LA HA SUSCRIPTO PARA UTILIZARLA COMO MODELO EN LA ENSEÑANZA, LA CREACIÓN ES EL PRODUCTO DE UN HECHO VOLUNTARIO DEL LIBRADOR, LO MISMO QUE CUANDO SE SUSCRIBE POR BROMA O SE FIRMA POR ERROR, EN LA CREENCIA DE QUE SE SUSCRIBE UNA SIMPLE MISIVA, O A BASE DEL DOLO DEL QUE OBTIENE LA FIRMA.

THTULO II

POSESIYN Y TENENCIA

tlchCAPÍTULO 1

DISPOSICIONES GENERALES

Por LILIAN N. GURFINKEL DE WENDY

af47Bibliografía clásica: ALFERILLO, PASCUAL, "Reflexiones sobre la mala fe", 9/9/2003, Rev. del Notariado, IJ XXIV-47; ALLENDE, SALVADOR, *La posesión*, Buenos Aires, 1959; ALLENDE, SALVADOR, "El acto jurídico real", LA LEY, 110-1062; CURA GRASSI, DOMINGO, "La posesión: su importancia en nuestro derecho", Rev. del Notariado, 14/1/2000, IJ XXXVI-128; DE LOS MOZOS, José L., *Notas para una reconstrucción del concepto de animus posesorio en el derecho moderno*, Reus, separata de la Rev. General de Legislación y jurisprudencia, Ma-

drid, 1965; GURFINKEL DE WENDY, LILIAN, *Escrituración*, La Ley, 2007; HIGHTON, ELENA, *Derechos reales. Posesión*, Hammurabi, 1984; KIPER, CLAUDIO, "¿Posesión de universalidades de hecho?", JA, 2000-IV-940; id., en *Código Civil y leyes complementarias*, t. 10, ZANNONI - KEMELMAJER DE CARLUCCI, Astrea; MARIANI DE VIDAL, MARINA, "Relaciones entre persona y cosa. Clasificaciones y defensas. Accesión de posesiones. Interversión de título", JA, 1973-48; MARIANI DE VIDAL, MARINA - HEREDIA, PABLO, en BUERES - HIGHTON, *Código Civil y Normas complementarias*, t. V-A, 2ª ed., Hammurabi; MOLINARIO, ALBERTO D., *De las relaciones reales*, Universidad, Buenos Aires, 1981; MOLINARI ROMERO, PEDRO, *Ideas para una revisión de la teoría posesoria*, Depalma, 1968; RUSSOMANNO, MARIO CÉSAR, *Origen de la posesión*, Anales de la Universidad del Salvador, I, 1964; SAVIGNY, FRIEDERICH, *Tratado de la posesión*, Bruselas, 1866; d9849094 VON IHERING, RUDOLF, *El rol de la voluntad en la posesión*, Madrid, 1926.

Art. 1908.— Enumeración. Las relaciones de poder del sujeto con una cosa son la posesión y la tenencia.

Art. 1909.— Posesión. Hay posesión cuando una persona, por sí o por medio de otra, ejerce un poder de hecho sobre una cosa, comportándose como titular de un derecho real, lo sea o no.

Art. 1910.— Tenencia. Hay tenencia cuando una persona, por sí o por medio de otra, ejerce un poder de hecho sobre una cosa, y se comporta como representante del poseedor.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

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

La expresión relación real ha sido propuesta por Molinario con fundamento en que "si por derecho real entiende la doctrina moderna el derecho de los bienes, la relación entre el hombre y la cosa puede también ser calificada de *real*" (De las relaciones reales. Universidad, Buenos Aires, 1981, p. 37).

En términos generales la posesión en sentido genérico (posesión y tenencia) es el poder de hecho sobre una cosa que permite su utilización, independientemente del derecho real o personal cuya titularidad ostente el sujeto; sin embargo, no es ésta la definición que adoptó el art. 2351 del Código velezano, puesto que se refiere a la relación que tiene una persona con una cosa *con intención de someterla al ejercicio de un derecho de propiedad*, es decir, alude a la posesión en sentido estricto.

La expresión utilizada por Vélez "someterla al ejercicio de un derecho de propiedad" ha merecido dos interpretaciones divergentes:

1°) Propiedad es a estos efectos sinónimo de dominio, es decir entonces que la posesión exterioriza sólo ese derecho. Se enrolan en esta corriente Salvat (*Tratado de derecho Civil, Derechos Reales*, t. I, p. 32), Lafaille (*Tratado de Derechos Reales*, t. I, p. 166) y Molinario (*De las relaciones reales*, p. 172).

2°) Propiedad es una expresión amplia que abarca todos los derechos patrimoniales, tanto reales como creditorios; en este sentido todos los derechos reales que suponen una relación material con su objeto se ejercen por la posesión, máxime teniendo en cuenta que el art. 4015 establece que "el ánimo de tener la cosa para sí" no se limita al dominio, sino que puede referirse a los demás derechos reales. Han adoptado esta postura doctrinal Allende (*Cuasi posesión, su inexistencia en el Código Civil*, Rev. Jurídica, t. II, 1958, p. 115), Gatti, Laquis (*Derechos reales*, t. I, p. 258).

Antes de la reforma introducida en el Código Civil por la ley 17.711, la distinción entre posesión y tenencia (definida en el art. 2352) era tajante, no sólo en cuanto al concepto, sino fundamentalmente en cuanto a sus efectos y las defensas posesorias que se concedían en uno u otro caso; con las modificaciones efectuadas en el régimen de las acciones policiales, de los interdictos y el alcance del art. 2470, en estos aspectos se han acortado las diferencias.

En cuanto a la metodología, Vélez ha explicado que la utilizada en el Código argentino obedece a que las cosas y la posesión son elementos de los derechos reales, razón por la cual han sido tratados antes de iniciar la reglamentación de estos últimos.

Este es el punto de partida para aquellas teorías que consideran la posesión como un elemento de los derechos reales. Sin embargo, no se menciona entre ellos la posesión en sentido estricto ni tan siquiera la necesidad de la existencia de una relación real entre el sujeto y la cosa; ello así por cuanto hay derechos reales que no requieren de esta conexión inmediata con la cosa, como sucede con la hipoteca o con el usufructo de créditos.

Fuente: Proyecto de Código Unificado de 1998, arts. 1845, 1847 y 1848.

II. COMENTARIO

Entendemos que, si bien es necesario comprender la existencia de múltiples relaciones del hombre con las cosas en el mundo real, a los efectos jurídicos hay que reducirlas a aquellas categorías que trascienden el orden común y merecen ser captadas y reguladas por la ley. Se da en el caso una situación similar a la que mencionamos al analizar las *cosas* como objeto del derecho real concluyendo que no todos los objetos que existen son *cosas jurídicas*, por tanto centramos nuestro interés sólo en estas últimas.

El nuevo Código ha receptado sólo dos de estas relaciones: posesión y tenencia, desechando la mera yuxtaposición local por carecer de interés jurídico. Asimismo, los servidores de la posesión únicamente son tenidos en cuenta para facilitar la defensa extrajudicial de la posesión (art. 2240).

Una vez establecida la relación real entre el sujeto y la cosa, aquella merecerá la calificación legal de conformidad con las pautas que el Código argentino establece, sin perjuicio que su calidad de posesión o tenencia reconozca un origen lícito o ilícito.

En la doctrina había ganado terreno la expresión relaciones reales como género abarcativo de todas aquellas relaciones de hecho entre el sujeto y la cosa que me-

recieran regulación jurídica, y así la receptó el Proyecto de 1998. Sin embargo, el Código actual califica la posesión y la tenencia como *relaciones de poder*, explicando en los Fundamentos que la expresión relación real resulta equívoca porque en Europa se la emplea para designar al derecho real en oposición a la relación personal o derecho personal.

1. Metodología

El nuevo Código Civil, siguiendo los modernos lineamientos legislativos en la materia, adopta la denominación relaciones de poder, comprensiva de la posesión y la tenencia y, en casos excepcionales, de la yuxtaposición. Su tratamiento no está incluido entre las disposiciones generales de los derechos reales sino que ha merecido un título separado que contiene: disposiciones generales; adquisición, ejercicio, conservación y extinción; y efecto de las relaciones reales; todo ello antes de entrar en la regulación de cada uno de los derecho reales, manteniendo en este aspecto la estructura del Código de Vélez y la propuesta en el Proyecto de 1998, a pesar de no haber mantenido la terminología allí propuesta.

2. Posesión

Cabe destacar que el concepto de posesión contenido en el art. 1909 hace referencia a dos elementos esenciales: la cosa que se tiene por sí o por otro y el comportamiento que corresponde al ejercicio de un derecho de propiedad, es decir: una relación real exteriorizadora de un derecho real que se ejerce por la posesión.

Hay que hacer notar en este punto que el Código adopta claramente la postura doctrinal amplia que antes mencionamos (Gatti, Allende, Laquis) de considerar poseedores a todos los titulares de derechos reales, con exclusión, claro está, de aquellos que, como la hipoteca, no se ejercen por la posesión.

También hay que destacar que, si bien el poseedor se comporta como titular de un derecho real, puede no serlo, como se verá más adelante al analizar la clasificación de la posesión y las presunciones al respecto (arts. 1911, 1916, 1918, 1921). Ello por cuanto la posesión sólo atiende al hecho de la relación con la cosa, sin importar el derecho que subyace.

3. Tenencia

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

Tal como sucede en materia posesoria, la *relación real* de tenencia es independiente del *derecho real* o personal que detenta el tenedor. En este sentido diferenciamos el *derecho* a tener la cosa del *hecho* de la tenencia: en el primer caso hay que atender al contrato (locación, comodato, depósito, etc.) o al derecho real (prenda por ejemplo) que legitima la relación real; en el segundo únicamente al *corpus* y al *animus*.

A diferencia de lo que sucede en materia posesoria, en la cual el codificador ha establecido una clasificación, no se ha hecho lo propio para la tenencia, desechando la división doctrinal en: tenencia interesada y tenencia desinteresada, calificación que cobraba importancia a la hora de fijar la legitimación activa para el ejercicio de las acciones posesorias.

La solución es apropiada por cuanto, teniendo en cuenta que queda vedada la justicia por mano propia según surge de los arts. 2238 y ss. del Cód. Civ. y Com. la necesidad de proteger la estabilidad de las relaciones privadas y entre ellas las relaciones de poder, hace necesario habilitar vías legales a fin de proteger al despojado, llámese poseedor, tenedor o servidores de la posesión.

III. JURISPRUDENCIA

1. Para que exista posesión en el concepto legal de la palabra, es necesario el concurso de dos condiciones: detentación de una cosa bajo el poder de una persona (elemento material de la posesión) y que esta detentación se efectúe con la intención, de parte del poseedor, de someter la cosa al ejercicio de un derecho de propiedad, o mejor dicho, con la intención de comportarse respecto a esta cosa como propietario de ella, se tenga o no el derecho de propiedad (elemento intelectual o psicológico de la posesión, conocido con el nombre de *animus domini o animus rem sibi habendi*) (CCiv. Com. Minas Paz y Trib. Mendoza, sala 4ª, 9/5/2008, Lexis Nº 1/70044762-1).

2. Tratándose de bienes muebles, lo relevante, más que el título de adquisición, es la publicidad que representa su posesión para los terceros, hecho indicativo de la propiedad mientras no se produzca la prueba contraria (CCiv. y Com. Córdoba, sala 3ª, 4/5/2006, Lexis Nº 170025491-1).

Art. 1911.— Presunción de poseedor o servidor de la posesión. Se presume, a menos que exista prueba en contrario, que es poseedor quien ejerce un poder de hecho sobre una cosa. Quien utiliza una cosa en virtud de una relación de dependencia, servicio, hospedaje u hospitalidad, se llama, en este Código, servidor de la posesión.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

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

En aquellos derechos que se ejercen por la posesión, esta relación con la cosa cumple una función *exteriorizadora* del derecho real de que se trate: dominio, propiedad horizontal, usufructo, etc. Dado el sistema de presunciones que establece el Código argentino respecto de la posesión, la relación entre el sujeto y la cosa se presume lícita y por ende que el poseedor es titular de un derecho real sobre ella. En todo caso de trata de una posesión estable ejercida por el titular de dominio o por quien se halla en vías de usucapir.

Por otra parte la realización de actos posesorios también exterioriza el *animus* o intención de comportarse como propietario de la cosa puesto que ese elemento subjetivo, en tanto se mantenga en la interioridad del sujeto, es insuficiente a los fines de la relación real que requiere hechos externos que la manifiesten (Alterini,

Código Civil anotado, t. IV-A, p. 71).

Con el fin de facilitar la prueba de la relación real el Código ha organizado una serie de presunciones que admiten prueba en contrario:

af47a) *presume que hay posesión y no tenencia*. En este sentido el art. 2363 expresa: "El poseedor no tiene obligación de producir su título a la posesión, sino en el caso que deba exhibirlo como obligación inherente a la posesión. Él *posee porque posee*" (el destacado nos pertenece). Cabe clarificar que las obligaciones inherentes a la posesión son las establecidas en los arts. 2416 a 2421, entre las cuales se menciona el deber de exhibir las cosas muebles en el art. 2417, pero en ningún caso la obligación de producir prueba respecto de la causa u origen de la posesión.

Por último cabe destacar que la relación de dependencia, hospedaje u hospitalidad esta prevista en el art. 2490 cuando reglamenta la legitimación activa en la acción de despojo.

Fuente: Proyecto de Código Unificado de 1998, art. 1849.

II. Comentario

Ihering, quien ha elaborado la doctrina denominada "objetiva" pone el acento en el corpus, consistente en esa relación externa entre el sujeto y la cosa, sin que la intencionalidad de aquél resulte relevante; en este sentido entendió que cuando se tiene el *corpus* concientemente y se realizan respecto de la cosa actos posesorios, el sujeto tendrá siempre la posesión, salvo que una disposición legal determine que hay simple tenencia.

La concepción objetiva de Ihering ha sido tenida en cuenta por Bibiloni quien, en su Anteproyecto, explica que "los Códigos recientes han abandonado sin reservas las teorías romanas sobre la posesión a título de dueño, y seguimos la evolución no precisamente por espíritu de imitación, sino porque es el resultado de investigaciones jurídicas profundas, y para nosotros indiscutibles. Sea cual fuere la causa de una posesión, debe ser amparada: el poseedor, esto es, el que tiene una cosa bajo su poder, posee porque posee" (Reforma del Código Civil. Anteproyecto, nota al Título 2°, Libro III).

Tanto en el Anteproyecto de Bibiloni como en el Proyecto de 1936 se apoya la teoría objetiva con una finalidad declarada más amplia: proteger no sólo quien posee como medio para usucapir, sino a quien ejerce un poder efectivo, pleno o no, respecto de todas o de algunas de las facultades inherentes al dominio (Informe de la Comisión Reformadora de 1936: *Reforma del Código Civil. Antecedentes*, p. 143).

Siguiendo este derrotero, dada la relación con la cosa, el art. 1911 también presume la posesión, lo cual admite prueba en contrario.

Ello así por cuanto en la gran mayoría de los casos la posesión cumple esa función exteriorizadora del derecho real, es decir que además del hecho de la posesión hay un derecho que se ejerce por ese medio; esa es la razón por la cual se introduce esta presunción en el articulado del Código protegiendo en forma directa la relación real y, en forma indirecta, el derecho real que subyace. Pero, como se trata de una presunción *iuris tantum*, quien tiene derecho de poseer podrá probarlo y vencer al detentador actual.

III. Jurisprudencia

Probado el elemento externo de la relación posesoria, en caso de duda debe presumirse que existe posesión y no tenencia. Es decir, que en los casos de duda sobre cuál ha sido la causa por la cual una persona comenzó su poder de hecho sobre una cosa, quien pretende que la causa de la detentación sólo daba lugar a la tenencia debe probarlo, pues nuestra ley presume la posesión y no la tenencia y es de dicha premisa que debe partirse en la solución del conflicto y establecerse si quien invoca posesión permaneció en ella por el término requerido por la ley (SC Mendoza, sala 1ª, 19/4/2004, expte. 74.287, en j 75599/34696, LS, 335-190).

Art. 1912.— Objeto y sujeto plural. El objeto de la posesión y de la tenencia es la cosa determinada. Se ejerce por una o varias personas sobre la totalidad o una parte material de la cosa.

I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto

El art. 2351 enunciaba claramente que "habrá posesión de las *cosas*..." en clara referencia a aquellas expuestas en el art. 2311, es decir objetos materiales, quedando excluidos los derechos, concepto que ratificaba la nota al art. 2400: "Hemos dicho ya que sólo las cosas corporales son susceptibles de una posesión verdadera y propiamente dicha; las cosas incorporales, aquellas *quoe in jure consistant* no son susceptibles de la verdadera posesió47 n...".

Con relación a los sujetos, el art. 2409 del Código anterior establecía que "dos o más personas pueden tomar en común la posesión de una cosa indivisible", de tal manera, el instituto de la coposesión, si bien no estaba definido en dicho Código había sido claramente admitido no sólo en el art. 2409 sino también en el art. 2359 al regular la buena o mala fe en la posesión y luego en el art. 2489 al referirse al copropietario legitimado para el ejercicio de las acciones posesorias.

Al respecto cabe recordar que se aceptaba que en los supuestos de posesión compartida cada uno de los comuneros respondiera por su buena o mala fe en la posesión (art. 2359), directiva de gran importancia cuando se trata de merituar, por ejemplo, la procedencia de la prescripció

hichn breve o la percepción de los frutos.

Es de hacer notar que en materia posesoria, el Código Civil se refería también a la adquisición de la posesión por personas jurídicas en el art. 2393 y separadamente, de la adquisición a nombre de otros en los arts. 2392, para la representación necesaria, y 2394 y ss. para los casos de representación voluntaria (mandato).

Fuente: Proyecto de Código Unificado de 1998, arts. 1850 y 1852.

II. Comentario

1. Objeto

En este sentido marcamos la diferencia entre el objeto de los derechos reales y el

objeto de la posesión en cuanto este último queda circunscrito a las cosas materiales en tanto los derechos reales pueden tener como asiento también los derechos, como se vio al analizar el art. 1883.

Históricamente, en materia posesoria, tal como sucede en cuanto al objeto de los derechos reales, las cosas, además de ser determinadas, deben estar en el comercio, recordando que están fuera del comercio las que integran el dominio público del estado, aquellas que a pesar de formar parte del dominio privado del estado son indisponibles y las que han sido excluidas del dominio de los particulares. Este requisito estaba previsto tanto en el Código de Vélez como en el Proyecto de 1998 (art. 1950).

Sin embargo, en el artículo que analizamos este requisito no ha sido incluido. Entendemos que esta decisión tiene la misma explicación que la que aparece en los Fundamentos respecto del objeto del derecho real: "no se requiere que la cosa esté en el comercio..." (VII) Libro Cuarto: Derechos reales. Principios comunes).

2. Sujeto plural

En los casos de coposesión, cuando la cosa es indivisible, el art. 2408 del Cód. de Vélez prescribía que "la posesión de una parte importa la posesión del todo". En sentido similar el Proyecto de 1998, en el supuesto de sujeto plural, disponía para cada uno el ejercicio de la posesión por el todo (art. 1852).

Se plantea aquí el supuesto de una cosa indivisible, por ejemplo un automóvil: si bien su titularidad puede ser compartida por dos o más personas, la relación real con el vehículo no puede ser dividida de tal forma que cada comunero aproveche una mitad o un tercio, de allí que cada uno de ellos posee la totalidad, usando la cosa *in totum*, sin perjuicio de la convención que establezcan entre ellos respecto al uso compartido. Desde esta perspectiva la coposesión se convierte en posesión de la totalidad de la cosa.

El nuevo Código no contiene disposición similar al respecto. ¿Se modifica este régimen en el art. 1912?

Entendemos que no, el uso y goce de la cosa poseída en común deberá convenirse y ajustarse a esos parámetros y a las norma establecidas en materia de condominio (arts. 1986/87/88)

Respecto de la coposesión se aplica el mismo principio a un objeto divisible en tanto permanezca el estado de indivisión, tanto es así que el art. 2245 legitima a cada uno de los copropietarios para iniciar las acciones posesorias, sin necesidad de contar con la conformidad de los otros coposeedores. En el mismo sentido el art. 2251 autoriza a cada condómino a reivindicar la cosa común (y no una parte material y determinada de ella) contra un tercer detentador.

CHIII. JURISPRUDENCIA

La posesiy=0n de parte de un inmueble hace presumir que ella se extiende a la totalidad del bien. (CCiv. y Com. Cyrdoba, sala 7Є, 25/7/2006, Lexis Nє 1/70025048).

Art. 1913.— Concurrencia. No pueden concurrir sobre una cosa varias relaciones de poder de la misma especie que se excluyan entre sн.

I. RELACIYN CON EL CYDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El principio de exclusividad respecto de la relaciyn real ya habнa sido explicitado en el art. 2401 del Cod. Civil: "Dos posesiones iguales y de la misma naturaleza, no pueden concurrir sobre la misma cosa"; por otra parte el art. 2409 prevenнa que "dos o mбs personas pueden tomar en comъn la posesiyn de una cosa indivisible...", y el segundo pбrrafo de la nota al art. 2401 al diferenciar el principio de exclusividad de la coposesiyn agrega: "...muchas personas pueden poseer en comъn la cosa indivisible que les pertenece, pues que ellas no la poseen separadamente, sino que forman una persona colectiva que obra en un solo interйs. La regla que dos posesiones se excluyen, no es aplicable sino cuando se trata de posesiones del mismo gйnero, emanadas de causas opuestas, y obrando cada una en un interйs separado...".

La claridad de la nota parcialmente transcripta exime de mayores comentarios.

Fuente: Proyecto de Cydigo Unificado de 1998, art. 1853.

II. COMENTARIO

En este tema no hay innovaciyn respecto del Cydigo de Vйlez ni de los anteriores Proyectos modificatorios.

Este principio de exclusividad, que rige tambiйn en el derecho real de dominio (art. 1943), implica que sobre una misma cosa pueden converger varias relaciones de poder, por ejemplo: dos poseedores que son condyminos y un tenedor, que es locatario, pero en este caso se trata por una parte de una coposesiyn y por la otra de tenencia, esto es: relaciones de distinta naturaleza o relaciones compartidas.

Lo que la norma prohнbe es la concurrencia de relaciones reales de la misma naturaleza (por ej. posesiyn) sobre la misma cosa.

Art. 1914.— Presunciyn de fecha y extensiyn. Si media tнtulo se presume que la relaciyn de poder comienza desde la fecha del tнtulo y tiene la extensiyn que en йl se indica.

Art. 1915.— Interversiyn. Nadie puede cambiar la especie de su relaciyn de poder, por su mera voluntad, o por el solo transcurso del tiempo. Se pierde la posesiyn cuando el que tiene la cosa a nombre del poseedor manifiesta por actos exteriores la intenciyn de privar al poseedor de disponer de la cosa, y sus actos producen ese efecto.

I. RELACIYN CON EL CYDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

La causa de la posesiyn o de la detentaciyn puede consistir en actos jurнdicos (contrato de locaciyn, de compraventa, testamento, etc.) o en hechos lнcitos o ilнcitos. De tal modo puede entenderse como *causa possessionis* el acto jurнdico que hizo adquirir la posesiyn por el actual detentador o el hecho que le permitiy ocupar el inmueble, aprehender la cosa mueble o descubrir un tesoro (Es lo que

Ihering llamy causa de establecimiento de la posesiyn (*El rol de la voluntad en la posesiyn*, cit., cap. XV, p. 547).

En la concepciyn realista de la posesiyn ese simple estado de hecho comienza mediante: tradiciyn, ocupaciyn de los inmuebles, aprehensiyn de cosas muebles o despojo, independientemente que en las tres primeras situaciones preexista o no alguna de las llamadas *causa juris*, quedando de esa manera separada la posesiyn del derecho subjetivo. Esta diferencia entre posesiyn como hecho y derecho subjetivo como *causa juris* tambiйn queda expuesta en el art. 2355 cuando, al clasificar la posesiyn, Vйlez asigna el carбcter de legнtima a la relaciyn real cuya causa se ajusta a derecho e ilegнtima a la que no estб sustentada en un derecho subjetivo, sin embargo, ambas conforman la relaciyn posesoria.

El art. 2353 recepta el principio *nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest* expresada en la frase "nadie puede cambiar por sн mismo, ni por el transcurso del tiempo, la causa de su posesiyn". La norma citada se refiere a la estabilidad de la relaciyn real, cuya causa queda fijada en el momento de su adquisiciyn, sea йsta posesiyn o tenencia, legнtima o ilegнtima.

Fuente: Proyecto de Cydigo Unificado de 1998, arts. 1855 y 1857.

II. Comentario

1. Fecha y extensiyn

El art. 1914 se refiere al tнtulo como la causa de la relaciyn de poder, o sea el acto jurнdico vбlido para establecerla, que variarб segъn se trate de posesiyn o tenencia; en el primer caso puede ser un contrato de compraventa, de donaciyn, de constituciyn de usufructo, y en el segundo (tenencia) podrнa devenir de un contrato de locaciyn, depysito, prenda.

Tratбndose de una presunciyn, puede producirse prueba en contrario tendiente a demostrar, por ejemplo, que un tenedor ha intervertido su tнtulo a la relaciyn real que mantiene con la cosa, convirtiйndose en poseedor, es lo que sucede cuando un locatario, tenedor del inmueble en virtud del contrato de locaciyn, adquiere la cosa por donaciyn y comienza a poseer como dueco de ella.

No se trata de juzgar aquн la legitimidad o no de la relaciyn real, calificaciyn que se difiere al art. 1916, sino de establecer la fecha del comienzo de la posesiyn o la tenencia. Por ello entendemos que el tнtulo sylo sirve como prueba de la adquisiciyn y de la extensiyn, en caso que la relaciyn de poder no se ejerza sobre toda la cosa sino sylo sobre una parte de ella.

2. Interversiyn

En este sentido, se mantiene el principio de la inmutabilidad de la causa de la posesiyn contenido en el anterior art. 2353 del Cydigo de Vйlez.

La regla que consagra el art. 1915, en concordancia con las figuras regladas de la *traditio brevi manu* y *constituto posesorio* (art. 1923), implica que la sola voluntad es insuficiente para modificar la causa originaria de la detentaciyn, por lo cual es necesaria la existencia de un acto jurнdico vбlido para dar origen a la nueva relaciyn real.

Este principio segъn el cual nadie puede cambiar por sн la causa de la posesiyn, enunciado en la norma bajo anбlisis, ademбs de las situaciones antes mencionadas que autorizan la interversiyn del tнtulo o causa de la relaciyn real, tambiйn deja lugar a ciertas situaciones de hecho en las cuales, en forma unilateral, un tenedor comienza a actuar como poseedor de la cosa. Es la situaciyn de hecho prevista en la segunda parte del art. 1915 (antes expuesto en el art. 2458 del Cyd. Civil) que reconoce la pйrdida de la posesiyn para el anterior poseedor "cuando el que tiene la cosa a nombre del poseedor, manifiesta por actos exteriores la intenciyn de privar al poseedor de disponer de la cosa, y sus actos producen ese efecto".

Si bien es cierto que la interversiyn del tнtulo priva al verdadero poseedor de la disposiciyn de la cosa, llegando a causar la extinciyn de la posesiyn, metodolygicamente la inclusiyn de este supuesto se subsume en el inc. b) del art. 1931 y allн hubiera resultado adecuado mantenerlo.

En este caso tambiйn la intenciyn por sн sola es insuficiente para intervertir el tнtulo (de tenedor en poseedor), pero no existe ningъn acto jurнdico que sustente la nueva *causa possessionis* sino actos posesorios efectuados por el detentador quien logra, por este medio, excluir al anterior poseedor. Son actos posesorios aquellos que menciona el art. 1924 y cualquier otro que exteriorice la intenciyn del sujeto de comportarse como dueco de la cosa de modo tal de dar a publicidad su relaciyn real.

Es decir que, de parte del nuevo poseedor, hay un alzamiento contra la causa susceptible de transformarlo de tenedor en poseedor a tнtulo personal (CNFed. Civ. y Com., sala I, 30/6/1989, DJ, 1990-I, 833).

En consecuencia, quien invoca la *interversiyn* del tнtulo debe probar una voluntad en tal sentido, que se manifiesta por actos exteriores que produzcan el efecto de excluir al poseedor (CNCiv., sala H, 5/12/1994, DJ, 1996-1-1302), de allн que la negativa del locatario a restituir la cosa una vez extinguida la locaciyn, o la continuaciyn de la ocupaciyn sin abonar los alquileres, no son actos idyneos para generar el cambio del tнtulo de la relaciyn real (CNFed. Civ. y Com., sala I, 30/6/1989, DJ, 1990-I-833).

III. Jurisprudencia

1. Para demostrar la interversiyn del tнtulo original de tenedor en otro tнtulo diferente de poseedor, el que era tenedor debe probar que el antiguo poseedor (aquйl cuya posesiyn representaba) la perdiy y que quien tenнa la cosa para el poseedor, manifesty por actos exteriores la intenciyn de privarlo de ella, lo que ocurre cuando tales actos exteriores no sylo revelan la simple voluntad de privar al poseedor de la cosa, sino que verdaderamente producen ese efecto (CNCiv., sala B, 8/7/1987, JA, 1987-IV-671 (Del voto del Dr. Molteni).

2. Para poder alegar la interversiyn deben darse tres condiciones, a saber: a) situaciyn de tenencia previa; b) manifestaciyn de la voluntad y c) manifestaciyn de esa voluntad traducida en actos que consignan el efecto apetecido. De ahн que la simple negativa a pagar alquileres no la traduzca. Es que no pagarlos es negarse a celebrar un conve1505nio de desocupaciyn y el pedir el rechazo de la acciyn de desalojo no implicarнan un atentado a la libre disposiciyn de la locadora (CNCiv. y Com. Fed., sala 3Є, 13/3/1987, JA, 1987-IV, sнntesis).

Art. 1916.— Presunciyn de legitimidad. Las relaciones de poder se presumen legнtimas, a menos que exista prueba en contrario. Son ilegнtimas cuando no importan el ejercicio de un derecho real o personal constituido de conformidad con las previsiones de la ley.

Art. 1917.— Innecesariedad de tнtulo. El sujeto de la relaciyn de poder sobre una cosa no tiene obligaciyn de producir su tнtulo a la posesiyn o a la tenencia, sino en el caso que deba exhibirlo como obligaciyn inherente a su relaciyn de poder.

I. Relaciyn con el Cydigo Civil. Fuentes del nuevo texto

La posesiyn admite distintas clasificaciones y en lo que aquн interesa, aquella que separa la posesiyn *legнtima* de la *ilegнtima*.

De conformidad con lo establecido en el 1er.pбrrafo del art. 2355 del Cydigo de Vйlez ъnicamente el titular de un derecho real que se ejerce por la posesiyn puede ser calificado de poseedor legнtimo. Por el contrario, aquel que hubiera adquirido sin tнtulo, es decir sin aquel acto jurнdico que reъna las condiciones de fondo y de forma para transmitir el derecho real de que se trate, se convierte en poseedor ilegнtimo.

Tambiйn resulta ilegнtima la posesiyn *cuando se adquiera del que no tenнa derecho a poseer la cosa*, es decir, cuando el que transmitiy no tenнa el *ius posidendi* o no tenнa derecho para transmitirla, por ejemplo: los supuestos de inhibiciyn voluntaria o aquellos en los que el Cydigo expresamente prohнbe la cesiyn de la posesiyn legнtima.

La ley 17.711, sin modificar el art. 2355 del Cyd. de Com., incorpory un segundo pбrrafo del siguiente tenor: "Se considera *legнtima* la adquisiciyn de la posesiyn de inmuebles de buena fe, mediando boleto de compraventa" (la cursiva nos pertenece).

Cabe recordar que en la sistemбtica del Cydigo de Vйlez la posesiyn legнtima es siempre la exteriorizaciyn de un derecho real, de tal modo el pбrrafo introducido por la ley 17.711 ha sido considerado un verdadero caballo de Troya, que rompe toda la arquitectura del Cydigo en esta materia, al extender la posesiyn como posible contenido de un derecho personal que tiene el futuro comprador a que se formalice el contrato de compraventa (Molinario, Alberto D. Ponencia presentada en las V Jornadas de Derecho Civil, Rosario, 1971. Este autor propuso en ese momento la derogaciyn del agregado al art. 2355). De allн que el pбrrafo citado no logry aclarar en forma indubitable la situaciyn del comprador con boleto y posesiyn, sino que, a su vez, genery diversas interpretaciones:

1. La posesiyn de inmuebles adquirida de buena fe, mediante boleto de compraventa, es legнtima

La posesiyn del comprador es legнtima por cuanto el vendedor se ha desprendido voluntariamente de la cosa y aquйl la ha recibido de conformidad. El adquirente no tiene el dominio, pero el contrato de compraventa, como tнtulo o causa, es materialmente suficiente para legitimar la posesiyn.

En este esquema, y como consecuencia de la legitimidad de su posesiyn, tiene a su favor la posibilidad de la accesiyn de posesiones para la protecciyn posesoria, la legitimaciyn activa para valerse de las acciones posesorias y para la acciyn de desalojo, legitimaciyn para ser indemnizado en caso de expropiaciyn y en la parte proporcional del precio pagado y valor de las mejoras por йl realizadas, hacer construcciones y mejoras en el predio, reputбndoselo poseedor de buena fe.

Sostienen esta postura: Laquis (*Derechos reales*, t. I, ps. 312 y ss., Buenos Aires, Depalma, 1975), Morello (*El boleto de compraventa*, cit..., ps. 102 y ss.), Spota (art. 2355 del Cyd. Civil reformado por ley 17.711 y *Posesiyn legнtima del comprador de buena fe con boleto de compraventa inmobiliario*, ED, 98-821), Andorno (*Conflicto de intereses sobre el inmueble vendido por boleto: їQuiйn tiene un mejor derecho: el comprador por boleto, el primer embargante? Tercerнas de dominio y de mejor derecho*, RDPyC, 2003-3-247), Peca Guzmбn (*Derecho Civil Argentino, Derechos Reales*, t. I, Tea, Buenos Aires, 1973, p. 262, Nє 171).

2. Derecho real de posesiyn o dominio imperfecto

El pбrrafo agregado por la ley 17.711 en el art. 2355 del Cyd. Civil ha permitido que alguna doctrina infiera la incorporaciyn de un derecho real de posesiyn o de un dominio imperfecto.

En este sentido se afirma que el poseedor por boleto tiene un derecho real que no requiere publicidad, es decir: que el art. 2505 no rige en los supuestos del art. 2355, 2є pбrrafo, o bien que, dada la presencia de un nuevo derecho real, el boleto de compraventa debe ser inscripto para su oponibilidad a terceros. Segъn este criterio la posesiyn legнtima constituye un derecho y no un hecho con efectos jurнdicos.

Sostienen esta postura Bustamante Alsina ("El boleto de compraventa inmobiliaria y su oponibilidad al concurso o quiebra del vendedor", LA LEY, 131-1274), Borda ("La reforma del Cydigo Civil; posesiyn, hipoteca", ED, 32-859), Mariani de Vidal ("El poseedor en virtud de boleto de compraventa", LA LEY, 141-941). Cabe secalar que autores como Morello (ob. cit., p. 108), no participan de la postura que entiende que la ley 17.711 ha creado un nuevo derecho autynomo en la categorна de dominio imperfecto, limitando sus efectos a la protecciyn posesoria.

3. La adquisiciyn de la posesiyn es legнtima

En el sistema posesorio organizado por Vйlez se expresa claramente que la posesiyn es legнtima sylo cuando hay *derecho de poseer*, esto es: cuando es la exteriorizaciyn de un derecho real. En consecuencia, como la ley 17.711 no ha modificado aquйl concepto, no puede pretenderse que el comprador por boleto, que no tiene el tнtulo suficiente para adquirir el derecho real, sea considerado poseedor legнtimo.

їCymo se interpreta entonces el segundo pбrrafo del art. 2355? En forma literal: se considera legнtima la *adquisiciyn* de la posesiyn inmuebles de buena fe, mediando boleto de compraventa. Es decir que sylo la adquisiciyn es legнtima puesto que la cosa ha sido entregada voluntariamente por el propietario, pero la posesiyn en sн misma sigue siendo ilegнtima en tanto no se instrumente el contrato de compraventa en escritura pъblica y el comprador adquiera el derecho real.

En esta lнnea de interpretaciyn el poseedor no tiene acciones reales, salvo por vна de subrogaciyn. Sin embargo, se reconoce que aceptar la legitimidad de la adquisiciyn de la posesiyn soluciona algunos aspectos conflictivos: a) se aclara que el comprador de buena fe con boleto de compraventa es un poseedor y no un mero tenedor; b) el adquirente puede rechazar la acciyn de reivindicaciyn intentada por el enajenante o por quienes son sus sucesores universales y particulares; c) es viable el embargo y ulterior subasta de los derechos y acciones del poseedor por boleto (SC Mendoza, en pleno, 6/12/1991, DJ, 1992-1-1098; voto de la Dra. Kemelmajer de Carlucci).

Sostienen esta postura: Highton, *Derechos reales. Posesiyn*, Buenos Aires, Hammurabi, 1984, p. 65), Gatti-Alterini (*Prehorizontalidad y boleto de compraventa*, Buenos Aires, 1973, ps. 25 y ss.), Alsina Atienza (*En torno de las inquietantes discrepancias sobre los efectos del boleto de compraventa inmobiliaria. Una nueva interpretaciyn del derecho vigente*, RDPCO, Nє 63, ps. 325 y ss.).

Fuente: Proyecto de Cydigo Unificado de 1998, arts. 1858 y 1859.

II. Comentario

El art. 1916 mantiene la clasificaciyn de legнtima e ilegнtima ya establecida por Vйlez para la posesiyn, pero la extiende a todas las relaciones de poder, es decir, la ampliа a la tenencia.

En la norma actual no se define la relaciyn real legнtima sino sylo la ilegнtima: aquella que no importe el ejercicio de un derecho real. A contrario, se desprende que la posesiyn legнtima serб aquella que exteriorice mediante su ejercicio la existencia de un derecho real subyacente; si se tratara de merituar una tenencia legнtima, ella serб el ejercicio de un derecho personal emanado de una relaciyn contractual (locaciyn, depysito, leasing).

Hasta aquн se reproduce, aunque en otros tйrminos, el concepto del art. 2355 del Cyd. Civil, antes citado; sin embargo nada se menciona acerca del adquirente con boleto de compraventa, situaciyn por demбs frecuente y conflictiva.

Calificamos al boleto de compraventa como contrato del cual surgen las obligaciones establecidas libremente por las partes y en particular, para el vendedor: hacer entrega de la cosa y hacer escritura pъblica y para el comprador: recibir la cosa y pagar el precio. Por ello la entrega de la posesiyn a travйs de la tradiciyn es un acto de ejecuciyn de ese contrato.

Con esa premisa, el boleto de compraventa queda inscripto en el бmbito de los derechos personales y sylo se convertirб en tнtulo suficiente para la adquisiciyn del dominio de inmuebles cuando se lo hubiera elevado a escritura pъblica; sylo la conjunciyn del tнtulo suficiente y el modo suficiente —en este caso tradiciyn— hace posible el trбnsito a la esfera de los derechos reales.

Por ello, afirmar que el boleto mбs la tradiciyn han producido la incorporaciyn del inmueble al patrimonio del comprador implica confundir el negocio obligacional y el negocio traslativo, porque el boleto de compraventa no sylo no es un tнtulo suficiente para transmitir el dominio sino que ni siquiera es un justo tнtulo.

Por otra parte, la posesiyn legнtima equivale a la posesiyn con derecho de poseer o sea posesiyn que consiste en el ejercicio de un derecho real, en cambio, la posesiyn adquirida por un tнtulo insuficiente para adquirir derechos reales es ilegнtima, aunque medie buena fe. Dentro de este esquema descartamos que el comprador de buena fe por boleto pueda ser calificado de poseedor legнtimo

1. Presunciyn de legitimidad

El artнculo que comentamos tambiйn mantiene esta presunciyn, ya expresada por Vйlez en la frase "el (poseedor) posee porque posee" del art. 2363, cuya consecuencia es la innecesariedad de producir su tнtulo a la posesiyn o a la tenencia que surge del art. 1917 del Cydigo actual.

El titular de la relaciyn de poder tiene para sн la presunciyn de legitimidad de esa relaciyn, de allн que, en principio no deba ampararse en ningъn tнtulo para demostrarla, salvo que exista prueba en contrario y trate de defender la bondad de la causa de su posesiyn o tenencia, en cuyo caso exhibirб el tнtulo de que se vale para probar, entre otras circunstancias, la fecha y extensiyn de su relaciyn real (art. 1914).

Remitimos al comentario del art. 1911, en cuanto se refiere a la presunciyn de posesiyn.

Art. 1918.— Buena fe. El sujeto de la relaciyn de poder es de buena fe si no conoce, ni puede conocer que carece de derecho, es decir, cuando por un error de hecho esencial y excusable estб persuadido de su legitimidad.

Art. 1919.—ich Presunciyn de buena fe. La relaciyn de poder se presume de buena fe, a menos que exista prueba en contrario.

La mala fe se presume en los siguientes casos:

a) cuando el tнtulo es de nulidad manifiesta;

b) cuando se adquiere de persona que habitualmente no hace tradiciyn de esa clase de cosas y carece de medios para adquirirlas;

c) cuando recae sobre ganado marcado o secalado, si el diseco fue registrado por otra persona.

Art. 1920.— Determinaciyn de buena o mala fe. La buena o mala fe se determina al comienzo de la relaciyn de poder, y permanece invariable mientras no se produce una nueva adquisiciyn.

No siendo posible determinar el tiempo en que comienza la mala fe, se debe estar al dна de la citaciyn al juicio.

El Cydigo velezano clasificaba la posesiyn en legнtima e ilegнtima; esta ъltima a su vez podна ser de buena o de mala fe y la de mala fe se dividна en viciosa y no viciosa. En el comentario a los artнculos anteriores se analizy la primйra de las clasificaciones: relaciones legнtimas e ilegнtimas; corresponde ahora diferenciar entre

aquellas de buena y de mala fe.

El art. 2356 clasifica: "La posesiyn puede ser de buena o de mala fe. La posesiyn es de buena fe, cuando el poseedor, por ignorancia o error de hecho se persuadiere de su legitimidad". El art. 2356 define la buena fe en la posesiyn haciendo menciyn del error que induce al poseedor a persuadirse de la legitimidad de su relaciyn real. En este punto hay que destacar que, aunque la letra de la ley no lo dice, se estб refiriendo al error de hecho excusable delineado en el art. 929.

La primera frase del artнculo citado en realidad debe leerse: la posesiyn *ilegнtima* puede ser de buena o de mala fe, por cuanto la posesiyn legнtima, aquella que se tiene en virtud de un titulo suficiente y por modo tambiйn suficiente no requiere calificaciyn alguna; en esta situaciyn el derecho legitima la relaciyn real con independencia de su creencia subjetiva, elemento interno que cobra relevancia sylo en las relaciones reales ilнcitas.

Segъn el art. 2356 del Cyd. Civil el poseedor debe tener la persuasiyn de la legitimidad de su posesiyn y йste es el elemento subjetivo necesario pero no suficiente puesto que ademбs la buena fe se refiere a una conducta diligente y adecuada a las circunstancias del negocio jurнdico y dado que ciertas deficiencias dominiales pueden advertirse, por ejemplo, mediante el estudio de tнtulos, el hecho de no haberse llevado a cabo esta investigaciyn harна desaparecer la presunciyn de buena fe que existe a favor del tercero.

Tambiйn se ha interpretado que la buena fe se refiere a "la conducta del adquirente en la concertaciyn del negocio jurнdico y consiste en haberlo celebrado sin connivencia con el promitente" (Gatti-Alterini, *Prehorizontalidad y boleto de compraventa*, p. 35).

Fuente: Proyecto de Cydigo Unificado de 1998, arts. 1860, 1861 y 1862.

II. Comentario

1. Buena fe

En primer lugar es de hacer notar la divergencia entre el concepto de *buena fe* contenido en el art. 1918 y el anterior art. 2356 del Cyd. Civil. Este ъltimo acentuaba el elemento subjetivo, la persuasiyn de la legitimidad de su tнtulo, en tanto el actual pone йnfasis en el error de hecho esencial y excusable.

La buena fe jurнdica es la convicciyn de actuar conforme a derecho y comprende el aspecto psicolygico o *creencia* en el propio derecho y el aspecto йtico o voluntad de obrar honradamente, lo que se ha dado en llamar *buena fe probidad* o *buena fe diligencia*.

La jurisprudencia ha entendido que al incorporarse la publicidad registral inmobiliaria no serна alegable la buena fe en el poseedor si antes de la fecha cierta de su posesiyn se habна inscripto la escritura o por lo menos expedido la certificaciyn a que se refieren los arts. 22 y ss. de la ley 17.801, por cuanto todo adquirente cuidadoso debe enterarse tanto del estado de hecho cuanto de derecho del inmueble; siendo el registro pъblico para todo aquйl que tenga interйs legнtimo en conocer la condiciyhn jurнdica del inmueble, si no toma los recaudos pertinentes ha actuado sin la debida diligencia y por ende no puede ser considerado de buena fe (CNCiv., sala C, 11/2/1982, LA LEY, 1982-B, 318).

Mediante el informe registral el interesado tambiйn podrб conocer la existencia o no de embargos o medidas cautelares que lo pongan sobre aviso de la existencia de derechos litigiosos respecto de la cosa cuya posesiyn pretende; en este sentido se entendiy que "La anotaciyn de la litis tiene la virtud de dar a publicidad un litigio que puede tener como consecuencia la modificaciyn de una inscripciyn en el registro de la Propiedad para que asн cese la presunciyn de buena fe que tendrна en su favor quien contratare sobre el bien" (CNCiv., sala D, 29/2/1980, La Ley Online).

pararsid9849094 Por nuestra parte agregamos que el asiento registral por sн solo no es suficiente para justificar la buena fe de quien se prevale de йl, en tanto el poseedor diligente hubiera podido conocer la disconformidad entre la realidad registral y la extrarregistral.

2. Presunciyn de mala fe

De la misma forma que el poseedor y el tenedor tienen para sн la presunciyn de legitimidad, los sujetos de la relaciyn de poder se presumen de buena fe, salvo que se demuestre lo contrario.

Sin embargo, el art. 1919 contiene tres supuestos en los cuales se presume la mala fe, es decir, se invierte la presunciyn. Se trata de situaciones en las que el sujeto ha sido negligente, no ha habido de su parte buena fe diligencia en cuanto no ha examinado adecuadamente la bondad del tнtulo (inc. a), o el diseco de la marca del ganado que adquiere (inc. c), o ha carecido de la buena fe probidad al efectuar transacciones con personas ajenas a ese tipo de negocios (inc. b).

Las presunciones de mala fe, ahora agrupadas en el artнculo bajo anбlisis, estaban ya enunciadas en el anterior Cydigo, pero no en forma sistemбtica, sino aplicadas en distintos institutos, por ejemplo: a) la referencia al vicio de forma del tнtulo (nulidad manifiesta) estaba plasmada en el art. 4009 al referirse a la buena fe necesaria para la prescripciyn breve; b) la adquisiciyn en lugares donde se no venden cosas semejantes o de personas que no tienen capacidad economica para adquirirlas, era considerada en el art. 2771 una causal de mala fe en la posesiyn (esta norma estaba incluida en la regulaciyn de la acciyn reivindicatoria.

La presunciyn contenida en el inc. c) del art. 1919 fue introducida en el Proyecto de 1998 y retomada en el actual Cydigo. Dado que el sistema de marcas y secales hace a la publicidad de los derechos reales sobre los semovientes, no podrна considerarse de buena fe el adquirente que no constate en los registros rurales locales la titularidad de la marca (o secal) del ganado objeto del negocio jurнdico.

3. Comienzo de la buena o mala fe

El comienzo de la posesiyn o de la tenencia es el momento para su calificaciyn: si hubo buena fe en su origen la relaciyn real serб ilegнtima pero de buena fe, lo que le permitirб, por ejemplo, hacer suyos los frutos por todo el perнodo de su posesiyn y hasta el momento de la notificaciyn de la demanda, sea por reivindicaciyn o por alguna de las acciones posesorias autorizadas; y tiene derecho a reclamar el reembolso de los gastos efectuados en el inmueble (art. 1938).

Uno de los efectos mõs importante de la buena fe posesoria es la posibilidad de usucapir en los tïrminos del art. 1898, en la medida que el sujeto de la relaciyn de poder ostente justo tнtulo.

III. Jurisprudencia

1. Para el derecho, la buena fe supone error excusable y el comprador por escritura no puede alegarlo si no ha realizado investigaciones previas sobre el tнtulo antecedente y sobre la tradiciyn, recaudos que exige nuestro ordenamiento dispositivo para acreditar la propiedad de la cosa. (CNCiv., sala H, 6/2/2001, JA, 2001-III-106).

Si los vicios o defectos que impiden la transmisiyn del bien son conocidos por el poseedor, y de acuerdo al art. 3270 Cydigo Civil, la transmisiyn no puede conferir al adquirente un derecho mejor del que tenHa el enajenante, va de suyo que su posesiyn es de mala fe (h ,2004/5/13 ,•1 n, sala^şSan Mart .CCiv. y ComLexis N° 14/133783).

f47 No debe ser considerado en estado de buena fe, el que duda si su autor era o no señor de la cosa, y tenía o no el derecho de enajenarla, porque la duda es un término medio entre la buena y mala fe. (CCiv. y Com. Santiago del Estero, sala 2ª, 18/11/1998, Lexis 19/722).

Art. 1921.— Posesión viciosa. La posesión de mala fe es viciosa cuando es de cosas muebles adquiridas por hurto, estafa, o abuso de confianza; y cuando es de inmuebles, adquiridos por violencia, clandestinidad, o abuso de confianza. Los vicios de la posesión son relativos respecto de aquel contra quien se ejercen. En todos los casos, sea por el mismo que causa el vicio o por sus agentes, sea contra el poseedor o sus representantes.

I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto

La normativa vigente califica la mala fe en la posesión como simple o no viciosa y viciosa. Esta distinción tiene implicancias prácticas por cuanto el poseedor vicioso no está legitimado para iniciar las acciones posesorias *estrictu sensu*, ni puede comenzar a usucapir antes de haber purgado el vicio de su posesión, ni está en condiciones de acceder su relación real a la de su antecesor.

El vicio de la posesión debe estar presente en el momento en que el poseedor la adquiere; es allí cuando él conocía o debía conocer su ilegitimidad, causada por la forma en la que estableció la relación real con la cosa.

En este sentido art. 2364 del Cód. Civil calificaba los vicios de la posesión según estuvieran referidos a inmuebles o a cosas muebles. Así, para los primeros preveía: hurto, estelionato y abuso de confianza, en tanto para los inmuebles: violencia, clandestinidad y abuso de confianza.

Fuente: el Proyecto de Código Unificado de 1998 eliminó esa clasificación.

II. Comentario

El art. 1921 se aparta en este punto del Proyecto de 1998 y mantiene la clasificación de posesión viciosa del Código de Vélez antes reseñada, separando los vicios según se trate de la posesión de cosas muebles o inmuebles.

En los Fundamentos del Proyecto respectivo se explica la decisión de "restablecer la subdivisión de la posesión en viciosa y no viciosa por sus importantes efectos jurídicos", para concluir que el poseedor de mala fe "no puede ser equiparado a quien quebrantó intencionalmente la ley con violencia o cometiendo hurto".

1. Cosas muebles

a) Hurto: A los efectos de la conceptualización del hurto como vicio de la posesión de cosas muebles hay que tener en cuenta que el elemento primordial es la apropiación, sea o no violenta, con la consiguiente privación de loa cosa para el poseedor legítimo.

b) Estafa: Esta figura no ha sido definida en el Código nuevo. Si nos atenemos a la figura del estelionato, que mencionaba Vélez en el art. 2364 y delineaba en los arts. 1178 y 1179, se plantean las siguientes situaciones: contratar sobre cosas ajenas como si fuesen propias; contratar sobre cosas litigiosas, hipotecadas o embargadas, como si estuvieran libres.

c) Abuso de confianza: Es éste el supuesto en el cual el tenedor de la cosa mueble, por ejemplo depositario, intervierte su título y comportándose como poseedor con derecho a poseer realiza con respecto a la cosa actos posesorios, inclusive de disposición, como es la venta.

2. Cosas inmuebles

a) Violencia: En primer lugar hay que diferenciar la violencia en la posesión de la violencia en el título: la primera se refiere a las vías de hecho, que implican el empleo de la fuerza material o moral para establecer la relación real entre el poseedor de mala fe y la cosa; la segunda vicia el título y puede conllevar su nulidad, pero no vicia la posesión misma.

b) Clandestinidad: el Código recientemente sancionado no contiene este concepto por lo cual es válido remitirse al contenido en el art. 2369 del Cód. Civil anterior, norma que debe ser interpretada en consonancia con los arts. 2370, 2479 y su nota: se describe en ellos la posesión pública como opuesta a la clandestina, calificación que no se relaciona directamente con el número de testigos que pueden dar fe de la publicidad de la posesión, sino con la mayor o menor facilidad en la toma de conocimiento de los actos posesorios realizados; así, anota Vélez, los actos posesorios ejecutados de noche siempre son reputados clandestinos, al igual que los trabajos subterráneos.

c) Abuso de confianza: Se trata de un caso de interversión de título: quien era tenedor del inmueble, por ejemplo un locatario, comienza a poseer para sí, es decir: cambia la causa de su relación real convirtiéndose de tenedor en poseedor ilegítimo, de mala fe y vicioso por abuso de confianza.

3. Relatividad de los vicios

El art. 1921, siguiendo en este punto lo preceptuado en los arts. 2368 (referido al vicio de violencia) y 2371 (vicio de clandestinidad) del Código anterior, menciona la relatividad de dichos vicios, es decir que sólo son invocables por el anterior poseedor. Tales disposiciones, aplicables a todos los vicios, indican que el poseedor ilegítimo de mala fe y vicioso lo será sólo respecto de aquel que fue desposeído y no respecto de terceros.

El Código de Vélez implementaba un sistema de "purga de los vicios de la posesión". En este sentido el art. 3959 dispone: "La prescripción de cosas poseídas por fuerza, o por violencia, no comienza sino desde el día en que se hubiere purgado el vicio de la posesión"; por otra parte el art. 4038 estipula: "Se prescribe también por un año, la obligación de responder al turbado o despojado en la posesión, sobre su manutención o reintegro".

Al respecto la doctrina nacional mayoritaria ha entendido que los vicios se purgan cuando ha operado la caducidad de las acciones que el desposeído puede intentar para recuperar la cosa.

El art. 2564 del nuevo Código establece un plazo de prescripción liberatoria para las acciones posesorias, es decir que a partir de allí el vicio quedaría purgado. Sin embargo, quedaría por establecer si ese año debería anexarse al plazo de veinte años que rigen para la prescripción larga (art. 1899).

III. JURISPRUDENCIA

1. Quien tuvo el consentimiento voluntario de su propietario, ya sea por contrato o simple anuencia, no podrá ser calificado de intruso, aun cuando permanezca en la detentación, en la tenencia o, en fin, en la ocupación, luego de vencido el contrato o el consentimiento inicial (CCiv. Com. Minas Paz y Trib. Mendoza, sala 3ª; 10/12/2007, Lexis Nº 1/1036166).

2. Existe abuso de confianza si el demandado ha utilizado recursos engañosos o fraudulentos para tomar la posesión o se pretende transformar en posesión o tenencia la condición de servidor de la posesión (CCiv. Com. Minas Paz y Trib. Mendoza, sala 3ª, 20/12/2000, Lexis Nº 33/4273).

CAPÍTULO 2

ADQUISICIÓN, EJERCICIO, CONSERVACIÓN Y EXTINCIÓN

7 Por LILIAN N. GURFINKEL DE WENDY

Bibliografía clásica: HIGHTON, ELENA, "Hechos y actos jurídicos reales", JA, 1984-III-850; KIPER, CLAUDIO, "¿Posesión de universalidades de hecho?", JA, 2000-IV-940; VERLY, HERNÁN, "Constituto posesorio y quiebra del vendedor-depositario", JA, 1995-IV-683.

***

Art. 1922.— Adquisición de poder. Para adquirir una relación de poder sobre una cosa, ésta debe establecerse voluntariamente:

a) por sujeto capaz, excepto las personas menores de edad, para quienes es suficiente que tengan diez años;

b) por medio de un contacto con la cosa, de la posibilidad física de establecerlo, o cuando ella ingresa en el ámbito de custodia del adquirente.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

La posesión, en tanto relación real, supone un contacto entre el sujeto y la cosa material que constituye su objeto, la detentación de la cosa (corpus) sumado a la intención de tenerla como propia hará adquirir
—en principio— la posesión como lo describía el art. 2373, dejando a salvo la adquisición de la posesión por sucesión universal, que era regulada por los arts. 3410, 3415 y 3418; la ficción legal según la cual los herederos mantienen la calidad del causante, en cuanto nos interesa, de poseedor con todas sus ventajas y sus vicios, torna innecesaria la realización de actos materiales de entrega y recepción de las cosas que conforman el acervo hereditario, más aún: los ascendientes, descendientes y cónyuge toman posesión de la herencia aunque ignoren la apertura de la sucesión, los restantes herederos, si bien deben solicitar judicialmente la posesión de la herencia, una vez otorgada, ésta surtirá efectos retroactivos al día de la muerte del causante.

En cuanto a la capacidad para adquirir la posesión o la tenencia, el art. 2392 del Cód. Civil de Vélez requería la capacidad de entender y querer, situación anímica que está presente en las personas mayores de diez años y ausente en los que "no tienen uso completo de su razón" ya fuera en forma temporaria o permanente.

Fuente: Proyecto de Código Unificado de 1998, art. 1963.

II. COMENTARIO

ch***NÓTESE, Y EN ESTA CUESTIÓN PONEMOS ESPECIAL ÉNFASIS, QUE adquirir la relación de poder*** de ninguna manera es sinónimo de *adquirir el dominio*. Veamos un ejemplo de la vida diaria: dos personas (comprador y vendedor) suscriben un boleto de compraventa por el cual se obligan recíprocamente: el primero a recibir la cosa vendida y pagar el precio convenido y el segundo a entregar esa misma cosa en las condiciones pactadas y otorgar la escritura pública.

Es muy frecuente —en mayor medida en los edificios a estrenar— que el vendedor entregue la posesión del inmueble al comprador difiriendo la escrituración; en este supuesto el comprador adquirió la posesión por tradición, sin embargo no será dueño de la cosa hasta que no se cumpla el requisito del título suficiente para hacerle adquirir el derecho real.

El art. 1922 mantiene los lineamientos del Código de Vélez en cuanto a la capacidad requerida y el contacto con la cosa objeto de la relación real.

1. Capacidad

La tradición, como acto jurídico bilateral, requiere capacidad en quien entrega la

cosa y en quien la adquiere (art. 1922) y el concurso de la voluntad de ambas partes, a diferencia de la ocupación y la desposesión que son unilaterales. La incapacidad del *bch* y/o del *accipiens* provoca la nulidad de la tradición.

Nótese que en el caso, no se trata de adquirir un derecho real, sino sólo la relación real con la cosa, sin perjuicio de existir o no un derecho (real o personal) como *causa possessionis*, de allí que no se requiere capacidad para contratar (mayoría de edad) sino una capacidad mínima que permita comprender los actos que se realizan.

2. Contacto con la cosa

La aprehensión de la cosa no implica necesariamente el contacto material con ella, basta la posibilidad de disponer en cualquier momento o de recrear cuantas veces sea necesaria la relación con el objeto; como señala Vélez en la nota al art. 2374 el contacto personal no es necesaria para la adquisición, basta la sola vista de la cosa presente. Así, para tomar un fundo no es necesario entrar en él siendo suficiente abarcarlo con la mirada; en las cosas muebles, la simple presencia del objeto y su disponibilidad reemplazan la aprehensión real.

La adquisición de la relación de poder requiere el corpus (entendido en el sentido antes expresado) y la intencionalidad que se exterioriza mediante la realización de los actos posesorios que luego analizaremos (ver art. 1928).

III. Jurisprudencia

1. Las tareas rurales de explotación, el alambrado y mantenimiento, el desmalezado siembra y cosecha, crianza de animales son actos posesorios (CCiv. y Com. Córdoba, sala 8ª; 29/7/2009, Lexis Nº 1/70059259-3).

2. La posesión no sólo se puede tener por sí sino por otros, y para su conservación no es necesario estar siempre en contacto material con la cosa, o ejercer permanentemente actos posesorios sobre ella, sino que es suficiente con la intención o ánimo de conservarla (CCiv. y Com. San Martín, sala 1ª, 17/5/2005, Lexis Nº 14/136415).

Art. 1923.— Modos de adquisición. Las relaciones de poder se adquieren por la tradición. No es necesaria la tradición, cuando la cosa es tenida a nombre del propietario, y éste pasa la posesión a quien la tenía a su nombre, o cuando el que la poseía a nombre del propietario, principia a poseerla a nombre de otro, quien la adquiere desde que el tenedor queda notificado de la identidad del nuevo poseedor. Tampoco es necesaria cuando el poseedor la transfiere a otro, reservándose la tenencia y constituyéndose en representante del nuevo poseedor. La posesión se adquiere asimismo por el apoderamiento de la cosa.

Art. 1924.— Tradición. Hay tradición cuando una parte entrega una cosa a otra que la recibe. Debe consistir en la realización de actos materiales de, por lo menos, una de las partes, que otorguen un poder de hecho sobre la cosa, los que no se suplen, con relación a terceros, por la mera declaración del que entrega de darla a quien la reochcibe, o de éste de recibirla.

I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto

Al tratar de la adquisición de la posesión, Vélez distingue entre adquisición derivada y originaria.

La tradición, como acto jurídico bilateral, requiere capacidad en quien entrega la cosa y en quien la adquiere (art. 2392) y el concurso de la voluntad de ambas partes a diferencia de la ocupación y la desposesión que son unilaterales. La incapacidad del *tradens* y/o del *accipiens* provoca la nulidad de la tradición (art. 2399).

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

Fuentes: Proyecto de Código Unificado de 1998, arts. 1864 y 1865.

II. Comentario

1. Tradición

Las relaciones de poder sobre las cosas muebles o inmuebles que tienen dueño (y por ende poseedor legítimo) pueden ser adquiridas con la concurrencia de la voluntad de aquél, en cuyo caso será necesaria la tradición, o contra su voluntad, como en los supuestos de desposesión, sea ésta violenta o no; en el primer caso el adquirente tendrá una posesión legítima, en el segundo será poseedor ilegítimo y de mala fe, pudiendo concurrir alguno de los vicios de la posesión ya analizados.

El acto jurídico tradición produce el desplazamiento de la potestad del transmitente al adquirente, voluntad que no es válida si se manifiesta en meras declaraciones sino que debe exteriorizarse en actos materiales que el Código menciona en forma enumerativa (ver art. 1928).

En este punto el Código Civil y Comercial recientemente sancionado mantiene el principio del art. 2378 del régimen anterior, según el cual resulta de ningún valor aquella cláusula que usualmente aparece en las escrituras públicas que instrumentan títulos suficientes para la adquisición del dominio (compraventa, donación, permuta) que dicen: "En este acto el comprador declara que el vendedor le ha hecho entrega del inmueble cumpliéndose de tal forma los requisitos de la tradición".

Sin embargo, conforme surge de la letra del art. 1924, la citada declaración resulta inválida ante terceros pero oponible a las partes y personas que participaron del acto jurídico tradición.

Esta solución mantiene un paralelismo con lo dispuesto en la ley registral 17.801 cuando en su art. 22 dispone: "Las partes, sus herederos y los que han intervenido en la formalización del documento, como el funcionario autorizante y los testigos en su caso, no podrán prevalerse de la falta de inscripción, y respecto de ellos el derecho documentado se considerará registhrado. En caso contrario, quedarán sujetos

a la responsabilidad civil y sanciones penales que pudieran corresponder".

Ambos preceptos se basan en la doctrina de los actos propios según la cual nadie puede alegar su propia torpeza basada, en este caso, en el desconocimiento de la ley.

2. No es necesaria la tradición

En el comentario al art. 1892 se analizó la tradici

'f3n como modo suficiente para la transmisión de derechos reales y las situaciones en las que no es necesaria la tradición, por lo cual allí remitimos.

3. Apoderamiento

El art. 1923 concluye enunciando: "La posesión se adquiere asimismo por el apoderamiento de la cosa".

Al reseñar brevemente el Cód. Civil mencionamos que su art. 2375 hacía referencia a la adquisición originaria, es decir, de las cosas sin dueño. Allí se utilizaban los términos *ocupación* y *aprehensión*.

La norma bajo análisis (art. 1923) se refiere a este modo de adquirir la posesión como apoderamiento, y a nuestro entender tiene un alcance más amplio que en el Código anterior; la tradición es un acto jurídico bilateral de entrega y recepción de la cosa, el apoderamiento es un hecho voluntario que puede ser lícito (ver adquisición por apropiación, art. 1947), o ilícito (posesión viciosa, art. 1921). Por su parte, el art. 1928, al enunciar los actos posesorios, incluye el "apoderamiento", sin distinguir entre cosas muebles e inmuebles.

III. Jurisprudencia

1. La posesión de los compradores durante largo tiempo consentido por los vendedores implica de parte de éstos el reconocimiento de la subsistencia del derecho a poseer el inmueble sustentado en los boletos de compraventa de los inmuebles enajenados (CNCiv., sala H, 6/2/2001, LA LEY, 2001-E, 179 - DJ, 2001-3-172).

2. Para que se tenga por acreditada la *traditio brevi manu*, además de la celebración del acto que provoca la mutación de la relación posesoria debe agregarse la notificación al tenedor del cambio operado en la persona cuya posesión representa (CNCiv., sala H, 17/4/1997, Lexis Nº 1/1020961 / 1/1020956).

3. Las declaraciones formuladas por las partes en un instrumento privado respecto de la entrega de la posesión, resultan eficaces entre ellas mientras no queden desvirtuadas por la prueba (SCBA, 8/9/2004; Lexis Nº 14/98314).

4. La tradición es un acto jurídico y se constituye por acuerdo y entrega material; el primer elemento —que equivale a contrato— no basta para que se tenga por cumplida la tradición, requiriéndose actos materiales que se correspondan efectivamente con las declaraciones de voluntad intercambiadas. Previene en este sentido nuestra ley, que la simple declaración del tradente de darse por desposeído o de dar al adquirente la posesión de la cosa, no suple las formas legales (CCiv. Com. Minas Paz y Trib. Mendoza, sala 4ª, 9/5/2008, Lexis 1/70044762-5).

Art. 1925.— Otras formas de tradición. También se considera hecha la tradición de cosas muebles, por la entrega de conocimientos, cartas de porte, facturas u otros documentos de conformidad con las reglas respectivas, sin oposición alguna, y si son remitidas por cuenta y orden de otro, cuando el remitente las entrega a quien debe transportarlas, si el adquirente aprueba el envío.

I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto

RTLCH

El Cydigo de Vйlez, despuйs de establecer la tradiciyn como una de las formas de adquirir la posesiyn, dedica el art. 2384 a enumerar actos posesorios de cosas inmuebles y el art. 2388 para detallar aquellos actos que son considerados traditivos, cuando se transfieren cosas muebles.

Fuente: Proyecto de Cydigo Unificado de 1998, art. 1866.

II. Comentario

En la tradiciyn de cosas muebles se consideran actos posesorios la entrega de conocimientos, cartas de porte, facturas, u otros documentos. Tambiйn en este caso hay una entrega voluntaria de la documentaciyn y una recepciyn de conformidad, expresada en la ъltima parte del art. 1925 cuando condiciona la validez del acto jurнdico a que "el adquirente aprueba el envнo".

En todo caso serб indispensable prestar atenciyn no sylo al acto jurнdico *tradiciyn* sino fundamentalmente a la relaciyn con la cosa que sobreviene a esa entrega pues ella permite inferir el derecho real subyacente. Al prolongarse en el tiempo la exteriorizaciyn de ese derecho real, la relaciyn de poder adquiere ese carбcter de publicidad que el derecho le reconoce. Mбs aъn, si esa posesiyn no fuera pъblica no serнa posible la prescripciyn adquisitiva ni el ejercicio de las acciones posesorias en sentido estricto.

Hay que hacer notar que en el Cydigo velezano aparecнan otras formas de tradiciyn respecto de cosas muebles no receptadas en el sistema que lo reemplaza, por ejemplo: a) cuando la cosa estб en caja cerrada o almacйn: la entrega de las llaves (art. 2385); b) colocar la cosa en un lugar que estй a exclusiva disposiciyn del adquirente, aunque se trate de un depysito alquilado (art. 2386); c) remitirla a un tercero designado por el adquirente (art. 2386); d) en el caso de cosas futuras, por ejemplo: tierra, madera, frutos, a partir de cada extracciyn con el permiso del poseedor del inmueble (art. 2376); e) cuando se trata de acciones endosables, con el endoso, sin necesidad de notificaciyn al deudor (art. 2390); f) en acciones al portador la tradiciyn de los tнtulos se juzgarб efectuada cuando fue notificada al deudor o aceptada por йl (art. 2391).

A pesar de haberse desechado la extremada casuнstica del Cydigo de Vйlez, la enumeraciyn de las formas de tradiciyn allн contenidas ejemplifican otros tantos supuestos en los cuales cabe considerar adquirida por este medio la relaciyn de poder.

Art. 1926.— Relaciyn de poder vacua. Para adquirir por tradiciyn la posesiyn o la tenencia, la cosa debe estar libre de toda relaciyn excluyente, y no debe mediar oposiciyn alguna.

I. RELACIYN CON EL CYDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Los actos materiales necesarios para la tradiciyn sylo podrбn llevarse a cabo si el inmueble estб desocupado, es lo que se denomina posesiyn vacua, requisito que proviene del art. 2383 en cuanto dispone que para hacer la tradiciyn es necesario que la finca estй libre de cualquier otra posesiyn y sin contradictor que se oponga a que el adquirente la tome, planteando dos hipytesis: a) inmueble vacнo y b) sin contradictor.

El principio del cual parte Vйlez en la norma citada es que no puede haber dos poseedores sobre la misma cosa (salvo el caso de coposesiyn) de allн que el inmueble cuya tradiciyn se efectъa debe estar desocupado, libre de personas que se consideren duecos de йl; sin embargo, si la finca estuviese ocupada por un tenedor la tradiciyn que se haga de ella es vбlida, apareciendo aquн el instituto de la *traditio brevi manu* cs1. *LA EXPLICACIÓN ES SENCILLA: EL TENEDOR NO SE CONSIDERA PROPIETARIO DE LA COSA NI ACTÚA COMO TAL SINO QUE RECONOCE LA TITULARIDAD DEL DERECHO EN OTRA PERSONA.*

FUENTES: PROYECTO DE CÓDIGO UNIFICADO DE 1998, ART. 1867.

II. COMENTARIO

EL ART. 1926 MANTIENE LA EXIGENCIA DEL ART. 2383 DEL CÓDIGO ANTERIOR, CON LA SALVEDAD QUE SE APLICA TANTO A LA POSESIÓN COMO A LA TENENCIA.

LA REDACCIÓN HA SIDO MEJORADA Y SE HACE MENCIÓN A QUE LA COSA DEBE ESTAR "LIBRE DE TODA RELACIÓN EXCLUYENTE". SE HACE AQUÍ REFERENCIA AL PRINCIPIO DE NO CONCURRENCIA ESTABLECIDO EN EL ART. 1913, POR LO CUAL REMITIMOS A SU COMENTARIO.

ES CLARO QUE SI UNA PERSONA ESTÁ INSTALADA EN EL INMUEBLE, AÚN COMO POSEEDOR VICIOSO, Y SE NIEGA A DESOCUPARLO, ES DE TODA RAZÓN SUPONER QUE NO SE PODRÁN LLEVAR ADELANTE LOS ACTOS POSESORIOS REQUERIDOS POR LA LEY.

ART. 1927.— RELACIÓN DE PODER SOBRE UNIVERSALIDAD DE HECHO. LA RELACIÓN DE PODER SOBRE UNA COSA COMPUESTA DE MUCHOS CUERPOS DISTINTOS Y SEPARADOS, PERO UNIDOS BAJO UN MISMO NOMBRE, COMO UN REBAÑO O UNA PIARA, ABARCA SÓLO LAS PARTES INDIVIDUALES QUE COMPRENDE LA COSA.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

EL ART. 2404 DEL CÓDIGO DE VÉLEZ CONTENÍA UNA DISPOSICIÓN SIMILAR A LA DEL ACTUAL ART. 1927, SALVO QUE SE REFERÍA SÓLO A LA POSESIÓN Y NO A LA RELACIÓN DE PODER (POSESIÓN Y TENENCIA).

EN LA NOTA AL ART. 2312 EL CODIFICADOR EXPLICA QUE HAY DOS CLASES DE UNIVERSALIDADES: POR INTENCIÓN DE PROPIETARIO (UNIVERSITAS FACTI) O UNIVERSALIDAD DE DERECHO (UNIVERSITAS IURIS). EN CONSONANCIA CON LA REGLA ESTABLECIDA EN EL ART. 2400 EN CUANTO QUE SÓLO LAS COSAS ACTUALES Y DETERMINADAS PUEDEN SER OBJETO DE LA POSESIÓN (Y AGREGAMOS DE LA TENENCIA) LAS UNIVERSALIDADES NO PUEDEN CONSTITUIR EL OBJETO DE LA RELACIÓN REAL.

FUENTE: CÓD. CIVIL, ART. 2404.

II. COMENTARIO

COMO YA ADELANTAMOS, EL ART. 1927 ACTUAL SIGUE LOS PRINCIPIOS DEL ANTERIOR ART. 2404.

LA NORMA SE REFIERE A LA RELACIÓN DE PODER SOBRE UNIVERSALIDAD DE HECHO, ES DECIR: UNA PLURALIDAD DE COSAS AGRUPADAS POR VOLUNTAD DEL PROPIETARIO Y NO A LA UNIVERSALIDAD DE DERECHO, POR EJEMPLO, EL ACERVO HEREDITARIO, QUE SE REGLAMENTA POR SEPARADO.

SIN EMBARGO, A LOS FINES DE LA ACCIÓN REIVINDICATORIA, EL ART. 2252, SIGUIENDO LOS LINEAMIENTOS DEL ART. 2764 DEL CÓDIGO DE VÉLEZ, AUTORIZA LA PERSECUCIÓN DE LA UNIVERSALIDAD DE HECHO COMO UN TODO SIN NECESIDAD DE REIVINDICAR CADA UNA DE LAS COSAS QUE LA COMPONEN.

ES DE SEÑALAR QUE EN ESTE PUNTO EL NUEVO CÓDIGO SE APARTA DEL PROYECTO DE CÓDIGO UNIFICADO DE 1998, CUYO ART. 1869 ESTABLECÍA LA REGLA CONTRARIA: "SI EL OBJETO ES UNA UNIVERSALIDAD DE HECHO, BASTA CON ESTABLECER LA RELACIÓN REAL SOBRE EL CONJUNTO DE LAS COSAS QUE LO COMPONGAN..." EN LA MEDIDA QUE SE REDANAN LOS REQUISITOS NECESARIOS PARA ADQUIRIR LA POSESIÓN.

EL MANTENIMIENTO DEL SISTEMA ADOPTADO POR VÉLEZ RESPECTO DE LA ADQUISICIÓN DE LA POSESIÓN (Y TENENCIA) DE UNIVERSALIDADES DE HECHO, HA SIDO DEFENDIDO POR LA DOCTRINA SEÑALANDO SUS BONDADES RESPECTO DE: I) EVITA COMPLICACIONES DERIVADAS DE LA EXISTENCIA DE COSAS AJENAS, HURTADAS O PERDIDAS, EN EL CONJUNTO, II) ESTE SISTEMA DE ADQUISICIÓN GUARDA RELACIÓN CON EL DE EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN REAL, DE MODO QUE ÉSTA SE PERDERÁ INDIVIDUALMENTE PARA CADA COMPONENTE FÍSICO DEL CONJUNTO (KIPER, CLAUDIO).

ART. 1928.— ACTOS POSESORIOS. CONSTITUYEN ACTOS POSESORIOS SOBRE LA COSA LOS SIGUIENTES: SU CULTURA, PERCEPCIÓN DE FRUTOS, AMOJONAMIENTO O IMPRESIÓN DE SIGNOS MATERIALES, MEJORA, EXCLUSIÓN DE TERCEROS Y, EN GENERAL, SU APODERAMIENTO POR CUALQUIER MODO QUE SE OBTENGA.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

EL ART. 2384 DEL CÓD. CIVIL CONCEPTUALIZA LOS LLAMADOS ACTOS POSESORIOS MEDIANTE SU ENUNCIACIÓN; TRATÁNDOSE DE INMUEBLES: SU CULTURA, PERCEPCIÓN DE FRUTOS, SU DESLINDE, LA CONSTRUCCIÓN O REPARACIÓN QUE EN ELLAS SE HAGA, Y SU OCUPACIÓN. CON RESPECTO A LA OCUPACIÓN LA ÚLTIMA PARTE DEL CITADO ARTÍCULO DICE QUE PUEDE HACERSE EN "ALGUNA DE SUS PARTES" ESTO ES: POSESIÓN PARCIAL; EN TAL CASO LOS ACTOS POSESORIOS REALIZADOS SOBRE UNA PARTE DE LA FINCA SE CONSIDERARÁ QUE ABARCAN LA TOTALIDAD DE ELLA Y PERMITEN ADQUIRIR POR TRA-

DICIÓN EL TODO Y NO SÓLO LA PARTE SOBRE LA CUAL SE EJERCIÓ ESA POTESTAD.

EL ART. 2380 MENCIONA TAMBIÉN UNA MODALIDAD DE TRADICIÓN DE INMUEBLES: DESISTIMIENTO DEL ANTERIOR POSEEDOR Y REALIZACIÓN DE ACTOS POSESORIOS POR PARTE DEL POSEEDOR ACTUAL SIN OPOSICIÓN DEL ANTERIOR.

FUENTE: PROYECTO DE CÓDIGO UNIFICADO DE 1998, ART. 1870.

II. COMENTARIO

EL ARTÍCULO BAJO ANÁLISIS MANTIENE LA DENOMINACIÓN DE "ACTOS POSESORIOS" DEL CÓDIGO DE VÉLEZ, A DIFERENCIA DEL PROYECTO DE 1998 QUE LOS IDENTIFICABA COMO "ACTOS DE EJERCICIO DEL PODER DE HECHO SOBRE LA COSA", SIN EMBARGO ES IDÉNTICO EN SU CONTENIDO A ESTE ÚLTIMO.

DADO QUE LA ENUMERACIÓN CONTENIDA EN LA NORMA ES SÓLO ENUNCIATIVA, NO SÓLO LOS ACTOS ALLÍ MENCIONADOS SERÁN CONSIDERADOS ACTOS POSESORIOS, SINO TAMBIÉN PUEDEN SERLO AQUELLOS MENCIONADOS EN EL CÓDIGO ANTERIOR U OTROS SIMILARES.

LA JURISPRUDENCIA, POR SU PARTE, HA CONSIDERADO ACTOS POSESORIOS: LA MENSURA Y DESLINDE JUDICIAL (CJ SALTA, 8/8/1958, JA, 1958-III-413), EL PAGO DE IMPUESTOS REALIZADO EN FORMA PERIÓDICA Y POR LAPSOS PROLONGADOS (C1ª CIV. Y COM. CÓRDOBA, 27/8/1954, DJLL-IV-1166), LA LOCACIÓN DEL INMUEBLE (CNCIV., SALA C, 6/11/1973, LA LEY, 154-76). DE ESE MODO, QUIEN HUBIESE CERCADO O CONSTRUIDO, DADO EL INMUEBLE EN ARRENDAMIENTO O REALIZADO EN ÉL CUALQUIER EXPLOTACIÓN O CULTIVO, DEBERÁ DEMOSTRAR CADA UNO DE ESTOS ACTOS POSESORIOS PARA ACREDITAR EL HECHO DE SU POSESIÓN (LAFAILLE, DERECHO CIVIL, TRATADO DE LOS DERECHOS REALES, CIT., T. I, PS. 605 Y SS.).

CUALQUIERA DE LAS ACCIONES REALIZADAS POR QUIEN SE DICE POSEEDOR, QUE CONFIGURAN ACTOS POSESORIOS COMO LOS HASTA AQUÍ ENUNCIADOS, DEBEN CONTENER ADEMÁS EL ELEMENTO INTENCIONAL, EL ANIMUS DE OBRAR COMO PROPIETARIO DEL INMUEBLE. DE ALLÍ QUE NO DEBEN CONFUNDIRSE LOS ACTOS POSESORIOS CON LOS DE MERA TOLERANCIA DEL DUEÑO QUIEN, POR RAZONES DE VECINDAD O DE BUENA VOLUNTAD PUEDE PERMITIR A SU VECINO LA REALIZACIÓN DE CIERTAS ACCIONES QUE NO IMPLICAN DESPRENDERSE DE SU POSESIÓN ACTUAL (SCBA, AC. 25.233 DEL 11/7/1978, EN AYS, 1978-II-262).

COMO SEÑALA LA ÚLTIMA PARTE DEL ART. 1928, REALIZADOS UNO O VARIOS DE LOS ACTOS POSESORIOS, INCLUIDA LA EXCLUSIÓN DE TERCEROS, EL APODERAMIENTO "POR CUALQUIER MODO QUE SE OBTENGA" HACE ADQUIRIR LA POSESIÓN, COMO LO PRESCRIBE EL ART. 1923 (VER COMENTARIO).

sl260III. JURISPRUDENCIA

1. SÓLO PUEDE ADQUIRIRSE POR TRADICIÓN LA POSESIÓN DE INMUEBLES MEDIANTE LA REALIZACIÓN DE ACTOS MATERIALES, Y CUANDO EL INMUEBLE ESTÉ LIBRE DE TODA OTRA POSESIÓN Y SIN CONTRADICTOR QUE SE OPONGA A QUE EL ADQUIRENTE LA TOME (CSJN, 3/4/1986, JA, 1987-I-238).

2. LA EXISTENCIA DE ACTOS POSESORIOS, COMO SON LA CONSTRUCCIÓN DE UNA VIVIENDA, CORRALES PARA ANIMALES, POZO PARA LA EXTRACCIÓN DE AGUA, REVELAN LA EXISTENCIA DE ALGO MÁS QUE UNA MERA TENENCIA, SURGIENDO CLARAMENTE DE ELLOS, UNA NETA CONDUCTA POSESORIA (SC MENDOZA, SALA 1ª, 2/2/1993, JA, 1993-II-572).

ART. 1929.— CONSERVACIÓN. LA RELACIÓN DE PODER SE CONSERVA HASTA SU EXTINCIÓN, AUNQUE SU EJERCICIO ESTÉ IMPEDIDO POR ALGUNA CAUSA TRANSITORIA.

ART. 1930.— PRESUNCIÓN DE CONTINUIDAD. SE PRESUME, A MENOS QUE EXISTA PRUEBA EN CONTRARIO, QUE EL SUJETO ACTUAL DE LA POSESIÓN O DE LA TENENCIA QUE PRUEBA HABERLA EJERCITADO ANTERIORMENTE, LA MANTUVO DURANTE EL TIEMPO INTERMEDIO.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

EN EL CÓDIGO DE VÉLEZ LA POSESIÓN IMPLICA UN SEÑORÍO SOBRE LA COSA QUE REQUIERE DE DOS ELEMENTOS: LA RELACIÓN REAL INMEDIATA, YA SEA CONSTANTE O CON LA POSIBILIDAD DE ESTABLECERLA EN CUALQUIER MOMENTO, Y LA INTENCIÓN DE EJERCER SOBRE ELLA UN DERECHO REAL COMPORTÁNDOSE AL RESPECTO COMO SI FUERA SU DUEÑO.

EN ESE SISTEMA EL ELEMENTO ANÍMICO ES DE TAL ENVERGADURA QUE LA POSESIÓN PUEDE CONSERVARSE SÓLO ANIMUS, SITUACIÓN DELINEADA EN LOS ARTS. 2447, 2450 Y 2457. EL ART. 2450, QUE DEBE SER INTERPRETADO EN CONSONANCIA CON EL 2457, PREVÉ LA PÉRDIDA MATERIAL DE UNA COSA SIN QUE ELLO IMPLIQUE LA PÉRDIDA DE LA POSESIÓN.

FUENTE: PROYECTO DE CÓDIGO UNIFICADO DE 1998, ARTS. 1871, 1872.

II. COMENTARIO

LOS PRINCIPIOS DE CONSERVACIÓN DE LA RELACIÓN DE PODER Y DE LA PRESUNCIÓN DE CONTINUIDAD TIENEN SUS RAÍCES EN LAS NORMAS DEL CÓDIGO CIVIL ANTES CITADAS, AUNQUE CON UN LENGUAJE MÁS PRECISO Y EXTENSIVO A LA TENENCIA (Y NO SÓLO A LA POSESIÓN COMO EN EL RÉGIMEN ANTERIOR).

EL TITULAR DE LA RELACIÓN DE PODER (POSEEDOR O TENEDOR) NO SÓLO TIENE PARA SÍ LA PRESUNCIÓN DE LEGITIMIDAD DE SU RELACIÓN SINO TAMBIÉN LA DE SU CONTINUIDAD HASTA EL MOMENTO EN QUE SE EXTINGUE, ELLO ASÍ POR CUANTO UNA VEZ ADQUIRIDA POR TRADICIÓN (O SUS SUCEDÁNEOS) NO ES NECESARIO QUE HAGA UN EJERCICIO PERMANENTE MEDIANTE ACTOS POSESORIOS; POR EL CONTRARIO, AUNQUE HUBIERA UNA IMPOSIBILIDAD TEMPORARIA PARA EJERCER ACTOS POSESORIOS, LA RELACIÓN DE DISPONIBILIDAD, ES DECIR: LA POSIBILIDAD DE ESTABLECER EL CONTACTO FÍSICO CON LA COSA QUE SE ENCUENTRA EN UN LUGAR AL QUE TIENE ACCESO EL POSEEDOR, UNIDA AL ANIMUS, PERMITE MANTENER LA RELACIÓN REAL.

LA CONSERVACIÓN DE LA POSESIÓN SOLO ANIMUS IMPLICA QUE EL DETENTADOR NO SÓLO NO PIERDE LA POSESIÓN SINO QUE TAMBIÉN CONSERVA EL EJERCICIO DE LAS ACCIONES POSESORIAS Y LA COSA NO REVISTE LA CALIDAD DE PERDIDA Y POR LO TANTO

NO ES SUSCEPTIBLE DE APROPIACIÓCHN.

1. PRUEBA DE LA POSESIÓN O TENENCIA

CUANDO SE TRATA DE PROBAR EL HECHO DE LA POSESIÓN O LA TENENCIA, EL CÓD. CIV. Y COM. TAMBIÉN NOS INFORMA ACERCA DE CUÁLES SON LOS PRINCIPIOS QUE GUIARÁN LA DECISIÓN JUDICIAL, Y ASÍ SE DISPONE EN EL ART. 2243, AL REGULAR LA PRUEBA EN LAS ACCIONES POSESORIAS, QUE "SE JUZGA QUE ES POSEEDOR O TENEDOR EL QUE PRUEBA UNA RELACIÓN DE PODER MÁS ANTIGUA", SIN EMBARGO, A DIFERENCIA DEL CÓDIGO DE VÉLEZ, EN NINGÚN CASO REQUIERE LA PRUEBA DEL TÍTULO O CAUSA POSESSIONIS. ELLO NO QUITA QUE, EN CASO DE EXISTIR UN CONTRATO DE COMPRAVENTA O DE LOCACIÓN COMO TÍTULO ANTECEDENTE, DEL CUAL SURJA LA FECHA DE INICIO DE LA POSESIÓN (O TENENCIA), NO SE TOME ESTA FECHA COMO VÁLIDA, HACIENDO APLICACIÓN DEL ART. 1914, AL CUAL REMITIMOS.

III. JURISPRUDENCIA

LA POSESIÓN SE TIENE Y CONSERVA POR LA SOLA VOLUNTAD DE CONTINUAR EN ELLA; EN CONSECUENCIA, UNA VEZ ADQUIRIDA SE MANTIENE POR INERCIA, MIENTRAS NO SE DEMUESTRÀ LO CONTRARIO. EN CUANTO AL ANIMUS, LA POSESIÓN SE CONSERVA CON TAL DE QUE SE MANTENGA CONSTANTEMENTE LA POSIBILIDAD DE REPRODUCIR LA VOLUNTAD PRIMERA; NO ES NECESARIO NI POSIBLE QUE SE TENGA CONSTANTEMENTE CONCIENCIA DE LA POSESIÓN (CNCIV., SALA H, 6/2/2001, JA, 2001-III-106, ABELEDO PERROT, Nº 1/51197).

ART. 1931.— EXTINCIÓN. LA POSESIÓN Y LA TENENCIA SE EXTINGUEN CUANDO SE PIERDE EL PODER DE HECHO SOBRE LA COSA.

EN PARTICULAR, HAY EXTINCIÓN CUANDO:

A) SE EXTINGUE LA COSA;

B) OTRO PRIVA AL SUJETO DE LA COSA;

C) EL SUJETO SE ENCUENTRA EN LA IMPOSIBILIDAD FÍSICA PERDURABLE DE EJERCER LA POSESIÓN O LA TENENCIA;

D) DESAPARECE LA PROBABILIDAD RAZONABLE DE HALLAR LA COSA PERDIDA;

E) EL SUJETO HACE ABANDONO EXPRESO Y VOLUNTARIO DE LA COSA.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

LA POSESIÓN PUEDE PERDERSE POR: A) DESAPARICIÓN FÍSICA DE LA COSA, B) POR LA VOLUNTAD DEL POSEEDOR, O C) POR LA ACCIÓN DE UN TERCERO.

A) EL ART. 2451 PLANTEA DOS SUPUESTOS DE EXTINCIÓN DE LA COSA MATERIAL: DESTRUCCIÓN TOTAL Y TRANSFORMACIÓN; EL ART. 2452 PREVÉ EL SUPUESTO EN EL CUAL LA RELACIÓN CON LA COSA ES IMPOSIBLE DADO QUE ÉSTA SE ENCUENTRA EN UN ESTADO DE INDISPONIBILIDAD PERMANENTE; EL ART. 2459 SE REFIERE A LA EXTINCIÓN JURÍDICA DE LA COSA COMO UNA FORMA DE PÉRDIDA DE LA POSESIÓN.

B) LA PÉRDIDA DE LA POSESIÓN POR VOLUNTAD DEL POSEEDOR PUEDE SER PRODUCIRSE POR LA REALIZACIÓN DE ACTOS BILATERALES: TRADICIÓN O UNILATERALES: ABANDONO.

C) LOS ARTS. 2455 Y 2456 PLANTEAN SUPUESTOS DE PÉRDIDA DE LA POSESIÓN POR ACCIÓN DE UN TERCERO EN EL PRIMER CASO, EN EL SEGUNDO SE SUMA LA INACCIÓN DEL VERDADERO POSEEDOR.

FUENTES: PROYECTO DE CÓDIGO UNIFICADO DE 1998, ART. 1873.

II. COMENTARIO

EN EL APARTADO ANTERIOR SINTETIZAMOS LA ESTRUCTURA DEL CÓD. CIVIL DE VÉLEZ EN CUANTO SE REFIERE A LA EXTINCIÓN DE LA POSESIÓN PORQUE, EN LÍNEAS GENERALES, EL ARTÍCULO BAJO COMENTARIO MANTIENE CAUSALES SIMILARES, AUNQUE SISTEMATIZADAS DE MANERA DIVERSA Y EXTENDIDAS A LA TENENCIA.

A) EN CUANTO A LA EXTINCIÓN DE LA COSA OBJETO DE LA RELACIÓN DE PODER, NO SE HACE DISTINCIÓN ENTRE DESTRUCCIÓN Y TRANSFORMACIÓN; EN ESTE ÚLTIMO SUPUESTO LA COSA DESAPARECE COMO TAL Y SE CONVIERTE EN UNA COSA DISTINTA (TÍPICO EJEMPLO DE CUALQUIER MATERIA PRIMA QUE DEVIENE EN PRODUCTO TERMINADO), PERO EN TODO CASO LA RELACIÓN ORIGINAL ES IMPOSIBLE DE MANTENER POR LA DESAPARICIÓN DE LA COSA TRANSFORMADA.

B) EL INC. C) PLANTEA UN SUPUESTO DIFERENTE RELACIONADO CON LA IMPOSIBILIDAD DE MANTENER UNA RELACIÓN FÍSICA CON LA COSA, QUE SE CORRESPONDE CON EL CASO DE INDISPONIBILIDAD PERMANENTE DEL ART. 2452 DEL CÓD. CIVIL, EN CUYA LA NOTA SE MENCIONA EL EJEMPLO DE QUE ELLA CAYERA AL MAR; MÁS QUE LA DESAPARICIÓN FÍSICA DE LA COSA, SE ATIENDE AQUÍ A SU INACCESIBILIDAD, POR LO TANTO, AUNQUE EL POSEEDOR MANTENGA EL ANIMUS, SERÁ IMPOSIBLE RECREAR EL CONTACTO CON LA COSA.

ICHC) AL ANALIZAR EL ART. 1929 SE ACLARÓ QUE LA RELACIÓN DE PODER CONTINÚA SOLO ANIMUS, A PESAR DE LA IMPOSIBILIDAD TEMPORAL DE ESTABLECER CONTACTO CON LA COSA, AUNQUE ESTÉ PERDIDA, EN TANTO HAY PROBABILIDAD DE HALLARLA (ART. 2450 CÓD. CIVIL). EL INC. D) DEL ART. 1931 PREVÉ LA SITUACIÓN OPUESTA: DESAPARECE ESA PROBABILIDAD: ES UNA CUESTIÓN DE HECHO DETERMINAR CUANDO HAY PROBABILIDAD DE HALLAR UNA COSA PERDIDA, O CUANDO CIRCUNSTANCIAS OBJETIVAS DEMUESTRAN LA IMPOSIBILIDAD RAZONABLE DE HALLARLA.

D) LA PÉRDIDA POR LA VOLUNTAD DEL TITULAR DE LA RELACIÓN DE PODER, ESTÁ PREVISTA EN EL INC. E) Y SE REFIERE AL ABANDONO DE LA COSA; TENIENDO EN CUENTA QUE, PARA QUE SE CONFIGURE EL ABANDONO, EL DESPRENDIMIENTO DE LA COSA DEBE SER VOLUNTARIO Y NO FORZADO. EL CONCEPTO Y ALCANCE DE ABANDONO HAN SIDO ANALIZADOS EN EL ART. 1907 Y ALLÍ REMITIMOS.

E) LA PÉRDIDA DE LA RELACIÓN DE PODER POR ACCIÓN DE UN TERCERO SE DA EN EL SUPUESTO QUE PLANTEA EL INC. B); LA POSESIÓN (O LA TENENCIA), PERDIDA PARA EL POSEEDOR, ES ADQUIRIDA POR OTRA PERSONA QUE ASUMIRÁ EL CARÁCTER DE POSEEDOR ILEGÍTIMO, DE MALA FE Y VICIOSO. LA PÉRDIDA Y SUBSIGUIENTE ADQUISICIÓN SUCEDEN SIN INTERVALO DE TIEMPO, LA COSA DEJA DE ESTAR BAJO LA POTESTAD DEL POSEEDOR PARA QUEDAR SUJETA A LA VOLUNTAD DEL USURPADOR.

CAPÍTULO 3

EFECTOS DE LAS RELACIONES DE PODER

POR LILIAN GURFINKEL DE WENDY

BIBLIOGRAFÍA CLÁSICA: KIPER, CLAUDIO, "SITUACIÓN DEL LOCATARIO DEL INMUEBLE AFECTADO AL RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL QUE ASUME LA OBLIGACIÓN DE CONTRIBUIR AL PAGO DE LAS EXPENSAS COMUNES", LA LEY, 1983-D, 1067; FOSSACECA, CARLOS (H), "OBLIGACIONES PROPTER REM", REV. DE DERECHOS REALES, 18/3/2012, IJ, LI-790.

***

ART. 1932.— DERECHOS INHERENTES A LA POSESIÓN. EL POSEEDOR Y EL TENEDOR TIENEN DERECHO A EJERCER LAS SERVIDUMBRES REALES QUE CORRESPONDEN A LA COSA QUE CONSTITUYE SU OBJETO. TAMBIÉN TIENEN DERECHO A EXIGIR EL RESPETO DE LOS LÍMITES IMPUESTOS EN EL CAPÍTULO 4, TÍTULO III DE ESTE LIBRO.

ART. 1933.— DEBERES INHERENTES A LA POSESIÓN. EL POSEEDOR Y EL TENEDOR TIENEN EL DEBER DE RESTITUIR LA COSA A QUIEN TENGA EL DERECHO DE RECLAMARLA, AUNQUE NO SE HAYA CONTRAÍDO OBLIGACIÓN AL EFECTO.

DEBEN RESPETAR LAS CARGAS REALES, LAS MEDIDAS JUDICIALES INHERENTES A LA COSA, Y LOS LÍMITES IMPUESTOS EN EL CAPÍTULO 4, TÍTULO III DE ESTE LIBRO.

widctlparI. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

LA EXPRESIÓN INHERENTES A LA POSESIÓN, APLICADA TANTO A LAS OBLIGACIONES COMO A LOS DERECHOS (UTILIZADA EN LOS ARTS. 1932 Y 1933 DEL CÓD. CIV. Y COM.), IMPLICA QUE NO SE ATIENDE A LA PERSONA EN SÍ MISMA, SINO A LA CALIDAD DE POSEEDOR O TENEDOR QUE SE DERIVA DE SU RELACIÓN REAL CON LA COSA, QUIEN SE CONVIERTE EN CENTRO DE IMPUTACIÓN DE TALES DERECHOS U OBLIGACIONES.

EN ESTE SENTIDO, EL ART. 2420 DEL CÓDIGO DE VÉLEZ EXPLICABA: "SON DERECHOS INHERENTES A LA POSESIÓN, SEAN REALES O PERSONALES, LOS QUE NO COMPETEN A UNA O MÁS PERSONAS DETERMINADAS, SINO INDETERMINADAMENTE AL POSEEDOR DE UNA COSA DETERMINADA", PARA PUNTUALIZAR EN EL ART. 2421: "SON DERECHOS INHERENTES A LA POSESIÓN DE LOS INMUEBLES LAS SERVIDUMBRES ACTIVAS".

ENTRE LAS OBLIGACIONES QUE RECAEN SOBRE TODO POSEEDOR INDISCRIMINADAMENTE, EL CODIFICADOR INCLUÍA: OBLIGACIONES QUE SE TIENEN EN RAZÓN DE LA COSA (ART. 2416), EXHIBICIÓN JUDICIAL DE COSAS MUEBLES (ART. 2417), DEBERES DE VECINDAD (ART. 2418), LAS SERVIDUMBRES PASIVAS, LA HIPOTECA Y LA RESTITUCIÓN DE LA COSA, CUANDO EL POSEEDOR FUERA ACREEDOR ANTICRESISTA (ART. 2419).

FUENTES: PROYECTO DE CÓDIGO UNIFICADO DE 1998, ARTS. 1874 Y 1875.

72

II. COMENTARIO

EL CAPÍTULO 3 DEL TÍTULO II, A PESAR QUE HA UTILIZADO LA NOMINACIÓN: EFECTOS DE LAS RELACIONES DE PODER, A DIFERENCIA DEL CÓDIGO DE VÉLEZ QUE AGRUPABA ESTOS ARTÍCULOS BAJO EL TÍTULO DE DE LAS OBLIGACIONES Y DERECHOS INHERENTES A LA POSESIÓN, EN LOS ARTÍCULOS BAJO COMENTARIO HA MANTENIDO NO SÓLO LA EXPRESIÓN INHERENTES A LA POSESIÓN, SINO FUNDAMENTALMENTE EL SENTIDO YA EXPRESADO EN EL ART. 2420 ANTES TRASCRIPTO. POR OTRA PARTE, ESOS DERECHOS Y OBLIGACIONES TAMBIÉN SE EXTIENDEN AL TENEDOR.

1. DERECHOS

EL ART. 1932 CONFIERE AL TITULAR DE LAS RELACIONES DE PODER EL DERECHO A EJERCER LAS SERVIDUMBRES REALES.

DADO QUE CON LA EXISTENCIA DE SERVIDUMBRES SE BENEFICIA EL FUNDO Y NO SU POSEEDOR, DEBE CONSIDERARSE QUE LA NORMA CITADA SE REFIERE A LAS SERVIDUMBRES REALES ACTIVAS (COMO LO HACÍA EL ART. 2421 DEL CÓD. CIVIL ANTERIOR) EN TANTO BENEFICIAN A CUALQUIER POSEEDOR DEL INMUEBLE, Y NO A LAS PERSONALES QUE SÓLO FAVORECEN A UNA PERSONA DETERMINADA (CONF. ALTERINI, CÓDIGO CIVIL ANOTADO..., CIT., P. 166, HIGHTON, DERECHOS REALES. POSESIÓN, CIT., P. 169).

2. DEBERES

EL ART. 2419 DEL CÓDIGO DE VÉLEZ INCLUYÓ ENTRE LAS OBLIGACIONES INHERENTES A LA POSESIÓN DE INMUEBLES LA RESTITUCIÓN DE LA COSA CUANDO EL POSEEDOR FUESE ACREEDOR ANTICRESISTA, SUPUESTO QUE MERECIÓ LA OBJECIÓN DOCTRINAL QUE DICHA OBLIGACIÓN NO ES INHERENTE A LA POSESIÓN SINOCH QUE NACE DEL CONTRATO QUE OBLIGA AL ACREEDOR A RESTITUIR LA COSA (LÓPEZ DE ZAVALÍA, DERECHOS REALES, T. I, PS. 208 Y SS.).

EL ACTUAL ART. 1933 EXTIENDE LA OBLIGACIÓN DE RESTITUIR LA COSA A TODOS LOS SUPUESTOS EN LOS QUE HUBIERA UN SUJETO CON DERECHO A RECLAMAR LA RELACIÓN DE PODER, Y ACLARA "AUNQUE NO SE HAYA CONTRAÍDO OBLIGACIÓN AL EFECTO", ES DECIR QUE PUEDE O NO EXISTIR OBLIGACIÓN CONTRACTUAL DE DEVOLVER LA COSA.

EL ARTÍCULO BAJO ANÁLISIS TAMBIÉN IMPONE EL DEBER DE RESPETAR LAS CARGAS REALES; SE REFIERE A AQUELLAS OBLIGACIONES QUE SE TIENEN EN RAZÓN DE LA COSA, POR EL SOLO HECHO DE SER EL TITULAR DE LA RELACIÓN DE PODER. DADO QUE LA OBLIGACIÓN NACE Y SE EXTINGUE EN RELACIÓN CON DICHA TITULARIDAD, LA POSESIÓN DE LA COSA SIRVE PARA INDIVIDUALIZAR AL OBLIGADO: QUIEN DEJA DE POSEER, DEJA DE ESTAR OBLIGADO; DE ALLÍ QUE EL ABANDONO, ENAJENACIÓN O PÉRDIDA LIBEREN AL DEUDOR.

EL ART. 1933 TAMBIÉN IMPONE COMO DEBER RESPETAR "LAS MEDIDAS JUDICIALES INHERENTES A LA COSA"; EN REALIDAD SE TRATA DE UNA NORMA DE ORDEN PROCESAL QUE TIENDE A FACILITAR LA COMPROBACIÓN DE LA EXISTENCIA Y CARACTERÍSTICAS DE LA COSA RESPECTO DE LA CUAL HABRÁ DE ENTABLARSE UN LITIGIO Y SU ESTADO DE CONSERVACIÓN A FIN DE DECIDIR, SI RESULTA PERTINENTE, EL DECRETO DE MEDIDAS CAUTELARES.

EN ESTE SENTIDO, EL CPCCN, ENTRE LAS "DILIGENCIAS PRELIMINARES" INCLUYE EL "TRÁMITE DE LA EXHIBICIÓN DE COSAS E INSTRUMENTOS" EN EL ART. 325. LA OBLIGA-

CIÓN CONSISTE EN EXHIBIR COSAS MUEBLES, ENTENDIÉNDOSE AL RESPECTO QUE QUEDAN INCLUIDAS NO SÓLO LAS COSAS MUEBLES POR NATURALEZA SINO TAMBIÉN AQUELLAS QUE MERECEN TAL CALIFICACIÓN POR SU CARÁCTER REPRESENTATIVO Y AÚN LOS TÍTULOS DE PROPIEDAD DE INMUEBLES (ALTERINI, CÓDIGO CIVIL ANOTADO, CIT., T. IV-A, P. 163, CON CITA DE SALVAT, LAFAILLE, BORDA, HIGHTON).

3. DEBERES DE VECINDAD

TANTO EL ART. 1932 (DERECHOS) COMO EL ART. 1933 (DEBERES) EXTIENDEN A LOS POSEEDORES Y TENEDORES EL ALCANCE DE LAS NORMAS COMPRENDIDAS EN LOS ARTS. 1970 A 1982, AGRUPADOS COMO "LÍMITES AL DOMINIO". EN ESE SENTIDO LOS TITULARES DE LAS RELACIONES DE PODER QUEDAN LEGITIMADOS PARA EXIGIR SU CUMPLIMIENTO Y A SU VEZ OBLIGADOS A CUMPLIR DICHA NORMATIVA, QUE INVOLUCRA OBLIGACIONES DE HACER Y DEBERES DE ABSTENCIÓN RELACIONADAS CON EL MANTENIMIENTO DEL FUNDO PROPIO Y LAS MOLESTIAS CAUSADAS A LOS VECINOS.

ART. 1934.— FRUTOS Y MEJORAS. EN ESTE CÓDIGO SE ENTIENDE POR:

A) FRUTO PERCIBIDO: EL QUE SEPARADO DE LA COSA ES OBJETO DE UNA NUEVA RELACIÓN POSESORIA. SI ES FRUTO CIVIL, SE CONSIDERA PERCIBIDO EL DEVENGADO Y COBRADO;

B) FRUTO PENDIENTE: EL TODAVÍA NO PERCIBIDO. FRUTO CIVIL PENDIENTE ES EL DEVENGADO Y NO COBRADO;

C) MEJORA DE MERO MANTENIMIENTO: LA REPARACIÓN DE DETERIOROS MENORES ORIGINADOS POR EL USO ORDINARIO DE LA COSA;

D) MEJORA NECESARIA: LA REPARACIÓN CUYA REALIZACIÓN ES INDISPENSABLE PARA LA CONSERVACIÓN DE LA COSA;

E) MEJORA ÚTIL: LA BENEFICIOSA PARA CUALQUIER SUJETO DE LA RELACIÓN POSESORIA;

F) MEJORA SUNTUARIA: LA DE MERO LUJO O RECREO O PROVECHO EXCLUSIVO PARA QUIEN LA HIZO.

I. RELACIÓ

LOCHN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

EN EL CÓDIGO DE VÉLEZ NO HABÍA DEFINICIONES RELATIVAS A LOS FRUTOS Y PRODUCTOS, SI BIEN QUEDAN INCLUIDOS EN EL CONCEPTO DE COSAS ACCESORIAS; CUANDO SE ATIENDE A LA SISTEMÁTICA DE ESE CUERPO LEGAL SURGE QUE EL ART. 2328 INTRODUCE UN CONCEPTO DE COSAS ACCESORIAS, PARA PASAR LUEGO A LOS FRUTOS NATURALES (ART. 2329) Y CIVILES (ART. 2330) COMO SUBTIPOS DE ESA CATEGORÍA.

EN LA NOTA AL ART. 2329 SE HACE REFERENCIA A LA DISTINCIÓN ENTRE FRUTOS Y PRODUCTOS PERO NO HAY SISTEMATIZACIÓN AL RESPECTO.

EN EL ART. 2425 SE ESTABLECE: "SE ENTIENDEN PERCIBIDOS LOS FRUTOS NATURALES O INDUSTRIALES DESDE QUE SE ALZAN Y SE SEPARAN", EN TANTO QUE LOS FRUTOS CIVILES "SE JUZGARÁN PERCIBIDOS SOLAMENTE DESDE QUE FUESEN COBRADOS Y RECIBIDOS, Y NO POR DÍA" (ART. 2425, 2ª PARTE).

FUENTE: PROYECTO DE CÓDIGO UNIFICADO DE 1998, ART. 1976.

II. COMENTARIO

EL ART. 1934 HA SIDO INCORPORADO, ACERTADAMENTE, A MODO DE PRÓLOGO DE LAS REGLAS QUE RIGEN LA ADQUISICIÓN DE LOS FRUTOS O PRODUCTOS SEGÚN LA BUENA O MALA FE DEL POSEEDOR.

LOS CONCEPTOS DE BUENA Y MALA FE EN LA RELACIÓN DE PODER HAN SIDO REGLADOS EN LOS ARTS. 1918, 1919 Y 1920, RESTABA CLASIFICAR Y DEFINIR QUE SE ENTIENDE, A LOS EFECTOS DEL CÓD. CIV. Y COM. POR FRUTO NATURAL PERCIBIDO Y PENDIENTE; FRUTO CIVIL PERCIBIDO Y PENDIENTE; MEJORA DE MERO MANTENIMIENTO, MEJORA NECESARIA, MEJORA ÚTIL Y MEJORA SUNTUARIA.

EN ESTE SENTIDO, SIGUE LOS LINEAMIENTOS DEL PROYECTO DE 1998 Y SIGNIFICA UN GRAN AVANCE METODOLÓGICO RESPECTO DEL ANTERIOR CÓDIGO CIVIL.

III. JURISPRUDENCIA

EL ART. 2441, JUNTO CON LOS ARTS. 2427 Y 2440, DEL CÓD. CIVIL REGULAN EL RÉGIMEN DE LAS MEJORAS CUANDO EXISTE CONFLICTO ENTRE EL DERECHO REAL DE DOMINIO POR UNA PARTE, Y LA POSESIÓN POR OTRA. TRIUNFANTE LA ACCIÓN DE REIVINDICACIÓN, EL POSEEDOR DE MALA FE RECIBE UN TRATAMIENTO DIFERENTE DEL DEUDOR DE MALA FE, YA QUE AQUÉL TIENE DERECHO A RECLAMAR LAS MEJORAS ÚTILES QUE NO SE HUBIESEN COMPENSADO CON LOS FRUTOS PERCIBIDOS O QUE SE HUBIESEN PODIDO PERCIBIR (SCBA, 15/11/2000, LEXIS Nº 14/74704).

ART. 1935.— ADQUISICIÓN DE FRUTOS O PRODUCTOS SEGÚN LA BUENA O MALA FE. LA BUENA FE DEL POSEEDOR DEBE EXISTIR EN CADA HECHO DE PERCEPCIÓN DE FRUTOS; Y LA BUENA O MALA FE DEL QUE SUCEDE EN LA POSESIÓN DE LA COSA SE JUZGA SÓLO CON RELACIÓN AL SUCESOR Y NO POR LA BUENA O MALA FE DE SU ANTECESOR, SEA LA SUCESIÓN UNIVERSAL O PARTICULAR.

EL POSEEDOR DE BUENA FE HACE SUYOS LOS FRUTOS PERCIBIDOS Y LOS NATURALES DEVENGADOS NO PERCIBIDOS. EL DE MALA FE DEBE RESTITUIR LOS PERCIBIDOS Y LOS QUE POR SU CULPA DEJA DE PERCIBIR. SEA DE BUENA O MALA FE, DEBE RESTITUIR LOS PRODUCTOS QUE HAYA OBTENIDO DE LA COSA.

LOS FRUTOS PENDIENTES CORRESPONDEN A QUIEN TIENE DERECHO A LA RESTITUCIÓN DE LA COSA.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

EN ESTA MATERIA EL PRINCIPIO QUEDA ESTABLECIDO EN EL ART. 2423, CUYA PRI-

MERA PARTE ESTABLECE: "EL POSEEDOR DE BUENA FE HACE SUYOS LOS FRUTOS PERCIBIDOS QUE CORRESPONDIESEN AL TIEMPO DE SU POSESIÓN", CON LA ACLARACIÓN QUE LOS EFECTOS DE LA POSESIÓN SE LIMITAN A LA APROPIACIÓN DE LOS FRUTOS Y NO DE LOS PRODUCTOS; RESPECTO DE ESTOS ÚLTIMOS EL ART. 2444 EXPRESAMENTE ESTABLECE QUE LOS PRODUCTOS OBTENIDOS DE LA COSA QUE NO ENTREN EN LA CLASE DE FRUTOS PROPIAMENTE DICHOS, DEBEN SER RESTITUIDOS JUNTAMENTE CON ELLA.

FUENTE: PROYECTO DE CÓDIGO UNIFICADO DE 1998, ART. 1878.

II. COMENTARIO

EN PRIMER TÉRMINO HAY QUE DESTACAR QUE LOS EFECTOS DE LA POSESIÓN SE LIMITAN A LA APROPIACIÓN DE LOS FRUTOS Y NO DE LOS PRODUCTOS; RESPECTO DE ESTOS ÚLTIMOS EL ART. 1935 EXPRESAMENTE ESTABLECE QUE LOS PRODUCTOS OBTENIDOS DE LA COSA DEBEN SER RESTITUIDOS JUNTAMENTE CON ELLA, SIN DIFERENCIAR ENTRE POSEEDOR DE BUENA O MALA FE. ESTA SOLUCIÓN GUARDA RELACIÓN CON EL CONCEPTO DE PRODUCTO, QUE SEGÚN DEFINE EL ART. 233, CÓD. CIV. Y COM. "SON LOS OBJETOS NO RENOVABLES QUE SEPARADOS O SACADOS DE LA COSA ALTERAN O DISMINUYEN SU SUSTANCIA".

1. POSEEDOR DE BUENA FE

EL ARTÍCULO BAJO ANÁLISIS MANTIENE EL PRINCIPIO DEL CÓDIGO ANTERIOR: EL POSEEDOR DE BUENA FE HACE SUYOS LOS FRUTOS PERCIBIDOS, CON UNA AMPLIACIÓN: TAMBIÉN HACE SUYOS LOS FRUTOS NATURALES DEVENGADOS.

PARA LA APLICACIÓN DE ESTA REGLA ES NECESARIO:

A) QUE EL POSEEDOR LO SEA EN LOS TÉRMINOS DEL ART. 1909, ES DECIR: SE COMPORTE COMO TITULAR DE UN DERECHO REAL DE LA COSA QUE PRODUCE LOS FRUTOS;

B) EN EL SUPUESTO DE POSESIÓN ILEGÍTIMA, ÉSTA DEBE SER DE BUENA FE; ES IMPORTANTE DESTACAR QUE ESA BUENA FE DEBE EXISTIR EN CADA PERCEPCIÓN DE FRUTOS, COMO LO FIJA LA NORMA. CABE RECORDAR QUE LA BUENA FE DEL POSEEDOR CESA CUANDO HA TENIDO CONOCIMIENTO DEL VICIO DE SU POSESIÓN, DE CUALQUIER FORMA QUE SE HUBIERA ANOTICIADO, INCLUYENDO LA NOTIFICACIÓN DE LA DEMANDA EN LA CUAL SE LE RECLAMA LA RESTITUCIÓN DE LA COSA OBJETÁNDOSELE SU DERECHO DE POSEER (ART. 1918);

C) QUE SE TRATE DE FRUTOS NATURALES Y CIVILES PERCIBIDOS Y/O NATURALES DEVENGADOS;

2. POSEEDOR DE MALA FE

EL POSEEDOR DE MALA FE NO SÓLO DEBE RESTITUIR LOS FRUTOS PERCIBIDOS SINO QUE TAMBIÉN ES RESPONSABLE POR AQUELLOS QUE DEJÓ DE PERCIBIR POR SU CULPA.

3. FRUTOS PENDIENTES

LAS CONDICIONES ANTES ESPECIFICADAS PARA QUE EL POSEEDOR DE BUENA FE HAGA SUYOS LOS FRUTOS QUEDAN RATIFICADAS POR LA ÚLTIMA PARTE DEL ARTÍCULO QUE ESTUDIAMOS, QUE SE REFIERE A LOS FRUTOS PENDIENTES AL MOMENTO DE LA RESTITUCIÓN DE LA COSA: ÉSTOS CORRESPONDEN AL PROPIETARIO; SIN EMBARGO ENTENDEMOS QUE, TAL COMO SUCEDÍA EN EL RÉGIMEN ANTERIOR, EL POSEEDOR DE BUENA FE DEBE SER REEMBOLSADO POR LOS GASTOS INCURRIDOS PARA SU PRODUCCIÓN. SI SE TRATA, POR EJEMPLO, DE ALQUILERES DEVENGADOS Y NO PERCIBIDOS, LAS SUMAS ADEUDADAS SÓLO CONSTITUYEN UN CRÉDITO PARA EL DUEÑO DEL INMUEBLE QUE LOS PRODUJO, EN ESA SITUACIÓN, SI EL POSEEDOR HUBIERA REALIZADO GASTOS TENDIENTES AL COBRO TENDRÁ DERECHO A SER REEMBOLSADO POR TALES EROGACIONES.

III. JURISPRUDENCIA

EN LO QUE CONCIERNE A LA CUESTIÓN DE LOS FRUTOS, LA BUENA O MALA FE DEL POSEEDOR NO DEBE ÚNICAMENTE PONDERARSE AL MOMENTO DE ENTRAR ÉL EN POSESIÓN EL RESPECTIVO BIEN, SIN TAMBIÉN "EN CADA HECHO DE LA PERCEPCIÓN DE FRUTOS, CUANDO SE TRATE DE FRUTOS PERCIBIDOS" (ART. 2358, CÓD. CIVIL). POR TANTO, LA LEGITIMIDAD DE LA POSESIÓN ORIGINARIA Y, EN SU VIRTUD, LA PRÍSTINA BUENA FE DEL POSEEDOR, SÓLO HAN DE EXIMIRLO DE LA OBLIGACIÓN DE RESTITUIR O PAGAR LOS FRUTOS PERCIBIDOS O, EN SU CASO, LOS QUE HUBIERE PODIDO PERCIBIR, MIENTRAS PERDURE SU BUENA FE. SI, A LA POSTRE, ELLA TROCASE EN MALA FE, EL POSEEDOR PASARÍA A SER RESPONSABLE POR EL REINTEGRO O PAGO DE LOS FRUTOS PERCIBIDOS DESDE EL ACAECIMIENTO DE ESA MUTACIÓN, AÚN CUANDO ELLOS CORRESPONDAN O SE HUBIEREN DEVENGADO AL TIEMPO DE LA POSESIÓN DE BUENA FE (ART. 2423, CÓD. CIVIL) (CCIV. Y COM. SAN MARTÍN, SALA 2ª, 23/12/2004, LEXIS Nº 14/135398).

ART. 1936.— RESPONSABILIDAD POR DESTRUCCIÓN SEGÚN LA BUENA O MALA FE. EL POSEEDOR DE BUENA FE NO RESPONDE DE LA DESTRUCCIÓN TOTAL O PARCIAL DE LA COSA, SINO HASTA LA CONCURRENCIA DEL PROVECHO SUBSISTENTE. EL DE MALA FE RESPONDE DE LA DESTRUCCIÓN TOTAL O PARCIAL DE LA COSA, EXCEPTO QUE SE HUBIERA PRODUCIDO IGUALMENTE DE ESTAR LA COSA EN PODER DE QUIEN TIENE DERECHO A SU RESTITUCIÓN.

SI LA POSESIÓN ES VICIOSA, RESPONDE DE LA DESTRUCCIÓN TOTAL O PARCIAL DE LA COSA, AUNQUE SE HUBIERA PRODUCIDO IGUALMENTE DE ESTAR LA COSA EN PODER DE QUIEN TIENE DERECHO A SU RESTITUCIÓN.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

EL ART. 2431 DEL CÓD. CIVIL PREVEÍA QUE, CUANDO EL PROPIETARIO OBTIENE LA REIVINDICACIÓN, EL POSEEDOR DE BUENA FE "NO RESPONDE DE LA DESTRUCCIÓN TOTAL O PARCIAL DE LA COSA, NI POR LOS DETERIOROS DE ELLA, AUNQUE FUESEN CAUSADOS POR HECHO SUYO, SINO HASTA LA CONCURRENCIA DEL PROVECHO QUE HUBIESE OBTENIDO, Y SÓLO ESTÁ OBLIGADO A ENTREGAR LA COSA EN EL ESTADO EN QUE SE HALLE". ES DECIR QUE, SI LUEGO ERA CONDENADO A RESTITUIR LA COSA, CUMPLÍA ENTREGÁNDOLA EN EL ESTADO EN QUE SE HALLARE.

EN LA NOTA AL ART. 2433 EXPLICA EL CODIFICADOR QUE MIENTRAS DURA LA BUENA FE DEL POSEEDOR (O SEA HASTA LA NOTIFICACIÓN DE LA DEMANDA) SI LA COSA HA PERECIDO SIN DOLO, NO LA DEBE; A CONTRARIO CABE INTERPRETAR QUE SI LA DESTRUCCIÓN SE DEBIÓ A UNA ACTITUD DOLOSA, DEBE RESPONDER.

LA ÚLTIMA PARTE DEL ART. 2431 SE REFIERE AL SUPUESTO QUE EL POSEEDOR

HUBIERA DISPUESTO LAS COSAS MUEBLES INCLUIDAS ENTRE LAS ACCESORIAS DE UN INMUEBLE Y AQUÍ LA SOLUCIÓN ES DISTINTA: ESTÁ OBLIGADO A LA RESTITUCIÓN DEL PRECIO QUE HUBIERA RECIBIDO, EN CONSECUENCIA, SI LA TRANSMISIÓN DE LA COSA MUEBLE FUE A TÍTULO GRATUITO, EL POSEEDOR NADA DEBE AL REIVINDICANTE.

POR OTRA PARTE, EL ART. 2435 VÉLEZ SE REFERÍA AL POSEEDOR DE MALA FE, QUIEN DEBÍA RESPONDER POR LA RUINA O DETERIORO DE LA COSA, AÚN POR CASO FORTUITO. EN EL ART. 2436 SE OBLIGABA AL POSEEDOR VICIOSO A PAGAR LA DESTRUCCIÓN O DETERIORO DE LA COSA, INCLUSIVE EN EL CASO EXTREMO QUE INCLUSIVE EL DUEÑO NO HUBIERA PODIDO EVITAR ESE ACONTECIMIENTO.

FUENTE: PROYECTO DE CÓDIGO UNIFICADO DE 1998, ART. 1877.

II. COMENTARIO

1. POSEEDOR DE BUENA FE

74 EL ART. 1936 DEL CÓD. CIV. Y COM. REGULA LA RESPONSABILIDAD DEL POSEEDOR POR DESTRUCCIÓN DE LA COSA, SEPARANDO LOS SUPUESTOS DE BUENA Y MALA FE. TAMBIÉN REGULA, RESPECTO DEL MISMO HECHO, LAS OBLIGACIONES DEL POSEEDOR VICIOSO.

EL POSEEDOR DE BUENA FE, DURANTE EL TIEMPO QUE EJERCIÓ SU POTESTAD SOBRE LA COSA, SEA ÉSTA MUEBLE O INMUEBLE, PUDO HABER REALIZADO ACTOS DE DISPOSICIÓN MATERIAL QUE PROVOCARAN, INCLUSIVE, SU DESTRUCCIÓN. POR OTRA PARTE, LA COSA PUDO HABERSE DETERIORADO POR CAUSAS AJENAS A LA VOLUNTAD DEL POSEEDOR: INUNDACIÓN, OBRAS REALIZADAS EN TERRENOS LINDEROS, ETC.

EN SUPUESTOS COMO LOS EJEMPLIFICADOS EL POSEEDOR DE BUENA FE NO ASUME RESPONSABILIDAD RESPECTO DEL PROPIETARIO, "SINO HASTA LA CONCURRENCIA DEL PROVECHO SUBSISTENTE".

EN ESTE PUNTO HAY QUE HACER NOTAR UNA PRIMERA DIFERENCIA RESPECTO DEL TEXTO ANTERIOR (ART. 2431), EN TANTO SE ELIMINÓ LA EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD AL POSEEDOR, AÚN DE BUENA FE, CUANDO LOS DETERIOROS FUERAN CAUSADOS POR HECHO SUYO. EN ESTE SENTIDO CABE RECORDAR QUE EL TEXTO DE VÉLEZ, AL REFERIRSE A LOS DETERIOROS DE LA COSA, AGREGABA "AUNQUE FUESEN CAUSADOS POR HECHO SUYO", CIRCUNSTANCIA QUE NO APARECE CONTEMPLADA EN EL ART. 1936.

POR ELLO CABE INTERPRETAR QUE EN EL NUEVO ARTÍCULO NO SE MANTIENE LA EXTENSIÓN DE LA IRRESPONSABILIDAD DEL POSEEDOR DE BUENA FE; POR TANTO, SI LA DESTRUCCIÓN DE LA COSA SE PRODUJO POR HECHO DEL POSEEDOR, ÉSTE DEBERÁ RESPONDER. ESTA SOLUCIÓN ESTÁ EN LÍNEA CON OBSERVACIONES FORMULADAS POR LA DOCTRINA EN EL SENTIDO DE IMPEDIR EL EJERCICIO DE LAS FACULTADES DEL POSEEDOR EN FORMA ABUSIVA, Y DE HABERLO HECHO, DEBERÁ RESPONDER FRENTE EL DUEÑO QUE REIVINDICA (MARIANI DE VIDAL).

2. POSEEDOR DE MALA FE

EL NUEVO TEXTO DIFERENCIA ENTRE POSEEDOR DE MALA FE VICIOSO Y NO VICIOSO Y ASIGNA CONSECUENCIAS DISTINTAS PARA CADA UNO EN CASO DE DESTRUCCIÓN TOTAL O PARCIAL DE LA COSA.

EL POSEEDOR DE MALA FE NO VICIOSO ES RESPONSABLE DEL DAÑO QUE CAUSE AL PROPIETARIO, YA SEA POR CASO FORTUITO O POR HECHO SUYO, AÚN CUANDO NO HUBIERA OBTENIDO PROVECHO ALGUNO DE LA COSA. LA ÚNICA CAUSAL DE EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD ES LA QUE ESTABLECE LA PARTE FINAL DEL PRIMER PÁRRAFO DEL ARTÍCULO QUE COMENTAMOS: QUE LA COSA A RESTITUIR SE HUBIERA DESTRUIDO AÚN EN PODER DEL PROPIETARIO, YA FUERA POR EJEMPLO UN HURACÁN O UN TERREMOTO.

EN CAMBIO, EL POSEEDOR DE MALA FE VICIOSO (ART. 1921) DEBE RESPONDER AÚN EN ESTE ÚLTIMO SUPUESTO; ES DECIR QUE SU SITUACIÓN ES MÁS GRAVE POR CUANTO NO HAY PARA ÉL CAUSAL DE EXENCIÓN ALGUNA. EN ESTE ASPECTO SE MANTIENE LA REGLA DEL ART. 2436 DEL CÓD. VELEZANO.

NÓTESE ENTONCES QUE TANTO EL POSEEDOR DE MALA FE NO VICIOSO COMO EL VICIOSO RESPONDEN POR LA DESTRUCCIÓN TOTAL O PARCIAL DE LA COSA AUNQUE FUESEN CAUSADOS POR CASO FORTUITO. SIN EMBARGO LA SITUACIÓN DE ESTE ÚLTIMO (POSEEDOR VICIOSO) ES MÁS GRAVE YA QUE NO PUEDE LIBERARSE ARGUMENTANDO QUE LA COSA HUBIERA PERECIDO AÚN EN PODER DEL PROPIETARIO O DE QUIEN TIENE DERECHO A LA RESTITUCIÓN.

ART. 1937.— TRANSMISIÓN DE OBLIGACIONES AL SUCESOR. EL SUCESOR PARTICULAR SUCEDE A SU ANTECESOR EN LAS OBLIGACIONES INHERENTES A LA POSESIÓN SOBRE LA COSA; PERO EL SUCESOR PARTICULAR RESPONDE SÓLO CON LA COSA SOBRE LA CUAL RECAE EL DERECHO REAL. EL ANTECESOR QUEDA LIBERADO, EXCEPTO ESTIPULACIÓN O DISPOSICIÓN LEGAL.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

EL ART. 2416 DEL CÓD. CIVIL, BAJO LA DENOMINACIÓN DE OBLIGACIONES INHERENTES A LA POSESIÓN, SE REFIERE A AQUELLAS OBLIGACIONES QUE SE TIENEN EN RAZÓN DE LA COSA, POR EL SOLO HECHO DE SER POSEEDOR DE ELLA; EN ESTA SITUACIÓN EL POSEEDOR RESPONDE EN ESA CALIDAD Y NO PERSONALMENTE, TANTO ES ASÍ QUE LAS OBLIGACIONES PENDIENTES PASAN AL NUEVO POSEEDOR POR EL SIMPLE HECHO DE SU RELACIÓHN CON LA COSA.

CON RESPECTO A LA TRANSMISIÓN DEL DERECHO REAL DE LA COSA SOBRE LA QUE PESA EL GRAVAMEN O LA CARGA REAL, EL ART. 3266 DEL CÓD. CIVIL, DISPONE, RESPECTO DEL SUCESOR PARTICULAR, EN FORMA SIMILAR A LA CONTENIDA EN EL NUEVO TEXTO.

II. COMENTARIO

AL ANALIZAR LOS ARTS. 1932 Y 1933 EXPLICAMOS QUE, AL REFERIRNOS A LOS DERECHOS Y DEBERES INHERENTES A LAS RELACIONES DE PODER NO SE ATIENDE A LA PERSONA EN SÍ MISMA, SINO EN SU CALIDAD DE POSEEDOR (O TENEDOR) QUE SE DERIVA DE SU RELACIÓN REAL CON LA COSA, QUE SE CONVIERTE EN CENTRO DE IMPUTACIÓN DE TALES DERECHOS U OBLIGACIONES.

CUANDO ESA RELACIÓN DE PODER ES TRANSMITIDA POR CUALQUIER TÍTULO, EL NUEVO ADQUIRENTE ASUME LAS OBLIGACIONES CORRESPONDIENTES A PERÍODOS ANTERIORES A ESA ADQUISICIÓN, ES DECIR: EL SUCESOR SINGULAR (COMPRADOR, DONA-

TARIO), RESPONDE CON LA COSA SOBRE LA QUE RECAE SU DERECHO REAL.

RESALTAMOS QUE EL ADQUIRENTE NO ASUME LA CALIDAD DE DEUDOR (SALVO QUE ASÍ SE HUBIERA PACTADO EXPRESAMENTE EN EL NEGOCIO JURÍDICO DE QUE SE TRATE) Y ES POR ELLO QUE NO RESPONDE CON SU PERSONA NI CON TODO SU PATRIMONIO SINO SÓLO CON LA COSA QUE DIO ORIGEN A LA OBLIGACIÓN.

EL PRINCIPIO ESTABLECIDO EN EL ART. 1937 ADMITE EXCEPCIONES: PUEDE EXISTIR ESTIPULACIÓN O DISPOSICIÓN LEGAL EN CONTRARIO.

EN MATERIA DE PROPIEDAD HORIZONTAL, EL ART. 2049 EXPRESAMENTE DETERMINA QUE LOS PROPIETARIOS DEBEN HACERSE CARGO DE LA OBLIGACIÓN DE PAGAR EXPENSAS COMUNES, AUN LAS DEVENGADAS ANTES DE SU ADQUISICIÓN.

RIDART. 1938.— INDEMNIZACIÓN Y PAGO DE MEJORAS. NINGÚN SUJETO DE RELACIÓN DE PODER PUEDE RECLAMAR INDEMNIZACIÓN POR LAS MEJORAS DE MERO MANTENIMIENTO NI POR LAS SUNTUARIAS. ESTAS ÚLTIMAS PUEDEN SER RETIRADAS SI AL HACERLO NO SE DAÑA LA COSA. TODO SUJETO DE UNA RELACIÓN DE PODER PUEDE RECLAMAR EL COSTO DE LAS MEJORAS NECESARIAS, EXCEPTO QUE SE HAYAN ORIGINADO POR SU CULPA SI ES DE MALA FE. PUEDE ASIMISMO RECLAMAR EL PAGO DE LAS MEJORAS ÚTILES PERO SÓLO HASTA EL MAYOR VALOR ADQUIRIDO POR LA COSA. LOS ACRECENTAMIENTOS ORIGINADOS POR HECHOS DE LA NATURALEZA EN NINGÚN CASO SON INDEMNIZABLES.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

EL ART. 2427 DEL CÓD. CIVIL ESTABLECÍA QUE EL QUE HA OBTENIDO LA RESTITUCIÓN DE LA COSA DEBÍA REMBOLSAR AL POSEEDOR DE BUENA FE LOS GASTOS NECESARIOS O ÚTILES Y LAS MEJORAS NECESARIAS QUE EXISTIERAN A ESE MOMENTO. EN EL RUBRO DE GASTOS NECESARIOS SE INCLUYEN, SEGÚN LA NORMA CITADA, LOS IMPUESTOS EXTRAORDINARIOS Y EL PAGO LOS PAGOS POR SERVICIOS DE HIPOTECAS EFECTUADO POR EL POSEEDOR.

FUENTE: PROYECTO DE CÓDIGO UNIFICADO DE 1998, ART. 1879.

II. COMENTARIO

TENIENDO EN CUENTA LA DEFINICIÓN DE MEJORAS QUE EFECTÚA EL ART. 1934, CUANDO UN SUJETO DE UNA RELACIÓN DE PODER DEBE RESTITUIR UN INMUEBLE, CORRESPONDE:

1. MEJORAS DE MANTENIMIENTO Y SUNTUARIAS

SERÁN SOPORTADAS POR EL POSEEDOR O TENEDOR.

PARECE RAZONABLE EN ESTE PUNTO LA SOLUCIÓN LEGISLATIVA POR CUANTO, SI EL POSEEDOR HA USADO Y GOZADO DE LA COSA REIVINDICADA, LOS GASTOS QUE DEMANDÓ REPARAR EL DETERIORO NORMAL DEBE QUEDAR ESTAR A SU CARGO, ENJUGADOS ADEMÁS POR EL BENEFICIO, QUE LA LEY LE ACUERDA, DE APROPIARSE DE LOS FRUTOS NATURALES O CIVILES QUE ELLA PRODUJO.

AUN EN LA SITUACIÓN DEL POSEEDOR DE BUENA FE DE UNA COSA QUE NO HA PRODUCIDO FRUTOS O QUE, AÚN PRODUCIDOS, ESTÁN PENDIENTES Y POR LO TANTO NO PUEDEN SER APROPIADOS POR EL POSEEDOR (ART. 1935), LA NORMA EN ANÁLISIS ES TERMINANTE: "NINGÚN SUJETO DE LA RELACIÓN DE PODER PUEDE RECLAMAR INDEMNIZACIÓN" POR ESTE TIPO DE MEJORAS.

2. MEJORAS NECESARIAS

SERÁN SOPORTADAS POR EL PROPIETARIO, DADO QUE INCREMENTAN EL VALOR DE LA COSA, SALVO QUE:

A) LOS DAÑOS O DESPERFECTOS QUE HICIERON NECESARIOS LOS ARREGLOS FUERON CAUSADOS POR EL POSEEDOR;

B) EL POSEEDOR FUERA DE MALA FE;

3. MEJORAS ÚTILES

PUEDEN SERLE RECLAMADAS AL PROPIETARIO PERO NO EN TODA SU TODA SU EXTENSIÓN, SINO SÓLO HASTA EL MAYOR VALOR ADQUIRIDO POR LA COSA;

4. MEJORAS SUNTUARIAS

COMO INDICA LA DEFINICIÓN DEL ART. 1934 ESTE TIPO DE MEJORAS FAVORECE A QUIEN LAS HACE, EN ESTE CASO EL POSEEDOR, DE ALLÍ QUE NO TENGA DERECHO A SER INDEMNIZADO, PERO SÍ PUEDE RETIRARLAS SI LA NATURALEZA DE LA OBRA REALIZADA LO PERMITE.

5. ACRECENTAMIENTOS ORIGINADOS EN HECHOS NATURALES

NO SON INDEMNIZABLES, NO HAY EN ESTOS SUPUESTOS INVERSIÓN ALGUNA POR PARTE DEL POSEEDOR.

ART. 1939.— EFECTOS PROPIOS DE LA POSESIÓN. LA POSESIÓN TIENE LOS EFECTOS PREVISTOS EN LOS ARTÍCULOS 1895 Y 1897 DE ESTE CÓDIGO.

n340**A MENOS QUE EXISTA DISPOSICIÓN LEGAL EN CONTRARIO, EL POSEEDOR DEBE SATISFACER EL PAGO TOTAL DE LOS IMPUESTOS, TASAS Y CONTRIBUCIONES QUE GRAVEN LA COSA Y CUMPLIR LA OBLIGACIÓN DE CERRAMIENTO.**

ri283*I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO*

EN EL CÓDIGO DE VÉLEZ LA POSESIÓN, COMO EXTERIORIZACIÓN DE LA EXISTENCIA DE UN DERECHO REAL, ESTABLECE LA PRESUNCIÓN DE PROPIEDAD DE COSAS MUEBLES, SALVO QUE SE DEMUESTRE LA MALA FE DEL POSEEDOR O QUE LA COSA ERA HURTADA O PERDIDA (ART. 2412).

POR OTRA PARTE, UNO DE LOS EFECTOS JURÍDICOS MÁS IMPORTANTES DE LA POSESIÓN ES QUE SU CONTINUIDAD DURANTE LOS PLAZOS FIJADOS POR LA LEY, PERMITE LA ADQUISICIÓN DEL DERECHO REAL (ARTS. 3999 Y 4015).

EL ART. 2419, CÓD. CIVIL INCLUYE EXPRESAMENTE ENTRE LAS OBLIGACIONES IN-

herentes a la posesión de inmuebles las servidumbres pasivas, las hipotecas y la restitución de la cosa cuando el poseedor fuese acreedor anticresista.

Fuente: Proyecto de Código Unificado de 1998, art. 1880.

II. COMENTARIO

La primera parte del artículo que comentamos se refiere a los efectos propios de la posesión y remite a los arts. 1895 (adquisición legal de cosas muebles) y 1897 (prescripción adquisitiva), que hemos analizado oportunamente.

1. PAGO DE IMPUESTOS

La segunda parte del artículo que comentamos incluye obligaciones que pone a cargo del poseedor. Se refiere allí a los impuestos, tasas y contribuciones que graven la cosa.

La obligación de pagar impuestos, tasas y contribuciones constituye una restricción al dominio privado impuesta por el derecho administrativo en interés público y en ejercicio del dominio eminente del Estado sobre su territorio (Freitas). Se ha discutido si estos tributos, que pesan sobre un inmueble, constituyen cargas reales o pueden ser caracterizados como obligaciones propter rem.

En el plenario "Servicios Eficientes SA c. Yabra, Roberto" (JA, 1999-II-457) la mayoría, luego de destacar su carácter ambulatorio y su fuente ex lege, fundamentó que las deudas por tributos no pueden ser consideradas obligaciones propter rem, salvo que exista una ley expresa de la que surja ese régimen, supuesto que no se daba en el caso.

En efecto, las obligaciones propter rem o ambulatorias o cabalgantes, según las distintas denominaciones, son aquellas que descansan sobre determinada relación de señorío sobre una cosa y nacen, se desplazan y extinguen con esa relación, es decir que la relación de obligado depende de una relación de derecho o de hecho, pero una de las características de esas obligaciones es su carácter exclusivamente legal (CNCiv., en pleno, ED, 73-282).

Con la incorporación en el art. 1939 de la regla que analizamos cabe considerar que la obligación de pagar impuestos, tasas y contribuciones adquiere para el poseedor la calidad de propter rem.

Al no hacerse distinción alguna, la obligación a que alude la norma que comentamos recae sobre todos los poseedores, cualquiera fuere el derecho real del que son titulares y, en caso que ocupen só

hichlo una parte del inmueble, pagarán en la proporción correspondiente (art. 2161).

Por otra parte, tampoco se hace distinción entre cosa mueble e inmueble, por lo cual ambos géneros quedan comprendidos.

2. OBLIGACIÓN DE CERRAMIENTO

Los arts. 2007 y 2008 se refieren al cerramiento forzoso urbano que se establece con carácter obligatorio; dicha obligación puede ser incluida dentro de las llamadas "obligaciones reales" (Alterini) y es, a su vez, una verdadera restricción legal al dominio, establecida en el interés recíproco de los propietarios colindantes. En la doctrina nacional, la gran mayoría de los autores consideran de orden público a esta obligación de cerramiento por razones de predominante interés colectivo (Lafaille, Salvat, Spota, Borda, Alterini, Baglietto-Grinberg-Papaño).

El art. 2007, con el alcance brevemente descrito, regula el cerramiento de los inmuebles urbanos como un derecho y como una obligación que atañen recíprocamente a los propietarios de fundos colindantes. Nada se menciona allí acerca de los poseedores, sin embargo, la obligación en cabeza de estos últimos surge expresamente en el art. 1939.

III. JURISPRUDENCIA

1. Para que el poseedor adquiera instantáneamente el dominio de la cosa mueble debe haber adquirido la posesión por título oneroso, pero como la presunción de propiedad resulta del solo hecho de poseer la cosa de buena fe, el que pretende que fue adquirida a título gratuito por el poseedor, deberá probarlo (CNCiv., sala H, 21/8/1998, Lexis Nº 1/70036269-4).

2. Entre los gastos que realiza el poseedor de cosa ajena y que deben ser reembolsados, el art. 2427 del Cód. Civil hace referencia a los impuestos extraordinarios, quedando excluidos los impuestos ordinarios, los cuales entran en la categoría de gastos de conservación y no pueden ser cobrados al propietario (SCBA, 15/11/2000, Lexis Nº 14/74704).

ART. 1940.— EFECTOS PROPIOS DE LA TENENCIA. EL TENEDOR DEBE:

A) CONSERVAR LA COSA, PERO PUEDE RECLAMAR AL POSEEDOR EL REINTEGRO DE LOS GASTOS;

B) INDIVIDUALIZAR Y COMUNICAR AL POSEEDOR DE QUIEN ES REPRESENTANTE SI SE LO PERTURBA EN RAZÓN DE LA COSA, Y DE NO HACERLO, RESPONDE POR LOS DAÑOS OCASIONADOS AL POSEEDOR Y PIERDE LA GARANTÍA POR EVICCIÓN, SI ÉSTA CORRESPONDE;

C) RESTITUIR LA COSA A QUIEN TENGA DERECHO A RECLAMARLA, PREVIA CITACIÓN FEHACIENTE DE LOS OTROS QUE LA PRETENDEN.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El Código de Vélez incluye como obligaciones del tenedor la de conservar la cosa (art. 2463), denunciar el nombre del poseedor (art. 2464), restituir la cosa que se tiene en nombre de otro (art. 2465) y la forma de hacerlo (art. 2467), incurriendo en el error, de confundir la relación de hecho

CON LA COSA Y EL DERECHO O CAUSA DETENTIONIS. EN EFECTO, SI SE ANALIZA CADA UNA DE LAS OBLIGACIONES ALUDIDAS ES FÁCIL COMPRENDER QUE TALES DEBERES DEL TENEDOR NO SURGEN DE LA RELACIÓN REAL, SINO DEL CONTRATO QUE SIRVIÓ COMO CAUSA FUENTE DE ESA TENENCIA (ALTERINI), YA FUERA LOCACIÓN, DEPÓSITO, ETC.

FUENTE: PROYECTO DE CÓDIGO UNIFICADO DE 1998, ART. 1881.

II. COMENTARIO

1. CONSERVAR LA COSA

SI BIEN EL TENEDOR DEBE CONSERVAR LA COSA Y, EN PRINCIPIO, REINTEGRARLA EN EL ESTADO EN QUE LA RECIBIÓ, ES USUAL QUE EN EL CONTRATO CAUSA DE ESA TENENCIA SE PREVEA AL RESPECTO, YA SEA ESTIPULANDO LA DISTRIBUCIÓN DE GASTOS Y LA INDEMNIZACIÓN QUE PUDIERA CORRESPONDER POR MEJORAS ÚTILES O NECESARIAS.

A DIFERENCIA DE LO PREVISTO EN EL ART. 1938 EN CUANTO A LA INDEMNIZACIÓN POR MEJORAS QUE LE CORRESPONDE AL POSEEDOR DE BUENA FE, EN EL CASO DEL TENEDOR, EL INC. A) DEL ART. 1940, NO CONTIENE ESTIPULACIÓN AL RESPECTO, DEJANDO LIBRADO ESTE PUNTO AL ACUERDO ENTRE LAS PARTES.

2. INDIVIDUALIZAR AL POSEEDOR

EL INC. B) DE LA NORMA BAJO ANÁLISIS GUARDA RELACIÓN CON EL ART. 2255, EL CUAL NOMINA AL TENEDOR COMO LEGITIMADO PASIVO DE LA ACCIÓN REIVINDICATORIA, PUDIENDO LIBERARSE INDIVIDUALIZANDO AL POSEEDOR.

CUANDO EL TENEDOR ES PERTURBADO EN RAZÓN DE LA COSA TAMBIÉN DEBE INDIVIDUALIZAR AL POSEEDOR Y/O COMUNICARLE LA SITUACIÓN. DE TODAS MANERAS HAY QUE TENER EN CUENTA QUE EL TENEDOR ESTÁ LEGITIMADO PARA EL EJERCICIO DE LAS ACCIONES POSESORIAS (ART. 2245) Y POR ESTA VÍA RECUPERAR O MANTENER LA RELACIÓN DE PODER, SEGÚN FUERA EL CASO.

EL TENEDOR QUE NO CUMPLE LA OBLIGACIÓN DE IDENTIFICAR AL POSEEDOR PUEDE SER SANCIONADO CON LA PÉRDIDA DE LA GARANTÍA DE EVICCIÓN.

3. RESTITUIR LA COSA

EN CUANTO A LA RESTITUCIÓN, EL INC. C) DEL ARTÍCULO QUE COMENTAMOS PRESCRIBE QUE EL TENEDOR DEBE ENTREGAR LA COSA A QUIEN TENGA DERECHO A RECLAMARLA, A DIFERENCIA DE LO REGLADO EN EL ART. 2467 DEL CÓD. CIVIL QUE ORDENABA LA RESTITUCIÓN A LA PERSONA DE QUIEN LA RECIBIÓ AUNQUE ELLA NO FUERA LA DUEÑA Y ACLARABA "AUNQUE HAYA OTROS QUE LA PRETENDAN, PERO CON CITACIÓN DE ÉSTOS". SEGÚN ACOTA HIGHTON, ESTA CITACIÓN ES NECESARIA A FIN DE QUE LOS QUE PRETENDAN ALGÚN DERECHO SOBRE LA COSA EN LITIGIO TOMEN CONOCIMIENTO Y ACUDAN A LAS VÍAS LEGALES PERTINENTES.

III. JURISPRUDENCIA

LA DENUNCIA DE LOS TERCEROS POSEEDORES NO DESVINCULA AL DEMANDADO DEL PROCESO POR REIVINDICACIÓN, YA QUE EL ACTOR PODRÍA OPONERSE A LA DESVINCULACIÓN DE QUIEN INVOCA EL CARÁCTER DE TENEDOR SI DE LAS CIRCUNSTANCIAS DEL CASO RESULTA QUE SE TRATA DE UNA MANIOBRA URDIDA POR EL ACCIONADO PARA DESVIAR SU RESPONSABILIDAD (CCIV. Y COM. DOLORES, 21/5/2009, LEXIS 1/70053373).

keepnTÍTULO III

DEL DOMINIO

CAPÍTULO 1

lin567DISPOSICIONES GENERALES

POR ROBERTO MALIZIA

BIBLIOGRAFÍA SOBRE LA REFORMA: ALTERINI, JORGE H., "PRIMERAS CONSIDERACIONES SOBRE LOS DERECHOS REALES EN EL PROYECTO DE CÓDIGO", ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO, 9/2012, LA LEY, 2012-E, 898; RIVERA, JULIO C. (DIR.) MEDINA, GRACIELA (COORD.), COMENTARIOS AL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN, ABELEDO PERROT, BUENOS AIRES, 2012.

BIBLIOGRAFÍA CLÁSICA: ADROGUÉ, M., "LAS MOLESTIAS ENTRE VECINOS...", LA LEY, 145-337; ALLENDE; GUILLERMO L., "NOTA A UN HECHO INSÓLITO. EL ANIMUS DOMINI DE SAVIGNY Y EL ART. 2375", LA LEY, 1977-B, 531; ANDORNO, LUIS O., "LAS MOLESTIAS DE VECINDAD (ART. 2618 DEL CÓD. CIVIL). LA RESPONSABILIDAD POR DAÑO AMBIENTAL", JA, 1999-IV-1074; ARRAGA PENIDO, MARIO, "DOMINIO SOBRE INMUEBLES: REQUISITOS CONSTITUTIVOS", JA, 1996-II-921; BELMAÑA JUÁREZ, J., "EDIFICACIÓN PARCIAL EN TERRENO AJENO", JA, 1980-I, 773; BORDA, ALEJANDRO, "EL DERECHO DE RECOMPENSA PARA EL HALLADOR DE UNA COSA (UNA INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA PERO ADECUADA)", LA LEY, 1991-B, 379; BUENO RUIZ, A., "ADQUISICIÓN DEL DOMINIO POR ACCESIÓN. SU TRÁMITE LEGAL", SEPARATA DE LA REV. NOTARIAL DE LA PROV DE BUENOS AIRES, Nº 804; BUSTAMANTE ALSINA, J., "EL CARÁCTER ABSOLUTO DEL DOMINIO, EL PENSAMIENTO DE VÉLEZ SARSFIELD Y LA REFORMA DE 1968", EN LECCIONES Y ENSAYOS (UBA) Nº 40/41; CATALANO, EDMUNDO, "EL DOMINIO DE LA FAUNA SALVAJE", LA LEY, 1978-B, 808; CLERC, CARLOS M., EL DERECHO DE DOMINIO Y SUS MODOS DE ADQUISICIÓN, BUENOS AIRES, 1982; DÍAZ DE GUIJARRO, E., "LA EXTENSIÓN DEL DOMINIO A LAS CONSTRUCCIONES, PLANTACIONES Y DEMÁS OBRAS EFECTUADAS POR TERCEROS", JA, 47-872; DÍAZ HICHREYNA, EMILIO, "EL ALUVIÓN Y EL CAMINO DE SIRGA ANTE EL INC. 4º DEL ART. 2340 DEL CÓDIGO CIVIL", EN LLGRAN CUYO, 2008-862; DILLON, G., 1 "LOS AUTOMOTORES COMO COSAS 'PERDIDAS'. RECOMPENSA PARA EL HALLADOR", LA LEY, 2005-F, 97; DRAGO, MARIANO J., EL DERECHO DE LOS RIBEREÑOS AL CAUCE ABANDONADO DE LOS RÍOS, BUENOS AIRES, 1935; FAZIO DE BELLO, MARTA, "IMPORTANCIA DEL ART. 2375 DEL CÓDIGO CIVIL EN LA RESOLUCIÓN DE LOS CASOS DE APROPIACIÓN DE COSAS SIN DUEÑO O ABANDONADAS POR EL DUEÑO", LA LEY, 1982-D, 519; FRANCHINI, MARÍA F., "FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD EN LA LEGISLACIÓN ARGENTINA", UNLP, 2005-36, 214, GARCÍA GONZÁLEZ JOSÉ, LA FACULTAD DE EXCLUSIÓN DEL PROPIETARIO, EDITORIAL UNIVERSIDAD DE GRANADA, 1986; HIGHTON, ELENA-AREÁN BEATRIZ, "DOMINIO REVOCABLE Y FIDUCIARIO EN LAS IX JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL (CON ESPECIAL REFERENCIA A LAS ACCIONES QUE PUEDEN EJERCERSE)", LA LEY, 1984-C, 964; ID., DOMINIO Y USUCAPIÓN, BUENOS AIRES, 1983; KIPER Y LISOPRAWSKY, OBLIGACIONES Y RESPONSABILIDADES DEL FIDUCIARIO, BUENOS AIRES, 1999; KIPER, CLAUDIO, "POSESIÓN ADQUIRIDA MEDIANTE BOLETO DE COMPRAVENTA: INEXISTENCIA DE UN CASO DE DOMINIO IMPERFECTO", JA, 1991-I-490; ID., RÉGIMEN JURÍDICO DEL DOMINIO FIDUCIARIO, BUENOS AIRES, 1990; LAQUIS, MANUEL ANTONIO, DERECHOS REALES, T. II, DEPALMA, BUENOS AIRES, 2000; MAIORANO, J. L.,

La expropiación en la ley 21.499, Buenos Aires, 1978; Papaño, R. J. y Farina, M. A., ¿un nuevo caso de dominio imperfecto?, LA LEY, 2006-F, 1163; Pastrian, Gustavo, "De la edificación en terreno ajeno", Rev. del Colegio Público de Abogados, suplemento de Doctrina Nº 13, p. 5 (marzo de 2002); Pérez Lasala, José L., "Transmisiones inmobiliarias a la reforma de la legislación civil", LA LEY, 131-1333; Puerta de Chacón, Alicia, comentario al art. 2579, en Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado, dirigido por Zannoni y coordinado por Kemelmajer de Carlucci, t. 10, Astrea, Buenos Aires, 2005; Rotman, Rodolfo, "Cosas perdidas: derecho a recompensa a favor del autor del hallazgo", LA LEY, 1976-B, 383; Saravia, Enrique J., El "constituto posesorio", Córdoba, 1958; Spota, A. G., "La responsabilidad objetiva en el derecho de vecindad", LA LEY 39-166; Spota, Alberto G., "A quién pertenece el cauce abandonado", JA, 54-666; Valls, Mario F., "La transformación de las playas y el lecho de los ríos, lagos y mares en inmuebles civiles. Su concesión", ED, 178-1042; Valls, Mario, "Las atribuciones de la Ciudad de Buenos Aires sobre tierra que la Nación 'ganó' al río en un fallo de la justicia porteña", JA, 2001-III-573; Zaccheo, B. E., El Código Civil y los caracteres y facultades del dominio, en Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, Nº 35, Buenos Aires, 1953, p. 1069.

***

ART. 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.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

A diferencia del Código sustituido el artículo que comentamos omite dar una definición del dominio como género, ya que se limita a mencionar cuales son las características del dominio perfecto, es decir una de las especies o clasificaciones del dominio como contratara del dominio imperfecto.

Si nos remitimos al art. 2506 del Código de Vélez podremos observar que se definía al dominio como género sin hacer distinciones entre el dominio perfecto e imperfecto.

Fuente: Proyecto de 1998, art. 1882.

II. COMENTARIO

1. DOMINIO PERFECTO. DEFINICIÓN

7El art. 1941 define al dominio perfecto como aquel derecho real que le otorga a su titular las facultades de usa, gozar y disponer material y jurídicamente de una cosa, dentro de los límites previstos por la ley.

Entendemos que la definición tendría que haber incluido los tres caracteres esenciales del dominio es decir el carácter absoluto, exclusivo y perpetuo, que son los que lo diferencian de los restantes derechos reales y los que justamente colocan al dominio en la cúspide de los derechos reales tal como surge del art. 1887 inc. a), lo cual denota que es el derecho que más facultades le otorga a su titular (uso, goce y disposición material y jurídica), en forma exclusiva ya que no puede haber más de dos titulares sobre una misma cosa y sin límites en el tiempo.

Más allá de que el carácter perpetuo y exclusivo no integren la definición lo cierto es que son mencionados y definidos en los artículos siguientes.

La propia definición señala que el dominio como derecho real si bien es el más amplio de todos los enumerados en el art. 1887, ello no implica que sea ilimitado, puesto que el límite en cuanto a las facultades otorgadas de uso, goce y disposición debe ejercitarse dentro de los términos previstos por la ley.

Como podrá observarse a diferencia de la expresión "restricciones" que utilizaba el Código sustituido, el nuevo Código utiliza la terminología "límites previstos por la ley".

Lo señalado precedentemente no se trata de una mera cuestión terminológica, sino de interpretación y alcances de los términos legales, en particular vinculados con la técnica legislativa.

En efecto el término "límites" se vincula con el ejercicio normal del derecho, mientras que el término "restricción" implica un recorte o merma del derecho.

2. FACULTADES DE USO, GOCE Y DISPOSICIÓN

El derecho de propiedad es el más completo que se puede tener sobre una cosa: la propiedad se halla sometida a la voluntad, exclusividad y a la acción de su propietario, sin más límites que los que marca la ley o los provocados por "la concurrencia de varios derechos incompatibles en su ilimitado ejercicio". No obstante, el reconocimiento de que la propiedad, como institución, está orientada a una función social, implica que en la actualidad existan limitaciones intrínsecas o inherentes al derecho; así como obligaciones que se derivan de la propiedad en sí.

La concepción clásica del dominio incluye tres facultades o atributos fundamentales: uso, goce y disposición.

El titular del derecho real de dominio perfecto tiene el ius possidendi (derecho de poseer), el ius utendi (derecho de usar), el ius fruendi (derecho a gozar) y el ius abutendi (derecho de disponer) de una manera exclusiva y perpetua.

En el derecho romano, se le confería al titular del dominio el jus utendi, fruendi et abutendi y haciendo de dicho derecho real la plena in rem potestas de la propiedad.

La facultad de uso (ius utendi) implica la utilización efectiva de la cosa que haga su propietario, que nace del derecho de poseer que tiene el titular del dominio, puesto que sin posesión no hay posibilidad de ejercer el uso.

chLa facultad de goce (ius fruendi), implica que el dueño puede beneficiarse con los frutos que genera la cosa (natural, civil e industrial). Cabe

RECORDAR QUE LOS FRUTOS SON AQUELLOS QUE LA COSA DA PERIÓDICAMENTE.

LA FACULTAD DE DISPOSICIÓN (IUS ABUTENDI) SIGNIFICA QUE EL TITULAR DE DOMINIO PUEDE DISPONER DE LA COSA A SU VOLUNTAD Y EJERCER FACULTADES TANTO MATERIALES (MODIFICACIONES SUSTANCIALES, CAMBIO DE DESTINO, REFACCIONES, DEMOLICIONES, RECONSTRUCCIONES ETC.) Y JURÍDICAS (ABANDONO, ENAJENACIONES, ACTOS DE ADMINISTRACIÓN ETC.), PERO CON LAS LIMITACIONES DE LA LEY, DE MANERA TAL QUE EL EJERCIDO DE SU FACULTAD DE DISPONER TENGA UN SENTIDO SOCIAL Y NO MERAMENTE INDIVIDUALISTA, SUSTENTADO EN EL USO NORMAL, DE MANERA DE NO ATENTAR CONTRA EL DERECHO INDIVIDUAL O COLECTIVO DE LOS MIEMBROS QUE INTEGRAN UNA COMUNIDAD ORGANIZADA.

LAS FACULTADES ANTES MENCIONADAS SE REFIEREN AL CARÁCTER ABSOLUTO DEL DOMINIO Y QUE A CONTINUACIÓN PROCEDEREMOS A DESARROLLAR.

EL TÉRMINO "ABSOLUTO", COMO UNO DE LOS CARACTERES DEL DOMINIO, NO SE APLICA EN EL SENTIDO GENÉRICO UTILIZADO AL CLASIFICAR LOS DERECHOS SUJETIVOS SEGÚN SU OPONIBILIDAD.

DESDE DICHA PERSPECTIVA, TODOS LOS DERECHOS REALES POR SU PROPIA NATURALEZA, SON OPONIBLES ERGA OMNES, PREVIA PUBLICIDAD, A DIFERENCIA DE LOS DERECHOS PERSONALES QUE SON RELATIVOS PORQUE SÓLO TIENEN EFECTOS ENTRE LAS PARTES Y SUS SUCESORES Y POR ENDE SON RES INTER ALIO ACTA RESPECTO DE TERCEROS.

AQUÍ LA EXPRESIÓN "ABSOLUTO" TIENE OTRO ALCANCE, Y ES EL QUE SE REFIERE AL CONTENIDO DEL DERECHO REAL DE DOMINIO, QUE IMPLICA OTORGARLE A SU TITULAR LAS MAYORES FACULTADES MATERIALES Y JURÍDICAS SOBRE LA COSA, ENTRE LAS QUE SE PUEDEN MENCIONAR EL IUS UTENDI, FRUENDI Y ABUTENDI, A LOS QUE NOS REFERIMOS AL COMENTAR EL ART. 1941.

GATTI Y ALTERINI SOSTIENEN: "...SE HA PUNTUALIZADO QUE EL DOMINIO IMPLICA EL DERECHO REAL DE CONTENIDO MÁS AMPLIO, LA POSIBILIDAD PARA SU TITULAR DE USAR, GOZAR, BENEFICIARSE CON LOS FRUTOS Y DISPONER A VOLUNTAD LA COSA OBJETO DE SU DERECHO, DENTRO DEL MARCO LEGAL...".

III. JURISPRUDENCIA

1. NI EL DERECHO DE USAR Y DISPONER DE LA PROPIEDAD NI NINGÚN OTRO DERECHO RECONOCIDO POR LA CONSTITUCIÓN TIENE CARÁCTER ABSOLUTO. LA REGLAMENTACIÓN O LIMITACIÓN DEL EJERCICIO DE LOS DERECHOS INDIVIDUALES ES UNA NECESIDAD DERIVADA DE LA CONVIVENCIA SOCIAL. REGLAMENTAR UN DERECHO ES LIMITARLO, ES HACERLO COMPATIBLE CON EL DERECHO DE LOS DEMÁS DENTRO DE LA COMUNIDAD Y CON LOS INTERESES SUPERIORES DE ESTA ÚLTIMA" (CSJN, 28/4/1922, LA LEY, 2002-147; FALLOS: 136:170).

2. CUANDO POR RAZONES DE NECESIDAD SE SANCIONA UNA NORMA QUE NO PRIVA A LOS PARTICULARES DE LOS BENEFICIOS PATRIMONIALES LEGÍTIMAMENTE RECONOCIDOS, NI LES NIEGA SU PROPIEDAD Y SÓLO LIMITA TEMPORALMENTE LA PERCEPCIÓN DE TALES BENEFICIOS O RESTRINGE EL USO QUE PUEDE HACERSE DE ESA PROPIEDAD, NO HAY VIOLACIÓN DEL ART. 17 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL, SINO UNA LIMITACIÓN IMPUESTA POR LA NECESIDAD DE ATENUAR O SUPERAR UNA SITUACIÓN DE CRISIS. EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ARGENTINO, NO HAY DERECHOS ABSOLUTOS Y TODOS ESTÁN *SUBORDINADOS A LAS LEYES QUE REGLAMENTEN SU EJERCICIO (CSJN, 27/12/1990, LA LEY, 1991-C, 158; FALLOS: 313:1513).*

ART. 1942.— PERPETUIDAD. EL DOMINIO ES PERPETUO. NO TIENE LÍOCHMITE EN EL TIEMPO Y SUBSISTE CON INDEPENDENCIA DE SU EJERCICIO. NO SE EXTINGUE AUNQUE EL DUEÑO NO EJERZA SUS FACULTADES, O LAS EJERZA OTRO, EXCEPTO QUE ÉSTE ADQUIERA EL DOMINIO POR PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

LA REDACCIÓN, ALCANCES Y EFECTOS DEL ARTÍCULO EN COMENTARIO SON SIMILARES A LO DISPUESTO EN EL ART. 2510 DEL CÓDIGO SUSTITUIDO QUE SE REFERÍA AL CARÁCTER PERPETUO DEL DOMINIO.

FUENTE: PROYECTO DE 1998, ART. 1885.

II. COMENTARIO

tlch1. Carбcter perpetuo

El artнculo en estudio enuncia el carбcter perpetuo del dominio y las connotaciones que derivan: a) extensiyn ilimitada en el tiempo, y b) el no uso de la cosa no extingue el derecho real.

El dominio como nociyn abstracta de derecho perdura en el tiempo, aun cuando cambie de titular, ya que subsiste en cabeza de otro sujeto, es lo que denominamos mutaciyn subjetiva del dominio.

En efecto, el dominio sobre la cosa subsiste y no se pierde como nociyn abstracta a menos que la cosa objeto del dominio sea consumible (desaparece con el primer uso que de ella se haga) o se hubiere extinguido por destrucciyn total (ej.: el incendio que afecta un automotor y lo destruye нntegramente).

Por otra parte segъn lo establece el art. 1942 el dominio es perpetuo y subsiste independientemente del ejercicio que se pueda hacer de ўl, por lo que el propietario no deja de serlo, aunque no ejerciere ningъn acto de propiedad, aunque estй en la imposibilidad de hacerlo y aunque un tercero lo ejerza contra su voluntad, a no ser que deje poseer la cosa por otro durante el tiempo requerido para que ўste pueda adquirir la propiedad por prescripciyn.

III. JURISPRUDENCIA

1. El dominio es perpetuo y el dueco no deja de serlo aunque no realice acto alguno de propiedad o se halle en la imposibilidad de hacerlo aun en el caso de que un tercero los ejerza con su voluntad o contra ella (CSJN, 1/1/1938, Fallos: 182:88).

2. En nuestro sistema legal el dominio es perpetuo y subsiste independientemente del ejercicio que se pueda hacer de ўl. El propietario no deja de serlo a menos que deje de poseer la cosa por otro, durante el tiempo requerido para que ўste adquiera el dominio (CCiv. y Com. San Isidro, sala I, 2/10/1980, La Ley Online).

Art. 1943.— Exclusividad. El dominio es exclusivo y no puede

tener mбs de un titular. Quien adquiere la cosa por un tнtulo, no puede en adelante adquirirla por otro, si no es por lo que falta al tнtulo.

I. Relaciyn con el Cydigo Civil. Fuentes del nuevo texto

El artнculo en comentario se refiere a uno de los caracteres tнpicos del dominio: "la exclusividad". Se mantiene el sistema regulado en los arts. 2508 y 2509 del Cydigo sustituido.

Fuente: Proyecto de 1998, art. 1884.

II. Comentario

1. Exclusividad

Que el dominio sea exclusivo significa que sobre una misma cosa no puede existir al mismo tiempo y sobre el todo mбs de un titular de dominio. En caso de que dos o mбs personas sean propietarias en comъhn de la misma cosa, por la parte indivisa que cada una pueda tener, se estб en presencia del derecho real de condominio.

Kiper y Lisoprawski, parafraseando a Allende, sostienen que dos dominios no pueden coexistir porque el carбcter exclusivo impone la incompatibilidad absoluta con la pertenencia a mбs de una persona.

Gatti y Alterini, secalan que el derecho de dominio es exclusivo, porque el titular debe ser una sola persona y no es factible la concurrencia del mismo derecho real sobre la cosa en cabeza de diferentes titulares; no son exclusivos aquellos que por admitir la concurrencia pueden tener uno o varios sujetos.

La exclusividad es esencial y no puede recibir excepciones ni limitaciones y como consecuencia de ese carбcter se deriva la facultad excluyente que tiene el titular de dominio de excluir a terceros del uso, goce y disposiciyn de la cosa, de tomar al respecto todas las medidas que considere convenientes, de encerrarlo mediante muros, cercos o fosos y de remover por propia autoridad los objetos puestos en ella.

La segunda parte del artнculo expresa: "Quien adquiere la cosa por un tнtulo, no puede en adelante adquirirla por otro, si no es por lo que le faltase al tнtulo". Este pбrrafo es consecuencia del carбcter exclusivo del dominio, es decir que no puede haber dos duecos sobre una misma cosa. Si una persona adquiriy el dominio de una cosa como consecuencia de un legado de cosa cierta y determinada, no puede luego adquirir la misma cosa por un contrato de compraventa o donaciyn, puesto que si ya ostenta el carбcter de propietario por un tнtulo serна contrario a toda lygica jurнdica que intentara adquirirla por otro tнtulo distinto pero que produce los mismos efectos jurнdicos "la adquisiciyn del dominio". Y cuando dice: "...si no es por lo que le faltase al tнtulo", se refiere al supuesto en el cual el titular de dominio completa las facultades del derecho de dominio que al momento de adquirirlo se encontraba desmembrado. Asн por ejemplo una persona adquiere por subasta judicial la nuda propiedad de un inmueble y por ende, la facultad de disposiciyn inherente a su derecho, acos mбs tarde, como consecuencia de la muerte del usufructuario, adquiere lo que le faltaba, es decir las facultades de uso y goce sobre la cosa, ello como consecuencia de la extinciyn del usufructo y por ende pasa a revestir la calidad de propietario perfecto.

III. Jurisprudencia

No puede cuestionarse la admisibilidad formal del recurso de casaciyn, si en el caso se dan los dos supuestos mencionados en el Cyd. Procesal, errynea aplicaciyn de la norma de derecho, y siendo el punto debatido asume gravedad institucional, puesto que el pronunciamiento recurrido deja subsistente dos dominios sobre un mismo inmueble, es decir, desconoce el carбcter exclusivo que le atribuye el art. 2508 del Cyd. Civil, al establecer que dos personas no pueden tener cada una en el todo el dominio de una cosa (CS Tucumбn, 9/11/1979, La Ley Online).

Art. 1944.— Facultad de exclusiyn. El dominio es excluyente. El dueco puede excluir a extracos del uso, goce o disposiciyn de la cosa, remover por propia autoridad los objetos puestos en ella, y encerrar sus inmuebles con muros, cercos o fosos, sujetбndose a las normas locales.

I. Relaciyn con el Cydigo Civil. Fuentes del nuevo texto

El artнculo en estudio hace referencia a la facultad de exclusiyn que tiene el titular de dominio a fin de impedir a extracos el uso, goce o disposiciyn de la cosa, remover por propia autoridad los objetos puestos en ella, y encerrar sus inmuebles con muros, cercos o fosos, sujetбndose a las normas locales. En definitiva es un derecho que deriva del carбcter exclusivo.

Se mantiene el sistema del Cyhdigo sustituido que regulaba las facultades de exclusiyn en los arts. 2516 y 2517.

Fuente: Proyecto de 1998, art. 1887.

II. Comentario

1. Facultad de exclusiyn

Como consecuencia del carбcter exclusivo del dominio su titular tiene la facultad de excluir a terceros del uso, goce y disposiciyn de la cosa, de tomar al respecto todas las medidas que considere convenientes, de encerrarlo mediante muros, cercos o fosos y de remover por propia autoridad los objetos puestos en ella.

De la norma en estudio surge evidente que el titular de dominio se encuentra habilitado por vна extrajudicial, es decir por su propia autoridad, a retirar los objetos puestos en su propiedad sin su autorizaciyn.

Las facultades de exclusiyn tienen su fundamento en una norma constitucional (art. 18 de la CN) que dispone que la propiedad privada es inviolable y sylo cede ante una orden de autoridad competente.

Si bien la norma le permite al propietario actuar por su sola autoridad, ello no implica que en su actuar pueda exceder los lнmites de la legнtima defensa ni que se configure un supuesto de abuso del derecho.

Por otra parte debemos advertir que el derecho que otorga el art. 1944 para que el titular de dominio pueda remover objetos colocados en su propiedad se refiere a

aquellos supuestos en que fueron colocados contra su voluntad, mas no en aquellos casos que los objetos fueron puestos como consecuencia de un contrato, es decir mediando consentimiento del dueco.

En dicho supuesto, el propietario que alega un perjuicio por la permanencia de los objetos en su propiedad cuenta con la correspondiente acciyn personal para hacer cumplir el contrato y solicitar por la vна judicial que se ordene el retiro de las cosas.

Otra alternativa, frente a la negativa del propietario de las cosas de retirarlas una vez culminado el contrato que lo autorizaba a tenerlas en propiedad ajena, es su consignaciyn por vна judicial.

En algunos supuestos el propietario no podrна alegar su facultad de exclusiyn, puesto que existen normas que autorizan a terceros a ingresar a fundos ajenos para poder ejercitar ciertos derechos.

Asн por ejemplo el art. 1954 dispone que al propietario de un tesoro que acredite su propiedad le asiste el derecho a buscarlo en el predio ajeno en el que dice haberlo guardado, aъn sin el consentimiento del propietario. En el mismo sentido el art. 1950 autoriza al dueco de un enjambre a seguirlo a travйs de inmuebles ajenos.

Por ъltimo, en cuanto al pбrrafo final de la norma que se refiere a muros, cercos y fosos, como derecho de exclusiyn, cabe remitirse al comentario efectuado a las normas que rigen el cerramiento forzoso y la medianerна (arts. 2007 y 2024).

2. Normas vinculadas

Remociyn de instalaciones de servicio de telecomunicaciones. Ley nacional de telecomunicaciones 19.798. Art. 41: Los prestadores de servicios pъblicos de telecomunicaciones tendrбn derecho a establecer sus instalaciones en o a travйs de inmuebles pertenecientes a particulares. En todos los casos se tratarб de obtener de los propietarios la conformidad que permita la utilizaciyn de sus inmuebles por parte del prestador del servicio pъblico. Art. 44: Cuando por demoliciones, ampliaciones, modificaciones o construcciones nuevas de propiedad privada, sea necesario remover o reconstruir instalaciones de los servicios pъblicos de telecomunicaciones ubicados en el dominio privado, el propietario del inmueble estarб exento de todo gasto que se origine por tales causas. Art. 45: En los casos que sean de aplicaciyn los arts. 43 y 44, se deberб solicitar a los prestadores del servicio pъblico de telecomunicaciones pertinentes, con la anticipaciyn que fije la reglamentaciyn, la remoci

'f3n de las instalaciones que obstaculizaren la realizaciyn de las obras proyectadas.

Animales invasores. Ver las leyes locales, por ejemplo, Cydigo Rural de la Prov. de Buenos Aires. Animales invasores (arts. 158 a 166). Art. 162: El propietario del establecimiento invadido debe dejar pastorear y abrevar a los animales invasores a cuyo efecto tendrб derecho a una remuneraciyn sin perjuicio de la acciyn ordinaria que le corresponda por los dacos que puede haber sufrido.

III. JURISPRUDENCIA

h*EN UN INTERESANTE CASO, LA CÁMARA NACIONAL CIVIL, HIZO LUGAR AL RECLAMO DE REMOCIÓN DE UNA CÁMARA TRANSFORMADORA DE ENERGÍA ELÉCTRICA UBICADA EN EL PREDIO DE PROPIEDAD DE LA ACTORA Y CONDENO A LA PARTE DEMANDADA, PROPIETARIA DE UNA ESTACIÓN TRANSFORMADORA DE ENERGÍA ELÉCTRICA, AL PAGO DEL CANON LOCATIVO CORRESPONDIENTE A LA PARTE DEL TERRENO ILEGÍTIMAMENTE OCUPADO (CNCIV., SALA A, 6/5/2003, LA LEY, 2004-B, 39).*

ART. 1945.— EXTENSIÓN. EL DOMINIO DE UNA COSA COMPRENDE LOS OBJETOS QUE FORMAN UN TODO CON ELLA O SON SUS ACCESORIOS.

EL DOMINIO DE UNA COSA INMUEBLE SE EXTIENDE AL SUBSUELO Y AL ESPACIO AÉREO, EN LA MEDIDA EN QUE SU APROVECHAMIENTO SEA POSIBLE, EXCEPTO LO DISPUESTO POR NORMAS ESPECIALES.

TODAS LAS CONSTRUCCIONES, SIEMBRAS O PLANTACIONES EXISTENTES EN UN INMUEBLE PERTENECEN A SU DUEÑO, EXCEPTO LO DISPUESTO RESPECTO DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD HORIZONTAL Y SUPERFICIE.

SE PRESUME QUE LAS CONSTRUCCIONES, SIEMBRAS O PLANTACIONES LAS HIZO EL DUEÑO DEL INMUEBLE, SI NO SE PRUEBA LO CONTRARIO.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

ESTE ARTÍCULO SE REFIERE A LA EXTENSIÓN DE LA PROPIEDAD DEL SUELO Y DE LOS OBJETOS COMPRENDIDOS. SE RELACIONA CON LAS DISPOSICIONES EMERGENTES DE LOS ARTS. 2518/9/20 DEL CÓDIGO SUSTITUIDO. SE ADVIERTEN ALGUNAS DIFERENCIAS: A) SE ACLARA QUE NO HAY ACCESIÓN MORAL; B) LAS OBRAS, SIEMBRAS O PLANTACIONES "SON" DEL DUEÑO, CUANDO ANTES, SE PRESUMÍA, QUE LO ERAN; C) SE HACE LA SALVEDAD DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD HORIZONTAL Y DE SUPERFICIE, VEDADOS POR EL CÓDIGO DE VÉLEZ; D) SE ADVIERTE QUE HAY LÍMITES A LA PROYECCIÓN SOBRE EL ESPACIO AÉREO EN LA MEDIDA EN QUE SU APROVECHAMIENTO SEA POSIBLE; E) NO SE MENCIONA A LOS TESOROS Y A LAS MINAS.

FUENTE: ART. 1886. PROYECTO DE 1998.

II. COMENTARIO

1. EXTENSIÓN

EL DOMINIO DE UNA COSA COMPRENDE LOS OBJETOS QUE FORMAN UN TODO CON ELLA Y SUS ACCESORIOS. LA PRIMERA PARTE DEL ARTÍCULO SE REFIERE EN FORMA GENÉRICA AL DOMINIO DE LAS COSAS (MUEBLES E INMUEBLES) INCORPORANDO EL PRINCIPIO DE ACCESORIEDAD EN VIRTUD DEL CUAL TODO AQUELLO QUE SE ENCUENTRA MATERIALMENTE ADHERIDO A LA COSA FORMAN UN TODO AUN CUANDO PUEDA SER SEPARADO. CUANDO DECIMOS QUE FORMAN UN TODO NOS REFERIMOS AL ASPECTO FUNCIONAL Y ECONÓMICO.

ASÍ POR EJEMPLO, UN VEHÍCULO ESTÁ CONFORMADO POR PARTES MECÁNICAS (MOTOR, DIRECCIÓN, ETC.) Y NO MECÁNICAS (BATERÍA, CUBIERTAS, VIDRIOS ETC.) QUE HACEN UN TODO INESCINDIBLE.

En tal sentido el art. 230 dice: "Son cosas accesorias aquellas cuya existencia y naturaleza son determinadas por otra cosa de la cual dependen o a la cual está adheridas. Su régimen jurídico es el de la cosa principal, excepto disposición legal en contrario".

El segundo párrafo del art. 1945 expresa: "El dominio de una cosa inmueble se extiende al subsuelo y al espacio aéreo, en la media en que su aprovechamiento sea posible, excepto lo dispuesto por normas especiales".

Del texto de la norma surge que salvo que se hubiere constituido el derecho real de superficie o bien que se trate de algunos de los supuestos regulados por normas especiales (régimen de tesoros, aguas, minas, etc.) el dominio de una cosa inmueble se extiende al suelo, al subsuelo, al espacio aéreo y a todo aquello que se encuentra adherido naturalmente o artificialmente al suelo (construcciones, plantaciones, etc.).

El derecho que tiene el titular del dominio en cuanto a su extensión si bien es amplio, existen una serie de limitaciones que provienen del derecho público que restringen sus facultades, así por ej., los titulares de inmuebles cercanos a aeropuertos no pueden construir hasta determinada altura, no pueden colocar antenas o plantar árboles que desarrollen gran porte, ello a fin de evitar que se ponga en riesgo el tráfico aéreo y las maniobras de despegue y aterrizaje de aeronaves, tal como surge de las disposiciones emergentes del Código Aeronáutico.

Los Códigos de Edificación contienen normas que restringen las facultades de los propietarios, puesto que establecen —según la zonificación— hasta qué altura se puede construir, características de las fachadas, facultades de inspección etc. A continuación se procederá a transcribir algunas disposiciones legales:

La estética edilicia es de orden público. Todas las fachadas o paramentos exteriores de un edificio pertenecen al bien estético de la Ciudad. Ningún edificio o parte de el con frente a la vía pública podrá contrariar la armonía del conjunto edilicio, cualquiera sea el estilo de la arquitectura adoptada o el carácter del edificio.

Los principios urbanísticos privan sobre las conveniencias particulares y ninguna razón podrá sobreponerse a ellos.

Las partes exteriores de los edificios corresponderán en sus conceptos y lineamientos a los principios fundamentales de la estética arquitectónica teniendo en cuenta su emplazamiento y el carácter del lugar.

Procedimiento en caso de peligro de derrumbe o de caída de árboles

a) Facultad de la Dirección: La Dirección puede ordenar la demolición de un edificio, estructura o parte de ellos que amenace desplomarse, como así mismo la poda o tala de un árbol que ofrece peligro de caer (sea por el estado de su raigambre, frondosidad o edad) sobre un edificio, estructura o vía pública. Se notificará al respectivo propietario los trabajos que deben realizarse y el plazo para su ejecución.

Cuando el propietario no esté conforme con la orden se seguirá lo dispuesto en el inc. b). Si el propietario fuese el Gobierno, la Dirección practicará las diligencias que correspondan;

b) Pericia en caso de disconformidad del propietario: El propietario de un edificio o estructura ruinosa o de árbol que amenace caer tiene derecho a exigir una nueva inspección y a nombrar por su cuenta y parte un perito para reconocer los hechos impugnados.

El dictamen sobre esta inspección debe producirse dentro de los tres (3) días contados desde la notificación al propietario. La Dirección resolverá en definitiva teniendo a la vista este dictamen.

Trabajos por administración en casos de obra ruinosa u otro peligro

Si al propietario de una obra o edificio en estado total o parcial de ruina, o de árbol que amenace caer no regulariza dichas anomalías, por razones de seguridad pública, la Municipalidad podrá ejecutar los trabajos por administración y a costo de aquél, sin intimación previa, y sin perjuicio de disponer las clausuras que fueran necesarias.

Por último el tercer párrafo de la norma bajo análisis dispone: "Todas las construcciones, siembras o plantaciones existentes en el inmueble pertenecen a su dueño, excepto lo dispuesto respecto de los derechos de propiedad horizontal y superficie"

El principio general es que todo lo edificado, plantado o sembrado le pertenece al dueño, ya que se parte de una presunción iure et de iure de que fueron realizadas por el propietario.

Ahora bien, en el nuevo Código la presunción no es absoluta dado los alcances y efectos jurídicos que producen la constitución de los derechos reales de superficie, propiedad horizontal y los denominados conjuntos inmobiliarios que se regulan por las normas de la propiedad horizontal (art. 2075).

En cuanto al trabajo y los materiales utilizados para las construcciones, siembras o plantaciones existentes en el inmueble, se presumen que le corresponden al propietarios, pero dicha presunción admite prueba en contrario iuris tantum, razón por la cual el constructor, edificador o plantador puede acreditar que lo hizo con materiales propios y a su costo lo cual podría dar lugar al resarcimiento previsto en el art. 1962, a cuyo comentario cabe remitirse.

2. NORMAS VINCULADAS

Minas. Código de Minería. Art. 11: Las minas forman una propiedad distinta de la del terreno en que se encuentran; pero se rigen por los mismos principios que la propiedad común, salvo las disposiciones especiales de este Código. Art. 2°: Con relación a los derechos que este Código reconoce y acuerda, las minas se dividen en tres categorías: 1°. Minas de las que el suelo es un accesorio, que pertenecen exclusivamente al Estado, y que sólo pueden explotarse en virtud de concesión legal otorgada por autoridad

COMPETENTE. 2°. MINAS QUE POR RAZÓN DE SU IMPORTANCIA, SE CONCEDEN PREFERENTEMENTE AL DUEÑO DEL SUELO; Y MINAS QUE, POR LAS CONDICIONES DE SU YACIMIENTO, SE DESTINAN AL APROVECHAMIENTO COMÚN. 3°. MINAS QUE PERTENECEN ÚNICAMENTE AL PROPIETARIO, Y QUE NADIE PUEDE EXPLOTAR SIN SU CONSENTIMIENTO, SALVO POR MOTIVOS DE UTILIDAD PÚBLICA. ART. 5°: COMPONEN LA TERCERA CATEGORÍA LAS PRODUCCIONES MINERALES DE NATURALEZA PÉTREA O TERROSA Y, EN GENERAL TODAS LAS QUE SIRVEN PARA MATERIALES DE CONSTRUCCIÓN Y ORNAMENTO, CUYO CONJUNTO FORMA LAS CANTERAS.

BIENES ARQUEOLÓGICOS Y PALEONTOLÓGICOS. LEY DE PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO ARQUEOLÓGICO Y PALEONTOLÓGICO 25.743. ART. 9°: LOS BIENES ARQUEOLÓGICOS Y PALEONTOLÓGICOS SON DEL DOMINIO PÚBLICO DEL ESTADO NACIONAL, PROVINCIAL O MUNICIPAL, SEGÚCHN EL ÁMBITO TERRITORIAL EN QUE SE ENCUENTREN.

CIRCULACIÓN AÉREA. CÓDIGO AERONÁUTICO. ART. 3°: EL DESPEGUE, LA CIRCULACIÓN Y EL ATERRIZAJE DE AERONAVES ES LIBRE EN EL TERRITORIO ARGENTINO, SUS AGUAS JURISDICCIONALES Y EL ESPACIO AÉREO QUE LOS CUBRE, EN CUANTO NO FUEREN LIMITADOS POR LA LEGISLACIÓN VIGENTE. ART. 6°: NADIE PUEDE, EN RAZÓN DE UN DERECHO DE PROPIEDAD, OPONERSE AL PASO DE UNA AERONAVE. SI LE PRODUJESE PERJUICIO TENDRÁ DERECHO A INDEMNIZACIÓN.

III. JURISPRUDENCIA

LA PROPIEDAD DEL SUELO SE EXTIENDE A TODA SU PROFUNDIDAD Y AL ESPACIO AÉREO SOBRE EL SUELO EN LÍNEAS PERPENDICULARES (CNCIV., SALA F, LA LEY, 119-762).

ART. 1946.— DOMINIO IMPERFECTO. EL DOMINIO ES IMPERFECTO SI ESTÁ SOMETIDO A CONDICIÓN O PLAZO RESOLUTORIOS, O SI LA COSA ESTÁ GRAVADA CON CARGAS REALES.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

EL ARTÍCULO QUE COMENTAMOS SEÑALA CUÁLES SON LOS ELEMENTOS QUE DEBEN CONFIGURARSE PARA ESTAR EN PRESENCIA DE UN DOMINIO IMPERFECTO, ES DECIR: CUANDO ESTÁ SOMETIDO A CONDICIÓN O PLAZO RESOLUTORIOS, O SI LA COSA ESTÁ GRAVADA CON CARGAS REALES. SE RELACIONA CON LO DISPUESTO EN EL ART. 2507 DEL CÓDIGO SUSTITUIDO QUE CLASIFICABA AL DOMINIO EN PERFECTO E IMPERFECTO O MENOS PLENO Y ESTABLECÍA CUÁLES ERAN LAS CARACTERÍSTICAS DE CADA UNO DE ELLOS.

EL ART. 2507 DEL CÓDIGO DE VÉLEZ AL REFERIRSE AL DOMINIO DESMEMBRADO, SE LIMITABA A LOS INMUEBLES, MENCIONANDO COMO UN SUPUESTO DE DOMINIO IMPERFECTO AQUEL SOBRE EL CUAL SE HABÍA CONSTITUIDO UN DERECHO REAL DEL USUFRUCTO O USO, LO QUE IMPLICABA UN ERROR DE REDACCIÓN, TODA VEZ QUE TANTO EL USUFRUCTO COMO EL USO, PUEDEN TAMBIÉN RECAER SOBRE COSAS MUEBLES, Y ADEMÁS TAN DESMEMBRADO ES EL DERECHO DEL NUDO PROPIETARIO DE COSA MUEBLE SUJETA A USUFRUCTO O USO COMO EL QUE TIENE EL NUDO PROPIETARIO DE COSA INMUEBLE.

EL CÓDIGO ACTUAL ES CONTUNDENTE EN EL SENTIDO QUE SI LA COSA (MUEBLE O INMUEBLE) ESTÁ GRAVADA CON CARGAS REALES, HAY DOMINIO IMPERFECTO.

FUENTE: PROYECTO DE 1998, ART. 1883.

II. COMENTARIO

EL DOMINIO ES PERFECTO CUANDO ES PERPETUO Y POR ENDE NO ESTÁ SUJETO A NINGUNA CONDICIÓN NI PLAZO RESOLUTORIO Y ADEMÁS NO ESTÁ GRAVADO CON NINGUNA CARGA REAL.

EL DOMINIO ES IMPERFECTO CUANDO CARECE DEL CARÁCTER PERPETUO YA QUE DEBE RESOLVERSE LUEGO DE TRANSCURRIDO CIERTO TIEMPO, AL ADVENIMIENTO DE UNA CONDICIÓN O CUANDO ESTUVIERE GRAVADO CON DERECHOS REALES.

EN CUALQUIERA DE LOS SUPUESTOS MENCIONADOS PRECEDENTEMENTE EL DOMINIO ES IMPERFECTO COMO CONSECUENCIA DE UN ACTO JURÍDICO QUE PUEDE SER ENTRE VIVOS (CONTRATO) O UN ACTO DE ÚLTIMA VOLUNTAD (TESTAMENTO).

SON EJEMPLOS DE DOMINIO IMPERFECTO: EL DOMINIO FIDUCIARIO, EL DOMINIO REVOCABLE Y EL DOMINO QUE RECAE SOBRE COSAS GRAVADAS CON PRENDA O HIPOTECA.

EN EL CASO DEL DOMINIO FIDUCIARIO Y DEL DOMINIO REVOCABLE LO QUE SE AFECTA ES EL CARÁCTER PERPETUO DEL DOMINIO.

05EN LOS SUPUESTOS DE CARGAS REALES (HIPOTECA Y PRENDA) LO QUE SE ENCUENTRA AFECTADO ES EL CARÁCTER ABSOLUTO YA QUE EL TITULAR DE DOMINIO DEBE SOPORTAR LA CARGA Y POR ENDE NO TIENE AMPLIAS FACULTADES SOBRE LA COSA.

ASÍ POR EJEMPLO SI LA COSA SE ENCUENTRA GRAVADA CON DERECHO REAL DE HIPOTECA EL TITULAR DEL INMUEBLE SE VE IMPEDIDO DE REALIZAR ACTOS MATERIALES QUE DISMINUYAN EL VALOR DE LA GARANTÍA, O ACTOS DE ADMINISTRACIÓN (CONTRATOS DE LOCACIÓN).

POR SU PARTE, EL DOMINIO IMPERFECTO, AL DECIR DE LAFAILLE, ES AQUEL EN QUE LAS FACULTADES DEL PROPIETARIO SE ENCUENTRAN DISMINUIDAS O ENAJENADAS EN PARTE.

PARA MACHADO SE LLAMA IMPERFECTO PORQUE LE FALTAN ALGUNAS DE LAS CONDICIONES QUE COMPLETAN EL DERECHO DE PROPIEDAD.

CAPÍTULO 2

MODOS ESPECIALES DE ADQUISICIÓN DEL DOMINIO

POR ROBERTO MALIZIA

BIBLIOGRAFÍA CLÁSICA: ALBALADEJO, M., DERECHO CIVIL, T. III, 2ª ED., BOSCH, BARCELONA; ALLENDE, GUILLERMO L., "NOTA A UN HECHO INSÓLITO. EL ANIMUS DOMINI DE SAVIGNY Y EL ART. 2375", LA LEY, 1977-B, 531; DILLON, GREGORIO A., "LOS AUTOMOTORES COMO "COSAS PERDIDAS". RECOMPENSA PARA EL HALLADOR", LA LEY, 2005-F, 97; ITZCOVICH GRIOT, EMILIO R. (H), "¿PUEDE EL GOBIERNO NACIONAL PROHIBIR LA CAZA EN LAS PROVINCIAS?", LA LEY, 1999-B, 1107; LÓPEZ DEL CARRIL, GONZALO, "RIZANDO EL RIZO, LA EMIGRACIÓN DE

ANIMALES COMO FORMA DE ADQUISICIÓN DEL DOMINIO DE LOS VACUNOS QUE PRODUCEN ACCIDENTES EN RUTAS POR PARTE DE LAS CONCESIONARIAS", LA LEY, 2003-A, 346; MARIENHOFF, MIGUEL, RÉGIMEN Y LEGISLACIÓN DE LAS AGUAS PÚBLICAS Y PRIVADAS, T. II; MOREU BALLONGA, JOSÉ L., OCUPACIÓN, HALLAZGO Y TESORO, BOSCH, 1980; NUTA, ANA RAQUEL, "ADQUISICIÓN DEL DOMINIO DE LAS 'TIERRAS DE RELLENO' SOBRE AGUAS PÚBLICAS", LA LEY, 2004-D, 1469);PUJOL DE ZIZZIAS, IRENE, "UN INTERESANTE CASO DE ALUVIÓN", LLGRAN CUYO, 2008-862.

***

SECCIÓN 1ª

APROPIACIÓN

ART. 1947.— APROPIACIÓN. EL DOMINIO DE LAS COSAS MUEBLES NO REGISTRABLES SIN DUEÑO, SE ADQUIERE POR APROPIACIÓN.

A) SON SUSCEPTIBLES DE APROPIACIÓN:

I) LAS COSAS ABANDONADAS;

II) LOS ANIMALES QUE SON EL OBJETO DE LA CAZA Y DE LA PESCA;

III) EL AGUA PLUVIAL QUE CAIGA EN LUGARES PÚBLICOS O CORRA POR ELLOS.

B) NO SON SUSCEPTIBLES DE APROPIACIÓN:

I) LAS COSAS PERDIDAS. SI LA COSA ES DE ALGÚN VALOR, SE PRESUME QUE ES PERDIDA, EXCEPTO PRUEBA EN CONTRARIO;

II) LOS ANIMALES DOMÉSTICOS, AUNQUE ESCAPEN E INGRESEN EN INMUEBLE AJENO;

III) LOS ANIMALES DOMESTICADOS, MIENTRAS EL DUEÑO NO DESISTA DE PERSEGUIRLOS. SI EMIGRAN Y SE HABITÚAN A VIVIR EN OTRO INMUEBLE, PERTENECEN AL DUEÑO DE ÉSTE, SI NO EMPLEÓ ARTIFICIOS PARA ATRAERLOS;

IV) LOS TESOROS.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

EL ARTÍCULO EN ESTUDIO DEFINE UNO DE LOS MODOS ESPECIALES DE ADQUISICIÓN DEL DOMINIO, CUAL ES LA APROPIACIÓ

F47 N, ENUMERANDO CUALES PUEDEN SER LAS COSAS OBJETO DE LA APROPIACIÓN Y CUALES QUEDAN EXCLUIDAS. ESTA NORMA SE ENCUENTRA RELACIONADA CON LOS ARTS. 2525, 2526, 2527 Y 2528 DEL CÓDIGO SUSTITUIDO.

FUENTE: PROYECTO DE 1998, ART. 1888.

II. COMENTARIO

1. MODOS DE ADQUISICIÓN DEL DOMINIO. CONCEPTO

LOS MODOS DE ADQUISICIÓN DEL DOMINIO SOLOS LOS HECHOS O ACTOS JURÍDICOS A LOS QUE LA LEY LES OTORGA VIRTUALIDAD JURÍDICA SUFICIENTE PARA ADQUIRIR EL DOMINIO DE UNA COSA MUEBLE O INMUEBLE.

2. CLASIFICACIÓN

LOS MODOS DE ADQUISICIÓN PUEDEN SER CLASIFICADOS DE LA SIGUIENTE FORMA:

A) ACTOS ENTRE VIVOS: EN ESTE CASO LA ADQUISICIÓN DEL DOMINIO ES DERIVADA Y SE REALIZA POR MEDIO DEL TÍTULO Y MODO EN LOS TÉRMINOS DEL ART. 1982.

B) ACTOS MORTIS CAUSA: EN ESTE SUPUESTO EL DOMINIO SE ADQUIERE POR UN ACTO JURÍDICO QUE EMANA DEL TESTADOR Y CUYOS EFECTOS SE PRODUCEN PARA EL MOMENTO DE SU MUERTE POR TRATARSE DE UN ACTO DE ÚLTIMA VOLUNTAD, QUE SE MATERIALIZA POR MEDIO DE UN LEGADO DE COSA CIERTA Y DETERMINADA A FAVOR DE UNA PERSONA.

C) A TÍTULO UNIVERSAL: CUANDO SE ADQUIERE LA TOTALIDAD O UN CONJUNTO DE BIENES QUE INTEGRAN EL PATRIMONIO DE UNA PERSONA, COMO POR EJEMPLO LA SUCESIÓN POR CAUSA DE MUERTE.

D) A TÍTULO SINGULAR: CUANDO SE ADQUIERE UNA O ALGUNAS COSAS QUE INTEGRAN EL PATRIMONIO DE UNA PERSONA, POR MEDIO DE LA TRADICIÓN TRASLATIVA TAL COMO LO PREVÉ EL ART. 1924.

E) ORIGINARIOS: CUANDO LA ADQUISICIÓN DEL DOMINIO SE REALIZA CON INDEPENDENCIA DE LA EXISTENCIA O NO DE UN PROPIETARIO QUE LO ANTECEDA EN LA PROPIEDAD DE LA COSA.

F) DERIVADOS: CUANDO LA ADQUISICIÓN PROVIENE DE UN PROPIETARIO ANTERIOR QUE TRASMITE LA COSA OBJETO DEL DOMINO EN FORMA VOLUNTARIA.

3. APROPIACIÓN

ES UNO DE LOS MODOS DE ADQUISICIÓN DEL DOMINIO DE COSAS MUEBLES NO REGISTRABLES Y QUE CARECEN DE DUEÑO. EL ARTÍCULO ENUMERA LAS COSAS QUE PUEDEN SER ADQUIRIDAS POR APROPIACIÓN, MENCIONANDO EN PRIMER TÉRMINO A LAS COSAS ABANDONADAS.

~~3.1. COSAS QUE PUEDEN SER ADQUIRIDAS POR APROPIACIÓN~~

3.1.1. COSAS ABANDONADAS. SE ENTIENDE POR COSAS ABANDONADAS AQUELLAS QUE SU TITULAR SE DESPRENDIÓ MATERIALMENTE DE LAS MISMAS CON LA INTENCIÓN DE NO CONTINUAR EJERCIENDO SU DERECHO DE DOMINIO, ES DECIR QUE SE DESPRENDE DE LOS DOS ELEMENTOS QUE COMPONÍAN SU POSESIÓN LEGÍTIMA (CORPUS Y ANIMUS DOMINI).

KIPER SOSTIENE QUE LA APROPIACIÓN ES UN MODO DE ADQUIRIR EL DOMINIO POR EL CUAL UNA PERSONA CON CAPACIDAD SUFICIENTE (ART. 1922) APREHENDE UNA COSA MUEBLE SIN DUEÑO (RES NULLIUS) O ABANDONADA POR SU DUEÑO (RES DERELECTITAE)4 CON LA INTENCIÓN DE TENERLA COMO SUYA.

PARA QUE UNA COSA SE REPUTE ABANDONADA POR SU DUEÑO ES MENESTER LA VOLUNTAD DEL MISMO DIRIGIDA A ESE FIN, A DIFERENCIA DE LAS COSAS PERDIDAS QUE SE DEBE A UN ACTO INVOLUNTARIO PROPIO DEL DUEÑO O POSEEDOR DE BUENA FE O DE QUIEN HAGA SUS VECES O POR UN HECHO INSUPERABLE DE LA NATURALEZA.

3.1.2. ANIMALES DE CAZA Y PESCA. ESTOS ANIMALES PUEDEN SER OBJETO DE APROPIACIÓN YA QUE SE TRATAN DE COSAS NI DUEÑO (RES NULLIUS), ES EL TÍPICO CASO DE LOS ANIMALES SALVAJES QUE VIVEN EN UN ESTADO DE LIBERTAD NATURAL.

LA CAZA ES OTRA MANERA DE APROPIACIÓN, QUE SE VERIFICA CUANDO EL ANIMAL BRAVÍO O SALVAJE, VIÉNDOSE EN SU LIBERTAD NATURAL, FUESE TOMADO MUERTO O VIVO POR EL CAZADOR, O HUBIESE CAÍDO EN LAS TRAMPAS PUESTA POR ÉL. DEBE ENTENDERSE QUE PUEDEN SER OBJETO DE CAZA LOS DOMESTICADOS —ES DECIR, AQUELLOS ANIMALES SALVAJES QUE EL HOMBRE DOMESTICÓ PARA UTILIZAR EN SU BENEFICIO O COMPAÑÍA— QUE HUBIERAN RECUPERADO SU LIBERTAD. SIN EMBARGO NO PUEDEN SER CAZADOS LOS ANIMALES DOMÉSTICOS NI DOMESTICADOS QUE NO HAN RECUPERADO SU LIBERTAD.

EN CUANTO AL MODO DE CAPTACIÓN, POCO IMPORTA QUE EL ANIMAL HAYA SIDO MUERTO O CAYERE VIVO EN MANOS DEL CAZADOR, SIEMPRE Y CUANDO SE HUBIERAN REUNIDO LAS CONDICIONES PARA ADQUIRIR EL DOMINIO POR EL MODO QUE SE ESTÁ TRATANDO.

LA PESCA ES TAMBIÉN OTRA MANERA DE APROPIACIÓN, CUANDO EL PEZ FUERE TOMADO POR EL PESCADOR O HUBIERE CAÍDO EN SUS REDES. EN CUANTO A LOS LUGARES AUTORIZADOS PARA LA PESCA, ES POSIBLE HACERLO EN LAS AGUAS DE USO PÚBLICO DEBIENDO ENTENDERSE EN LO QUE SE REFIERE PUNTUALMENTE A LOS RÍOS, MARES Y LAGOS, TANTO A LOS NAVEGABLES COMO A LOS NO NAVEGABLES.

EN LAS AGUAS DE PROPIEDAD INDIVIDUAL, SÓLO EL PROPIETARIO DE ELLAS TIENE DERECHO A PESCAR, Y GOZA DE LA FACULTAD DE AUTORIZAR O NEGAR A EXTRAÑOS EL PERMISO A HACERLO (ART. 239).

YA SEA QUE SE TRATE DE ANIMALES DE CAZA O PESCA, SÓLO PUEDEN SER APROPIADOS SI QUIEN QUIERE ADQUIRIR EL DOMINIO POR ESTE MODO CUMPLE CON LAS DISPOSICIONES DE FAUNA Y PESCA VIGENTES.

EN EFECTO, EXISTEN PERÍODOS DE VEDA DONDE NO SE PUEDE CAZAR O PESCAR CIERTAS ESPECIES, RAZÓN POR LA CUAL EN CASO DE VIOLACIÓN, ADEMÁS DE LA MULTA QUE CORRESPONDIERE LA AUTORIDAD DE APLICACIÓN PROCEDERÁ A DECOMISAR LOS ANIMALES ATRAPADOS, SE ENCUENTREN ÉSTOS VIVOS O MUERTOS.

ASIMISMO EXISTEN CIERTOS ANIMALES EXÓTICOS O EN VÍAS DE EXTINCIÓN QUE NO PUEDEN SER OBJETO DE APROPIACIÓN POR EXISTIR NORMAS ESPECIALES QUE LO PROHÍBE.

EN CUANTO A LOS ENJAMBRES DE ABEJAS, SE SEÑALA QUE EN RAZÓN DE LO NORMADO EN EL ART. 1950, PUEDEN SER OBJETO DE APROPIACIÓN, SI SE CONFIGURAN LAS CIRCUNSTANCIAS PREVISTAS EN LA NORMA.

POR ÚLTIMO EL INCISO TERCERO DISPONE QUE PUEDE SER OBJETO DE APROPIACIÓN EL AGUA FLUVIAL QUE CAIGA EN LUGARES PÚBLICOS O CORRA POR ELLOS.

3.2. COSAS QUE NO PUEDEN SER OBJETO DE APROPIACIÓN

LAS COSAS PERDIDAS NO PUEDEN SER OBJETO DE APROPIACIÓN PUESTO QUE TIENEN DUEÑO PERO SALIERON DE SU ESFERA DE PODER (POSESIÓN) CONTRA SU VOLUNTAD O SIN SU VOLUNTAD.

3.2.1. COSA PERDIDA. PRESUNCIÓN. LA PRESUNCIÓN QUE SURGE DE LA NORMA ES IURIS TANTUM Y SÓLO FUNCIONA EN CASO DE DUDA. TRÁTASE DE INTERPRETAR LA VOLUNTAD DEL DUEÑO CUANDO, POR ALGÚN MOTIVO, NO EJERCE ACTOS DE DOMINIO SOBRE LA COSA.

NADIE PUEDE HACERSE DUEÑO DE COSAS PERDIDAS PORQUE EL DUEÑO SIGUE SIENDO TAL Y QUIEN LA APREHENDE, LLEGADO EL CASO, NO ES MÁS QUE UN DEPOSITARIO QUE RECIBE EVENTUALMENTE UNA RECOMPENSA POR SUS CUIDADOS.

3.2.2. COSAS SIN DUEÑO. EL DOMINIO PUEDE ADQUIRIRSE POR LOS MODOS PREVISTOS EN LA LEY, LA APROPIACIÓN ES UNO DE LOS MODOS Y SÓLO ES POSIBLE ADQUIRIR EL DOMINIO SOBRE COSAS MUEBLES SIN DUEÑO (RES NULLIUS), O SOBRE COSAS QUE HAN TENIDO DUEÑO PERO YA NO LO TIENEN, PORQUE HAN SIDO ABANDONADAS (RES DERELICTAE).

EL CÓDIGO EXIGE CAPACIDAD PARA ADQUIRIRLAS Y ANIMUS DOMINI, LO QUE REQUIERE QUE EL HALLADOR TENGA EL USO COMPLETO DE SU RAZÓN Y AL MENOS DIEZ AÑOS DE EDAD, QUE ES LA CAPACITAD REQUERIDA PARA ADQUIRIR LA POSESIÓN.

3.2.3. COSA PERDIDA. QUIEN ENCUENTRA UNA COSA PERDIDA, NO LA HACE SUYA, ES DECIR, NO PUEDE ADQUIRIRLA POR APROPIACIÓN PUES EL DUEÑO NO SE HA DESPRENDIDO VOLUNTARIAMENTE DE LA MISMA. COMO PUEDE VERSE, NO ESTAMOS EN PRESENCIA DE UN MODO DE ADQUISICIÓN DEL DOMINIO. SIN EMBARGO, POR ANALOGÍA CON LA APROPIACIÓN SE TRATA A LAS COSAS PERDIDAS JUNTAMENTE CON ÉSTA. EN CUANTO A LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HALLADOR, EL CÓD. CIVIL ESTABLECE UN RÉGIMEN LEGAL ESPECÍFICO EN LOS ARTS. 1955 Y SIGUIENTES. REZA LA NORMA MENCIONADA, QUE QUIEN HALLARE UNA COSA PERDIDA, NO ESTÁ OBLIGADO A TOMARLA; PERO SI LO HICIERE, CARGA MIENTRAS LA TUVIERA EN SU PODER CON LAS OBLIGACIONES DEL DEPOSITARIO QUE RECIBE UNA RECOMPENSA POR SUS CUIDADOS.

ENTONCES, QUIEN ENCUENTRA UNA COSA PERDIDA, PUEDE TOMARLA O NO HACERLO; PERO SI LO HICIERE, ESTÁ OBLIGADO A: 1) SI CONOCE O HUBIESE PODIDO CONOCER AL DUEÑO DE LA COSA, DEBE RESTITUIRLA INMEDIATAMENTE; 2) SI NO CONOCE AL DUEÑO, DEBE ENTREGAR AL JUEZ MÁS INMEDIATO O A LA POLICÍA DEL LUGAR (ART. 1955).

POR OTRO LADO, EL HALLADOR, GOZA DEL DERECHO A SER PAGADO POR LOS GASTOS HECHOS EN LA COSA Y A RECIBIR UNA RECOMPENSA POR EL HALLAZGO (ART. 1956), CUYO MONTO PUEDE RESULTAR DEL OFRECIMIENTO DE LA PERSONA QUE HUBIERA PERDIDO DE LA COSA O, EN CASO QUE ÉSTA NO SATISFAGA LAS EXPECTATIVAS DEL HALLADOR, PODRÁ SOLICITAR AL JUEZ QUE FIJE OTRA, PUDIENDO ELEGIR ENTRE EL PREMIO DEL HALLAZGO QUE EL JUEZ REGULASE Y LA RECOMPENSA OFRECIDA. ASIMISMO, EL PROPIETARIO DE LA COSA PUEDE EXONERARSE DE CUALQUIER RECLAMO CEDIÉNDOLA AL QUE LA HALLÓ (ART. 1956).

LAS COSAS PERDIDAS DEBEN SER RESTITUIDAS. SI EL QUE ENCONTRÓ UNA COSA

PERDIDA SE LA QUEDA EN SU PATRIMONIO Y LUEGO LA TRANSFIERE A UN TERCER ADQUIRENTE DE BUENA FE, EL PROPIETARIO LA PUEDE REIVINDICAR (ART. 1895), LA ACCIÓN SÓLO SE DETENDRÍA ANTE LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA QUE PUDIERA HACER VALER QUIEN TIENE LA COSA EN SU PODER POR VÍA DE ACCIÓN O DE EXCEPCIÓN SI SE CUMPLE CON LOS REQUISITOS LEGALES (POSESIÓN Y TIEMPO).

3.2.4. ANIMALES DOMÉSTICOS AUNQUE ESCAPEN E INGRESEN EN INMUEBLE AJENO. SON LOS QUE PERTENECEN A LAS ESPECIES DE LOS QUE ORDINARIAMENTE VIVEN BAJO LA DEPENDENCIA DEL HOMBRE, SI SE ESCAPAN O SE PIERDEN INGRESAN EN LA CATEGORÍA DE "COSA PERDIDA", MOTIVO POR EL CUAL NO PUEDEN SER OBJETO DE APROPIACIÓN.

3.2.5. ANIMALES DOMESTICADOS. SON LOS ANIMALES SALVAJES QUE SE HAN SUBYUGADO A LA DEPENDENCIA DEL HOMBRE. MIENTRAS CONSERVAREN ESE HÁBITO, SERÁN REPUTADOS ANIMALES DOMÉSTICOS; PERDIÉNDOLA, SERÁN REPUTADOS SALVAJES, SÓLO EN EL ÚLTIMO SUPUESTO PUEDEN SER OBJETO DE APROPIACIÓN.

3.2.6. LOS TESOROS. TESORO ES TODO OBJETO SIN DUEÑO CONOCIDO, OCULTO EN UNA COSA MUEBLE O INMUEBLE. NO PUEDE ADQUIRIRSE POR APROPIACIÓN PUESTO QUE LA FORMA DE ADQUIRIR EL DOMINIO DE UN TESORO SE REGULA POR UNA NORMATIVA ESPECIAL, A CUYO COMENTARIO CABE REMITIRSE.

3.2.7. INMUEBLES. LOS INMUEBLES NO PUEDEN SER OBJETO DE APROPIACIÓN PORQUE SIEMPRE TIENEN DUEÑO, YA SEA QUE PERTENEZCAN AL DOMINIO PRIVADO DE UNA PERSONA FÍSICA O JURÍDICA. SI NO PERTENECEN A PERSONA ALGUNA LA PROPIEDAD LE PERTENECE AL ESTADO (BIENES MOSTRENCOS).

III. JURISPRUDENCIA

1. LA PRESUNCIÓN DE QUE LA COSA ES PERDIDA ES IURIS TANTUM Y SÓLO FUNCIONA, COMO FLUYE DE SU TEXTO, EN CASO DE DUDA. TRÁTASE DE INTERPRETAR LA VOLUNTAD DEL DUEÑO CUANDO, POR ALGÚN MOTIVO, NO EJERCE ACTOS DE DOMINIO SOBRE LA COSA (CNCIV., SALA E, 21/10/1977, LA LEY, 1977-D, 531).

2. LA PRESUNCIÓN DE "PÉRDIDA" QUE SÓLO FUNCIONA "EN CASO DE DUDA" DEBE CEDER EN EL SUB EXAMEN ANTE EL CONJUNTO DE CIRCUNSTANCIAS QUE LLEVA A LA CONVICCIÓN MORAL DE QUE LOS BIENES FUERON PRODUCTO DE UN DELITO, CUYO AUTOR LOS ABANDONÓ PARA ELUDIR CONSECUENCIAS DE LA LEY REPRESIVA. LAS PRESUNCIONES LEGALES JURIS TANTUM DISPENSAN A LA PARTE A QUIEN FAVORECEN DE LA CARGA DE LA PRUEBA DEL HECHO INFERIDO POR LA LEY, PERO NO IMPIDEN LA DEMOSTRACIÓN EN CONTRARIO, PARA LO CUAL SON ADMISIBLES TODOS LOS MEDIOS DE PRUEBA, INCLUSO LAS PRESUNCIONES JUDICIALES, CUANDO SON SERIAS Y SE FUNDAN EN HECHOS REALES Y PROBADOS Y SE LAS VALORA DE ACUERDO CON LOS PRINCIPIOS DE LA SANA CRÍTICA (CNCIV., SALA E, 21/10/1977, LA LEY, 1977-D, 531).

3. PARA QUE EL ABANDONO SEA TÍTULO DE ADQUISICIÓN DEL DOMINIO ES NECESARIA LA CONCURRENCIA DEL REQUISITO QUE QUIEN HALLA LOS BIENES SE LOS APROPIE CON ÁNIMO DE TENERLOS COMO SUYOS (ARTS. 2524 Y 2525, CÓD. CIVIL) (EN EL CASO EL ACTOR EN NINGÚN MOMENTO APREHENDIÓ, NATURALMENTE, LAS COSAS HALLADAS NI TUVO INTENCIÓN DE SOMETERLAS AL EJERCICIO DE SU DERECHO DE PROPIEDAD) (CNCIV., SALA E, 21/10/1977, LA LEY, 1977-D, 531).

ART. 1948.— CAZA. EL ANIMAL SALVAJE O EL DOMESTICADO QUE RECUPERA SU LIBERTAD NATURAL, PERTENECE AL CAZADOR CUANDO LO TOMA O CAE EN SU TRAMPA. MIENTRAS EL CAZADOR NO DESISTA DE PERSEGUIR AL ANIMAL QUE HIRIÓ TIENE DERECHO A LA PRESA, AUNQUE OTRO LA TOME O CAIGA EN SU TRAMPA.

PERTENECE AL DUEÑO DEL INMUEBLE EL ANIMAL CAZADO EN ÉL SIN SU AUTORIZACIÓN EXPRESA O TÁCITA.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

EL ARTÍCULO QUE COMENTAMOS SEÑALA LAS DIFERENTES SITUACIONES VINCULADAS A LA CAZA DE ANIMALES. EN LO SUSTANCIAL SE MANTIENEN LOS PRECEPTOS Y CONSECUENCIAS JURÍDICAS PREVISTAS EN LOS ARTS. 2527, 2540, 2541 Y 2542 DEL CÓDIGO SUSTITUIDO. EL NUEVO CÓDIGO DISPONE LA NECESIDAD DEL PERMISO PARA CAZAR EN UN INMUEBLE AJENO, MIENTRAS QUE EL CÓDIGO SUSTITUIDO LO PERMITÍA SI NO ESTABA CERCADO, PLANTADO O CULTIVADO (ART. 2542).

FUENTE: PROYECTO DE 1998, ART. 1889.

II. COMENTARIO

1. CAZA. CONCEPTO

PAR LA CAZA EN UN MODO DE ADQUISICIÓN DEL DOMINIO POR MEDIO DE LA APROPIACIÓN QUE TIENE POR OBJETO UN ANIMAL SALVAJE O DOMESTICADO QUE RECUPERO SU LIBERTAD NATURAL, EL CUAL DEBE SER TOMADO O APREHENDIDO VIVO O MUERTO POR EL CAZADOR O BIEN QUE HUBIERE CAÍDO EN TRAMPAS PUESTAS POR ÉL.

LA CAZA ES OTRA MANERA DE APROPIACIÓN, QUE SE VERIFICA CUANDO EL ANIMAL SALVAJE, VIÉNDOSE EN SU LIBERTAD NATURAL O EL DOMESTICADO QUE RECUPERA SU ANTIGUA LIBERTAD FUESE TOMADO MUERTO O VIVO POR EL CAZADOR, O HUBIESE CAÍDO EN LAS TRAMPAS PUESTA POR ÉL.

SIN EMBARGO NO PUEDEN SER CAZADOS LOS ANIMALES DOMÉSTICOS NI DOMESTICADOS QUE NO HAN RECUPERADO SU LIBERTAD.

EN CUANTO AL MODO DE CAPTACIÓN, POCO IMPORTA QUE EL ANIMAL HAYA SIDO MUERTO O CAYERE VIVO EN MANOS DEL CAZADOR, SIEMPRE Y CUANDO SE HUBIERAN REUNIDO LAS CONDICIONES PARA ADQUIRIR EL DOMINIO POR EL MODO QUE SE ESTÁ TRATANDO.

PARECE NO DESPERTAR DUDAS EL HECHO DE NO REQUERIRSE UN CONTACTO FÍSICO PARA ADQUIRIR EL DERECHO, CONFORME LO SEÑALADO POR EL ART. 1948 —BASTA CON QUE EL ANIMAL HAYA CAÍDO EN LA TRAMPA O MIENTRAS EL CAZADOR FUESE PERSIGUIENDO AL ANIMAL QUE HIRIÓ, EL QUE LO TOMASE DEBERÁ ENTREGÁRSELO—.

2. REQUISITOS PARA ADQUIRIR EL DOMINIO

A) QUE EL ANIMAL SEA SALVAJE O DOMESTICADO QUE RECUPERÓ SU ANTIGUA LIBERTAD.

B) QUE EL CAZADOR TOME POSESIÓN DEL ANIMAL VIVO O MUERTO POR CUALQUIER MÉTODO DE CAZA QUE SE UTILICE (ARMAS DE FUEGO, ARMAS BLANCAS, PERROS DE

CAZA, O TRAMPEROS).

3. ANIMALES A LO CUALES SE APLICA

EL ART. 1948 HACE REFERENCIA AL ANIMAL SALVAJE O EL DOMESTICADO QUE RECUPERA SU LIBERTAD NATURAL. DEBE ENTENDERSE POR ANIMAL SALVAJE AQUELLOS QUE NUNCA FUERON DOMESTICADOS Y POR LO TANTO SON RES NULLIUS, ES DECIR UNA COSA MUEBLE SIN DUEÑO QUE PUEDE SER OBJETO DE APROPIACIÓN.

CUANDO SE ESTÁ EN PRESENCIA DE UN ANIMAL DOMESTICADO EL MISMO PUEDE SER OBJETO DE CAZA Y POR ENDE DE APROPIACIÓN CUANDO HUBIERE RECUPERADO SU LIBERTAD NATURAL PUESTO QUE SE ASIMILA AL ANIMAL SALVAJE.

LOS ANIMALES DOMÉSTICOS NO PUEDEN SER OBJETO DE CAZA PORQUE NORMALMENTE TIENEN DUEÑO, SI RECUPERAN SU LIBERTAD POR CUALQUIER MOTIVO (ANIMAL ASUSTADO, PERDIDO, HERIDO, ETC.), AJENO A LA VOLUNTAD DE SU DUEÑO, ESTAREMOS EN PRESENCIA DE UNA ANIMAL PERDIDO QUE POR REVESTIR LA CATEGORÍA DE "DOMÉSTICO" NO PUEDE SER OBJETO DE CAZA Y POR ENDE DE APROPIACIÓN.

EN EL CASO QUE EL ANIMAL DOMÉSTICO HUBIERE SIDO ABANDONADO POR SU DUEÑO, PUEDE SER OBJETO DE APROPIACIÓN.

4. LUGARES DONDE PUEDE CAZARSE

PUEDE CAZARSE EN TERRENOS PROPIOS O AJENOS EN CUYO CASO ES NECESARIA LA AUTORIZACIÓN DEL DUEÑO DEL FUNDO.

SI SE CAZA UN ANIMAL EN UN TERRENO AJENO SIN LA AUTORIZACIÓN TÁCITA O EXPRESA DEL DUEÑO, EL ANIMAL CASADO LE PERTENECE A ESTE ÚLTIMO Y ADEMÁS —SI CORRESPONDE— TIENE DERECHO A SOLICITAR UNA REPARACIÓN POR EL DAÑO OCASIONADO, CONFORME A LOS PRINCIPIOS GENERALES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y DEL DERECHO DE DAÑOS.

5. PERSECUCIÓN DEL ANIMAL HERIDO

EL ARTÍCULO DISPONE QUE "...MIENTRAS EL CAZADOR NO DESISTA DE PERSEGUIR AL ANIMAL QUE HIRIÓ TIENE DERECHO A LA PRESA, AUNQUE OTRO LA TOME O CAIGA EN SU TRAMPA...".

BORDA EXPRESA: "MIENTRAS EL CAZADOR FUESE PERSIGUIENDO AL ANIMAL QUE HIRIÓ, EL QUE LO TOMASE DEBERÁ ENTREGÁRSELO. AQUÍ NO HAY TODAVÍA TOMA DE POSESIÓN NI ADQUISICIÓN DEL DOMINIO; DE TAL MANERA QUE SI EL CAZADOR CONTINUARA SU PERSECUCIÓN, LE DA UN DERECHO PREFERENCIA SOBRE EL ANIMAL, DE MODO QUE SI OTRO CAZADOR LO MATARA O LO ATRAPARA VIVO, DEBERÁ ENTREGARLO AL QUE LO HIRIÓ PRIMERO Y LO PERSIGUIÓ.

LA HERIDA DEL ANIMAL PUEDE HABER SIDO CAUSADA POR ARMA DE FUEGO, POR ARMA BLANCA, POR BALLESTA, ARCO O POR PERRO DE CAZA, SI EN DICHAS CIRCUNSTANCIA EL ANIMAL HERIDO LOGRA ESCAPAR, EL CAZADOR PUEDE PERSEGUIRLO Y HACERLO SUYO AUN CUANDO HUBIERE SIDO TOMADO POR OTRO CAZADOR O HUBIERE CAÍDO EN SU TRAMPA.

6. NORMAS VINCULADAS

PROTECCIÓN Y CONSERVACIÓN DE LA CAZA SILVESTRE, LEY 22.421, REGLAMENTADA POR EL DECRETO 666/1997. CAPÍTULO V. ART. 15: A LOS EFECTOS DE ESTA LEY, ENTIÉNDESE POR CAZA LA ACCIÓN EJERCIDA POR EL HOMBRE, MEDIANTE EL USO DE ARTES, ARMAS Y OTROS MEDIOS APROPIADOS, PERSIGUIENDO O APRESANDO EJEMPLARES DE LA FAUNA SILVESTRE CON EL FIN DE SOMETERLOS BAJO SU DOMINIO APROPIÁRSELOS COMO PRESA, CAPTURÁNDOLOS, DÁNDOLES MUERTE O FACILITANDO ESTAS ACCIONES A TERCEROS. ART. 16: EL PODER EJECUTIVO NACIONAL Y CADA PROVINCIA, ESTABLECERÁN POR VÍA REGLAMENTARIA LAS LIMITACIONES A LA PRÁCTICA DE LA CAZA POR RAZONES DE PROTECCIÓN Y CONSERVACIÓN DE LAS ESPECIES O DE SEGURIDAD PÚBLICA. SERÁ REQUISITO INDISPENSABLE PARA PRACTICAR LA CAZA: A) CONTAR CON LA AUTORIZACIÓN DEL PROPIETARIO O ADMINISTRADOR O POSEEDOR O TENEDOR A CUALQUIER TÍTULO LEGÍTIMO DEL FUNDO; B) HABER OBTENIDO LA LICENCIA CORRESPONDIENTE, PREVIO EXAMEN DE CAPACITACIÓN. ESTA LICENCIA LA EXPEDIRÁN LAS AUTORIDADES JURISDICCIONALES DE APLICACIÓN O LAS ENTIDADES PÚBLICAS O PRIVADAS EN LAS QUE AQUÉLLAS PODRÁN DELEGAR ESTA FUNCIÓN EN LA FORMA QUE DETERMINE EL DECRETO REGLAMENTARIO. LAS LICENCIAS EXPEDIDAS POR LA NACIÓN O POR LAS PROVINCIAS ADHERIDAS AL RÉGIMEN DE LA PRESENTE LEY, DE CONFORMIDAD CON LAS DISPOSICIONES DE LA MISMA Y SU REGLAMENTACIÓN, TENDRÁN VALIDEZ EN TODO EL TERRITORIO DE LA REPÚBLICA. LAS PROVINCIAS NO ADHERIDAS PODRÁN CELEBRAR CONVENIOS A TALES EFECTOS. EL PODER EJECUTIVO NACIONAL ESTABLECERÁ, POR VÍA DE REGLAMENTACIÓN, LOS REQUISITOS INDISPENSABLES PARA EXPEDIR LA LICENCIA DE CAZA. LAS PROVINCIAS CONSERVAN COMPETENCIA PROPIA PARA LEGISLAR O REGLAMENTAR SOBRE LAS DEMÁS MODALIDADES RELATIVAS AL OTORGAMIENTO DE ESTA LICENCIA, ASÍ COMO TAMBIÉN ACERCA DE TODO LO CONCERNIENTE A LOS PERMISOS DE CAZA DENTRO DE SUS RESPECTIVAS JURISDICCIONES.

PARQUES NACIONALES, MONUMENTOS NATURALES Y RESERVAS NACIONALES, LEY 22.351. ART. 5º: "...EN LOS PARQUES NACIONALES QUEDA PROHIBIDO... F) LA CAZA Y CUALQUIER OTRO TIPO DE ACCIÓN SOBRE LA FAUNA, SALVO QUE FUERE NECESARIA POR RAZONES DE ORDEN BIOLÓGICO, TÉCNICO O CIENTÍFICO QUE ACONSEJEN LA CAPTURA O REDUCCIÓN DE EJEMPLARES DE DETERMINADAS ESPECIES". ART. 10: EN LAS RESERVAS NACIONALES...C) QUEDAN PROHIBIDAS... LA CAZA... EN LAS ÁREAS QUE SE DETERMINEN PODRÁ PERMITIRSE LA CAZA DEPORTIVA DE ESPECIES EXÓTICAS YA EXISTENTES, LA QUE SERÁ REGLAMENTADA Y CONTROLADA POR LA AUTORIDAD DE APLICACIÓN.

CAZA DE CETÁCEOS, LEY 25.577 DE PROHIBICIÓN DE CAZA DE CETÁCEOS EN TODO EL TERRITORIO NACIONAL.

BALLENA FRANCA AUSTRAL, LEY 23.094. DECLARACIÓN DE MONUMENTO NATURAL.

ÑANDÚ Y GUANACO. PROHIBICIÓN DE SU CAZA, LEY 20.961. VER TAMBIÉN: LEY 25.861 SOBRE DECLARACIÓN DE INTERÉS NACIONAL A LA CRÍA DEL GUANACO - IMPLEMENTACIÓN DE MEDIDAS NECESARIAS PARA EL RESGUARDO DE LA ESPECIE DE UNA POTENCIAL DEPREDACIÓN; LEY 25.679 SOBRE DECLARACIÓN DE INTERÉS NACIONAL LA CRÍA DEL DENOMINADO ÑANDÚ PETISO O CHOIQUÉ Y DEL CHOIQUÉ CORDILLERANO O SURI EN TODO EL TERRITORIO DE LA NACIÓN.

YAGUARETÉ, LEY 25.463 SOBRE DECLARACIÓN DE MONUMENTO NATURAL.

CIERVOS, VENADOS. CIERTAS ESPECIES, LEY 24.702 SOBRE DECLARACIÓN DE MONUMENTO NATURAL.

CONVENIO INTERNACIONAL PARA LA CONSERVACIÓN Y MANEJO DE LA VICUÑA (LIMA, 1979). RATIFICADO POR LA LEY 23.582.

DIVERSIDAD BIOLÓGICA, LEY 24.375. APROBATORIA DEL CONVENIO SOBRE LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA, ADOPTADO Y ABIERTO A LA FIRMA EN RÍO DE JANEIRO (BRASIL) EL 5 DE JUNIO DE 1992.

ESPECIES MIGRATORIAS DE ANIMALES SILVESTRES, LEY 23.918. ID9849094 APROBATORIA DE LA CONVENCIÓN SOBRE LA CONSERVACIÓN DE LAS ESPECIES MIGRATORIAS DE ANIMALES SILVESTRES, ADOPTADA EN BONN, REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA, EL 23/6/1979.

FAUNA Y FLORA SILVESTRE. ESPECIES AMENAZADAS. COMERCIO INTERNACIONAL, LEY 22.344. APROBATORIA DE LA CONVENCIÓN SOBRE EL COMERCIO INTERNACIONAL DE ESPECIES AMENAZADAS DE FAUNA Y FLORA SILVESTRES, FIRMADA EN LA CIUDAD DE WASHINGTON EL 3 DE MARZO DE 1973, CON SUS APÉNDICES, ASÍ COMO LAS ENMIENDAS A LOS APÉNDICES I, II Y III, ADOPTADAS EN LAS REUNIONES DE LA CONFERENCIA DE LAS PARTES, QUE TUVIERAN LUGAR EN LAS CIUDADES DE BERNA ENTRE LOS DÍAS 2 Y 6 DE NOVIEMBRE DE 1976 Y SAN JOSÉ DE COSTA RICA ENTRE LOS DÍAS 19 Y 30 DE MARZO DE 1979.

1 LEYES LOCALES. VÉASE, V.GR., EL CÓDIGO RURAL DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES LEY 10.081. ART. 265: SE ENTIENDE POR ACTO DE CAZA TODO ARTE O TÉCNICA QUE TIENDE A BUSCAR, PERSEGUIR, ACOSAR, APRESAR O MATAR LOS ANIMALES SILVESTRES, ASÍ COMO LA RECOLECCIÓN DE PRODUCTOS DERIVADOS DE AQUÉLLOS, TALES COMO PLUMAS, HUEVOS, GUANO, NIDOS O CUALESQUIERA PRODUCTOS O SUB-PRODUCTOS DE DICHOS ANIMALES. ART. 266: LA CAZA DE ANIMALES DE LA FAUNA SILVESTRE, SU PERSECUCIÓN O MUERTE, SEA CUAL FUERE EL MEDIO EMPLEADO O EL LUGAR DONDE SE EFECTÚE, LA DESTRUCCIÓN DE NIDOS, HUEVOS O CRÍAS Y EL TRÁNSITO O COMERCIO DE SUS CUEROS, PIELES O PRODUCTOS, SE EFECTUARÁN DE CONFORMIDAD CON LAS DISPOSICIONES CONTENIDAS EN ESTE CÓDIGO, Y SIN PERJUICIO DE LO PRESCRIPTO EN LOS ARTÍCULOS 2540 Y CONCORDANTES DEL CÓDIGO CIVIL. ART. 268: TODA PERSONA QUE, ESTANDO AUTORIZADA PARA EJERCER LA CAZA DE CONFORMIDAD EN EL ART. 274 DE ESTE CÓDIGO, DESEARE PRACTICARLA EN TERRENO DE DOMINIO PRIVADO, DEBERÁ REQUERIR, COMO MEDIDA PREVIA, AUTORIZACIÓN ESCRITA DEL OCUPANTE LEGAL DEL CAMPO.

III. JURISPRUDENCIA

A PESAR DE LO DISPUESTO EN EL ART. 2543 (1948 DEL NUEVO CÓDIGO), SE HA RESUELTO CON RELACIÓN A LA CASA PRACTICADA EN UN CAMPO QUE SE ENCONTRABA CERCADO QUE NO EXISTE LESIÓN PATRIMONIAL ALGUNA EN EL APODERAMIENTO DE ÑANDÚES LIBRES Y POR TANTO NO IMPORTA DELITO LA CIRCUNSTANCIA DE QUE LOS PREVENIDOS LOS MATARAN PARA APODERARSE DE SUS ALONES, SI NO SE PROBÓ QUE PERTENECÍAN A LUGARES O CRIADEROS ESPECIALES, ESTABLECIDOS CON OBJETO DETERMINADOS Y QUE EVIDENCIARAN TAMBIÉN EL ÁNIMO Y EL PROPÓSITO DE EJERCER SOBRE AQUELLOS EL DERECHO DE PROPIEDAD, YA QUE ESOS ANIMALES NO LE PERTENECÍAN AL DUELO DEL CAMPO NI POR DISPOSICIÓN DE LA LEY, NI POR SENTIDO COMÚN (CAZUL, JA, 73-788).

ART. 1949.— PESCA. QUIEN PESCA EN AGUAS DE USO PÚBLICO, O ESTÁ AUTORIZADO PARA PESCAR EN OTRAS AGUAS, ADQUIERE EL DOMINIO DE LA ESPECIE ACUÁTICA QUE CAPTURA O EXTRAE DE SU MEDIO NATURAL.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

SE ESTABLECEN REQUISITOS PARA ADQUIRIR UNA ESPECIE ACUÁTICA, EN AGUAS DE USO PÚBLICO O PRIVADO EN LAS QUE SE REQUIERE DE AUTORIZACIÓN DE SU PROPIETARIO. ESTE ARTÍCULO SE VINCULA CON LOS ARTS. 2547 Y 2548 DEL CÓDIGO SUSTITUIDO, PERO ES MÁS CLARO Y NO COMETE EL ERROR QUE COMETIÓ VÉLEZ EN EL ART. 2548 QUE ERA JURÍDICAMENTE IMPRACTICABLE EN RAZÓN DE LO NORMADO EN LOS ARTS. 2637, IN FINE, Y 2340, INC. 31).

FUENTE: PROYECTO DE 1998, ART. 1890.

PSII. COMENTARIO

1. PESCA. CONCEPTO

LA PESCA ES UN MODO DE ADQUISICIÓN DEL DOMINIO POR MEDIO DE LA APROPIACIÓN DE UN PEZ CUYO MEDIO NATURAL ES UN CURSO DE AGUA NAVEGABLE DE USO PÚBLICO O PRIVADO CON LA CORRESPONDIENTE AUTORIZACIÓN DE PESCA.

2. REQUISITOS PARA ADQUIRIR EL DOMINIO

F31505 A) QUE EL PEZ SEA EXTRAÍDO DE AGUAS DE USO PÚBLICO (RÍOS, LAGOS, MAR).

B) QUE EL PEZ SEA EXTRAÍDO DE CURSOS DE AGUAS PRIVADOS CON LA AUTORIZACIÓN DE SU DUEÑO.

C) QUE EL PESCADOR APREHENDA MATERIALMENTE AL PEZ, LO CUAL SE CONFIGURA CUANDO SE CAPTURA O SE LO EXTRAE DE SU MEDIO NATURAL.

3. LUGARES DE PESCA

EL PRINCIPIO GENERAL QUE SIENTA EL ARTÍCULO QUE COMENTAMOS ES QUE SE PUEDE PESCAR EN AGUAS DE USO PÚBLICO Y EN AGUAS PRIVADAS CON LA CORRESPONDIENTE AUTORIZACIÓN DE SU DUEÑO.

AHORA BIEN, DICHO PRINCIPIO GENERAL SE ENCUENTRA ATEMPERADO EN RAZÓN DE LAS LEYES ESPECIALES QUE REGULAN LA ACTIVIDAD PESQUERA Y QUE SE MENCIONARÁN EN EL APARTADO "NORMAS VINCULADAS".

SI SE PESCA EN AGUAS PRIVADAS SIN LA AUTORIZACIÓN TÁCITA O EXPRESA DEL DUEÑO EL PEZ ATRAPADO LE PERTENECE A ESTE ÚLTIMO Y ADEMÁS —SI CORRESPONDE— TIENE DERECHO A SOLICITAR UNA REPARACIÓN POR EL DAÑO OCASIONADO, CONFORME A LOS PRINCIPIOS GENERALES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y DERECHOS DE DAÑOS.

4. NORMAS VINCULADAS

RÉGIMEN FEDERAL DE PESCA, LEY 24.922, REFORMADA POR LA LEY 25.470. ART. 5º: EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE ESTA LEY COMPRENDE: A) LA REGULACIÓN DE LA PESCA EN LOS ESPACIOS MARÍTIMOS SUJETOS A LA JURISDICCIÓN NACIONAL. B) LA

COORDINACIÓN DE LA PROTECCIÓN Y LA ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS PESQUEROS QUE SE ENCUENTRAN TANTO EN JURISDICCIÓN NACIONAL COMO PROVINCIAL. C) LA FACULTAD DE LA AUTORIDAD DE APLICACIÓN DE LIMITAR EL ACCESO A LA PESCA EN LOS ESPACIOS MARÍTIMOS REFERIDOS EN EL ART. 3º CUANDO SE DECLARE LA EXISTENCIA DE INTERÉS NACIONAL COMPROMETIDO EN LA CONSERVACIÓN DE UNA ESPECIE O RECURSO DETERMINADO, CON FUNDAMENTO EN RAZONES CIENTÍFICAS QUE AVALEN LA IMPOSICIÓN DE TAL MEDIDA, LA QUE DEBERÁ SER PUESTA A CONSIDERACIÓN DEL CONSEJO FEDERAL PESQUERO DENTRO DE LOS TREINTA DÍAS DE ADOPTADA PARA SU RATIFICACIÓN. D) LA REGULACIÓN DE LA PESCA EN LA ZONA ADYACENTE A LA ZONA ECONÓMICA EXCLUSIVA RESPECTO DE LOS RECURSOS MIGRATORIOS, O QUE PERTENEZCAN A UNA MISMA POBLACIÓN O A POBLACIONES DE ESPECIES ASOCIADAS A LAS DE LA ZONA ECONÓMICA EXCLUSIVA.

DERECHO DEL MAR, LEY 24.543. APROBATORIA DE LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL DERECHO DEL MAR (1982).

CONSERVACIÓN Y ORDENACIÓN DE LAS POBLACIONES DE PECES, LEY 25.290. APROBATORIA DEL ACUERDO SOBRE LA APLICACIÓN DE LAS DISPOSICIONES DE LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL DERECHO DEL MAR DEL 10 DE DICIEMBRE DE 1982 RELATIVAS A LA CONSERVACIÓN Y ORDENACIÓN DE LAS POBLACIONES DE PECES TRANSZONALES Y LAS POBLACIONES DE PECES ALTAMENTE MIGRATORIOS, ADOPTADO EN NUEVA YORK (ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA), EL 4/12/1995. ART. 1º: TÉRMINOS EMPLEADOS Y ALCANCE. 1. A LOS EFECTOS DEL PRESENTE ACUERDO: (...) C) EL TÉRMINO "PECES" INCLUYE LOS MOLUSCOS Y LOS CRUSTÁCEOS, SALVO LOS QUE PERTENEZCAN A LAS ESPECIES SEDENTARIAS DEFINIDAS EN EL ART. 77 DE LA CONVENCIÓN. ART. 5º: PRINCIPIOS GENERALES. A FIN DE CONSERVAR Y ORDENAR LAS POBLACIONES DE PECES TRANSZONALES Y LAS POBLACIONES DE PECES ALTAMENTE MIGRATORIOS, LOS ESTADOS RIBEREÑOS Y LOS ESTADOS QUE PESCAN EN ALTA MAR, DEBERÁN, AL DAR CUMPLIMIENTO A SU DEBER DE COOPERAR DE CONFORMIDAD CON LA CONVENCIÓN: A) ADOPTAR MEDIDAS PARA ASEGURAR LA SUPERVIVENCIA A LARGO PLAZO DE LAS POBLACIONES DE PECES TRANSZONALES Y LAS POBLACIONES DE PECES ALTAMENTE MIGRATORIOS Y PROMOVER EL OBJETIVO DE SU APROVECHAMIENTO ÓPTIMO; B) ASEGURARSE DE QUE DICHAS MEDIDAS ESTÉN BASADAS EN LOS DATOS CIENTÍFICOS MÁS FIDEDIGNOS DE QUE SE DISPONGA Y QUE TENGAN POR FINALIDAD PRESERVAR O RESTABLECER LAS POBLACIONES A NIVELES QUE PUEDAN PRODUCIR EL MÁXIMO RENDIMIENTO SOSTENIBLE CON ARREGLO A LOS FACTORES AMBIENTALES Y ECONÓMICOS PERTINENTES, INCLUIDAS LAS NECESIDADES ESPECIALES DE LOS ESTADOS EN DESARROLLO, Y TENIENDO EN CUENTA LAS MODALIDADES DE LA PESCA, LA INTERDEPENDENCIA DE LAS POBLACIONES Y CUALESQUIERA OTROS ESTÁNDARES MÍNIMOS INTERNACIONALES GENERALMENTE RECOMENDADOS, SEAN ÉSTOS SUBREGIONALES, REGIONALES O MUNDIALES; C) APLICAR EL CRITERIO DE PRECAUCIÓN DE CONFORMIDAD CON EL ART. 6º; D) EVALUAR LOS EFECTOS DE LA PESCA, DE OTRAS ACTIVIDADES HUMANAS Y DE LOS FACTORES MEDIOAMBIENTALES SOBRE LAS POBLACIONES OBJETO DE LA PESCA Y SOBRE LAS ESPECIES QUE SON DEPENDIENTES DE ELLAS O ESTÁN ASOCIADAS CON ELLAS O QUE PERTENECEN AL MISMO ECOSISTEMA; E) ADOPTAR, EN CASO NECESARIO, MEDIDAS PARA LA CONSERVACIÓN Y ORDENACIÓN DE LAS ESPECIES QUE PERTENECEN AL MISMO ECOSISTEMA O QUE SON DEPENDIENTES DE LAS POBLACIONES OBJETO DE LA PESCA O ESTÁN ASOCIADAS CON ELLAS, CON MIRAS A PRESERVAR O RESTABLECER TALES POBLACIONES POR ENCIMA DE LOS NIVELES EN QUE SU REPRODUCCIÓN PUEDA VERSE GRAVEMENTE AMENAZADA; F) REDUCIR AL MÍNIMO LA CONTAMINACIÓN, EL DESPERDICIO, LOS DESECHOS, LA CAPTURA POR APAREJOS PERDIDOS O ABANDONADOS, LA CAPTURA ACCIDENTAL DE ESPECIES NO OBJETO DE LA PESCA, TANTO DE PECES COMO DE OTRAS ESPECIES (QUE EN ADELANTE DENOMINARÁN CAPTURAS ACCIDENTALES) Y LOS EFECTOS SOBRE LAS ESPECIES ASOCIADAS O DEPENDIENTES, EN PARTICULAR LAS ESPECIES QUE ESTÉN EN PELIGRO DE EXTINCIÓN, MEDIANTE LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS QUE INCLUYAN, EN LA MEDIDA DE LO POSIBLE, EL DESARROLLO Y EL USO DE APAREJOS Y TÉCNICAS DE PESCA SELECTIVOS, INOFENSIVOS PARA EL MEDIO AMBIENTE Y DE BAJO COSTO; G) PROTEGER LA BIODIVERSIDAD EN EL MEDIO MARINO; H) TOMAR MEDIDAS PARA PREVENIR O ELIMINAR LA PESCA EXCESIVA Y EL EXCESO DE CAPACIDAD DE PESCA Y PARA ASEGURAR QUE EL NIVEL DEL ESFUERZO DE PESCA SEA COMPATIBLE CON EL APROVECHAMIENTO SOSTENIBLE DE LOS RECURSOS PESQUEROS; I) TENER EN CUENTA LOS INTERESES DE LOS PESCADORES QUE SE DEDICAN A LA PESCA ARTESANAL Y DE SUBSISTENCIA; J) REUNIR Y DIFUNDIR OPORTUNAMENTE DATOS COMPLETOS Y PRECISOS ACERCA DE LAS ACTIVIDADES PESQUERAS, EN PARTICULAR SOBRE LA POSICIÓN DE LOS BUQUES, LA CAPTURA DE ESPECIES OBJETO DE LA PESCA, LAS CAPTURAS ACCIDENTALES Y EL NIVEL DEL ESFUERZO DE PESCA, SEGÚN LO ESTIPULADO EN EL ANEXO I, ASÍ COMO INFORMACIÓN PROCEDENTE DE PROGRAMAS DE INVESTIGACIÓN NACIONALES E INTERNACIONALES; K) FOMENTAR Y REALIZAR INVESTIGACIONES CIENTÍFICAS Y DESARROLLAR TECNOLOGÍAS APROPIADAS EN APOYO DE LA CONSERVACIÓN Y ORDENACIÓN DE LOS RECURSOS PESQUEROS; Y L) PONER EN PRÁCTICA Y HACER CUMPLIR LAS MEDIDAS DE CONSERVACIÓN Y ORDENACIÓN MEDIANTE SISTEMAS EFICACES DE SEGUIMIENTO, CONTROL Y VIGILANCIA. ART. 6º: APLICACIÓN DEL CRITERIO DE PRECAUCIÓN. 1. LOS ESTADOS APLICARÁN AMPLIAMENTE EL CRITERIO DE PRECAUCIÓN A LA CONSERVACIÓN, ORDENACIÓN Y EXPLOTACIÓN DE LAS POBLACIONES DE PECES TRANSZONALES Y LAS POBLACIONES DE PECES ALTAMENTE MIGRATORIOS A FIN DE PROTEGER LOS RECURSOS MARINOS VIVOS Y PRESERVAR EL MEDIO MARINO.

RECURSOS VIVOS MARINOS ANTÁRTICOS, LEY 25.263. RÉGIMEN DE RECOLECCIÓN DE RECURSOS VIVOS MARINOS EN EL ÁREA DE APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN PARA LA CONSERVACIÓN DE LOS RECURSOS VIVOS MARINOS ANTÁRTICOS, LEY 22.548. APROBATORIA DE LA CONVENCIÓN SOBRE CONSERVACIÓN DE LOS RECURSOS VIVOS MARINOS ANTÁRTICOS, CUYO TEXTO FUE ADOPTADO EN LA CONFERENCIA DIPLOMÁTICA EFECTUADA AL EFECTO EN LA CIUDAD DE CANBERRA, EL 20 DE MAYO DE 1980.

DORADO. PEZ DE INTERÉS NACIONAL, LEY 26.021, ARTS. 1º Y 3º.

TRUCHA. RÍO GRANDE, TIERRA DEL FUEGO, CAPITAL DE LA PESCA DEPORTIVA DE LA TRUCHA, LEY 25.740.

ORCA. PROHIBICIÓN DE CAZA, LEY 25.052. ART. 1º: SE PROHÍBE LA CAZA O CAPTURA A TRAVÉS DE REDES O POR EL SISTEMA DE VARAMIENTO FORZADO, DE EJEMPLARES DE ORCA (ORCINUS ORCA) EN TODO EL TERRITORIO NACIONAL, COMPRENDIENDO ÉSTE EL MAR TERRITORIAL, LA ZONA DE EXCLUSIÓN ECONÓMICA Y SUS AGUAS INTERIORES.

CETÁCEOS (BALLENAS, DELFINES, MARSOPAS, TONINAS, ORCAS, CACHALOTES, ETC.). LEY DE PROHIBICIÓN DE CAZA 25.577. ART. 1º: CAZA O CAPTURA INTENCIONAL. TLCHSE PROHÍBE LA CAZA TOTAL O CAPTURA INTENCIONAL A TRAVÉS DE REDES, OTRAS ARTES DE PESCA O POR EL SISTEMA DE VARAMIENTO FORZADO, DE CUALQUIERA DE LAS ESPECIES DE CETÁCEOS QUE FIGURAN EN EL LISTADO QUE OBRA COMO ANEXO I DE LA

PRESENTE LEY, EN TODO EL TERRITORIO NACIONAL, COMPRENDIENDO ÉSTE EL MAR TERRITORIAL, LA ZONA ECONÓMICA EXCLUSIVA Y SUS AGUAS INTERIORES.

BALLENA FRANCA AUSTRAL, LEY 23.094. DECLARACIÓN DE MONUMENTO NATURAL.

FOCAS ANTÁRTICAS, LEY 21.676. APROBATORIA DE LA CONVENCIÓN SOBRE LA CONSERVACIÓN DE FOCAS ANTÁRTICAS (LONDRES, 1972).

RÍOS PARANÁ Y PARAGUAY. RECURSOS ÍCTICOS. TRAMOS COMPARTIDOS ENTRE ARGENTINA Y PARAGUAY. CONSERVACIÓN Y DESARROLLO DE LOS RECURSOS ÍCTICOS EN LOS TRAMOS COMPARTIDOS DE LOS RÍOS PARANÁ Y PARAGUAY ENTRE LA REPÚBLICA ARGENTINA Y LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY, SUSCRIPTO EN ASUNCIÓN —REPÚBLICA DEL PARAGUAY— EL 18 DE JUNIO DE 1997, APROBADO POR LA LEY 25.048 Y PROTOCOLO ADICIONAL APROBADO POR LA LEY 25.105.

BUQUES PESQUEROS QUE PESCAN EN ALTA MAR. ACUERDO PARA PROMOVER EL CUMPLIMIENTO DE LAS MEDIDAS INTERNACIONALES DE CONSERVACIÓN Y ORDENACIÓN, APROBADO POR LA CONFERENCIA DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA AGRICULTURA Y LA ALIMENTACIÓN (FAO), EL 24 DE NOVIEMBRE DE 1993, LEY 24.608. APROBACIÓN DE LA CONVENCIÓN, VIGENTE DESDE EL 24/4/2003 (BO, 15/9/2003).

INSTITUTO NACIONAL DE INVESTIGACIÓN Y DESARROLLO PESQUERO (INIDEP). LEY DE CREACIÓN, 21.6735, SEGÚN TEXTO DE LAS LEYES 22.294 Y 24.922.

JUBILADOS Y PENSIONADOS. PERMISOS DE PESCA. GRATUIDAD, LEY 20.866.

PROMOCIÓN PESQUERA, LEY 19.000, REGLAMENTADA POR EL DECRETO 439/1971.

DIVERSIDAD BIOLÓGICA, LEY 24.375. APROBATORIA DEL CONVENIO SOBRE LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA, ADOPTADO Y ABIERTO A LA FIRMA EN RÍO DE JANEIRO (BRASIL) EL 5 DE JUNIO DE 1992.

POLÍTICA AMBIENTAL NACIONAL. PRESUPUESTOS MÍNIMOS, LEY 25.675, PROMULGADA CON OBSERVACIONES POR EL DECRETO 2413/2002.

Art. 1950.— Enjambres. El dueco de un enjambre puede seguirlo a travïs de inmuebles ajenos, pero debe indemnizar el daco que cause. Si no lo persigue o cesa en su intento, el enjambre pertenece a quien lo tome. Cuando se incorpora a otro enjambre, es del dueco de ïste.

I. RELACIYN CON EL CYDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El artículo que comentamos regula los efectos jurídicos que trae aparejado cuando un enjambre huye de su colmena. Dicha disposiciyn legal se relaciona con lo dispuesto en los arts. 2545 y 2546 del Cydigo sustituido.

El Cydigo de Vïlez establecía: "...las abejas que huyen de la colmena, y posan en árbol que no sea del propietario de ella, entiïndese que vuelven a su libertad natural...", mientras que el actual se refiere al inmueble ajeno. Además, el Cydigo permite ingresar en el inmueble ajeno, lo que no permitía el Cydigo sustituido si el terreno estaba cercado o cultivado, tal como lo disponía en forma expresa el art. 2546.

Fuente: Proyecto de 1998, art. 1891.

II. COMENTARIO

1. Enjambres de abejas

El artículo en comentario presupone la existencia de un enjambre de abejas que tiene dueco y que habiïndose escapado puede seguirlo a travïs de inmuebles ajenos a fin de recuperarlo.

De la norma se infiere que tiene derecho a ingresar a inmuebles ajenos sin la autorizaciyn del dueco, pero que deberá indemnizar los dacos y perjuicios que ocasione en su afán de recuperar el enjambre.

2. Pïrdida del enjambre del anterior titular

Dos son los supuestos que la norma prevï por los cuales su actual titular puede perder la titularidad del enjambre.

a) Si no lo persigue o cesa en su intento.

b) Cuando se incorpora a otro enjambre de titularidad de un tercero.

En ambos supuestos, pierde la titularidad. En el primer caso, en manos de quien lo tome, y en el segundo supuesto, el dueco pasa a ser el titular del enjambre donde se incorpora el enjambre que era perseguido.

SECCIYN 2ª

ADQUISICIYN DE UN TESORO

Por ROBERTO MALIZIA

Art. 1951.— Tesoro. Es tesoro toda cosa mueble de valor, sin dueco conocido, oculta en otra cosa mueble o inmueble. No lo es la cosa de dominio pïblico, ni la que se encuentra en una sepultura de restos humanos mientras subsiste esa afectaciychn.

Art. 1952.— Descubrimiento de un tesoro. Es descubridor del tesoro el primero que lo hace visible, aunque no sepa que es un tesoro. El hallazgo debe ser casual. Sylo tienen derecho a buscar tesoro en objeto ajeno los titulares de derechos reales que se ejercen por la posesiyn, con excepciyn de la prenda.

Art. 1953.— Derechos del descubridor. Si el tesoro es descubierto en una cosa propia, el tesoro pertenece al dueco en su totalidad. Si es parcialmente propia, le corresponde la mitad como descubridor y, sobre la otra mitad, la proporciyn que tiene en la titularidad sobre la cosa.

hichSi el tesoro es descubierto casualmente en una cosa ajena, pertenece por mitades al descubridor y al dueco de la cosa donde se hally.

Los derechos del descubridor no pueden invocarse por la persona a la cual el dueco de la cosa le encarga buscar un tesoro determinado, ni por quien busca sin su autorizaciyn. Pueden ser invocados si al hallador simplemente se le advierte sobre la mera posibilidad de encontrar un tesoro.

Art. 1954.— Bъsqueda por el propietario de un tesoro. Cuando alguien pretende que tiene un tesoro que dice haber guardado en predio ajeno y quiere buscarlo, puede hacerlo sin consentimiento del dueco del predio; debe designar el lugar en que se encuentra, y garantizar la indemnizaciyn de todo daco al propietario. Si prueba su propiedad, le pertenece. Si no se acredita, el tesoro pertenece нntegramente al dueco del inmueble.

I. Relaciyn con el Cydigo Civil. Fuentes del nuevo texto

En estos cuatro artнculos se define quй es un tesoro y quй cosa por mбs que tenga valor queda excluida de la nociyn de tesoro. Esta norma se vincula con los arts. 2550 al 2566 del Cydigo sustituido. Ademбs se establece quiйn es el descubridor de un tesoro y cuбles son sus derechos, como asimismo cuбles son los alcances de la bъsqueda por el propietario de un tesoro. Como puede observarse, el nuevo Cydigo ha simplificado las normas del Cydigo de Vйlez, que en la actualidad se reducen a cuatro artнculos.

Fuente: Proyecto de 1998, arts. 1892 al 1894.

II. Comentario

1. Concepto de tesoro

Se entiende por tesoro a toda cosa mueble de valor, sin dueco conocido, que se encuentre oculto en otra cosa mueble o inmueble, siempre y cuando que no se trate de una cosa del dominio pъblico o que se encuentre en una sepultura de restos humanos.

El tesoro no es una cosa accesoria al inmueble y se adquiere el dominio por vна de una apropiaciyn sui gйneris como consecuencia del descubrimiento.

2. Requisitos

a) Cosa mueble de valor: queda comprendida toda cosa material que puede desplazarse de un lugar a otro y que tenga un valor mayor al comъn.

b) Cosa sin dueco conocido: debe tratarse de una cosa valiosa que en alguna momento tuvo dueco, pero que actualmente nadie puede justificar su derecho de dominio.

Si la cosa valiosa fuera una cosa perdida o escondida pero su dueco conocido, no resulta viable la apropiaciyn del descubridor en los tйrminos del rйgimen legal de los tesoros, puesto que al tener dueco puede ser objeto de la acciyn de reivindicaciyn.

f31505c) Debe encontrarse oculta en otra cosa mueble o inmueble: si la cosa no se encuentra oculta no ingresa en la categorна legal de tesoro, ya que si estб en la superficie y tiene valor, se presume que es una cosa perdida.

d) No estar en una sepultura o ser una cosa del dominio pъblico: si una cosa de valor se encuentra en un sepulcro se presume que pertenecieron al muerto o que se colocaron para honrar su memoria.

Si se trata de una cosa del dominio pъblico no ingresa dentro de la categorна de tesoros puesto que no se rige por las normas que regulan los derechos reales sino por las normas del derecho pъblico.

3. Personas que pueden buscar tesoros

El artнculo en comentario dispone: "sylo tienen derecho a buscar tesoros los titulares de derechos reales que se ejercen por la posesiyn con excepciyn de la prenda".

De la norma surge que tienen derecho a buscar tesoros los titulares de derechos reales que se ejercen por la posesiyn, entre los que se pueden mencionar: a) titular de dominio; b) condymino; c) usufructuario; d) usuario; e) habitador; f) acreedor anticresista, entre otros.

Ademбs entendemos que le asiste derecho a buscar tesoros a todo tercero que tiene autorizaciyn del dueco.

4. Descubridor

chLa norma secala que descubridor del tesoro es el primero que lo hace visible aunque no sepa que es un tesoro, si produce el descubrimiento sin una autorizaciyn al respeto. Asн sucede, por ejemplo, cuando un obrero a quien se lo ha contratado para realizar excavaciones hace visible un tesoro enterrado y por ende oculto, ostentando a partir de dicho momento el carбcter de "descubridor".

Tambiйn puede ser descubridor el condymino que realizando tareas de jardinerна hace visible un tesoro enterrado en el predio del cual es condymino. En dicho caso el condymino es considerado descubridor.

Si un tercero sin autorizaciyn del dueco de la cosa mueble o inmueble descubre en forma casual un tesoro, nada le corresponde, puesto que actuy violando las disposiciones legales.

5. Derechos de descubridor

Cuando el dueco de un inmueble encuentra un tesoro en cosa propia lo hace suyo en su totalidad.

Si el descubridor tiene un derecho parcial sobre la cosa donde encontry el tercero por ejemplo porque es un condymino, le corresponde el 50% por ser el descubridor y sobre el otro 50% le corresponde en propiedad la proporciyn que tiene sobre la cosa.

Si el que descubre un tesoro es un tercero que no tiene ningъn derecho sobre la cosa y lo hizo en forma casual le corresponde 50% por ser el descubridor y el res-

tante 50% le corresponde al propietario de la cosa mueble o inmueble donde se encontry.

Si el tercero que descubre un tesoro, fue contratado con dicha finalidad o bien lo encontry en una cosa ajena sin la autorizaciyn del dueco, nada le corresponde.

Si se contrata a una persona para realizar tareas de reparaciyn o de conservaciyn sobre la cosa mueble o inmueble y se le advierte la mera posibilidad de que encuentre un tesoro, si lo descubre igualmente tiene derecho al 50% de su valor. Ello es asн no sylo porque fue descubierto por casualidad sino tambiйn porque no fue contratado a los fines de buscar un tesoro.

Seccivn 3€

Rйgimen de cosas perdidas

Por Roberto Malizia

Art. 1955.— Hallazgo. El que encuentra una cosa perdida no estб obligado a tomarla, pero si lo hace asume las obligaciones del depositario a tнtulo oneroso. Debe restituirla inmediatamente a quien tenga derecho a reclamarla, y si no lo individualiza, debe entregarla a la policна del lugar del hallazgo, quien debe dar intervenciyn al juez.

I. Relaciyn con el Cydigo Civil. Fuentes del nuevo texto

El artнculo que comentamos secala cuales son los derechos, las obligaciones y las consecuencias jurнdicas de la persona que aprehende una cosa perdida. Dicha norma se vincula con los arts. 2531, 2532 y 2534 del Cydigo sustituido, con algunas modificaciones que no resultan sustanciales.

Fuente: Proyecto de 1998, art. 1895.

II. Comentario

loch1. Rйgimen de las cosas perdidas

Una cosa mueble se reputa perdida cuando sale de la esfera de custodia como consecuencia de un acto involuntario propio del dueco, del poseedor de buena fe o de quien haga sus veces, o por un hecho insuperable de la naturaleza Y para que se repute abandonada por su dueco es menester la voluntad del mismo dirigida a ese fin.

Las cosas perdidas son aquellas que han salido del patrimonio del dueco contra su voluntad o sin su voluntad. Lafaille explica que los jurisconsultos franceses secalaban tres grupos de cosas perdidas: a) aquellas de las que fuimos privado por caso fortuito, como una inundaciyn; b) cuando extraviamos algo de valor, aunque allн podrна haber alguna negligencia, y c) las encomiendas con mala direcciyn de los correos y empresas de transporte.

Cuando estamos en presencia de una cosa perdida el titular de dominio no tiene la cosa materialmente en sus esfera de custodia, pero ello no significa la perdida de la posesiyn, puesto que si bien carece del *corpus,* mantiene el *animus domini* es decir el elemento sujetivo intencional de manera tal que se sigue actuando como dueco de la cosa, hace la denuncia policial, ofrece una recompensa, etc.

Las cosas perdidas son aquellas que, a diferencia de las abandonadas, tienen dueco, razyn por la cual no pueden ser adquiridas por medio de la apropiaciyn. En razyn de ello, el hallador debe restituirla en forma inmediata a su dueco si tiene la posibilidad de saber quiйn es y en caso contrario debe entregarla a la policна del lugar donde la encontry.

2. Obligaciones de quien halla la cosa

El art. 1955 secala expresamente que el que encuentra una cosa perdida no estб obligado a tomarla pero si lo hace asume las obligaciones del depositario que recibe una recompensa por sus cuidados; es decir, encuadra la situaciyn en un depysito oneroso.

Desde el mismo momento que el hallador decidiy aprehender la cosa surge una obligaciyn, cual es restituirla inmediatamente a quien tenga derecho a reclamarla, y si no lo individualiza, debe entregarla a la policна del lugar del hallazgo.

En ninguno de los dos supuestos mencionados precedentemente el Cydigo fija un plazo dentro del cual el hallador deba notificar a quien tenна derecho a reclamarla o a la policна, ya que utiliza la expresiyn "restituirla inmediatamente": Se trata de una cuestiyn de hecho que deberб ser valorada por el juez en cada caso concreto de acuerdo a las circunstancias de modo, tiempo y lugar.

Serб el juez quien, segъn la postura asumida por el hallador, determinarб si corresponde o no el pago de una recompensa.

Puede darse el supuesto de que para el hallador resulta muy sencillo conocer quiйn era el dueco de la cosa perdida, puesto que tenна los datos de quiйn era su dueco con nombre y apellido, direcciyn, telйfono, no obstante ello el hallador decide llamarlo o ponerlo en conocimiento de la policна diez dнas despuйs de haber encontrado la cosa.

En el supuesto mencionado el juez de la causa probablemente decidirб que no corresponde hacer lugar al pago de la recompensa.

Los que tienen la obligaciyn de restituir una cosa no estбn alcanzados por las disposiciones emergentes del rйgimen de las cosas pйrdidas. Asн por ejemplo, si me olvido una prenda en el guardarropas de un teatro o en vehнculo de transporte pъblico, el depositario o el transportista estб obligado a guardar la cosa y restituirla.

3. Falta de individualizaciyn del sujeto con derecho a la restituciyn

bchCuando el hallador no logra individualizar a la persona que tenga derecho a reclamar la cosa, debe entregarla a la policна del lugar del hallazgo, quien debe dar intervenciyn al juez.

Es juez competente por razyn de territorio el del lugar en donde se encontry la

cosa y en razyn de la materia quien tiene competencia civil.

Si bien la norma secala cuбl es el procedimiento a seguir, es decir entregar la cosa a la policna, quien luego de expedir la constancia correspondiente a favor del hallador deberб darle intervenciyn al juez, entendemos que no existe ningьn impedimento para que el hallador se presente directamente ante el juez a fin de iniciar la causa por hallazgo.

4. Efectos del incumplimiento de la obligaciyn

trchuna cosa perdida no sigue el procedimiento previsto en la y Si el que encontr el derecho a obtener la recompensa y los gastos de б norma legal, perder .mantenimiento de la cosa

una cosa perdida, decida transferirla a un Puede suceder que quien se apropio de tercero quien la adquiere de buena fe y abonando un precio por ella. En tal supuesto n reivindicatoria contra el actual poseedor y vencerlo, yo puede iniciar la accicel due en presencia б n legal cuando se estyquisicin de que no existe adyen razн ello es as .(de cosas perdidas (art. 1895

III. JURISPRUDENCIA

1. QUIEN ENCONTRÓ OBJETOS QUE, SEGÚN ÉL, ESTABAN EXTRAVIADOS, NO TIENE DERECHO A INDEMNIZACIÓN ALGUNA SI, CONOCIENDO QUIÉN ERA EL DUEÑO, NO SE LO COMUNICÓ INMEDIATAMENTE, TAL COMO DISPONE EL ART. 2532 DEL CÓD. CIVIL (CNCIV., SALA B, 23/7/1965, LA LEY, 120-17).

2. EL TIEMPO LEGAL Y LEGÍTIMO DENTRO DEL CUAL DEBE DARSE EL AVISO AL DUEÑO DE LAS COSAS EXTRAVIADAS, ES UNA CUESTIÓN DE HECHO QUE QUEDA SUPEDITADA A LAS CIRCUNSTANCIAS Y ANTECEDENTES QUE CADA CASO OFRECE, APRECIADOS SEGÚN PRUDENTE VALORACIÓN JUDICIAL (CNCIV., SALA B, 23/7/1965, LA LEY, 120-17).

3. QUIEN ENCUENTRA UNA COSA PERDIDA NO ESTÁ OBLIGADO A ACREDITAR QUE LA HALLÓ EN LA VÍA PÚBLICA Y FUE EXTRAVIADA POR SU DUEÑO. ES A ÉSTE AL QUE LE CORRESPONDE PROBAR LO CONTRARIO, SI NO DESEA PAGAR RECOMPENSA ALGUNA (CNCIV., SALA C, 12/11/1965, LA LEY, 112-269).

ART. 1956.— RECOMPENSA Y SUBASTA. LA RESTITUCIÓN DE LA COSA A QUIEN TIENE DERECHO A RECLAMARLA DEBE HACERSE PREVIO PAGO DE LOS GASTOS Y DE LA RECOMPENSA. SI SE OFRECE RECOMPENSA, EL HALLADOR PUEDE ACEPTAR LA OFRECIDA O RECLAMAR SU FIJACIÓN POR EL JUEZ. SIN PERJUICIO DE LA RECOMPENSA, EL DUEÑO DE LA COSA PUEDE LIBERARSE DE TODO OTRO RECLAMO DEL HALLADOR TRANSMITIÉNDOLE SU DOMINIO.

TRANSCURRIDOS SEIS MESES SIN QUE SE PRESENTE QUIEN TIENE DERECHO A RECLAMARLA, LA COSA DEBE VENDERSE EN SUBASTA PÚBLICA. LA VENTA PUEDE ANTICIPARSE SI LA COSA ES PERECEDERA O DE CONSERVACIÓN COSTOSA. DEDUCIDOS LOS GASTOS Y EL IMPORTE DE LA RECOMPENSA, EL REMANENTE PERTENECE A LA CIUDAD O MUNICIPIO DEL LUGAR EN QUE SE HALLÓ.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

EL ARTÍCULO EN ESTUDIO SE REFIERE AL DERECHO A LA RECOMPENSAN Y LA SUBASTA DE LA COSA PERDIDA. LA NORMA ACTUAL SE VINCULA EN LO SUSTANCIAL CON LO DISPUESTO EN LOS ARTS. 2533 Y 2535 DEL CÓDIGO SUSTITUIDO. EL CAMBIO MÁS SIGNIFICATIVO ES QUE LA TRANSMISIÓN DE LA COSA AL HALLADOR NO LIBERA DE PAGARLE LA RECOMPENSA. TAMPOCO SE DICE QUE HAY QUE PUBLICAR EDICTOS CADA 30 DÍAS, NI QUE SI SE ADELANTA LA SUBASTA HAY QUE ESPERAR IGUAL LOS 6 MESES, NI QUE EL DUEÑO TENGA DERECHO A RECUPERAR LA COSA SUBASTADA.

FUENTE: PROYECTO DE 1998, ART. 1896.

II. COMENTARIO

1. DERECHO DEL HALLADOR

EL ART. 1995, ASIMILA AL HALLADOR CON EL DEPOSITARIO, POR OTRA PARTE LA NORMA EN EXAMEN ESTABLECE QUE LA RESTITUCIÓN DE LA COSA A QUIEN TIENE DERECHO A RECLAMARLA DEBE HACERSE PREVIO PAGO DE LOS GASTOS Y DE LA RECOMPENSA POR EL HALLAZGO.

LA JURISPRUDENCIA Y LA DOCTRINA NACIONAL ACEPTAN QUE LA RECOMPENSA PARA EL HALLADOR NO SÓLO SE OTORGA EN COMPENSACIÓN DE LAS OBLIGACIONES QUE ÉSTE ASUME SINO TAMBIÉN COMO PREMIO A LA HONRADEZ.

LAFAILLE SEÑALA QUE LA RECOMPENSA QUE SE RECONOCE A LA PERSONA QUE ENCUENTRA LA COSA PERDIDA RESPONDE A DOS CONCEPTOS DIFERENTES: UNO POR LA GUARDA DE LA COSA (COMO SI FUERA UN DEPOSITARIO) Y OTRO POR EL HALLAZGO.

2. DETERMINACIÓN DE LA RECOMPENSA

EL ART. 1955 SE REFIERE AL DERECHO A LA RECOMPENSA, PERO NO DETERMINA CUÁL ES EL PORCENTAJE QUE LE CORRESPONDE AL HALLADOR NI CUALES SON LAS PAUTAS A CONSIDERAR PARA FIJARLA.

PODEMOS DISTINGUIR DOS SITUACIONES DIFERENTES SOBRE LA MATERIA: A) SI QUIEN TIENE DERECHO A RECLAMAR LA COSA OFRECE RECOMPENSA, EL HALLADOR PUEDE ACEPTARLA; B) SI EL HALLADOR NO ACEPTA LA RECOMPENSA OFRECIDA O BIEN NO EXISTIÓ NINGÚN OFRECIMIENTO, DEBERÁ SE FIJADA POR EL JUEZ.

PARA LA DETERMINACIÓN DE LA RECOMPENSA EL JUEZ DEBERÁ TENER EN CUENTA LA CONDUCTA DEL HALLADOR, SU SENTIDO DE RESPONSABILIDAD, SU MOTIVACIÓN ALTRUISTA, LAS MOLESTIAS ASUMIDAS, EL VALOR DE LA COSA PERDIDA, SU UTILIDAD Y FUNCIONALIDAD.

EN DEFINITIVA, LA FIJACIÓN DE LA RECOMPENSA QUEDA LIBRADA AL LIBRE ARBITRIO JUDICIAL EN CADA CASO CONCRETO.

3. FACULTAD DEL PROPIETARIO DE LA COSA PARA EXONERARSE DE TODO OTRO RECLAMO TRANSMITIÉNDOLE SU DOMINIO

COMO DICEN SALVAT Y ALTERINI, SE TRATA DE UNA SOLUCIÓN DE EQUIDAD, DESTI-

NADA A IMPEDIR QUE EL DUEÑO DE LA COSA ESTÉ OBLIGADO A SUFRAGAR GASTOS QUE NO ESTÁ EN CONDICIONES DE REALIZAR O QUE NO TENGAN RELACIÓN CON EL VALOR DE LA COSA PERDIDA.

LA TRANSMISIÓN DEL DOMINIO DE LA COSA A FAVOR DEL HALLADOR IMPLICA EN LA PRÁCTICA EL EJERCICIO DEL DERECHO DE ABANDONO EN FAVOR DE PERSONA DETERMINADA, PUESTO QUE NO NECESITA LA ACEPTACIÓN DEL BENEFICIARIO CON LO QUE QUEDA EXTINGUIDO EL DOMINIO PARA EL ANTERIOR PROPIETARIO.

ENTENDEMOS QUE EN ESTE SUPUESTO, EL PROPIETARIO NO SE EXONERA DEL PAGO DE LA RECOMPENSA, SINO SÓLO DE LOS GASTOS DE CONSERVACIÓN Y CUSTODIA, ELLO ASÍ EN RAZÓN DE QUE LA NORMA SEÑALA QUE "SIN PERJUICIO DE LA RECOMPENSA", EL PROPIETARIO DE LA COSA PUEDE EXONERARSE DE TODO OTRO RECLAMO TRANSMITIENDO SU DOMINIO AL HALLADOR.

SI EL LEGISLADOR HUBIERE QUERIDO QUE LA EXONERACIÓN ALCANZARA A LA RECOMPENSA NO HUBIERA UTILIZADO LA EXPRESIÓN "SIN PERJUICIO DE LA RECOMPENSA".

4. VENTA EN SUBASTA

TRANSCURRIDOS SEIS MESES SIN QUE SE PRESENTE QUIEN TIENE DERECHO A RECLAMARLA, LA COSA DEBE VENDERSE EN SUBASTA PÚBLICA. LA VENTA PUEDE ANTICIPARSE SI LA COSA ES PERECEDERA O DE CONSERVACIÓN COSTOSA. DEDUCIDOS LOS GASTOS Y EL IMPORTE DE LA RECOMPENSA, EL REMANENTE PERTENECE A LA CIUDAD O MUNICIPIO DEL LUGAR EN QUE SE HALLÓ.

PARA QUE SE PRESENTE QUIEN TIENE DERECHO A RECLAMAR LA COSA EN EL PLAZO DE SEIS MESES QUE ESTABLECE LA NORMA, RESULTA NECESARIO QUE TOME CONOCIMIENTO DE LA EXISTENCIA DE LA CAUSA POR HALLAZGO QUE TRAMITA EN EL ÁMBITO JURISDICCIONAL.

CUANDO ES IMPOSIBLE DETERMINAR DE QUIEN ES LA COSA PERDIDA LA PUBLICIDAD DEBE HACERSE POR EDICTOS QUE SERÁN PUBLICADOS EN EL BOLETÍN OFICIAL Y EN UN DIARIO DE CIRCULACIÓN EN LA JURISDICCIÓN EN QUE FUE HALLADA LA COSA.

EL JUEZ DE ACUERDO A LA IMPORTANCIA DE LA COSA OBJETO DEL HALLAZGO PUEDE ORDENAR LA PUBLICACIÓN DE MÁS DE UN EDICTO.

SI EXISTE LA POSIBILIDAD DE SABER QUIÉN ES EL DUEÑO, EN ATENCIÓN A LA NATURALEZA DE LA COSA EL JUEZ PUEDE ORDENAR COMO MEDIDA PARA MEJOR PROVEER QUE SE LIBREN OFICIOS A ENTIDADES PÚBLICAS O PRIVADAS A FIN DE AVERIGUAR LA TITULARIDAD DEL BIEN.

UNA VEZ REALIZADAS LAS DILIGENCIAS ANTES MENCIONADAS Y TRANSCURRIDOS LOS SEIS MESES EL MAGISTRADO ORDENARA LA VENTA DE LA COSA EN PÚBLICA SUBASTA, LA DOCTRINA ENTIENDE QUE LA REFERENCIA INDICA REMATE PÚBLICO.

III. JURISPRUDENCIA

1. EL DERECHO A LA RECOMPENSA QUE ESTABLECE LA LEY, ESTÁ DESTINADO A RETRIBUIR LAS MOLESTIAS, PREMIAR LA HONRADEZ Y COMO ACICATE PARA QUE SE PROCEDA DE ESA FORMA, ES DECIR, PARA QUE LOS HOMBRES CUMPLAN CON SUS OBLIGACIONES JURÍDICAS Y RESPETEN LAS LEYES PARA QUE HAYA ORDEN Y PAZ SOCIAL, A CUYO FIN NO IMPORTAN LAS MOTIVACIONES EGOÍSTAS" (CNCIV., SALA F, 30/5/1990, LA LEY, 1991-B, 377).

2. CABE ADMITIR LA DEMANDA INCOADA POR EL ACTOR CON EL FIN DE OBTENER EL COBRO DE LA RECOMPENSA ESTABLECIDA EN EL ART. 2533 DEL CÓD. CIVIL., EN RAZÓN DE HABER HALLADO UN CAMIÓN DE PROPIEDAD DE LA DEMANDADA, CON SU ACOPLADO, QUE HABÍAN SIDO ROBADOS Y LUEGO ABANDONADOS, PUES, PARA QUE PROCEDA LA RECOMPENSA SÓLO DEBEN EXIGIRSE RECAUDOS QUE DEMUESTREN QUE EFECTIVAMENTE QUIEN LA PRETENDE FUE QUIEN HALLÓ LA COSA Y CON SU ACCIONAR PERMITIÓ QUE FUERA RESTITUIDA A SU DUEÑO, YA SEA PORQUE LE AVISÓ INMEDIATAMENTE O PORQUE LA PUSO A DISPOSICIÓN DEL JUEZ O LA POLICÍA, DE ALLÍ QUE RESULTE IRRELEVANTE LA CIRCUNSTANCIA DE QUE HUBIERA EFECTUADO GASTOS EN LA COSA (CNCIV., SALA H, 26/8/2005, LA LEY, 2005-F, 98 CON NOTA DE GREGORIO ALBERTO DILLON).

3. LA RECOMPENSA DEBE GUARDAR UNA RAZONABLE PROPORCIONALIDAD CON LA IMPORTANCIA DEL SERVICIO PRESTADO POR EL HALLADOR AL DUEÑO DE LA COSA PERDIDA (C1ª CIV. Y COM. BAHÍA BLANCA, SALA I, 21/11/1990, LA LEY, 1991-C, 102 - DJ, 1991-2-195).

SECCIÓN 4ª

TRANSFORMACIÓN Y ACCESIÓN DE COSAS MUEBLES

POR ROBERTO MALIZIA

ART. 1957.— TRANSFORMACIÓCHN. HAY ADQUISICIÓN DEL DOMINIO POR TRANSFORMACIÓN SI ALGUIEN DE BUENA FE CON UNA COSA AJENA, MEDIANTE SU SOLA ACTIVIDAD O LA INCORPORACIÓN DE OTRA COSA, HACE UNA NUEVA CON INTENCIÓN DE ADQUIRIRLA, SIN QUE SEA POSIBLE VOLVERLA AL ESTADO ANTERIOR. EN TAL CASO, SÓLO DEBE EL VALOR DE LA PRIMERA.

SI LA TRANSFORMACIÓN SE HACE DE MALA FE, EL DUEÑO DE LA MATERIA TIENE DERECHO A SER INDEMNIZADO DE TODO DAÑO, SI NO PREFIERE TENER LA COSA EN SU NUEVA FORMA; EN ESTE CASO DEBE PAGAR AL TRANSFORMADOR SU TRABAJO O EL MAYOR VALOR QUE HAYA ADQUIRIDO LA COSA, A SU ELECCIÓN.

SI EL TRANSFORMADOR ES DE BUENA FE Y LA COSA TRANSFORMADA ES REVERSIBLE A SU ESTADO ANTERIOR, EL DUEÑO DE LA MATERIA ES DUEÑO DE LA NUEVA ESPECIE; EN ESTE CASO DEBE PAGAR AL TRANSFORMADOR SU TRABAJO; PERO PUEDE OPTAR POR EXIGIR EL VALOR DE LOS GASTOS DE LA REVERSIÓN.

SI EL TRANSFORMADOR ES DE MALA FE, Y LA COSA

TRANSFORMADA ES REVERSIBLE A SU ESTADO ANTERIOR, EL DUEÑO DE LA COSA PUEDE OPTAR POR RECLAMAR LA COSA NUEVA SIN PAGAR NADA AL QUE LA HIZO; O ABDICARLA CON INDEMNIZACIÓN DEL VALOR DE LA MATERIA Y DEL DAÑO.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

EL ARTÍCULO QUE COMENTAMOS SE REFIERE A LA TRANSFORMACIÓN COMO MODO AUTÓNOMO DE ADQUIRIR EL DOMINIO Y SE RELACIONA CON LOS ARTS. 2567 AL 2570 DEL CÓDIGO SUSTITUIDO. EN LO SUSTANCIAL SE MANTIENE EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL CÓDIGO DE VÉLEZ, LA DIFERENCIA QUE PUEDE OBSERVARSE ES QUE LA NUEVA NORMA INCORPORA EL SUPUESTO DEL ESPECIFICADOR DE MALA FE QUE TRABAJA CON MATERIA PRIMA QUE PUEDE VOLVER A SU ESTADO ANTERIOR, EN CUYO CASO EL DUEÑO DE LA COSA PUEDE OPTAR POR RECLAMAR LA COSA NUEVA SIN PAGAR NADA AL QUE LA HIZO; O ABDICARLA CON INDEMNIZACIÓN DEL VALOR DE LA MATERIA Y DEL DAÑO.

FUENTE: PROYECTO DE 1998, ART. 1897.

II. COMENTARIO

1. TRANSFORMACIÓN. CONCEPTO

LA TRANSFORMACIÓN ES UN MODO AUTÓNOMO DE ADQUIRIR EL DOMINIO EN VIRTUD DEL CUAL UNA PERSONA DE BUENA FE CON UNA COSA AJENA POR MEDIO DE SU TRABAJO O INCORPORANDO OTRA COSA HACE UN NUEVO OBJETO MODIFICADO SU FORMA, DESTINO O NOMBRE, CON LA INTENCIÓN DE ADQUIRIRLO.

2. REQUISITOS

A) TRABAJO HUMANO.

B) OBJETO NUEVO.

C) COSA AJENA.

D) INTENCIÓN DE ADQUIRIRLO.

3. DISTINTOS SUPUESTOS

LOS ALCANCES Y EFECTOS JURÍDICOS QUE PRODUCE LA TRANSFORMACIÓN COMO MODO DE ADQUISICIÓN DEL DOMINIO SE VINCULAN CON DISTINTAS VARIABLES QUE MENCIONA LA NORMA, CUALES SON, LA BUENA O MALA FE DEL TRANSFORMADOR Y SI LA COSA TRANSFORMADA PUEDE O NO VOLVER A SU ESTADO ANTERIOR.

A) SI LA TRANSFORMACIÓN FUE REALIZADA DE BUENA FE SIN QUE SEA POSIBLE VOLVER LA NUEVA ESPECIE AL ESTADO ANTERIOR, EL TRANSFORMADOR SÓLO DEBE EL VALOR DE LA PRIMERA.

B) SI LA TRANSFORMACIÓN SE HACE DE MALA FE, EL DUEÑO DE LA MATERIA TIENE DERECHO A SER INDEMNIZADO DE TODO DAÑO, SI NO PREFIERE TENER LA COSA EN SU NUEVA FORMA; EN ESTE CASO DEBE PAGAR AL TRANSFORMADOR SU TRABAJO O EL MAYOR VALOR QUE HAYA ADQUIRIDO LA COSA, A SU ELECCIÓN.

7 C) SI EL TRANSFORMADOR ES DE BUENA FE Y LA COSA TRANSFORMADA ES REVERSIBLE A SU ESTADO ANTERIOR, EL DUEÑO DE LA MATERIA ES DUEÑO DE LA NUEVA ESPECIE; EN ESTE CASO DEBE PAGAR AL TRANSFORMADOR SU TRABAJO; PERO PUEDE OPTAR POR EXIGIR EL VALOR DE LOS GASTOS DE LA REVERSIÓN.

D) SI EL TRANSFORMADOR ES DE MALA FE, Y LA COSA TRANSFORMADA ES REVERSIBLE A SU ESTADO ANTERIOR, EL DUEÑO DE LA COSA PUEDE OPTAR POR RECLAMAR LA COSA NUEVA SIN PAGAR NADA AL QUE LA HIZO; O ABDICARLA CON INDEMNIZACIÓN DEL VALOR DE LA MATERIA Y DEL DAÑO.

III. JURISPRUDENCIA

FE11274SI LA TRANSFORMACIÓN DE LAS UVAS EN VINO NO FUE HECHA POR EL ELABORADOR CON EL ÁNIMO DE ADQUIRIR SU PROPIEDAD, NO QUEDA INCLUIDA EN LOS TÉRMINOS DEL ART. 2657 (CSJN, JA, 78-708).

ART. 1958.— ACCESIÓN DE COSAS MUEBLES. SI COSAS MUEBLES DE DISTINTOS DUEÑOS ACCEDEN ENTRE SÍ SIN QUE MEDIE HECHO DEL HOMBRE Y NO ES POSIBLE SEPARARLAS SIN DETERIORARLAS O SIN GASTOS EXCESIVOS, LA COSA NUEVA PERTENECE AL DUEÑO DE LA QUE TENÍA MAYOR VALOR ECONÓMICO AL TIEMPO DE LA ACCESIÓN. SI ES IMPOSIBLE DETERMINAR QUÉ COSA =TENÍA MAYOR VALOR, LOS PROPIETARIOS ADQUIEREN LA NUEVA POR PARTES IGUALES.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

EL ARTÍCULO REGULA LA ACCESIÓN DE COSA MUEBLES COMO FORMA DE ADQUISICIÓN DEL DOMINIO. EL CÓDIGO SUSTITUIDO REGULABA EN LOS ARTS. 2594 AL 2600 LOS SUPUESTOS DE ADJUNCIÓN, MEZCLA Y CONFUSIÓN, QUE HAN SIDO SIMPLIFICADOS EN LA PRESENTE NORMA.

FUENTE: PROYECTO DE 1998, ART. 1898.

II. COMENTARIO

1. ACCESIÓN DE COSAS MUEBLES

LA ACCESIÓN ES UN MODO AUTÓNOMO DE ADQUISICIÓN DEL DOMINIO EN VIRTUD DEL CUAL COSAS MUEBLES QUE PERTENECEN A DISTINTOS TITULARES DE DOMINIO ACCEDEN ENTRE SÍ SIN QUE MEDIE HECHO DEL HOMBRE Y NO SIENDO POSIBLE SU SEPARACIÓN MATERIAL SIN DETERIORARLAS O SIN GASTOS EXCESIVOS. EN TAL SUPUESTO EL PROPIETARIO DE LA NUEVA ESPECIE ES EL DUEÑO DE LA QUE TENÍA MAYOR VALOR ECONÓMICO AL MOMENTO DE LA ACCESIÓN.

SI LAS COSAS TENÍAN EL MISMO VALOR O NO FUERE POSIBLE DETERMINAR CUÁL DE ELLAS ERA DE MAYOR VALOR, LA NUEVA ESPECIE PASA A ESTAR EN CONDOMINIO POR PARTES IGUALES.

EN ESTE ÚLTIMO SUPUESTO ENTENDEMOS QUE SE CONSTITUYÓ UN CONDOMINIO POR ADQUISICIÓN LEGAL, RAZÓN POR LA CUAL EN ESTE CASO LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES RESPECTO DE LA NUEVA ESPECIE SE RIGEN POR LAS NORMAS DEL DERECHO REAL DE CONDOMINIO.

EN LA ESPECIE SE ESTÁ EN PRESENCIA DE UN CONDOMINIO DE INDIVISIÓN FORZOSA

PERDURABLE, MOTIVO POR EL CUAL LOS CONDÓMINOS NO PUEDEN SOLICITAR LA DIVISIÓN DEL CONDOMINIO, TAL COMO LO PREVÉ EN FORMA EXPRESA EL ART. 1894.

EN CUANTO AL PRIMER SUPUESTO, ES DECIR CUANDO LA NUEVA ESPECIE PASA A SER PROPIEDAD DEL DUEÑO DE LA COSA QUE TENÍA MAYOR VALOR, NO CABE DUDA QUE DEBE APLICARSE POR ANALOGÍA LO DISPUESTO EN EL ART. 1957, PRIMER PÁRRAFO Y POR LO TANTO EN TAL CASO, EL PROPIETARIO POR ACCESIÓN DEBE ABONAR SÓLO EL VALOR QUE TENÍA LA COSA DE MENOR VALOR. DE NO SER ASÍ SE CONFIGURARÍA UN ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA.

SECCIÓN 5ª

ACCESIÓN DE COSAS INMUEBLES

POR ROBERTO MALIZIA

ART. 1959.— ALUVIÓN. EL ACRECENTAMIENTO PAULATINO E INSENSIBLE DEL INMUEBLE CONFINANTE CON AGUAS DURMIENTES O CORRIENTES QUE SE PRODUCE POR SEDIMENTACIÓN, PERTENECE AL DUEÑO DEL INMUEBLE. NO HAY ACRECENTAMIENTO DEL DOMINIO DE LOS PARTICULARES POR ALUVIÓN SI SE PROVOCA POR OBRA DEL HOMBRE, A MENOS QUE TENGA FINES MERAMENTE DEFENSIVOS.

NO EXISTE ALUVIÓN SI NO HAY ADHERENCIA DE LA SEDIMENTACIÓN AL INMUEBLE. NO OBSTA A LA ADHERENCIA EL CURSO DE AGUA INTERMITENTE.

EL ACRECENTAMIENTO ALUVIONAL A LO LARGO DE VARIOS INMUEBLES SE DIVIDE ENTRE LOS DUEÑOS, EN PROPORCIÓN AL FRENTE DE CADA UNO DE ELLOS SOBRE LA ANTIGUA RIBERA.

SE APLICAN LAS NORMAS SOBRE ALUVIÓN TANTO A LOS ACRECENTAMIENTOS PRODUCIDOS POR EL RETIRO NATURAL DE LAS AGUAS, COMO POR EL ABANDONO DE SU CAUCE.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

EL ARTÍCULO EN COMENTARIO REGULA EL ALUVIÓN COMO UNO DE LOS MODOS DE ADQUISICIÓN DEL DOMINIO POR VÍA DE ACCESI_F3N NATURAL QUE BENEFICIA A LOS INMUEBLES RIBEREÑOS. ESTA NORMA SE RELACIONA CON LOS ARTS. 2572 AL 2582 DEL CÓDIGO SUSTITUIDO, SI BIEN EXISTEN IMPORTANTES DIFERENCIAS.

EL CÓDIGO DE VÉLEZ DISPONÍA QUE NO SE CONFIGURABA EL SUPUESTO DE ALUVIÓN EN LAS COSTAS DE LOS RÍOS NAVEGABLES, MIENTRAS QUE EL NUEVO CÓDIGO SE REFIERE A AGUAS DURMIENTES O CORRIENTES.

FUENTE: PROYECTO DE 1998, ART. 1899.

II. COMENTARIO

1. ALUVIÓN

EL ALUVIÓN ES UNO DE LOS MODOS DE ADQUISICIÓN DEL DOMINIO POR VÍA DE ACCESIÓN NATURAL QUE BENEFICIA A LOS INMUEBLES RIBEREÑOS.

SE LLAMA ALUVIÓN A LOS ACRECENTAMIENTOS O INCREMENTOS DE TIERRA QUE RECIBEN PAULATINA E INSENSIBLEMENTE LOS TERRENOS RIBEREÑOS LINDANTES CON AGUAS DURMIENTES O POR EFECTO DE LAS CORRIENTES DE LAS AGUAS QUE SE PRODUCE POR SEDIMENTACIÓN Y QUE CORRESPONDE POR ACCESIÓN A LOS PROPIETARIOS DE DICHOS INMUEBLES.

YA EL DERECHO ROMANO RECONOCIÓ A FAVOR DE LOS PROPIETARIOS RIBEREÑOS EL DERECHO A BENEFICIARSE CON LOS INCREMENTOS DE TIERRA FORMADOS EN LAS COSTAS DE LOS RÍOS.

EL FUNDAMENTO DE ESTE MODO DE ADQUISICIÓN DEL DOMINIO ESTÁ MOTIVADO EN RAZONES DE EQUIDAD, TAL COMO LO SEÑALABA VÉLEZ SARSFIELD EN LA NOTA AL ART. 2572 DEL CÓDIGO SUSTITUIDO LA QUE TRANSCRIBIREMOS PARCIALMENTE A CONTINUACIÓN: "...EL LECHO DE AGUA CORRIENTE NO TIENE UN LÍMITE INVARIABLE. ESTE LÍMITE, POR EL CONTRARIO, ES MOVIBLE; AVANZA O SE RETIRA. LOS TERRENOS, PUES, QUE LINDAN CON LOS RÍOS, PUEDEN UNAS VECES PERDER, Y ES JUSTO QUE OTRAS PUEDAN POR LAS MISMAS CAUSAS, GANAR PARA CONSERVAR SU LÍMITE SEÑALADO...". EN DEFINITIVA, ASÍ COMO EN CIERTAS OCASIONES POR EFECTO DE LAS CORRIENTES DE AGUA SE PIERDE TERRENO EN OTRAS OPORTUNIDADES SE ACRECIENTA POR ACCESIÓN NATURAL.

LA NORMA EN ESTUDIO MENCIONA "AGUAS DURMIENTES O CORRIENTES", EL INTERROGANTE QUE SE PLANTEA ES EL SIGUIENTE: ¿TODOS LOS PROPIETARIOS RIBEREÑOS CONFINANTES CON AGUAS CORRIENTES TIENEN DERECHO DE ADQUIRIR POR ALUVIÓN?

LA RESPUESTA A DICHO INTERROGANTE ESTÁ VINCULADA A LO NORMADO POR EL ART. 235 QUE REGULA LOS BIENES PERTENECIENTES AL DOMINIO PÚBLICO. DE DICHA NORMA SE INFIERE QUE EL ALUVIÓN COMO MODO DE ADQUISICIÓN DEL DOMINIO PERTENECE AL ESTADO SI OCURRE EN LAS COSTAS DEL MAR O DE LOS RÍOS NAVEGABLES.

2. REQUISITOS

A) SER PROPIETARIO DE UN FUNDO RIBEREÑO.

B) QUE EL FUNDO RIBEREÑO TENGA POR LÍMITE AGUAS DURMIENTES O CORRIENTES (RÍOS, ARROYOS, LAGOS, LAGUNAS).

C) LOS ACRECENTAMIENTOS O INCREMENTOS DE TIERRA DEBEN SER EN FORMA LENTA (PAULATINA E INSENSIBLEMENTE).

D) DEBE TRATARSE DE UN FENÓMENO NATURAL.

3. OBRA DE LA NATURALEZA

PUEDE SUCEDER QUE EL ACRECENTAMIENTO DE TIERRA SE DÉ COMO CONSECUENCIA DE OBRAS REALIZADAS POR EL TITULAR RIBEREÑO O POR UN TERCERO, EN CUYO CASO NO SE CONFIGURA LA ADQUISICIÓN POR ALUVIÓN, SALVO QUE TENGA FINES MERAMENTE

DEFENSIVOS.

SI LAS OBRAS REALIZADAS POR ALGÚN RIBEREÑO PERJUDICA A OTROS RIBEREÑOS, SE PODRÁ SOLICITAR LA EXCLUSIÓN DE SU TERRENO DE LAS AGUAS INVASORAS COMO CONSECUENCIA DEL DESPLAZAMIENTO DEL CURSO DEL RÍO.

SI LAS OBRAS QUE CAUSAREN EL PERJUICIO NO ESTUVIERAN AVANZADAS NI CONCLUIDAS, SE PODRÁ SOLICITAR EL INTERDICTO DE OBRA NUEVA (ART. 619 DEL CÓD. PROCESAL).

SI LA OBRA YA ESTÁ CONCLUIDA SE PUEDE INICIAR LA ACCIÓN POSESORIA PERTINENTE Y, SI CORRESPONDIERE, LOS DAÑOS Y PERJUICIOS OCASIONADOS

4. ALUVIÓN POR ABANDONO DEL CAUCE DEL RÍO

EL ART. 1959 EN SU PARTE FINAL DICE: "SE APLICAN LAS NORMAS SOBRE ALUVIÓN POR EL ACRECENTAMIENTO PRODUCIDO POR EL RETIRO NATURAL DE LAS AGUAS, COMO POR EL ABANDONO DE SU CAUCE". DEL ARTÍCULO SURGEN DOS SITUACIONES: A) CUANDO EL RÍO ABANDONA PARCIALMENTE SU CAUCE PRODUCIÉNDOSE UN DESPLAZAMIENTO DE LAS AGUAS DE UNA DE LAS RIBERAS A LA OTRA (ALVEUS EXCICCATUS), ES LO QUE SE CONOCE CON EL NOMBRE DE "CAUCE SECO" Y CONSISTE EN TIERRAS QUE QUEDAN AL DESCUBIERTO POR EL DESPLAZAMIENTO DE LAS AGUAS. B) ALVEUS DERELICTUS (CAUCE ABANDONADO), CUANDO UN RÍO PÚBLICO VARÍA DE CAUCE Y EL LECHO ABANDONADO SE ADQUIERE POR EL DUEÑO DE LAS FINCAS EN LAS QUE FUERON SUS ORILLAS

5. ALUVIÓN FORMADO A LO LARGO DE VARIOS INMUEBLES

CUANDO EL ACRECENTAMIENTO POR ALUVIÓN SE PRODUCE A LO LARGO DE VARIOS INMUEBLES, SE DIVIDE ENTRE LOS DUEÑOS EN PROPORCIÓN AL FRENTE DE CADA UNO DE ELLOS SOBRE LA ANTIGUA RIBERA.

ESTA FORMA DE DIVISIÓN NO OFRECE DIFICULTADES CUANDO LA RIBERA SE EXTIENDE EN UNA LÍNEA MÁS O MENOS RECTA EN LA EXTENSIÓN DEL ALUVIÓN; PERO CUANDO EL CURSO DE AGUA CAMBIA ABRUPTAMENTE SU DIRECCIÓN, FORMANDO ÁNGULOS ENTRANTES O SALIENTES, EL EJE SE DETERMINA POR INTERMEDIO DE LÍNEAS CORTADAS TRAZADAS EN LA DIRECCIÓN DE ESTOS ÁNGULOS Y DESDE TALES LÍNEAS SE BAJAN LAS PERPENDICULARES COMO EN LOS CASOS GENERALES.

6. ALUVIÓN PROVOCADO. EFECTOS

CUANDO EL ALUVIÓN FUESE HECHO POR EL HOMBRE MEDIANTE MEDIDAS ESPECIALES QUE TIENDAN A SU FORMACIÓN, EL RESULTADO NO ACRECIENTA A FAVOR DEL PROPIETARIO DEL INMUEBLE RIBEREÑO QUE LOS EFECTÚA. EL AUMENTO DE TIERRA NO SE REPUTARÁ EFECTO ESPONTÁNEO DE LAS AGUAS, CUANDO FUERE A CONSECUENCIA DE OBRAS HECHAS POR LOS RIBEREÑOS. TIENEN ÉSTOS EL DERECHO DE PEDIR EL RESTABLECIMIENTO DE LAS AGUAS EN SU LECHO; Y SI NO FUERE POSIBLE CONSEGUIRLO, PUEDEN DEMANDAR LA DESTRUCCIÓN DE ESAS OBRAS. SI LOS TRABAJOS HECHOS POR UNO DE LOS RIBEREÑOS NO FUEREN SIMPLEMENTE DEFENSIVOS, Y AVANZAREN SOBRE LA CORRIENTE DEL AGUA, EL PROPIETARIO DE LA OTRA RIBERA TENDRÁ DERECHO A DEMANDAR LA ELIMINACIÓN DE LAS OBRAS (DEMOLICIÓN DE LAS OBRAS Y EN SU CASO RECLAMAR EL RESARCIMIENTO POR LOS DAÑOS Y PERJUICIOS COMO CONSECUENCIA DE LOS ACTOS ILÍCITOS).

III. JURISPRUDENCIA

1. CUANDO EL CURSO DE AGUA CAMBIA ABRUPTAMENTE SU DIRECCIÓN, FORMANDO ÁNGULOS ENTRANTES O SALIENTES, EL EJE SE DETERMINA POR INTERMEDIO DE LÍNEAS CORTADAS TRAZADAS EN LA DIRECCIÓN DE ESTOS ÁNGULOS, Y DESDE TALES LÍNEAS SE BAJAN PERPENDICULARES COMO EN LOS CASOS GENERALES (C2ª CIV., COM. Y MINAS SAN JUAN, 24/8/1965, LA LEY, REP. LIXXVII-679).

2. EL CONCEPTO DE "ALUVIÓN" COMPRENDE LOS CASOS DE ACRECENTAMIENTO POR YUXTAPOSICIÓN DE NUEVA TIERRA, ALEJAMIENTO DEL RÍO DE UNA RIBERA A LA DEL FRENTE Y SECAMIENTO DE CAUCE; ESTO ES LOS DE INCORPORACIÓN O APARICIÓN TERRENAL MOTIVADOS EN EL ARRASTRE DE LA CORRIENTE DE LOS RÍOS O EN LOS DESVÍOS O VARIACIONES EN EL CURSO DE LOS MISMOS. LA ADQUISICIÓN POR ACCESIÓN ALUVIONAL DE TERRENOS, POR SU NATURALEZA, SE OPERA DE PLENO DERECHO, Y SIN REQUERIR ACTO DE OCUPACIÓN O POSESIÓN ALGUNO (CCIV. Y COM. JUNÍN, 9/5/1984, LA LEY, 1985-A, 233).

3. LA CALIDAD DE RIBEREÑO, O DE LINDANTE CON LAS MÁRGENES DE LOS RÍOS NO APTOS PARA LA NAVEF47GACIÓN RESULTA UNA CONDICIÓN INELUDIBLE PARA TENER LEGITIMACIÓN Y RECLAMAR SE DECLARE LA ACCESIÓN DEL ALUVIÓN AL TERRENO (CCIV., COM. Y MINERÍA SAN JUAN, SALA I, 1/6/2006, LLGRAN CUYO, 2007-467 - LLGRAN CUYO, 2008-861).

ART. 1960.— CAUCE DEL RÍO. NO CONSTITUYE ALUVIÓN LO DEPOSITADO POR LAS AGUAS QUE SE ENCUENTRAN COMPRENDIDAS EN LOS LÍMITES DEL CAUCE DEL RÍO DETERMINADO POR LA LÍNEA DE RIBERA QUE FIJA EL PROMEDIO DE LAS MÁXIMAS CRECIDAS ORDINARIAS.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

0EL ARTÍCULO QUE COMENTAMOS ESTABLECE CUÁL ES EL LÍMITE DEL RÍO Y SE RELACIONA CON LO NORMADO EN EL ART. 2577 DEL CÓDIGO SUSTITUIDO. EL NUEVO CÓDIGO ESTABLECE QUE LOS LÍMITES DEL CAUCE DEL RÍO QUEDA DETERMINADO POR LA LÍNEA DE RIBERA QUE FIJA EL PROMEDIO DE LAS MÁXIMAS CRECIDAS ORDINARIAS.

FUENTE: PROYECTO DE 1998, ART. 1900.

II. COMENTARIO

NO CONSTITUYE ALUVIÓN LO DEPOSITADO POR LAS AGUAS QUE SE ENCUENTRAN COMPRENDIDAS EN LOS LÍMITES DEL CAUCE DEL RÍO DETERMINADO POR LA LÍNEA DE RIBERA QUE FIJA EL PROMEDIO DE LAS MÁXIMAS CRECIDAS ORDINARIAS. ESTA SOLUCIÓN TIENE SU RAZÓN DE SER DADO QUE LA ADQUISICIÓN DEL DOMINIO POR ALUVIÓN SE PRODUCE EN LOS INMUEBLES RIBEREÑOS, ES DECIR AQUELLOS LINDANTES CON LOS RÍOS Y NO CON EL RÍO MISMO, POR ELLO NO SE ADQUIERE EL DOMINIO DE LAS ARENAS O FANGO QUE SE ENCUENTRE COMPRENDIDO EN EL LECHO DEL RÍO, PUESTO QUE NO SE PRODUCE LA ADHERENCIA A LOS TERRENOS PRIVADOS, QUE ES UNO DE LOS REQUISITOS PARA QUE SE CONFIGURE ESTE MODO DE ADQUISICIÓN. ADEMÁS, LO DEPOSITADO POR LAS AGUAS QUE SE ENCUENTRAN COMPRENDIDAS EN LOS LÍMITES DEL CAUCE DEL RÍO FORMAN PARTE DEL CURSO DE AGUA, MAS NO DE LOS TERRENOS RIBEREÑOS.

EN CUANTO A LOS LÍMITES DEL CAUCE DEL RÍO, QUEDAN FIJADOS POR LA LÍNEA DE RIBERA QUE FIJA EL PROMEDIO DE LAS MÁXIMAS CRECIDAS ORDINARIAS.

LAS DISPOSICIONES DEL PRESENTE ARTÍCULO SE VINCULAN CON LO DISPUESTO POR EL ART. 235 QUE REGULA LOS BIENES PERTENECIENTES AL DOMINIO PÚBLICO Y EN PARTICULAR CON LO NORMADO EN EL INC. C) QUE ESTABLECE "LOS RÍOS, ESTUARIOS, ARROYOS Y DEMÁS AGUAS QUE CORREN POR CAUCES NATURALES, LOS LAGOS Y LAGUNAS NAVEGABLES, LOS GLACIARES Y EL AMBIENTE PERIGLACIAL Y TODA OTRA AGUA QUE TENGA O ADQUIERA LA APTITUD DE SATISFACER USOS DE INTERÉS GENERAL, COMPRENDIÉNDOSE LAS AGUAS SUBTERRÁNEAS, SIN PERJUICIO DEL EJERCICIO REGULAR DEL DERECHO DEL PROPIETARIO DEL FUNDO DE EXTRAER LAS AGUAS SUBTERRÁNEAS EN LA MEDIDA DE SU INTERÉS Y CON SUJECIÓN A LAS DISPOSICIONES LOCALES. SE ENTIENDE POR RÍO EL AGUA, LAS PLAYAS Y EL LECHO POR DONDE CORRE, DELIMITADO POR LA LÍNEA DE RIBERA QUE FIJA EL PROMEDIO DE LAS MÁXIMAS CRECIDAS ORDINARIAS".

EL ART. 1900 DEL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL DE 1998 ESTABLECÍA QUE "NO CONSTITUYE ALUVIÓN LO DEPOSITADO POR LAS AGUAS DENTRO DE LAS LÍNEAS QUE ELLAS OCUPAN DURANTE LAS ALTAS MAREAS NORMALES Y LAS CRECIDAS MEDIAS ORDINARIAS".

DESDE EL PUNTO DE VISTA TÉCNICO RESULTA ADECUADO QUE EL LÍMITE DENOMINADO "LÍNEA DE LA RIBERA" SE TOME EN RELACIÓN AL PROMEDIO DE LAS MÁXIMAS CRECIENTES ORDINARIAS DEL RÍO O LAGO Y NO DEL PROMEDIO DE LAS CRECIENTES MEDIAS COMO LO ESTABLECÍA EL ART. 1960 DEL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN REDACTADO POR LA COMISIÓN DE REFORMAS (DEC. 191/2011) QUE DISPONÍA: "NO CONSTITUYE ALUVIÓN LO DEPOSITADO POR LAS AGUAS QUE SE ENCUENTRAN COMPRENDIDAS EN LOS LÍMITES DEL CAUCE DEL RÍO DETERMINADO POR LA LÍNEA A QUE LLEGA LA CRECIDA MEDIA ORDINARIA EN SU ESTADO NORMAL".

EN EFECTO, EL CRITERIO PARA DETERMINAR LOS LÍMITES DEL LECHO DE LOS RÍOS BASADO EN "LA LÍNEA A QUE LLEGAN LAS MÁS ALTAS AGUAS EN SU ESTADO NORMAL" (ART. 2577) HA SIDO SUPLANTADO POR EL DE "LAS CRECIDAS MEDIAS ORDINARIAS" (ART. 2340 INC. 4°), QUE OBLIGA A PROMEDIAR LOS LÍMITES DE TODAS LAS CRECIDAS, Y CUYO RESULTADO SERÁ SIEMPRE INFERIOR AL DE PROMEDIAR SÓLO A LAS MÁS ALTAS AGUAS EN SU ESTADO NORMAL. LA LÍNEA DE RIBERA FLUVIAL SIEMPRE DEBERÁ SER DEFINIDA Y DEMARCADA SOBRE PLAYA HÚMEDA, TODA VEZ QUE NECESARIAMENTE HABRÁ CRECIDAS NORMALES QUE SUPEREN LAS CRECIDAS MEDIAS ORDINARIAS. EL PRESTIGIOSO DOCTRINARIO DR. ALBERTO G. SPOTA ESTIMA ACERTADO EL PROCEDIMIENTO TÉCNICO-LEGAL QUE "...DESDEÑA CIERTOS PUNTOS SINGULARES, PARA HACER PASAR UN PLANO POR AQUEL OTRO PUNTO MÁS BAJO DE LA RIBERA DEL RÍO, SEÑALADO DE CONFORMIDAD A LA CRECIDA PERIÓDICA MÁS ELEVADA QUE SE HAYA OBSERVADO. TAL PLANO, INCLINADO SEGÚN LA PENDIENTE DEL RÍO Y PARALELO AL ESPEJO DE AGUA DETERMINADO POR DICHA CRECIENTE, AL CORTAR LAS SUPERFICIES DE LOS FUNDOS LATERALES ADYACENTES, DA LAS LÍNEAS DE RIBERA SEPARATIVAS DEL ÁLVEO Y DE LOS FUNDOS RIBEREÑOS" (CFR. "TRATADO DE DERECHO DE AGUAS", T. II, LIBRERÍA Y CASA EDITORA DE JESÚS MENÉNDEZ, 1941).

ART. 1961.— AVULSIÓN. EL ACRECENTAMIENTO DEL INMUEBLE POR LA FUERZA SÚBITA DE LAS AGUAS QUE PRODUCE UNA ADHERENCIA NATURAL PERTENECE AL DUEÑO DEL INMUEBLE. TAMBIÉN LE PERTENECE SI ESE ACRECENTAMIENTO SE ORIGINA EN OTRA FUERZA NATURAL.

SI SE DESPLAZA PARTE DE UN INMUEBLE HACIA OTRO, SU DUEÑO PUEDE REIVINDICARLO MIENTRAS NO SE ADHIERA NATURALMENTE. EL DUEÑO DEL OTRO INMUEBLE NO TIENE DERECHO PARA EXIGIR SU REMOCIÓN, MAS PASADO EL TÉRMINO DE SEIS MESES, LAS ADQUIERE POR PRESCRIPCIÓN.

CUANDO LA AVULSIÓN ES DE COSA NO SUSCEPTIBLE DE ADHERENCIA NATURAL, SE APLICA LO DISPUESTO SOBRE LAS COSAS PERDIDAS.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

EL ARTÍCULO EN COMENTARIO REGULA OTRA DE LAS FORMAS DE ADQUIRIR EL DOMINIO POR VÍA DE ACCESIÓN: LA AVULSIÓN, QUE OPERA POR UNA FUERZA SÚBITA QUE PRODUCE UNA ADHERENCIA NATURAL DE TIERRA EN AL INMUEBLE.

EN LO SUSTANCIAL LO NORMADO EN EL ART. 1961 SE RELACIONA CON LO DISPUESTO EN EL ART. 2583 DEL CÓDIGO SUSTITUIDO, SI BIEN CON ALGUNAS DIFERENCIAS SE MANTIENE EL SISTEMA DEL CÓDIGO DE VÉLEZ, ENTRE LAS QUE PODEMOS MENCIONAR: A) EN LUGAR DE RÍOS O ARROYO, EL CÓDIGO SE REFIERE A "LAS AGUAS"; B) EN LUGAR DE TIERRA, ARENA O PLANTAS EL CÓDIGO ALUDE AL "ACRECENTAMIENTO"; C) SE ACLARA QUE AL CABO DE SEIS MESES SE ADQUIERE POR PRESCRIPCIÓN.

FUENTE:. PROYECTO DE 1998, ART. 1901.

II. COMENTARIO

1. AVULSIÓN. CONCEPTO

SE ENTIENDE POR AVULSIÓN EL HECHO DE QUE LAS AGUAS DE UN RÍO O ARROYO ARRANQUE, POR LA FUERZA SÚBITA DE LA CORRIENTE, TIERRA, ARENA O PLANTAS O CUALQUIER OTRA COSA SUSCEPTIBLE DE ADHERENCIA NATURAL, Y LAS ARRASTRE PARA UNIRLA POR ADJUNCIÓN O POR SUPERPOSICIÓN A UN CAMPO INFERIOR O A UN FUNDO SITUADO EN LA RIBERA OPUESTA. LA AVULSIÓN IMPLICA JURÍDICAMENTE ACRECENTAMIENTO DE MODO BRUSCO, A RAÍZ DE INUNDACIONES O DEL REPENTINO CRECIMIENTO DEL CAUDAL DE LOS RÍOS O ARROYOS.

2. AVULSIÓN DE COSAS NO SUSCEPTIBLES DE ADHERENCIA NATURAL

LA ADQUISICIÓN DEL DOMINIO POR VÍA DE LA AVULSIÓN NO SE APLICA CUANDO LAS COSAS QUE LAS AGUAS ARRASTRAN NO SON SUSCEPTIBLES DE ADHERENCIA NATURAL. SI LA AVULSIÓN FUERE DE COSAS NO SUSCEPTIBLES DE ADHERENCIA NATURAL, SE APLICARÁ LO DISPUESTO SOBRE COSAS PERDIDAS.

3. POSIBILIDAD DE REIVINDICACIÓN EN EL CASO DE LA AVULSIÓN

SI NADIE RECLAMARE LA PORCIÓN DE TIERRA QUE POR EFECTO DE LA AVULSIÓN, ES DECIR POR LA FUERZA SÚBITA DE LA AGUAS, SE TRASLADÓ Y PASÓ A ACRECENTAR OTRO

INMUEBLE, DENTRO DE UN PLAZO DE SEIS MESES, SE CONSIDERARÁ DEFINITIVAMENTE INCORPORADA AL PREDIO DONDE SE HALLA, Y EL ANTIGUO DUEÑO PERDERÁ EL DERECHO DE REI

DBCHVINDICARLA.

EL DERECHO A REVINDICAR LA PORCIÓN DE TIERRA, ESTÁ SUPEDITADO A QUE LAS MISMAS NO SE HUBIEREN ADHERIDO NATURALMENTE AL TERRENO QUE PASÓ A ACRECENTAR.

POR OTRA PARTE CABE ADVERTIR QUE TAL COMO SURGE DE LA NORMA EN ESTUDIO EL DUEÑO DEL INMUEBLE DONDE SE ADHIRIÓ EL PORCIÓN DE TIERRA POR EFECTO DE LA AVULSIÓN NO TIENE DERECHO PARA EXIGIR SU REMOCIÓN, ELLO ES ASÍ EN RAZÓN DE QUE TAL CIRCUNSTANCIA SE DA COMO CONSECUENCIA DE UN HECHO DE LA NATURALEZA Y CONFIGURA UN SUPUESTO DE CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR.

EN DEFINITIVA LA ADQUISICIÓN DEL DOMINIO POR MEDIO DE LA AVULSIÓN SE CONFIGURA POR UN HECHO DE LA NATURALEZA QUE PRODUCE CONSECUENCIAS JURÍDICAS —ADQUISICIÓN DE UN DERECHO— POR IMPERIO DE LA LEY.

BLAS HERMOSA EN SU OBRA "DERECHOS REALES" EXPRESA: "MIENTRAS NO SE PRODUZCA LA INCORPORACIÓN, EL DUEÑO DE LAS COSAS DESLIGADAS PUEDE RECLAMARLAS, A CONDICIÓN, DE QUE PUEDA IDENTIFICARLAS; SI ELLO NO FUERA POSIBLE, LA ACCIÓN NO PODRÍA PROSPERAR DESDE EL MOMENTO QUE UNO DE LOS REQUISITOS ESENCIALES DEL ÉXITO DE LA ACCIÓN REIVINDICATORIA ES LA PERFECTA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA COSA QUE SE PRETENDE RECUPERAR".

4. DIFERENCIA ENTRE ALUVIÓN Y AVULSIÓN

LA DIFERENCIA ENTRE ALUVIÓN Y AVULSIÓN, RADICA EN EL ÍMPETU CON EL QUE LAS AGUAS ACCIONAN SOBRE EL TERRENO, OCASIONANDO EL DESPRENDIMIENTO DE ALGUNA COSA (EJ. TIERRA, ARENA, PLANTAS) Y SU POSTERIOR ADHERENCIA NATURAL A OTRO FUNDO. MIENTRAS EN LA AVULSIÓN LA FUERZA DE ÉSTAS ES BRUSCA Y VIOLENTA, EN EL ALUVIÓN LA CORRIENTE ES MODERADA, GENERANDO QUE EL ACRECENTAMIENTO DE LA COSA SEA PAULATINO E INSENSIBLE.

ART. 1962.— CONSTRUCCIÓN, SIEMBRA Y PLANTACIÓN. SI EL DUEÑO DE UN INMUEBLE CONSTRUYE, SIEMBRA O PLANTA CON MATERIALES AJENOS, LOS ADQUIERE, PERO DEBE SU VALOR. SI ES DE MALA FE TAMBIÉN DEBE LOS DAÑOS.

SI LA CONSTRUCCIÓN, SIEMBRA O PLANTACIÓN ES REALIZADA POR UN TERCERO, LOS MATERIALES PERTENECEN AL DUEÑO DEL INMUEBLE, QUIEN DEBE INDEMNIZAR EL MAYOR VALOR ADQUIRIDO. SI EL TERCERO ES DE MALA FE, EL DUEÑO DEL INMUEBLE PUEDE EXIGIRLE QUE REPONGA LA COSA AL ESTADO ANTERIOR A SU COSTA, A MENOS QUE LA DIFERENCIA DE VALOR SEA IMPORTANTE, EN CUYO CASO DEBE EL VALOR DE LOS MATERIALES Y EL TRABAJO, SI NO PREFIERE ABDICAR SU DERECHO CON INDEMNIZACIÓN DEL VALOR DEL INMUEBLE Y DEL DAÑO.

SI LA CONSTRUCCIÓN, SIEMBRA O PLANTACIÓN ES REALIZADA POR UN TERCERO CON TRABAJO O MATERIALES AJENOS EN INMUEBLE AJENO, QUIEN EFECTÚA EL TRABAJO O QUIEN PROVEE LOS MATERIALES NO TIENE ACCIÓN DIRECTA CONTRA EL DUEÑO DEL INMUEBLE, PERO PUEDE EXIGIRLE LO QUE DEBA AL TERCERO.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

LA NORMA EN ESTUDIO DISPONE QUE CONSTRUCCIÓN, SIEMBRA Y PLANTACIÓN SON MODOS DE ADQUISICIÓN DEL DOMINIO POR VÍA DE LA ACCESIÓN ARTIFICIAL. EL ARTÍCULO SE RELACIONA CON LAS DISPOSICIONES EMERGENTES DE LOS ARTS. 2587 AL 2591 DEL CÓDIGO SUSTITUIDO.

FUENTE: PROYECTO DE 1998, ART. 1902.

II. COMENTARIO

1. CONSTRUCCIÓN, SIEMBRA O PLANTACIÓN CON MATERIALES AJENOS



[redacted]

[redacted]

2. CONSTRUCCIÓN, SIEMBRA O PLANTACIÓN HECHA POR UN TERCERO

Si la construcción, siembra o plantación es realizada por un tercero, los materiales pertenecen al dueño del inmueble, quien debe indemnizar el mayor valor adquirido. Este párrafo de la norma supone la buena fe del tercero, en cuyo caso el propietario del inmueble debe indemnizar el mayor valor adquirido por el inmueble.

El Código sustituido para el mismo supuesto señalaba que el dueño del terreno debía una indemnización. La doctrina había interpretado en forma disímil el término "indemnizaciones correspondientes" al que aludía el art. 2588, las que seguidamente mencionaremos de manera resumida: a) Lafaille y Laquis sostenían que la indemnización debía limitarse al beneficio originado al fundo pues éste es el monto de su enriquecimiento; b) Salvat entendía que la indemnización se traduce en el valor de los materiales y de la mano de obra; c) Borda interpretaba que la indemnización debía traducirse en el valor de los materiales y la mano de obra, y en caso que esas erogaciones sean menores que el mayor valor adquirido por el inmueble puede optar por reclamar ese monto, puesto que podría recibir menos que el constructor de mala fe.

Más allá de la clara redacción del Código y de la postura asumida, compartimos lo expresado por Salvat y la observación que realiza en cuanto a la posibilidad de que el dueño del terreno se vea obligado a pagar una suma superior a sus recursos, en tanto el edificador tendrá un crédito a favor que lo faculta para exigir su pago y, si fuera necesario, ejecutar la propiedad.

La norma también establece cuáles son las consecuencias jurídicas en el

SUPUESTO DE QUE EL TERCERO HUBIERE OBRADO DE MALA FE. EN TAL SENTIDO, SE DISPUSO QUE "EL DUEÑO DEL INMUEBLE PUEDE EXIGIRLE QUE REPONGA LA COSA AL ESTADO ANTERIOR A SU COSTA, A MENOS QUE LA DIFERENCIA DE VALOR SEA IMPORTANTE, EN CUYO CASO DEBE EL VALOR DE LOS MATERIALES Y EL TRABAJO, SI NO PREFIERE ABDICAR SU DERECHO CON INDEMNIZACIÓN DEL VALOR DEL INMUEBLE Y DEL DAÑO".

POR ÚLTIMO LA NORMA PREVÉ LA HIPÓTESIS DE QUE EL TERCERO QUE CONSTRUYÓ, SEMBRÓ O PLANTO EN TERRENO AJENO, LO HAGA TAMBIÉN CON TRABAJO O MATERIALES AJENOS, EN CUYO CASO LA ACCESIÓN ES POSIBLE, PERO QUIEN REALIZÓ EL TRABAJO O EL DUEÑO DE LOS MATERIALES NO TIENE ACCIÓN DIRECTA CONTRA EL DUEÑO DEL INMUEBLE, PERO PUEDE EXIGIRLE LO QUE DEBA AL TERCERO.

SI EL TERCERO QUE CONSTRUYÓ, SEMBRÓ O PLANTO EN TERRENO AJENO, CON TRABAJO O MATERIALES AJENOS ES DE BUENA FE, COMO SE DIJO PRECEDENTEMENTE, LA ACCESIÓN ES POSIBLE, Y QUIEN REALIZÓ EL TRABAJO O EL DUEÑO DE LOS MATERIALES PODRÍA, POR VÍA DE SUBROGACIÓN, RECLAMARLE AL DUEÑO DEL TERRENO EL MAYOR VALOR ADQUIRIDO, PERO SI EL TERCERO ES DE MALA FE Y EL DUEÑO DEL INMUEBLE SOLICITA QUE SE REPONGA LA COSA AL ESTADO ANTERIOR, EL DUEÑO DE LOS MATERIALES O EL QUE REALIZÓ EL TRABAJO NO TENDRÍA NINGUNA ACCIÓN CONTRA EL PROPIETARIO.

III. JURISPRUDENCIA

trpar***1.** PARA QUE HAYA BUENA FE, ES NECESARIO QUE EXISTA PERSUASIÓN DE ESTAR LEGÍTIMAMENTE INVESTIDO DEL DERECHO DE EDIFICAR, SEMBRAR O PLANTAR EN EL TERRENO DONDE SE HA HECHO, YA SEA EN RAZÓN DE SU POSESIÓN LEGÍTIMA, O DE LAS RELACIONES DE DERECHO QUE HUBIERAN MEDIADO ENTRE LAS PARTES (CNCIV., SALA C, LA LEY, 138-912, 23.485-S).*

***2.** EL ADQUIRENTE POR BOLETO DE UN INMUEBLE EN VIRTUD DE UN CONTRATO LUEGO RESUELTO, COMO EDIFICANTE DE BUENA FE EN TERRENO AJENO, TIENE DERECHO A LA INDEMNIZACIÓN EN LOS TÉRMINOS DEL ART. 2588 (CNCIV., SALA A, JA, 27-1975-344).*

***3.** IMPOSIBILIDAD DE DESTRUIR LO EDIFICADO: QUIEN HA CONSTRUIDO —TOTAL O PARCIALMENTE CON MATERIALES PROPIOS— LO QUE SERÍA SU HOGAR CONYUGAL SOBRE EL FUNDO DE QUIEN SERÍA SU SUEGRO, DEBE SER CALIFICADO COMO CONSTRUCTOR DE BUENA FE EN FUNDO AJENO. NO OBSTANTE NO PUEDE DESTRUIR LO EDIFICADO SI NO LO CONSIENTE EL DUEÑO DEL TERRENO (CCIV. Y COM. MERCEDES, SALA II, 1/6/1982, LA LEY ONLINE).*

ART. 1963.— INVASIÓN DE INMUEBLE COLINDANTE. QUIEN CONSTRUYE EN SU INMUEBLE, PERO DE BUENA FE INVADE EL INMUEBLE COLINDANTE, PUEDE OBLIGAR A SU DUEÑO A RESPETAR LO CONSTRUIDO, SI ÉSTE NO SE OPUSO INMEDIATAMENTE DE CONOCIDA LA INVASIÓN.

EL DUEÑO DEL INMUEBLE COLINDANTE PUEDE EXIGIR LA INDEMNIZACIÓN DEL VALOR DE LA PARTE INVADIDA DEL INMUEBLE. PUEDE RECLAMAR SU ADQUISICIÓN TOTAL SI SE MENOSCABA SIGNIFICATIVAMENTE EL APROVECHAMIENTO NORMAL DEL INMUEBLE Y, EN SU CASO, LA DISMINUCIÓN DEL VALOR DE LA PARTE NO INVADIDA. SI EL INVASOR NO INDEMNIZA, PUEDE SER OBLIGADO A DEMOLER LO CONSTRUIDO.

SI EL INVASOR ES DE MALA FE Y EL DUEÑO DEL FUNDO INVADIDO SE OPUSO INMEDIATAMENTE DE CONOCIDA LA INVASIÓN, ÉSTE PUEDE PEDIR LA DEMOLICIÓN DE LO CONSTRUIDO. SIN EMBARGO, SI RESULTA MANIFIESTAMENTE ABUSIVA, EL JUEZ PUEDE RECHAZAR LA PETICIÓN Y ORDENAR LA INDEMNIZACIÓN.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

AQUÍ SE REGULA UNA ESPECIE DE ACCESIÓN INVERSA, YA QUE LA OBRA NO PERTENECERÁ AL DUEÑO DEL SUELO, BAJO CIERTAS CONDICIONES. ESTA NORMA ES NOVEDOSA Y NO SE RELACIONA CON NINGUNA DISPOSICIÓN DEL CÓDIGO SUSTITUIDO, SINO QUE POR LO CONTRARIO LA DENOMINADA "ACCESIÓN INVERSA", RESULTA CONTRARIA A LO DISPUESTO EN EL CÓDIGO DE VÉLEZ.

FUENTE: PROYECTO DE 1998, ART. 1903.

II. COMENTARIO

1. ACCESIÓN INVERSA

ES UNA FIGURA QUE A PESAR DE ESTAR REGULADA EN OTRAS LEGISLACIONES COMO LA ITALIANA, SUIZA, VENEZOLANA, NO ESTABA CONTEMPLADA EN EL CÓDIGO DE VÉLEZ, SI BIEN EN ALGÚN SUPUESTO FUE UNA FIGURA RECEPTADA POR LA JURISPRUDENCIA.

PODEMOS DEFINIR LA ACCESIÓN INVERTIDA O INVERSA COMO AQUELLA QUE SURGE EN EL SUPUESTO DE QUE PARTE DE UNA EDIFICACIÓN SE ENCUENTRA EN UN TERRENO CONTIGUO QUE NO ES DEL MISMO PROPIETARIO DEL TERRENO EN DONDE ESTÁ UBICADA LA MAYOR PARTE DEL MISMO. RESULTA ENTONCES QUE LA CONSTRUCCIÓN FUE LEVANTADA SOBRE DOS PROPIEDADES CONTIGUAS, PERO EN FORMA UNITARIA, SIN QUE SE PUEDAN SEPARAR. EN ESTE CASO LA DOCTRINA CONSIDERA QUE LA CONSTRUCCIÓN QUE INVADE SUELO AJENO, HECHA DE BUENA FE, DEBE SER MANTENIDA EN SU INTEGRIDAD, Y LA PROPIEDAD DEL TODO, PASA A SER POR ACCESIÓN DE UN SOLO DUEÑO.

2. CONSTRUCCIÓN EN TERRENO AJENO DE BUENA FE

EN ART. 1963, QUE REGULA LA ADQUISICIÓN DEL DOMINIO POR ACCESIÓN, SE REFIERE AL CASO DE QUIEN CONSTRUYE DE BUENA DE EN SU INMUEBLE PERO INVADE TERRENO DEL FUNDO COLINDANTE, LA CONSECUENCIA JURÍDICAS ES NOVEDOSA Y CONTRARIA A LA PREVISTA EN EL CÓDIGO SUSTITUIDO.

EN EFECTO, COMO CONSECUENCIA DE LA EXTENSIÓN DEL DOMINIO Y DEL PRINCIPIO SUPERFICIE SOLO CEDIT SEGÚN EL CUAL TODAS AQUELLAS SUPERFICIES O BIENES QUE SE ENCUENTRAN INSEPARABLEMENTE ADHERIDAS EN UN DETERMINADO TERRENO O FINCA PERTENECEN, POR ACCESIÓN, AL DUEÑO DEL SUELO.

LO NOVEDOSO DE LA NORMA EN ESTUDIO ES QUE QUIEN INVADIÓ DE BUENA FE UN INMUEBLE AJENO CONSTRUYENDO SOBRE SU SUELO TIENE DERECHO A RECLAMAR SU ADQUISICIÓN TOTAL SI SE MENOSCABA SIGNIFICATIVAMENTE EL APROVECHAMIENTO

NORMAL DEL INMUEBLE Y, EN SU CASO, LA DISMINUCIÓN DEL VALOR DE LA PARTE NO INVADIDA, ELLO PREVIA INDEMNIZACIÓN, REGULANDO DE ESTA MANERA LO QUE EN DOCTRINA SE CONOCE COMO "ACCESIÓN INVERSA".

CAPÍTULO 3

DOMINIO IMPERFECTO

POR ROBERTO MALIZIA

BIBLIOGRAFÍA CLÁSICA: ALTERINI, JORGE H., "RESOLUCIÓN DE LOS CONTRATOS Y DOMINIO REVOCABLE", ED, 50-633; FERRARI, O. M., "EL DOMINIO REVOCABLE Y EL DERECHO DE RETRACTO (PACTO DE RETROVENTA)", ED, 54-823; BUNGE, WENCESLAO, "EL DOMINIO REVOCABLE", REVISTA DEL NOTARIADO, 689, 1203.

***

ART. 1964.— SUPUESTOS DE DOMINIO IMPERFECTO. SON DOMINIOS IMPERFECTOS EL REVOCABLE, EL FIDUCIARIO Y EL DESMEMBRADO. EL DOMINIO REVOCABLE SE RIGE POR LOS ARTÍCULOS DE ESTE CAPÍTULO, EL FIDUCIARIO POR LO PREVISTO EN LAS NORMAS DEL CAPÍTULO 31, TÍTULO IV DEL LIBRO TERCERO, Y EL DESMEMBRADO QUEDA SUJETO AL RÉGIMEN DE LA RESPECTIVA CARGA REAL QUE LO GRAVA.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

EL ARTÍCULO QUE COMENTAMOS CLASIFICA LOS DISTINTOS SUPUESTOS DE DOMINIO IMPERFECTO. NO SE ADVIERTEN CAMBIOS DE IMPORTANCIA, RESPECTO DEL CÓDIGO SUSTITUIDO. EN CUANTO AL DOMINIO FIDUCIARIO QUE SE ENCONTRABA REGULADO EN LA LEY 24.441, EN LA ACTUALIDAD SE ENCUENTRA LEGISLADO EN EL NUEVO CÓDIGO.

FUENTE: PROYECTO DE 1998, ART. 1904.

II. COMENTARIO

1. NOCIÓN. DISTINTOS SUPUESTOS

EL 1964 MENCIONA LOS DISTINTOS SUPUESTOS DE DOMINIO IMPERFECTO. EN EL DOMINIO IMPERFECTO LOS DERECHOS DEL PROPIETARIO ESTÁN SUJETOS A FUERTES RESTRICCIONES YA SEA PORQUE EL DOMINIO ESTÁ SUJETO A UNA CONDICIÓN RESOLUTORIA (DOMINIO REVOCABLE), YA SEA PORQUE EL TITULAR DEL DERECHO DE UNA PROPIEDAD LO HA DESMEMBRADO, DESPRENDIÉNDOSE DE UNA PARTE DE SUS ATRIBUCIONES, AL GRAVAR LA PROPIEDAD CON UN USUFRUCTO, UNA SERVIDUMBRE O BIEN PORQUE SE CONSTITUYÓ UN DOMINO FIDUCIARIO.

ART. 1965.— DOMINIO REVOCABLE. DOMINIO REVOCABLE ES EL SOMETIDO A CONDICIÓN O PLAZO RESOLUTORIOS A CUYO CUMPLIMIENTO EL DUEÑO DEBE RESTITUIR LA COSA A QUIEN SE LA TRANSMITIÓ.

LA CONDICIÓN O EL PLAZO DEBEN SER IMPUESTOS POR DISPOSICIÓN VOLUNTARIA EXPRESA O POR LA LEY.

LAS CONDICIONES RESOLUTORIAS IMPUESTAS AL DOMINIO SE DEBEN ENTENDER LIMITADAS AL TÉRMINO DE DIEZ AÑOS, AUNQUE NO PUEDA REALIZARSE EL HECHO PREVISTO DENTRO DE AQUEL PLAZO O ÉSTE SEA MAYOR O INCIERTO. SI LOS DIEZ AÑOS TRANSCURREN SIN HABERSE PRODUCIDO LA RESOLUCIÓN, EL DOMINIO DEBE QUEDAR DEFINITIVAMENTE ESTABLECIDO. EL PLAZO SE COMPUTA DESDE LA FECHA DEL TÍTULO CONSTITUTIVO DEL DOMINIO IMPERFECTO.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

EL ARTÍCULO EN ESTUDIO DEFINE AL DOMINIO REVOCABLE, DISPONIENDO QUE TANTO LA CONDICIÓN O EL PLAZO PUEDEN SER ESTABLECIDAS POR LA LEY O FIJADAS CONVENCIONALMENTE POR LAS PARTES. ASIMISMO FIJA EL PLAZO DE 10 AÑOS COMO MÁXIMO PARA LA CONDICIÓN RESOLUTORIA. LA NORMA SE RELACIONA CON EL ART. 2663 DEL CÓDIGO SUSTITUIDO, PERO HAY QUE HACER NOTAR QUE EN ÉL QUE NO ESTABLECÍA UN PLAZO MÁXIMO PARA LA CONDICIÓN RESOLUTORIA.

FUENTE: PROYECTO DE 1998, ART. 1905.

II. COMENTARIO

1. CONCEPTO

DOMINIO REVOCABLE ES EL QUE HA SIDO TRANSMITIDO EN VIRTUD DE UN TÍTULO REVOCABLE A VOLUNTAD DEL QUE LO HA TRANSMITIDO; O CUANDO EL ACTUAL PROPIETARIO PUEDE SER PRIVADO DE LA PROPIEDAD POR UNA CAUSA PROVENIENTE DE SU TÍTULO.

ES UN DOMINIO TEMPORARIO PARA SU TITULAR, PORQUE ESTÁ SUJETO A UNA CONDICIÓN O PLAZO RESOLUTORIO QUE UNA VEZ CUMPLIDO HARÁ VOLVER LA TITULARIDAD DE LA COSA AL CONSTITUYENTE. SE PRODUCE LA REVOCACIÓN DE PLENO DERECHO POR EL CUMPLIMIENTO DE LAS CLÁUSULAS O ADVENIMIENTO DE LA CONDICIÓN O VENCIMIENTO DE PLAZOS, EXIGIÉNDOSE QUE SE HAGA TRADICIÓN AL VENDEDOR ORIGINAL.

2. DISTINTOS SUPUESTOS DE DOMINIO REVOCABLE

EL ARTÍCULO EN ESTUDIO ESTABLECE DOS SUPUESTOS DE DOMINIO REVOCABLE:

2.1. EL PRIMER CASO DE DOMINIO REVOCABLE ES CUANDO HA SIDO TRASMITIDO "EN VIRTUD DE UN TÍTULO REVOCABLE A VOLUNTAD DEL QUE LO HA TRANSMITIDO".

BUNGE SEÑALA QUE: "EN ESTE SUPUESTO LEGAL, NOS ENCONTRAMOS, ESTRICTAMENTE, EN EL ÁMBITO DE LOS CONTRATOS. LOS CONTRATOS QUE PUEDEN SERVIR DE 'TÍTULO' APTO PARA TRANSMITIR EL DOMINIO, SON LA COMPRAVENTA, LA PERMUTA Y LA DONACIÓN. LA TRANSFERENCIA DEL DOMINIO CONSTITUYE EL OBJETIVO ESPECÍFICO Y DIRECTO DE ELLOS, COMO SE INDICA, EXPLÍCITAMENTE, HASTA EN LAS DEFINICIONES LEGALES DE ESOS CONTRATOS. ALGÚN OTRO CONTRATO PUEDE TENER POR EFECTO LA TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD, COMO EL DEPÓSITO IRREGULAR (ART. 2191). PERO EN ÉSTE SU FINALIDAD ES UNA 'CUSTODIA' Y SI EL DEPOSITARIO ADQUIERE LA PROPIEDAD DE LA COSA DEPOSITADA ES POR LA NATURALEZA FUNGIBLE O CONSUMIBLE DE ELLA".

"Como ejemplos del primer supuesto del Código acerca de dominio revocable pueden citarse algunos pactos susceptibles de agregarse al contrato de compraventa. Así los siguientes: a) el de retroventa, la venta sujeta a condición resolutoria, en lato sentido; b) el pactum displicentie; c) el pacto comisorio; el pacto de mejor comprador".

"Todos esos pactos implican la introducción al contrato de una condición resolutoria cuyo cumplimiento 'resuelve', es decir, extingue retroactivamente el dominio. Y no se trata, por cierto, de una condición meramente potestativa. Todas las que suponen los pactos indicados, requieren que acaezca un hecho, y esto sirve a darles validez y eficacia jurídicas".

2.2. El segundo supuesto de dominio revocable previsto por la norma, es cuando el propietario "puede ser privado de la propiedad por una causa proveniente de su título". Es el caso, por ejemplo, de la revocación de una donación por causa de ingratitud. Es interesante puntualizar que en este caso el efecto retroactivo de la extinción del dominio opera únicamente entre donante y donatario, pero no respecto a terceros en favor de los cuales el donatario pudiera haber constituido derechos reales. Los casos de reversión de las donaciones constituyen también ejemplos del segundo supuesto de dominio revocable aludido.

3. DOMINIO FIDUCIARIO

Dominio fiduciario es el que se adquiere en un fideicomiso singular, subordinado a durar solamente hasta el cumplimiento de una condición resolutoria o hasta el vencimiento de un plazo resolutorio, para el efecto de restituir la cosa a un tercero.

Podemos mencionar el siguiente ejemplo de dominio fiduciario: una persona que tiene un cuantioso patrimonio se enferma gravemente y teme morir prontamente. En esa situación le causa preocupación la actitud de su sobrino Juan que es piloto de autos de carreras y decidió abandonar momentáneamente su carrera universitaria de ingeniería en motores de competición. Con la finalidad de que su sobrino retome los estudios universitarios, constituye un dominio fiduciario de un inmueble acondicionado con maquinarias de última generación para diseñar autos de competición y para preparar automóviles de carrera, a favor de un ingeniero que es su mejor amigo, disponiendo que el día que su sobrino se reciba de ingeniero, deberá entregarle el taller montado.

4. DURACIÓN MÁXIMA

El Código establece como plazo máximo de espera de la condición resolutoria 10 años.

III. JURISPRUDENCIA

1. El dominio es por su naturaleza irrevocable, de suerte que las cláusulas que hagan revocable el dominio deben ser expresas, porque se trata de crear una excepción (CCiv. Corrientes, LA LEY, 96-683).

2. Para que exista la revocabilidad del dominio es necesario que la causa esté inserta en el título, el cual debe satisfacer los requisitos de forma. Un boleto privado, que sólo encierra una promesa de venta no puede ser un título hábil para ese fin (CNCiv., sala 2, LA LEY, 38-603).

3. Esta Corte en su composición anterior consideraba que en la expropiación para la transmisión del pleno dominio al Estado era necesario que se cumpliera con el fin de utilidad pública, destino que funcionaría como condición resolutoria conforme a los arts. 2663 y 559. En verdad, en la retrocesión no hay función resolutoria y menos aplicación del art. 2663, ya que no se trata de un dominio revocable, pues no lo sería por voluntad del expropiado, ni por causa proveniente del título (SCBA, LA LEY, 156-435).

4. El beneficiario de una donación efectuada por el causante posee sobre el inmueble un dominio imperfecto, pues su derecho puede ser resuelto por el heredero perjudicado mediante el ejercicio de eventuales acciones de reducción. Ello así, puesto que el inmueble podría ser objeto de eventuales acciones de reducción promovidas por los hipotéticos herederos legítimos del causante (CNCiv., sala H, 20/11/1996, inédito).

340ART. 1966.— FACULTADES. EL TITULAR DEL DOMINIO REVOCABLE TIENE LAS MISMAS FACULTADES QUE EL DUEÑO PERFECTO, PERO LOS ACTOS JURÍDICOS QUE REALIZA ESTÁN SUJETOS A LAS CONSECUENCIAS DE LA EXTINCIÓN DE SU DERECHO.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El artículo señala cuáles son las facultades del titular y que sucede con los actos jurídicos celebrados por el titular revocable. Esta norma guarda alguna relación con el art. 2670 del Código sustituido, pero en realidad Vélez no había previsto norma alguna que estableciera que el dueño revocable tiene las mismas facultades que el dueño perfecto.

Fuente: Proyecto de 1998, art. 1906.

II. COMENTARIO

1. FACULTADES DEL TITULAR

Mientras no se hubiere cumplido el plazo o la condición resolutoria, el titular del dominio imperfecto es dueño, razón por la cual tiene las mismas facultades del dueño perfecto, es decir el ius utendi, fruendi y abutendi. Ahora bien, los actos jurídicos que realice el dueño del dominio imperfecto están sujetos a las consecuencias de la extinción de su derecho.

Los terceros que constituyeron actos jurídicos con el titular de dominio imperfecto no pueden desconocer tal circunstancia y los efectos jurídicos que puede traer aparejado a futuro (art. 1967), ello teniendo en cuenta que la calidad de titular de dominio revocable surge de los registros pertinentes.

En cuanto a los actos materiales cabe señalar que el propietario por el solo hecho de serlo puede realizar las mejoras necesarias, útiles y sun-

TUARIAS, COMO ASIMISMO PUEDE DISPONER DE LOS FRUTOS QUE LA COSA GENERE.

POR ÚLTIMO, RESTA SEÑALAR QUE EL TITULAR DEL DOMINIO IMPERFECTO SE ENCUENTRA LEGITIMADO PARA INICIAR LAS ACCIONES POSESORIAS Y REALES EN DEFENSA DE LA COSA OBJETO DEL DOMINIO REVOCABLE NO SÓLO CONTRA TERCEROS SINO TAMBIÉN CONTRA EL ANTERIOR TITULAR.

ART. 1967.— EFECTO DE LA REVOCACIÓN. LA REVOCACIÓN DEL DOMINIO DE COSA REGISTRABLE TIENE EFECTO RETROACTIVO, EXCEPTO QUE LO CONTRARIO SURJA DEL TÍTULO DE ADQUISICIÓN O DE LA LEY.

CUANDO SE TRATA DE COSAS NO REGISTRABLES, LA REVOCACIÓN NO TIENE EFECTO RESPECTO DE TERCEROS SINO EN CUANTO ELLOS, POR RAZÓN DE SU MALA FE, TENGAN UNA OBLIGACIÓN PERSONAL DE RESTITUIR LA COSA.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

LA NORMA EN COMENTARIO SEÑALA QUE, COMO PRINCIPIO, LA REVOCACIÓN DEL DOMINIO DE COSA REGISTRABLE TIENE EFECTOS RETROACTIVOS. EN IGUAL SENTIDO SE EXPEDÍA EL ART. 2669 DEL CÓDIGO SUSTITUIDO. SI BIEN SE MANTIENE EL SISTEMA ANTERIOR, LO NOVEDOSO ES EL SEGUNDO PÁRRAFO DE LA NORMA EN CUANTO ESTABLECE QUE CUANDO SE TRATA DE COSAS NO REGISTRABLES, LA REVOCACIÓN NO TIENE EFECTO RESPECTO DE TERCEROS SINO EN CUANTO ELLOS, POR RAZÓN DE SU MALA FE, TENGAN UNA OBLIGACIÓN PERSONAL DE RESTITUIR LA COSA.

FUENTE: PROYECTO DE 1998, ARTS. 1907 Y 1909.

II. COMENTARIO

1. EFECTOS DE LA REVOCACIÓN

HICHTAL COMO SURGE DEL ARTÍCULO QUE COMENTAMOS EL PRINCIPIO ES QUE LA REVOCACIÓN DEL DOMINIO DE COSA REGISTRABLE TIENE EFECTO RETROACTIVO AL DÍA DE LA FECHA EN QUE SE ADQUIRIÓ EL DOMINIO IMPERFECTO, LO CUAL COINCIDE CON EL CÓDIGO SUSTITUIDO Y CON LO DISPUESTO EN EL ART. 4310 DEL ESBOÇO DE FREITAS.

SI LA COSA MUEBLE ES REGISTRABLE Y ESTÁ BAJO UN RÉGIMEN DE REGISTRACIÓN CONSTITUTIVO (EJ.: AUTOMOTORES), PARA QUE EL ANTERIOR PROPIETARIO PUEDA ADQUIRIR EL DOMINIO ES NECESARIO QUE SE EFECTÚE LA TRANSFERENCIA CON LA DEBIDA INSCRIPCIÓN (ART. 1968).

DECIMOS QUE LA RETROACTIVIDAD ES EL PRINCIPIO PORQUE EXISTEN EXCEPCIONES QUE SURGEN DE LA LEY O DE LO QUE HUBIEREN PACTADO EN FORMA EXPRESA LAS PARTES EN LA OPORTUNIDAD DE HABERSE CONSTITUIDO EL DOMINIO REVOCABLE.

DICHO PRINCIPIO SE ENCUENTRA RATIFICADO POR LO DISPUESTO EN EL ART. 348 QUE AL REGULAR LA CONDICIÓN RESOLUTORIA ESTABLECE: "SI SE HUBIESE DETERMINADO EL EFECTO RETROACTIVO DE LA CONDICIÓN, EL CUMPLIMIENTO DE ÉSTA OBLIGA A LA ENTREGA RECÍPROCA DE LO QUE LAS PARTES HABRÍA CORRESPONDIDO AL TIEMPO DE LA CELEBRACIÓN DEL ACTO. NO OBSTANTE, SUBSISTEN LOS ACTOS DE ADMINISTRACIÓN Y LOS FRUTOS QUEDAN A FAVOR DE LA PARTE QUE LOS HA PERCIBIDO".

2. EXCEPCIONES

CUANDO SE TRATA DE COSAS MUEBLES NO REGISTRABLES, LA REVOCACIÓN NO TIENE EFECTO RESPECTO DE TERCEROS SINO EN CUANTO ELLOS, POR RAZÓN DE SU MALA FE, TENGAN UNA OBLIGACIÓN PERSONAL DE RESTITUIR LA COSA.

SI SE ESTÁ EN PRESENCIA DE UNA COSA MUEBLE NO REGISTRABLE QUE NO SEA NI HURTADA O PERDIDA, EL POSEEDOR DE BUENA FE ES SU DUEÑO POR EL PRINCIPIO DE POSESIÓN VALE TÍTULO O PRESUNCIÓN DE PROPIEDAD (ART. 1895), LA REVOCACIÓN NO TIENE EFECTOS, ADEMÁS SI HUBIERE PAGADO UN PRECIO POR LA COSA (TÍTULO ONEROSO) PODRÁ REPELER CON ÉXITO LA ACCIÓN REIVINDICATORIA DEL ANTERIOR PROPIETARIO.

DE LO EXPUESTO PRECEDENTEMENTE CABE INFERIR QUE EL REVOCANTE PODRÁ INICIAR CON ÉXITO LA ACCIÓN REIVINDICATORIA CONTRA EL TERCERO CUANDO LA COSA HUBIERA SALIDO DE LAS ESFERA DE CUSTODIA DEL PROPIETARIO IMPERFECTO COMO CONSECUENCIA DE UN HURTO, ROBO O LA HUBIERA PERDIDO.

OTRA POSIBILIDAD ES QUE EL TERCER ADQUIRENTE DE LA COSA SUJETA AL DOMINIO REVOCABLE HUBIERE TRANSMITIDO A UN TERCERO QUE CONOCIERA O HUBIERA PODIDO CONOCER LA EXISTENCIA DE UNA CLÁUSULA RESOLUTORIA.

LA NORMA MENCIONA OTRAS EXCEPCIONES, CUANDO EXPRESA: "EXCEPTO QUE LO CONTRARIO SURJA DEL TÍTULO DE ADQUISICIÓN O DE LA LEY", EL PRIMER SUPUESTO SE CONFIGURA CUANDO ES LA PROPIA LEY LA QUE ESTABLECE QUE LA REVOCACIÓN NO TENDRÁ EFECTOS RETROACTIVOS Y POR ENDE NO PODRÁ AFECTAR LOS DERECHOS DE TERCEROS DE BUENA FE, TAL COMO SURGE DEL SUPUESTO DE LA REVOCACIÓN DE UNA DONACIÓN POR INEJECUCIÓN DE LOS CARGOS QUE PREVÉ EL ART. 1570. EL SEGUNDO SUPUESTO SE PRODUCE CUANDO LAS PARTES DE COMÚN ACUERDO LO DECIDEN EN LA OPORTUNIDAD DE CELEBRAR EL CONTRATO QUE ORIGINÓ EL DOMINIO REVOCABLE.

POR ÚLTIMO, RESTA SEÑALAR QUE EL ART. 348 ESTABLECE OTRAS DOS EXCEPCIONES A CUYO TEXTO Y COMENTARIO NOS REMITIMOS POR RAZONES DE BREVEDAD.

ART. 1968.— READQUISICIÓN DEL DOMINIO PERFECTO. AL CUMPLIRSE EL PLAZO O CONDICIÓN, EL DUEÑO REVOCABLE DE UNA COSA QUEDA INMEDIATAMENTE CONSTITUIDO EN POSEEDOR A NOMBRE DEL DUEÑO PERFECTO. SI LA COSA ES REGISTRABLE Y EL MODO SUFICIENTE CONSISTE EN LA INSCRIPCIÓN CONSTITUTIVA, SE REQUIERE INSCRIBIR LA READQUISICIÓN; SI LA INSCRIPCIÓN NO ES CONSTITUTIVA, SE REQUIERE A EFECTO DE SU OPONIBILIDAD.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

LA NORMA EN COMENTARIO SEÑALA QUE AL CUMPLIRSE EL PLAZO O CONDICIÓN, EL DUEÑO REVOCABLE DE UNA COSA QUEDA INMEDIATAMENTE CONSTITUIDO EN POSEEDOR A NOMBRE DEL DUEÑO PERFECTO. SI LA COSA ES REGISTRABLE Y EL MODO SUFICIENTE CONSISTE EN LA INSCRIPCIÓN CONSTITUTIVA, SE REQUIERE INSCRIBIR LA READQUISI-

CIÓN; SI LA INSCRIPCIÓN NO ES CONSTITUTIVA, SE REQUIERE A EFECTO DE SU OPONIBILIDAD. EN AMBOS SUPUESTOS SE ESTÁ EN PRESENCIA DE LA DENOMINADA "READQUISICIÓN DEL DOMINIO PERFECTO". EN EL CÓDIGO SUSTITUIDO LA READQUISICIÓN DEL DOMINIO PERFECTO ESTABA REGULADO EN EL ART. 2670.

FUENTE: PROYECTO DE 1998, ART. 1908.

II. COMENTARIO

COMO YA SE MENCIONARA EN EL COMENTARIO DEL ARTÍCULO QUE ANTECEDE LA REVOCACIÓN DEL DOMINIO TIENE EFECTO RETROACTIVO AL DÍA DE LA FECHA EN QUE SE ADQUIRIÓ EL DOMINIO IMPERFECTO, DESDE QUE SE CUMPLE LA CONDICIÓN RESOLUTORIA O VENCIDO EL PLAZO, MOMENTO A PARTIR DEL CUAL EL DOMINIO REVOCABLE SE EXTINGUE EN FORMA AUTOMÁTICA Y POR ENDE EL DUEÑO ANTERIOR READQUIERE EL DOMINIO PERFECTO SIN NECESIDAD DE QUE SE LE HAGA TRADICIÓN DE LA COSA YA QUE EN ESTE CASO SE CONFIGURA POR IMPERIO DE LA LEY UNA EXCEPCIÓN A LA TRADICIÓN MATERIAL Y EFECTIVA COMO ADQUISICIÓN DEL DOMINIO POR MEDIO DE LA FIGURA DE LA CONSTITUTO POSESORIO.

EN EFECTO, QUIEN ERA DUEÑO SUJETO A RESOLVERSE, AL VERIFICARSE EL EVENTO RESOLUTORIO SE CONVIERTE EN TENEDOR, Y EL ANTERIOR DUEÑO PASA A SER NUEVAMENTE POSEEDOR Y, POR LO TANTO, DUEÑO PERFECTO.

AHORA BIEN, A LOS FINES DE LA OPONIBILIDAD DEL DERECHO DE DOMINIO A LOS TERCEROS INTERESADOS EN LOS TÉRMINOS DE LA LEY 17.801, ES NECESARIO QUE LA READQUISICIÓN DEL DOMINIO PERFECTO SE INSCRIBA EN EL REGISTRO QUE CORRESPONDA, CLARO ESTÁ EN EL SUPUESTO DE COSAS REGISTRABLES.

EN EL SUPUESTO DE AUTOMOTORES —DONDE POR DISPOSICIÓN LEGAL LA INSCRIPCIÓN REGISTRAL ES CONSTITUTIVA— PARA QUE EL ANTERIOR DUEÑO READQUIERA EL DERECHO REAL SERÁ NECESARIA LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD AUTOMOTOR.

PRODUCIDA LA EXTINCIÓN DEL DOMINIO REVOCABLE POR CUALQUIERA DE LOS SUPUESTOS MENCIONADOS, EL TITULAR DEL DOMINIO REVOCABLE DESCIENDE EN SU CATEGORÍA JURÍDICA Y PASA DE SER POSEEDOR LEGÍTIMO A TENEDOR INTERESADO, CON LA CONSIGUIENTE OBLIGACIÓN A RESTITUIR LA COSA A SU ANTIGUO DUEÑO (ART. 1940, INC. C). EN CASO DE INCUMPLIMIENTO, EL TITULAR DE DOMINIO PODRÁ INICIAR UNA ACCIÓN PERSONAL DE CUMPLIMIENTO DE CONTRATO O BIEN UNA ACCIÓN REAL DE REIVINDICACIÓN.

SI QUIEN SE ENCUENTRA OBLIGADO A RESTITUIR LA COSA COMO CONSECUENCIA DE LA REVOCACIÓN DEL DOMINIO, TRANSFIERE LA COSA A QUIEN NO ES PROPIETARIO, "SI LA COSA ES INMUEBLE O MUEBLE REGISTRABLE, EL ACREEDOR TIENE ACCIÓN REAL CONTRA TERCEROS QUE SOBRE ELLA APARENTEMENTE ADQUIRIERON DERECHOS REALES, O QUE LA TENGAN EN SU POSESIÓN POR CUALQUIER CONTRATO HECHO CON EL DEUDOR" (ART. 761). DISTINTA SERÁ LA SOLUCIÓN SI SE TRATA DE UNA COSA MUEBLE NO REGISTRABLE Y ES ADQUIRIDA POR UN POSEEDOR DE BUENA FE Y A TÍTULO ONEROSO.

ART. 1969.— EFECTOS DE LA RETROACTIVIDAD. SI LA REVOCACIÓN ES RETROACTIVA EL DUEÑO PERFECTO READQUIERE EL DOMINIO LIBRE DE TODOS LOS ACTOS JURÍDICOS REALIZADOS POR EL TITULAR DEL DOMINIO RESUELTO; SI NO ES RETROACTIVA, LOS ACTOS SON OPONIBLES AL DUEÑO.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

EL ARTÍCULO EN ESTUDIO MANTIENE EL RÉGIMEN DEL CÓDIGO SUSTITUIDO, SIN CAMBIOS, BASTA PARA ELLO CON REMITIRSE A LO DISPUESTO EN EL ART. 2670.

FUENTE: PROYECTO DE 1998, ART. 1909.

ain II. COMENTARIO

owidctlpar1. EFECTOS DE LA RETROACTIVIDAD

LA NORMA EN ESTUDIO NO ESTABLECE DIFERENCIA ALGUNA ENTRE ACTOS DE ADMINISTRACIÓN Y ACTOS DE DISPOSICIÓN, COMO SÍ LO PREVEÍA EL ART. 2670 DEL CÓDIGO DE VÉLEZ.

EN EFECTO, EL ART. 1969 AL REGULAR LOS EFECTOS DE LA RETROACTIVIDAD DISPONE QUE SI LA REVOCACIÓN ES RETROACTIVA EL DUEÑO PERFECTO READQUIERE EL DOMINIO LIBRE DE TODOS LOS ACTOS JURÍDICOS REALIZADOS POR EL TITULAR DEL DOMINIO RESUELTO.

AL UTILIZAR EL TÉRMINO "ACTOS JURÍDICOS" EN FORMA GENÉRICA, DEBE ENTENDERSE QUE COMPRENDE TANTO A LOS ACTOS JURÍDICOS DE ADMINISTRACIÓN COMO A LOS DE DISPOSICIÓN.

SIN DUDA, ESA ES LA INTENCIÓN DEL LEGISLADOR, YA QUE DICHA POSTURA SE REITERA CUANDO REGULA LOS EFECTOS DE LA EXTINCIÓN DEL FIDEICOMISO EN EL ART. 1707 QUE EXPRESA: "CUANDO LA EXTINCIÓN NO ES RETROACTIVA SON OPONIBLES AL DUEÑO PERFECTO TODOS LOS ACTOS REALIZADOS POR EL TITULAR DEL DOMINIO FIDUCIARIO. SI LA EXTINCIÓN ES RETROACTIVA EL DUEÑO PERFECTO READQUIERE EL DOMINIO LIBRE DE TODOS LOS ACTOS JURÍDICOS REALIZADOS".

POR ÚLTIMO, AL REGULAR LOS EFECTOS DE LA EXTINCIÓN DEL DERECHO REAL DE SUPERFICIE DISPONE: "AL MOMENTO DE LA EXTINCIÓN DEL DERECHO DE SUPERFICIE POR EL CUMPLIMIENTO DEL PLAZO CONVENCIONAL O LEGAL, EL PROPIETARIO DEL SUELO HACE SUYO LO CONSTRUIDO, PLANTADO O FORESTADO, LIBRE DE LOS DERECHOS REALES O PERSONALES IMPUESTOS POR EL SUPERFICIARIO" (CFR. ART. 2125).

COMO PUEDE OBSERVARSE EN ESTA ÚLTIMA NORMA EL LEGISLADOR FUE MUCHO MÁS PRECISO AL MENCIONAR "DERECHOS REALES Y PERSONALES", LO CUAL DENOTA QUE SE REFIERE TANTO A LOS ACTOS DE DISPOSICIÓN COMO DE ADMINISTRACIÓN.

LA NORMA HACE REFERENCIA A TODOS LOS ACTOS JURÍDICOS REALIZADOS POR EL TITULAR DEL DOMINIO RESUELTO.

CABE PREGUNTARSE QUÉ SUCEDERÍA EN EL CASO DE QUE FUERA UNA PERSONA AJENA AL TITULAR DEL DOMINIO REVOCABLE EL QUE CELEBRA UN ACTO DE ADMINISTRACIÓN (CONTRATO DE LOCACIÓN O COMODATO) CON UN TERCERO.

SUPONGAMOS LA SIGUIENTE HIPÓTESIS: EL TITULAR DEL DOMINIO REVOCABLE CELEBRA UN BOLETO DE COMPRAVENTA CON EL SR. TULIO Y LE OTORGA LA POSESIÓN DEL INMUEBLE. DICHO ADQUIRENTE CON BOLETO DECIDE CELEBRAR UN CONTRATO DE LOCACIÓN CON EL SR. PONCIO POR EL TÉRMINO DE 10 AÑOS. A LOS TRES MESES DE CE-

LEBRADO EL CONTRATO Y ANTES DEL ACTO DE ESCRITURACIÓN SE PRODUCE LA REVOCACIÓN DEL DOMINIO, MOTIVO POR EL CUAL EL BIEN DEBE PASAR AL PATRIMONIO DEL DUEÑO PERFECTO.

¿QUÉ SUCEDE CON EL CONTRATO DE LOCACIÓN CELEBRADO?

ENTENDEMOS QUE EN DICHO CASO EL ACTO JURÍDICO CELEBRADO NO LE RESULTA OPONIBLE AL DUEÑO PERFECTO, PUESTO QUE NADIE PUEDE ADQUIRIR UN DERECHO MEJOR A MÁS AMPLIO QUE AQUEL QUE SE LO TRANSMITE, ELLO SIN PERJUICIO DE LOS DERECHOS QUE PUDIERE HACER VALER EL TERCERO DE BUENA FE CONTRA LA PERSONA QUE SUSCRIBIÓ EL ACTO JURÍDICO QUE A LA POSTRE QUEDÓ SIN EFECTO.

CAPÍTULO 4

LÍMITES AL DOMINIO

POR ROBERTO MALIZIAH

Bibliografha clõsicaid9849094 : ADROGUÍ MANUEL, "Las molestias entre vecinos en la reforma civil (Ley 17.711)", LA LEY, 145-335; ALTERINI, JORGE H., "Las luces como restricciones y lHmites al dominio y como servidumbres"; LA LEY, 131-418; ANDORNO, LUIS O., "Las molestias de vecindad (art. 2618 del Cyd. Civil). La responsabilidad por daco ambiental", JA, 1999-IV-1074; "Las relaciones de vecindad", Revista de Derecho de Dacos, 26/2/2005; ARRAGA PENIDO, MARIO O., "Las vistas y luces en la medianerHa y el Proyecto de Cydigo Civil de 1998", JA, 2003-I-499, y "Servidumbres atHpicas", LA LEY, 1985-C, 199; BIELSA, RAFAEL, *Restricciones y servidumbres administrativas*, Buenos Aires, 1923; BRUSA, HORACIO, "Las restricciones y lHmites al dominio del art. 2618 del C.C. y la competencia judicial en la Provincia de Santa Fe", LLLitoral, 1997-109; CAFFERATTA, NÑSTOR A., "Daco ambiental. Jurisprudencia", LA LEY, 2003-D, 1339, *Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales*, t. V; CALEGARI DE GROSSO, LIDIA, "Aplicaciones histyricas y actuales del art. 2639 Cyd. Civil sobre el camino de sirga", SJA, 28/2/2007 - JA, 2007-I-1145; CLERC, CARLOS. M., *Relaciones de vecindad y responsabilidad civil en Derecho Privado*, libro homenaje a Alberto J. Bueres, Hammurabi, Buenos Aires, 2001; COSSARI, NELSON G. A., *Dacos por molestias intolerables entre vecinos. Exceso de la normal tolerancia*, 1€ ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2006; Hd., "El derecho de propiedad de uno y otro vecino", Revista de Derecho de Dacos, 2005-II-279; DE LA RIVA, IGNACIO M., El camino de sirga: en la encrucijada entre el derecho pÚblico y el privado", SJA 30/9/2009; HIGHTON, ELENA, "¡La resurrecciyn del camino de sirga?", LLBA, 1994-136; KIPER, CLAUDIO M., en BUERES-HIGHTON, *Cydigo Civil comentado*, t. 5, Hammurabi, Buenos Aires, 2004; RODRHGUEZ, JUAN PABLO, "Las inmisiones inmateriales y los vecinos", DJ, 2002-3-365; RONDINA, HOMERO, "RÜgimen legal de vanos y aberturas sobre linderos, luces, vistas y ventanas", LA LEY, 1993-E, 1176; SPOTA, ALBERTO G., "Luces de tolerancia en el muro divisorio", JA, 69-629; VILLEGAS BASAVILBASO, BENJAMHN, "Restricciones administrativas de la propiedad", LA LEY, 3-146.

Art. 1970.— Normas administrativas. Las limitaciones impuestas al dominio privado en el interÑs pÚblico estõn regidas por el derecho administrativo. El aprovechamiento y uso del dominio sobre inmuebles debe ejercerse de conformidad con las normas administrativas aplicables en cada jurisdicciyn.

Los lHmites impuestos al dominio en este CapHtulo en materia de relaciones de vecindad, rigen en subsidio de las normas administrativas aplicables en cada jurisdicciyn.

I. RELACIYN CON EL CYDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El artHculo que comentamos secala que las limitaciones al dominio se rigen principalmente por el derecho administrativo, y que las de este capHtulo, que se aplican a las relaciones de vecindad, son subsidiarias de las normas administrativas de cada jurisdicciyn.

Esta norma se relaciona con el art. 2611 del Cydigo sustituido que establecHa que las limitaciones fundadas "*sylo*" en el interÑ7 s pÚblico se rigen por el derecho administrativo.

Fuente: Proyecto de 1998, art. 1910.

II. COMENTARIO

1. LHmites al dominio. Generalidades

El Cydigo Civil trata lo concerniente a los lHmites al dominio en el capHtulo cuarto, a partir del art. 1970. Se trata de normas que tienden a fijar los lHmites dentro de los cuales deben ejercerse las facultades del titular del dominio a fin de que la instituciyn cumpla sus fines individuales, econymicos y sociales. En un "Estado de Derecho" es inconcebible un derecho "absoluto", falto de toda limitaciyn. Nuestra Constituciyn establece que todos los derechos, aun aquellos que el iusnaturalismo ha secalado como HnsitOs en la propia naturaleza humana, estõn condicionados a las leyes que reglamenten su ejercicio (art. 14). En opiniyn de Bielsa, el Cydigo Civil impone tales restricciones en razyn de un principio de "igualdad" y "reciprocidad" en el goce del derecho de propiedad por parte de los propietarios vecinos, para que Ñstos se conduzcan como "buenos vecinos" y se establezca entre ellos una "entente cordial".

La primera parte del artHculo en estudio dice: "Las restricciones impuestas al dominio privado sylo en el interÑs pÚblico estõn regidas por el derecho administrativo", en virtud de ello se entiende que las cuestiones vinculadas a las restricciones administrativas son de jurisdicciyn administrativa.

En tal sentido nuestro mõs alto Tribunal de Justicia ha resuelto que: "...Por aplicaciyn de lo dispuesto en el art. 2611, los perjuicios causados por la administraciyn en la ejecuciyn de trabajos a la propiedad particular, sin que haya incorporaciyn al dominio pÚblico de ninguna parte de ella, son restricciones impuestas al dominio privado sylo en interÑs pÚblico y son regidas por el derecho administrativo, debiendo, por lo tanto, las acciones de indemnizaciyn a que ellas puedan dar lugar, deducirse ante la autoridad administrativa que con sus hechos o de sus agentes los haya causado o pretenda causarlos".

"En efecto, la autoridad administrativa al hacer efectiva la restricciyn, determinada por un interÑs pÚblico, realiza un acto de poder, es decir, exterioriza una manifestaciyn de voluntad, no como persona jurHdica, sino como poder pÚblico y no pueden los particulares interponer recursos de carÕcter judicial con el objeto de impedir que se ejecute esa decisiyn administrativa. Las disposiciones de la autoridad en materia de restricciones administrativas, son de inmediato ejecutables, o como dicen algunos autores 'operativas'. Ahora bien, en la hipytesis de producirse dacos o

perjuicios con la restricciyn, en principio no procede la indemnizaciyn jurнdicamente, por cuanto como ya se ha dicho, aquйlla no es sino condiciyn legal".

"Ya se ha manifestado que las limitaciones al derecho de propiedad pueden fundarse en motivos de interйs pъblico o privado y que por prescripciyn del art. 2611 del Cydigo Civil las primeras se rigen por el derecho administrativo. Se ha expuesto, tambiйn, que el concepto de 'limitaciones' es genйrico, y comprende a las 'restricciones', a las 'servidumbres' y a la 'expropiaciyn'. Asн, pues, las restricciones que sylo miran el interйs pъblico, son las que se denominan 'restricciones administrativas'. En cuanto a su naturaleza jurнdica es conv47 eniente advertir, que tanto las restricciones civiles como las administrativas, deben ser consideradas como condiciones normales del ejercicio del derecho de propiedad, pero existe entre йstas una diferencia fundamental. En las restricciones administrativas (pъblicas) el particular o propietario estб situado frente a la administraciyn pъblica, y no frente a otros particulares o propietarios como ocurre en las restricciones civiles (privadas). El beneficiario en las primeras es la comunidad representada por la respectiva administraciyn pъblica; en las segundas es el particular o particulares. De esto se desprende que en las restricciones administrativas el beneficiario es 'indeterminado', mientras que en las restricciones civiles (privadas) es o puede siempre ser 'determinado'. Por otra parte son inconfundibles las restricciones administrativas o pъblicas y las otras dos clases de limitaciones pъblicas: las servidumbres y la expropiaciyn. Estas ъltimas sujetan al propietario a un sacrificio particular del que resulta un aumento tambiйn particular del interйs pъblico; en cambio, en las restricciones pъblicas o administrativas la carga impuesta al particular es general, en razyn de un comъn interйs pъblico; las restricciones pъblicas o privadas, segъn Mayer, son "debilitaciones inherentes a la propiedad impuesta de una manera general". Las restricciones pъblicas imponen obligaciones de 'no hacer' o de 'dejar hacer', en cambio, como ya se ha expresado, las restricciones privadas, consisten en *no facere in alieno*. Las restricciones pъblicas son ilimitadas en nъmero y clase. Las restricciones pъblicas, como las privadas, no dan lugar —en principio— a indemnizaciyn. En efecto, siendo las restricciones condiciones del ejercicio del derecho de propiedad, es lygico que ellas, en principio, no den lugar a un derecho de indemnizaciyn por los dacos que puedan producir, pues ese daco no es jurнdico".

En la nota al art. 2506 del Cydigo sustituido, Vйlez expresa que "segъn dijeron los sabios antiguos, aunque el hombre tenga poder de hacer en lo suyo lo que quisiese, dйbelo hacer de manera que no haga daco ni atropelle a otro".

Resulta importante tambiйn lo dicho por Demolombe, "Cuando establecemos que el dominio es exclusivo (y absoluto), es con la reserva que no existe con este carбcter, sino en los lнmites y bajo las condiciones determinadas por la ley, por una consideraciyn esencial a la sociedad: el predominio, para el mayor bien de todos y de cada uno, del interйs general y colectivo, sobre el interйs individual".

2. Formas de las restricciones

Las formas que pueden tener las restricciones administrativas, pueden variar indefinidamente, pero puede manifestarse que el ejercicio del poder de policнa es el que origina el mayor nъmero de restricciones.

Algunas de esas restricciones derivadas del poder de policнa, son las siguientes:

1) Por *estatus necesitatis.*

2) Por higiene pъblica.

3) Por moralidad pъblica.

4) Por tranquilidad pъblica.

3. Aplicaciyn subsidiaria

Los lнmites impuestos al dominio en el Capнtulo cuarto en materia de relaciones de vecindad, rigen en subsidio de las normas administrativas aplicables en cada jurisdicciyn.

Ello implica que para resolver conflictos de lнmites o restricciones al dominio debe estarse a la normativa vigente de carбcter administrativo local que rige las relaciones de vecindad y sylo subsidiariamente se pueden aplicar las normas que emanan del Cydigo Civil.

III. JURISPRUDENCIA

j 1. Por aplicaciyn de lo dispuesto en el art. 2611, los perjuicios causados por la administraciyn en la ejecuciyn de trabajos a la propiedad particular, sin que haya incorporaciyn al dominio pъblico de ninguna parte de ella, son restricciones impuestas al dominio privado sylo en interйs pъblico y son regidas por el derecho administrativo, debiendo, por lo tanto, las acciones de indemnizaciyn a que ellas puedan dar lugar, deducirse ante la autoridad administrativa que con sus hechos o de sus agentes los haya causado o pretenda causarlos (CSJN, Fallos: 17: 412).

2. La vida en comunidad dispone la necesidad de tener que tolerar ciertas molestias o incomodidades ordinarias, las cuales en muchos casos pueden resultar inevitables. Asн, las restricciones y lнmites al dominio en el rйgimen de propiedad horizontal implican que todo propietario tiene el deber de soportar aquellas que fueren normales a la relaciyn de vecindad, criterio elбstico que debe considerarse en orden a las condiciones que una vida moderna impone en urbes como esta ciudad. No obstante, si se demuestra que las molestias exceden de lo razonable, corresponde decretar su cese con el retiro de los elementos en infracciyn (CNCiv., sala G, 15/10/1997, LA LEY, 1998-B, 266).

3. Las restricciones y lнmites al dominio implican que todo propietario tiene el deber de soportar aquellas incomodidades normales de la vecindad —en el caso, se alegy la existencia de ruidos y olores por parte de un lavadero—, siendo йste un criterio elбstico en orden a las condiciones que la vida moderna impone en las urbes (CNCiv., sala F, 7/3/2001, RCyS, 2001, 770).

Art. 1971.— Daco no indemnizable. Los deberes impuestos por los lнmites al dominio no generan indemnizaciyn de dacos, a menos que por la actividad del hombre se agrave el perjuicio.

I. RELACIYN CON EL CYDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El artнculo en estudio dispone como principio, que los lнmites impuestos por la ley deben se tolerados, sin derecho a indemnizaciyn alguna.

Fuente: Proyecto de 1998, art. 1911.

II. Comentario

1. Daco no indemnizable

Al comentar el artнculo que conceptualiza el dominio dijimos que uno de los caracteres del dominio era su carбcter absoluto, lo cual implica que dentro de la enumeraciyn de los derechos reales es el mбs amplio de todos, es decir el que mayores facultades le permite a su titular, pero ello no implica que sea ilimitado, puesto que no debe configurar un ejercicio abusivo y ademбs existe un conjunto de normas fundadas en razones de salubridad, seguridad, convivencia, etc., que establecen lнmites al dominio privado.

El titular de dominio debe soportar limitaciones en el ejercicio de su derecho de propiedad, es decir una tolerancia por el hecho de vivir en comunidad, donde debe existir un equilibrio para evitar el conflicto permanente y es por ello que en algunos casos se perjudica con las limitaciones impuestas por la ley y en otros se beneficia.

La norma en estudio, que tiene por finalidad evitar los conflictos en las relaciones de vecindad propias del derecho privado, resulta aplicable tambiйn a las disposiciones normativas que emergen del derecho administrativo, estableciendo restricciones en aras del bien social comъn, no generan indemnizaciyn de dacos, a menos que por la actividad del hombre se agrave el perjuicio.

lang1034Art. 1972.— Clбusulas de inenajenabilidad. En los actos a tнtulo oneroso es nula la clбusula de no transmitir a persona alguna el dominio de una cosa determinada o de no constituir sobre ella otros derechos reales. Estas clбusulas son vбlidas si se refieren a persona o personas determinadas.

En los actos a tнtulo gratuito todas las clбusulas secaladas en el primer pбrrafo son vбlidas si su plazo no excede de diez acos.

Si la convenciyn no fija plazo, o establece un plazo incierto o superior a diez acos, se considera celebrada por ese tiempo. Es renovable de manera expresa por un lapso que no exceda de diez acos contados desde que se estableciy.

En los actos por causa de muerte son nulas las clбusulas que afectan las porciones legнtimas, o implican una sustituciyn fideicomisaria.

I. Relaciyn con el Cydigo Civil. Fuentes del nuevo texto

En el Cydigo sustituido la clбusula estaba prohibida en los actos a tнtulo oneroso, razyn por la cual se interpretaba que su violaciyn generaba la obligaciyn de indemnizar. En el nuevo Cydigo si el dueco enajena a pesar de la prohibiciyn, nada debe indemnizar ya que la clбusula es nula.

En todos los casos, se la admite por un plazo mбximo de diez acos, y se aclara que deben respetar la porciyn legнtima.

Fuente: Proyecto de 1998, art. 1912.

II. Comentario

1. Clбusula de inenajenabilidad

Como todo dueco tiene la facultad de enajenar, puede hacerlo o no. Lo que se le prohнbe es comprometerse a no enajenarlo o imponerle esa condiciyn al adquirente, porque no se puede trabar su circulaciyn.

El Cydigo se refiere a las clбusulas de no enajenar en los arts. 234 y 1972.

El art. 234 secala que: "son casos de inenajenabilidad relativa y, por tanto, estбn fuera del comercio, las cosas cuya enajenaciyn se hubiese prohibido "*por actos jurнdicos, en cuanto este Cydigo permite tales prohibiciones*". Mientras que el art. 1972 dispone: "...que es prohibida la clбusula de no enajenar a persona alguna, pero no a persona determinada...".

De ello puede extraerse que es perfectamente vбlida la clбusula de no enajenar a persona determinada: la misma figura en el tнtulo que integra el dominio y no puede ser desconocida puesto que para la transferencia de inmuebles el escribano interviniente debe efectuar el correspondiente estudio de tнtulos, de manera tal que dicha clбusula queda expuesta.

Supongamos por vна de hipytesis que no obstante la clбusula de no enajenar a persona determinada (por ejemplo Poncio Pilatos), el titular de dominio decide venderle la cosa a Poncio Pilatos, el interrogante es el siguiente: їla compraventa realizada es nula o es vбlida?

Para responder a dicha pregunta lo primero que debemos hacer es examinar es el tнtulo en el cual se estipuly la clбusula de no enajenar a persona determinada a fin de establecer los alcances y efectos de la mencionada disposiciyn, que es ley para las partes, y que alcanza a la persona determinada, por cuanto reiteramos, integra el tнtulo.

Si la mencionada clбusula fue estipulada como condiciyn resolutoria, ninguna duda cabe de que el anterior propietario puede demandar, judicialmente, la nulidad del acto y reivindicar la cosa (arg. arts. 1966, 1967, 1969 y concs.). Si solamente se hubiere estipulado para el caso de violaciyn una pena de multa, serб el cobro de esta multa lo ъnico que podrб perseguir el anterior propietario. Si la clбusula prohibitiva no estuviese pactada como condiciyn resolutoria, ni tampoco impuesta como multa, y ella es violada, cabe interpretar que el anterior propietario puede demandar la devoluciyn de la cosa a este tercer adquirente, porque al estar dicho acto jurнdico inscripto en el registro, йste no puede alegar su buena fe, y aun cuando la clбusula no estuviese registrada, de todos modos le serна oponible, pues su existencia surgirна del correspondiente estudio de tнtulos.

La clбusula de no enajenar a persona alguna en los actos a tнtulo oneroso, en cambio, carece de validez, tal como expresamente lo secala el art. 1972, que en su parte pertinente dice: es nula la clбusula de no transmitir a persona alguna el dominio de una cosa determinada o de no constituir sobre ella otros derechos reales.

2. Limitaciones a la libre disposiciyn en los actos a tнtulo gratuito

Tratбndose de liberalidades (donantes o testadores), se admite la imposiciyn de una prohibiciyn de enajenar, pero el tлrmino de validez de la clбusula no puede extenderse por mбs de diez acos.

La prohibiciyn debe constar en el testamento o en la escritura de donaciyn, importando colocar fuera del comercio a la cosa sobre la que recae. Podemos decir que en ningъn caso la clбusula puede afectar la legнtima.

Si se estipuly la clбusula de no enajenar y no obstante ello el bien se transmite a un tercero, el acto jurнdico serб nulo, puesto que rige lo dispuesto por el art. 382 que al regular la ineficacia de los actos jurнdicos dispone que: *"Los actos jurнdicos pueden ser ineficaces en razyn de su nulidad o de su oponibilidad respecto de determinadas personas"*.

Por otra parte, no se puede dejar de advertir que corresponde hacer una distinciyn segъn se trate de cosas registrables o no registrables.

En efecto si se estб en presencia de una cosa registrable, al figurar en el tнtulo la clбusula de no enajenar, el tercero no podrб alegar su buena fe, razyn por la cual se impone la nulidad de la adquisiciyn.

En el supuesto de cosas muebles no registrables la situaciyn varна puesto que resulta de aplicaciyn lo dispuesto en el art. 1895 y la nulidad del acto no alcanzarна al tercer adquirente de buena fe.

3. Casos en los que se genere una comunidad

El art. 2000 secala que los condyminos pueden pactar que la cosa quede indivisa por un tлrmino que no exceda de diez acos, como mбximo. Asimismo, la clбusula de indivisiyn puede ser establecida por el testador o donante, en los supuestos que un mismo bien es testado vна legado o donaciyn a dos o mбs personas.

Las clбusulas de indivisiyn o el cese anticipado de la indivisiyn sylo producen efecto respecto de terceros cuando se inscriban en el respectivo registro de la propiedad (art. 2003). Lo mismo se prevл para los coherederos (arts. 2331).

En cuanto a los alcances y efectos de las clбusulas de indivisiyn pactadas por los cyndominos o que fueran impuestas por el testador nos remitimos al comentarios de los arts. 2003 y 2331.

4. Sustituciyn fideicomisaria

fcs1Por último resta señalar que el art. 1972 establece otro límite a las cláusulas de no enajenar en los actos a título gratuito, que consiste en la prohibición de la sustitución fideicomisaria.

idct1parIII. JURISPRUDENCIA

1. Es improcedente el recurso extraordinario deducido contra la sentencia que rechazó la acción incoada con el objeto de obtener la nulidad de una cláusula de indisponibilidad de un bien suscripta en oportunidad de cancelar la hipoteca que lo gravaba, habiendo expresado el a quo que no cabe tildar de abusiva la señalada cláusula, a poco que se examine el origen de la deuda que vino a cancelar con moneda desvalorizada y la naturaleza de la contratación que en su oportunidad permitió a la actora acceder a una financiación oficial en condiciones excepcionalmente ventajosas, con fines de intereses público y bienestar general en base a los cuales se otorgó el préstamo en los términos de la operatoria denominada "Plan 25 de Mayo", esto es, para la construcción de viviendas económicas, debiendo ser las unidades a construirse "destinadas a la venta en calidad de vivienda propia y permanente de los interesados en adquirirlas". (De los fundamentos del Procurador General de la Nación que la Corte hace suyos) (CSJN, 3/11/1981, LA LEY, 1982-D, 103).

2. Sostiene pues el a quo que bajo tales condiciones resulta inadmisible la tacha en cuanto a la indisponibilidad mencionada, respecto de la cual, destaca, no juega lo dispuesto en el art. 1364, del Cód. Civil, frente a la naturaleza publicística de las relaciones que se discuten las que serían desvirtuadas si los fondos provenientes del apoyo financiero concedido por el Banco para solucionar los problemas de vivienda de la población, resultan aplicados a favorecer exclusivamente el lucro de la entidad intermedia recurrente en estos autos. (De los fundamentos del Procurador General de la Nación que la Corte hace suyos) (CSJN, 3/11/1981, LA LEY, 1982-D, 103).

3. La exigencia de la previa conformidad del deudor cedido con el cedente del crédito sólo es admisible con el alcance de la norma del art. 1364 del Cód. Civil, y siempre que no medie abuso del derecho por el contratante que invoca esta norma que prohíbe enajenar la cosa vendida a cualquier persona (CNCom., sala A, 21/5/1999, LA LEY, 2000-B, 490 - DJ, 2000-2-134 - ED, 184-287).

4. Las anotaciones que se practican en el Registro de la Propiedad Inmueble tienen por objeto la publicidad de la situación jurídica del bien. La inhibición voluntaria encuadra dentro de las previsiones del art. 30 del decreto-ley 17.801/1968 (CNCiv., sala A, 21/11/1974, LA LEY, 1975-D, 213, con nota de Alberto D. Molinario).

5. La prohibición genérica de ceder un boleto "sin la previa conformidad escrita de la vendedora", carece de validez legal, siendo nula por virtud de lo dispuesto en el art. 1364 que es aplicable a la cesión de derechos conforme al art. 1435 del Cód. Civil (CNCiv., sala E, 30/7/1979, LA LEY, 1979-D, 559).

6. Corresponde verificar con carácter quirografario y no privilegiado el crédito insinuado por un banco, si el deudor con anterioridad a su concurso preventivo y a pesar de la prohibición de transferir el inmueble asiento de la hipoteca contenida en el contrato de mutuo enajenó el mismo, pues la violación de una cláusula prohibida de inalienabilidad absoluta (art. 2612, Cód. Civil) no puede modificar los efectos de la transmisión dominial operada por el cumplimiento de los recaudos legales exigidos para que se produzca la transferencia del derecho real de dominio (CCiv. y Com. 2ª Nom. Córdoba, 23/8/2001, LLC, 2002-88).

7. La prohibición de enajenar la propiedad sin el consentimiento del acreedor hipotecario impuesta contractualmente al deudor no contradice el art. 2612 del Cód. Civil, ya que solamente establece las condiciones o el modo de ejercicio del derecho de propiedad, esto es, la manera en que tal enajenación será válida, dando el co-

rrespondiente aviso al que se obligó contractualmente (TS La Rioja, 11/3/2008, LLGran Cuyo, 2008-552).

8. Si la prohibición de enajenar la propiedad sin el consentimiento del acreedor hipotecario impuesta en el contrato hipotecario tiene efectos personales en los términos del art. 2612 del Código Civil, sin afectar el derecho real que se publicita a través del Registro, carece de razonabilidad que éste efectúe una inscripción meramente provisional hasta tanto el propietario vendedor, obtenga del acreedor hipotecario el permiso para vender a la persona a quien eligió como comprador (Del voto en disidencia del doctor Ávila) (TS La Rioja, 11/3/2008, LLGran Cuyo, 2008-552).

s21 **Art. 1973.— Inmisiones. Las molestias que ocasionan el humo, calor, olores, luminosidad, ruidos, vibraciones o inmisiones similares por el ejercicio de actividades en inmuebles vecinos, no deben exceder la normal tolerancia teniendo en cuenta las condiciones del lugar y aunque medie autorización administrativa para aquéllas.**

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

I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto

El artículo que comentamos regula las consecuencias jurídicas que ocasionan las denominadas inmisiones inmateriales, es decir las molestias que ocasionan el humo, calor, olores, luminosidad, ruidos, vibraciones o inmisiones similares por el ejercicio de actividades en inmuebles aledaños, que pueden dar lugar a reclamos entre vecinos a fin de hacer cesar las molestias y, si corresponde, la indemnización por los perjuicios ocasionados.

Esta norma es similar al art. 2618 del Código sustituido y si bien se mantienen sustancialmente los preceptos normativos del Código de Vélez, lo cierto es que se receptó lo que la doctrina y la jurisprudencia interpretaba al comentar la norma.

Fuente: Proyecto de 1998, art. 1913.

II. Comentario

1. Generalidades

Kiper señala que modernamente se ha querido justificar las restricciones al dominio en interés recíproco de los vecinos en las doctrinas, entre otras, del abuso del derecho y del uso excepcional del fundo.

Por la primera de esas doctrinas se ha sostenido que a la propiedad raíz se la debe usar y gozar de manera normal; pero ello no abarca ni justifica una cantidad de situaciones creadas por los establecimientos fabriles, donde el uso que éstos dan a la propiedad es totalmente distinto del que se le da al inmueble cuando se lo destina a otros fines, como, por ejemplo, para vivienda, sanatorio, etc., con lo que varía diametralmente para unos y otros el concepto de normalidad. Por otra parte, en la doctrina del abuso del derecho el acto que ejecuta el agente debe ser sin beneficio para él, o al menos debe ser antisocial, antieconómico o con otros fines que no merezcan la tutela jurídica, elemento que no sucede con la actividad industrial o comercial, donde, precisamente quien le ejerce pretende sacar el mejor provecho para sí, lo que en definitiva beneficia a la sociedad toda, ni se puede decir, por lo mismo, que sea antisocial, antieconómica o que tenga fines que no merezcan la tutela jurídica.

En el uso excepcional del fundo, el legislador supone que los inmuebles tienen también un "uso normal" u ordinario. Lo que sale de ese marco genera para el propietario una responsabilidad de tipo objetivo, basada en la idea de que quien goza de los beneficios de una actividad debe cargar con los perjuicios que ella ocasiona a los demás. Algo de eso se aprecia en el actual art. 1973, que prescinde de la idea de culpa.

2. Inmisiones inmateriales

Las llamadas inmisiones inmateriales son propagaciones de factores que perturban (ruido, humo, olor, etc.), y su causa está en la obra del hombre, en lo que aquí interesa, un vecino. Una regla importante de buena vecindad es que hay que tolerar lo que hace el otro, pero también esto tiene un límite, que es la "normal tolerancia". Esto surge del art. 1973, que tiene por fuente al art. 2618 del Código sustituido, inspirado en el Código Civil italiano. Nadie tiene porqué47 soportar aquello que excede la normal tolerancia, lo que es insoportable, irrazonable, etc. El criterio de medición debe ser objetivo, ya que lo contrario generaría un caos; la tolerancia debe ser la normal en un determinado momento y lugar determinado, y debe ser sentida como tal por la conciencia social.

El progreso industrial ha multiplicado las situaciones que perturban. En una época se procuraba proteger la industria, ya que es fuente de trabajo para muchas personas. Actualmente, nuevas ideas apuntan más a proteger el medio ambiente (bastante castigado) y a la salud. También algunas teorías resuelven los conflictos sobre la base de análisis económicos. Lo cierto es que todas las posturas son bien intencionadas, de modo que lo importante es encontrar el equilibrio.

Las reglas del Código permiten exigir el cese de las molestias intolerables. Desde ya, si además se causó un daño, éste debe ser indemnizado por aplicación de los principios generales. En ocasiones, la jurisprudencia admitió, con acierto, la reparación del daño moral.

El art. 1973 resulta de aplicación a las denominadas inmisiones inmateriales, mas no a las denominadas influencias ni a las inmisiones materiales; por tanto las hipótesis no contempladas por dicho precepto, que es meramente enunciativo, están regidas por los principios relativos a los actos ilícitos.

El citado artículo se refiere a las inmisiones inmateriales, como contraposición a las intromisiones materiales en el fundo ajeno.

Las inmisiones inmateriales son propagaciones de factores que perturban causadas por la obra del hombre. No se refiere a una invasión directa o corpórea del fundo ajeno —la que constituirá turbación o despojo posesorio—, sino a la emanación y envío de distintas sustancias o energías que, generadas en el inmueble propio, penetran en el del vecino, a pesar de que en ciertos casos la molestia es producida por el ingreso de objetos materiales desde el punto de vista físico, como ser el polvo, chispas, hollín o vapor. Siempre existe una base de propagación en el fondo propio.

3. Normal tolerancia

Las restricciones y límites al dominio implican que todo propietario tiene el deber de soportar aquellas incomodidades normales de la vecindad. Hay una imposición de la vida social que determina la necesidad de tener que tolerar ciertas molestias inevitables en muchos casos, y que pueden ser una contrapartida de las numerosas ventajas que el avance tecnológico proporciona al hombre.

Lo expuesto tiene un límite, fijado por la referida norma: la "normal tolerancia", la que debe interpretarse con un criterio objetivo, en función de lo que es común a la mayoría de las personas o de lo que indican las tablas como tolerable, y ese criterio, para ser tal, debe contemplar las circunstancias económico-sociales de los propietarios y el lugar en el cual están situadas las viviendas, el tipo de ellas, etc.; en cambio, deben desecharse los criterios subjetivos de determinadas personas.

Areán expone que las relaciones de vecindad imponen tolerar ciertas molestias, ya que no debemos olvidar que el dueño puede ejercer las facultades inherentes a su derecho aunque privare a terceros de ventajas o comodidades o aunque les ocasione algunos inconvenientes Por ello el legislador fija un tope hasta el cual deben soportarse las molestias: no deben exceder la normal tolerancia. Asimismo destaca la autora que la normal tolerancia configura una fórmula abstracta, porque en definitiva es el juez quien determina si —en cada caso concreto— se ha sobrepasado el tope. Determinar si ruidos y olores superan el umbral mínimo de una incomodidad moderada implica una cuestión de hecho librada a la apreciación judicial en cada caso concreto.

La solución es lógica si se pondera que la resolución de un litigio motivado por una presunta contravención a la disposición en estudio se encuentra estrechamente vinculada a cuestiones de hecho y directamente influenciada por la subjetividad de los involucrados. En efecto, aquello que para determinadas personas puede resultar tolerable, puede no serlo para otras y es allí donde resulta indispensable el criterio orientador del magistrado que, como tercero imparcial y de acuerdo a los principios de la sana crítica, deberá dirimir el conflicto. Debe tenerse en cuenta además que si la cuestió47 n reviste carácter técnico —que por lo general lo tiene— el juzgador deberá recurrir a la opinión de un perito experto en la materia.

74 Vale decir, que el criterio que prevalece es el objetivo, no se tiene en cuenta los daños producidos a la víctima en particular. El acogimiento de la acción no encuentra su base en la culpa o en la actividad ilícita, sino tan sólo en que produce molestias que, ya por su carácter de continuidad o por su intensidad, excede las incomodidades ordinarias o tolerables. Es decir que se trata de una responsabilidad ajena a todo elemento intencional o culposo. En el uso excepcional del fundo, el legislador supone que los inmuebles tiene un uso normal u ordinario. Lo que sale de ese marco genera para el propietario una responsabilidad de tipo objetivo, basada en la idea de que quien goza de los beneficios de una actividad debe cargar con los perjuicios que ella ocasiona a los demás.

Se trata de un supuesto de responsabilidad objetiva, en tanto el damnificado no tiene necesidad de probar la culpa, éste puede eximirse de responsabilidad acreditando que observa la máxima diligencia requerida por las circunstancias.

4 Valoración de la autorización administrativa

Cafferatta sostiene que "...nadie puede tener un derecho adquirido de comprometer la salud pública con el uso que haga de su propiedad, y especialmente en el ejercicio de una profesión o industria. La autorización de un establecimiento industrial está siempre fundada en la presunción de inocuidad, y no obliga al gobierno que la concedió, cuando esa presunción ha sido destruida por los hechos. La eventual autorización administrativa no obsta a que se disponga la cesación de las molestias y/o daños desde que, los requisitos administrativos no pueden tener iguales objetivos jurisdiccionales civil o penal. La autorización administrativa para funcionar se otorga bajo la condición implícita de responder por daños y perjuicios que puedan causarse a terceros —en el caso vecinos—. No puede aceptarse, que como consecuencia de una actividad o de una omisión de las autoridades a cargo del ejercicio del poder de policía, deba tolerarse la violación del deber de no dañar por parte del contaminante...".

Por otra parte, destaca el artículo en análisis que la autorización administrativa (habilitación municipal) no empece el progreso de la acción. Así se ha pronunciado la jurisprudencia al decir que la autorización municipal de carácter administrativo no configura un impedimento para el progreso de la acción prevista por el art. 1973 del Cód. Civil respecto a las molestias a los vecinos que exceden los límites a la normal tolerancia. La autorización municipal, de carácter administrativo, significa solamente que se han dado las condiciones generales establecidas por las leyes y reglamentos respectivos, pero no configura un impedimento para el progreso de la acción prevista por el art. 1973 del Cód. Civil respecto de las molestias a los vecinos que exceden los límites de la tolerancia normal. Las actividades fuentes de las molestias que se procuran evitar o indemnizar son o pueden ser actividades lícitas que cuentan con autorización administrativa.

5. Facultades del juez

Promovida la demanda, el juez está facultado para ordenar la cesación de las molestias y además otorgar la indemnización de los daños, si correspondiere.

En principio, debe entenderse que la indemnización procede solamente cuando la suspensión debiera ocasionar la cesación de una actividad útil o beneficiosa para el interés general; aunque si además de la molestia, existen daños que han sido verificados en juicio, se puede fijar una indemnización por estos perjuicios. Sin embargo, fuera de este supuesto, el juez tiene amplias facultades para disponer la cesación de las molestias, la indemnización de los daños materiales y del daño extrapatrimonial o ambas medidas a la vez.

Algunos autores —adhiriendo a las consideraciones vertidas en la doctrina ita-

liana— entienden que, en función de las referencias que hace el art. 1973 la "normal tolerancia", por un lado, y al "uso regular de la propiedad", por el otro, sólo cuando se excedan ambas pautas se estará frente a un acto ilícito, mientras que cuando sólo se supere a la primera, el acto será lícito pero excesivo o abusivo y sólo generará la obligación de indemnizar pero no la de suprimir la actividad.

Es evidente la íntima conexión entre las disposiciones del los arts. 1973 y 10 del Cód. Civil que regula el abuso del derecho, circunstancia que resulta lógica.

Sin embargo ha de tenerse en cuenta que el acto abusivo es un acto ilícito, contrario al derecho, que viola el ordenamiento; no hay una tercera categoría, una especie de *tertius genus*, a mitad de camino entre lo lícito y lo ilícito.

Debe considerarse por otra parte, que el art. 1973 establece que el juez al decidir deberá tener en cuenta a saber: las condiciones del lugar; si se trata de un establecimiento fabril instalado en zona industrial o establecido en un barrio residencial; las exigencias de la producción resumidas en el beneficio que representa la actividad generadora de la molestia para la comunidad; el respeto debido al uso regular de la propiedad, pauta relacionada con el ejercicio regular y no abusivo del derecho y la prioridad en el uso, la solución del caso será distinta si un vecino adquiere un inmueble lindero a una fábrica que la de aquel que habita en un barrio tranquilo en el que en determinado momento se instala un establecimiento que produce molestias.

6. Inmisión subsanable y víctima que carece de prioridad en el uso. Solución del conflicto

¿Qué ocurre si la causa de la inmisión es subsanable y la víctima de ella carece de prioridad en el uso? ¿Debe rechazarse la demanda, tal como lo propicia un sector de opinión? Difiero con esa interpretación, si se la concibe en términos absolutos. Un ejemplo puede echar luz sobre la cuestión: Si los ruidos y vibraciones del establecimiento fabril son excesivos y provocan en el inmueble vecino daños materiales (desprendimientos del revoque, rajaduras, etc.), y daños a la salud en quienes lo habitan (el caso de la hipoacusia y trastornos de índole psicológica por la imposibilidad de conciliar el sueño, por ejemplo), el juez debe exigir al responsable la subsanación de las molestias y la indemnización de los daños indicados, aunque el causante del perjuicio tenga prioridad en el uso. Esto porque esa prioridad no le da vía libre para violar la ley y perjudicar a su vecino. En cambio, no podría reclamarse por pérdida del valor venal de la propiedad, ya que cuando la finca fue adquirida, la molestia estaba instalada, razón por la cual el adquirente no tiene de qué quejarse, porque al momento de la adquisición el valor del bien estaba depreciado por la cercanía de la fábrica (Rodríguez, J. P.).

ItrchLegitimaciín .7

Cifuentes y Sagarna secalan que no sylo el propietario sino tambiйn quien ejerza la tenencia por tнtulo legal del inmueble vecino, estб legitimado a reclamar. Asimismo, la acciyn se puede dirigir contra quien realiza la actividad molesta. Si йstos son varios, no hay entre ellos solidaridad, a menos que hubiera mediado culpa o dolo de tales responsables —hecho ilнcito—.

III. Jurisprudencia

1. La acciyn contemplada en el art. 2618 del Cyd. Civil, enmarcada en el бmbito de las restricciones al dominio fundadas en razones de vecindad, tiende a obtener el cese de molestias de cualquier tipo que excedan "la normal tolerancia" razonablemente exigible a los vecinos. La delimitaciyn del cartabyn legal —de la "normal tolerancia"— constituye una cuestiyn de hecho que la norma remite a la prudencial apreciaciyn judicial, a cuyo efecto deben tenerse en cuenta las condiciones del lugar, asн como las exigencias de la producciyn, el respeto debido al uso regular de la propiedad y la prioridad en el uso (CCiv. Neuquйn, sala 2Є, 1/8/1995).

2. Al poner la actividad contaminante en situaciyn de riesgo la salud de los actores y vecinos, se borra el condicionamiento o lнmite que el art. 2618 Cyd. Civil procura estatuir con el criterio de la "normal tolerabilidad" (C1ЄCiv. y Com. La Plata, sala 3Є, 9/2/1995, JA, 1995-IV-188).

3. Toda vez que las molestias ocasionadas exceden la normal tolerancia que la actora estб obligada a soportar como consecuencia de las relaciones de vecindad, si el sonido que producen los aparatos de aire acondicionado excede el nivel de decibeles permitido por las ordenanzas municipales, corresponde hacer lugar a la demanda, e intimar al reemplazo de los aparatos o a la reducciyn del sonido (CSJN, 10/2/1998, LA LEY, 1998-C, 487 - DJ, 1998-2-298).

4. Para determinar si los ruidos molestos, los malos olores y gases tyxicos superan el umbral mнnimo de una incomodidad moderado —en el caso, derivados de la actividad de un silo—, no debe estarse a las reacciones y apreciaciones subjetivas de determinadas personas —tйcnicas o no— sino lo que estima el comъn del pueblo, y lo que las tablas indican como tolerable para la poblaciyn general (CNCiv., sala A, 6/3/2001, DJ, 2001-3-881 - LA LEY, 2002-A, 609).

Art. 1974.— Camino de sirga. El dueco de un inmueble colindante con cualquiera de las orillas de los cauces o sus riberas, aptos para el transporte por agua, debe dejar libre una franja de terreno de quince metros de ancho en toda la extensiyn del curso, en la que no puede hacer ningъn acto que menoscabe aquella actividad.

Todo perjudicado puede pedir que se remuevan los efectos de los actos violatorios de este artнculo.

I. Relaciyn con el Cydigo Civil. Fuentes del nuevo texto

La norma en estudio se relaciona con los arts. 2639 y 2640 del Cydigo sustituido. Puede observarse una modificaciyn importante, es decir la reducciyn de 35 a 15 metros la franja, en la que no se puede afectar el transporte por agua. Ademбs se amplнa la legitimaciyn activa puesto que la acciyn puede ser iniciada por todo aquel que se encuentre perjudicado.

Fuente: Proyecto de 1998, art. 1914.

II. Comentario

1. Camino de sirga. Generalidades

Dentro del mismo tнtulo de las restricciones y lнmites del dominio, el codificador incluye el art. 1974, que dispone que los propietarios limнtrofes con los rнos o con canales que sirven a la comunicaciyn por agua, estбn obligados a dejar, sin indemnizaciyn alguna, una calle o camino pъblico de quince metros de ancho en toda la extensiyn del curso. La restricciyn para los propietarios riberecos consiste en no poder utilizar ese espacio para hacer construcciones, ni reparar las antiguas que existiesen, ni deteriorar el terreno de manera alguna, ni realizar en йl ninguna otra actividad (por ejemplo, sembrados o plantaciones) que puedan obstaculizar el libre trбnsito de personas o animales, que se necesiten para ayudar a pasar por ahн a las embarcaciones, a los efectos de la comunicaciyn por agua. Esta es una restricciyn que alcanza no sylo a los rнos y canales navegables, sino tambiйn a aquellos cursos de agua que, sin estar comprendidos entre aquйllos, puedan servir, sin embargo, a la "comunicaciyn por agua".

La restricciyn abarca no sylo a los propietarios limнtrofes, sino a quienes no sean limнtrofes pero sean duecos de un inmueble dentro de la franja de 15 metros.

Los 15 metros se cuentan, en el caso de los rнos, desde la terminaciyn de la ribera interna, y en el caso de los canales desde la lнnea exterior de las obras de mampostenа.

La norma apunta, principalmente, a asegurar las necesidades de la navegaciyn, flotaciyn y pesca, mбxime si se tiene presente el origen histyrico de este instituto, cuando los barcos eran desplazados por cuerdas gruesas y arrastrados por la fuerza del hombre o de animales ubicados en la orilla. La "sirga" era una cuerda gruesa y para su empleo era necesario que estuviese despejado un espacio vecino a la orilla.

El Estado sylo tiene derecho a reglamentar el uso de la franja de 15 mts., con el ъnico destino que marca la ley, que obedece a las necesidades de la navegaciyn, de la flotaciyn y pesca. Pero no puede utilizar el camino de sirga para la realizaciyn de otras obras, por ej., muelles, puertos, astilleros, o para el ensanche de una calle destinada a la circulaciyn por tierra; en estos supuestos, es indispensable la expropiaciyn de la superficie necesaria.

2. Naturaleza jurнdica

Respecto a la naturaleza de este instituto se han esbozado distintas teorнas:

a) Algunos autores, entre los que se destaca Machado (t. 7, ps. 5 y ss.), sustentan que el camino de sirga pertenece al dominio pъblico. Sostiene Jorge H. Alterini, quien se apoya en la referencia contenida en el art. 2639, que cuando establece la obligaciyn de los propietarios limнtrofes con los rнos o con canales de dejar una "calle o camino pъblico", en la actualidad ha perdido vigencia, pues ha sido rebatida con sylidos fundamentos por Salvat, Marienhoff, Lafaille y Legyn, quienes sostienen que: "1) el camino de ribera no estб incluido en la nymina de bienes del dominio pъblico del art. 2340; 2) que el art. 2639, alude a 'propietarios limнtrofes' y a 'propietarios riberecos', 3) que serнa ilygico que se le impusieran prohibiciones a esos propietarios si el camino de ribera fuese pъblico; 4) que serнa inъtil el art. 2572 que atribuye al Estado los acrecentamientos por aluviyn en lohs rнos navegables si ya fuera propietario de esa fracciyn de tierra" (Llambнas, J. J. - Alterini, J. H.).

505Los autores que sostienen que se trata de una servidumbre administrativa dicen que debe considerarse tal porque afecta el carбcter exclusivo del dominio pero se cuestiona esta interpretaciyn, porque no existirнa fundo dominante y tan sylo aparecerнa el fundo sirviente, pese a que los arts. 2970 y ss. suponen la existencia de ambos y serнa exagerado catalogar como fundo dominante al rнo o canal y porque la inexistencia de indemnizaciyn es compatible con las restricciones y lнmites y no con la servidumbres administrativas propias de las servidumbres del derecho civil, es poco comprensible que sea el derecho civil quien estructura una servidumbre administrativa y dentro del marco de las restricciones y lнmites (arg. art. 2611)" (Alterini en Llambнas-Alterini).

b) Otra corriente doctrinal considera que la franja designada como camino de sirga pertenece en propiedad a los riberecos, encontrбndose entre йstos los que afirman que es una servidumbre administrativa

c) La ъltima corriente doctrinal que es la que se ajusta —a mi entender— a la naturaleza jurнdica de este instituto, afirma que el camino de sirga importa una restricciyn y lнmite de un dominio privado, la que se fundamenta en la legislaciyn vigente y en el hecho de que se encuentra regulado dentro de las restricciones y lнmites al dominio, y que como йstas se caracteriza por la inexistencia de indemnizaciyn. Esta postura ha sido receptada en diversos fallos jurisprudenciales (CSJN, 8/5/1909, Fallos: 111:179, CNCiv., LA LEY, 3-1105; CS Santa Fe, sala II, Rep. LA LEY, t. XXV, p 1478, cit. por Alterini, quien apoya tal tesitura).

El camino de sirga pertenece al dominio privado de los particulares, pero estб sometido a la restricciyn que le imponen los arts. 3629 y 2640 del Cyd. Civil, que estбn destinadas a facilitar la circulaciyn por las calles y caminos pъblicos, en mira a las necesidades de la navegaciyn; no pudiendo hacer en el camino de sirga ninguna construcciyn ni reparar las antiguas que existen, o existнan, ni deteriorar el terreno en manera alguna, debiendo soportarla el propietario sin ninguna indemnizaciyn. El Estado sylo tiene derecho a reglamentar el uso de la franja de 35 m, con el ъnico destino que marca la ley, que obedece a las necesidades de la navegaciyn de la flotaciyn y pesca. Pero no puede utilizar el camino de sirga para la realizaciyn de obras, por ej.; muelles, puertos, astilleros; en estos supuestos es indispensable la expropiaciyn de la superficie necesaria (Borda; CSJN, 8/5/1909, Fallos: 555:179), o como en el caso, a mi entender, para el ensanche de una calle destinada a la circulaciyn por tierra.

Es decir, que la ъnica restricciyn que emana de la ley y que el propietario debe soportar sin derecho a indemnizaciyn, es la que surge de las normas jurнdicas resecadas, toda otra forma de restricciyn del dominio, que se pretenda imponer, como en el caso, debe ser objeto de afectaciyn a expropiaciyn por la ley y su propietario recibir la justa indemnizaciyn.

Esta conclusiyn no varнa, aun cuando se admitiera que el camino de sirga es una servidumbre administrativa, porque las consecuencias jurнdicas serнan las mismas, Borda secala que "el contenido del camino de sirga, es decir, las limitaciones a los derechos del propietario, y los derechos que sobre esa franja posee el Estado, son

exactamente los mismos, sea que se los califique como restricciyn al dominio o como servidumbre. En otras palabras, la discusiyn se plantea en el terreno de la pura tйcnica jurнdica...".

3. Camino de sirga. Fuente legal

La fuente exclusiva de las restricciones es la ley, ya que son impuestas por ёsta a todos los predios que se encuentran en determinadas condiciones, a diferencia de las servidumbres que tienen como principal fuente a la voluntad de los particulares.

Asн lo ha entendido el tribunal, que claramente indica que la afectaciyn del camino de la ribera surge por propio imperio de la ley, a lo que agrega lo innegable que resulta que desde el punto de vista econymico y social, subyace en la figura el interйs pъblico de la comunicaciyn fluvial y el interйs general de la explotaciyn de los terrenos vecinos al fundo ribereco (Highton, Elena, LLBA, 1994-136, fallo comentado: CCiv., Com., Crim. y Correc. Zбrate, 29/9/1992).

b1134. Camino de sirga. Fundamentaciyn legal. Finalidad

hLa caracterización del camino de sirga, como restricción y límite de un dominio privado, se fundamenta en la legislación vigente y por lo tanto solo es exigible cuando persigue como destino el previsto en la ley, con el propósito de facilitar la circulación con miras a las necesidades de la navegación, prohibiendo toda obra que perjudique el derecho que tiene un ciudadano de usar las riberas a dichos fines.

5. Camino de sirga. Restricción y límite al dominio fundado en el interés público

Tampoco puede tener otro fundamento que el interés público la desposesión de la faja o zona de 15 metros que impone el art. 1974, porque siendo esa restricción una desposesión, una privación del uso y goce de una parte de la propiedad, tal desposesión o restricción no puede ser autorizada sino por consideraciones de interés común o de utilidad pública, que es la única razón que puede legitimar el cercenamiento y privación de la propiedad o de su posesión; pues es obvio que nadie puede ser despojado o privado de la posesión de lo suyo a nombre del interés particular, salvo que medie expropiación, según procedimiento legal.

6. Camino de sirga. Finalidad. Inexistencia de indemnización

El camino de sirga pertenece al dominio privado de los pobladores, pero está sometido a la restricción que le impone el Código, que están destinadas a facilitar la circulación por las calles y caminos públicos, en mira a las necesidades de la navegación, no pudiendo hacer en el camino de sirga ninguna construcción, ni reparar las antiguas que existan, ni deteriorar el terreno en manera alguna, debiendo soportarla el propietario sin ninguna indemnización.

Si bien el artículo en estudio no hace referencia a la inexistencia de indemnización lo cierto es que debe aplicarse el principio general que emerge del art. 1971 que señala que las limitaciones no generan indemnización.

7. Legitimación para exigir la apertura del camino de sirga

Por el reconocimiento de una vinculación entre los intereses particulares de los ocupantes de los fundos vecinos y el interés público, se encuentran legitimados para exigir la apertura de la calle de ribera o camino de sirga tanto la administración pública como los ocupantes de los fundos vecinos y para el caso de que el ribereño no deje libre el camino, los vecinos particulares tienen la posibilidad de acudir a la justicia y obtener mediante la acción pertinente el cumplimiento de la restricción, de igual forma puede accionar cualquier ciudadano que invoque el derecho genérico de aprovechar los bienes públicos en su condición de habitante del país, en tanto demuestre un interés legítimo.

III. Jurisprudencia

1. La indemnización por expropiaciф3n alcanza los terrenos afectados previamente como camino de sirga: El terreno afectado como camino de sirga debe computarse para establecer la expropiación justa e integral que se le debe al propietario del bien afectado (CNCiv., sala A, 22/2/1999, La Ley Online).

2. Camino de sirga. Facultades del Estado de reglamentar su uso. Expropiación*43.*El Estado sólo tiene derecho a reglamentar el uso del camino de sirga con el único destino que marca la ley, vale decir las necesidades de navegación, flotación y pesca. En consecuencia, no puede utilizarlo para otras obras, supuestos en los cuales será indispensable la expropiación de la superficie y, por ende, la justa indemnización a su propietario (CNCiv., sala A, 2/5/1994, LA LEY, 1994-D, 137 - DJ, 1994-2-793).

3. Camino de sirga. Restricción y límite al dominio: inexistencia de indemnización. El camino de sirga importa una restricción y límite de un dominio privado, para lo cual se fundamenta en la legislación vigente y en el hecho de que se encuentra regulado en el Cód. Civil dentro del capítulo de las restricciones y límites al dominio, caracterizadas por la inexistencia de indemnización (CNCiv., sala E, 6/8/1996, LA LEY, 1998-C, 922).

4. Camino de sirga. Finalidad. Inexistencia de indemnización. El camino de sirga pertenece al dominio privado de los pobladores, pero está sometido a la restricción que le imponen los arts. 2639 y 2640 del Cód. Civil, que están destinadas a facilitar la circulación por las calles y caminos públicos, en mira a las necesidades de la navegación, no pudiendo hacer en el camino de sirga ninguna construcción, ni reparar las antiguas que existan, ni deteriorar el terreno en manera alguna, debiendo soportarla el propietario sin ninguna indemnización (CNCiv., sala F, 31/5/1990, LA LEY, 1990-E, 357 - DJ, 1991-1-408; CNCiv., sala H, 28/5/1998, LA LEY, 1998-E, 562 - DJ, 1998-3-1036).

5. Camino de sirga. Facultades de uso y goce. Los terrenos afectados como camino de sirga pueden ser utilizados por cualquier vecino del pueblo, lo que no significa que el propietario pierda su uso, sino que los conserva de la misma manera que los demás, teniendo asimismo derecho a sus frutos naturales, en tanto existe sobre ellos una servidumbre administrativa sobre superficie anegadiza (J1ªCiv., Com. Federación, 9/3/2009, LLLitoral 2009-678).

Art. 1975.— Obstáculo al curso de las aguas. Los dueños de inmuebles linderos a un cauce no pueden realizar ninguna obra que altere el curso natural de las aguas, o modifique su dirección o velocidad, a menos que sea meramente defensiva. Si alguno de

ellos resulta perjudicado por trabajos del ribereño o de un tercero, puede remover el obstáculo, construir obras defensivas o reparar las destruidas, con el fin de restablecer las aguas a su estado anterior, y reclamar del autor el valor de los gastos necesarios y la indemnización de los demás daños.

Si el obstáculo se origina en un caso fortuito, el Estado sólo debe restablecer las aguas a su estado anterior o pagar el valor de los gastos necesarios para hacerlo.

I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto

El artículo en examen mantiene en la materia el régimen jurídico del Código sustituido (arts. 2642, 2643 y 2644).

Fuente: Proyecto de 1998, art. 1915.

II. Comentario

1. Prohibición de realizar obras que obstaculicen el curso de las aguas

gnp1034El artículo que comentamos establece una serie de prohibiciones a los titulares de inmuebles linderos a un cauce de agua, quienes no pueden realizar ninguna obra que altere el curso de las aguas como así tampoco que modifique su dirección o velocidad. El fundamento del mencionado límite al dominio se funda en razón de salvaguardar el interés general.

Cabe recordar que la Constitución Nacional establece como un derecho de los ciudadanos a la libre navegación, razón por la cual el titular del fundo ribereño no puede realizar actos que impidan de algún modo la navegación, salvo que las obras a realizarse o realizadas sea meramente defensivas.

Puede suceder que algunos de los propietarios ribereños o bien un tercero realice obras que modifiquen o alteren el curso de las aguas, en violación a la prohibición establecida en el primer párrafo del art. 1975.

En tal caso el propietario puede remover el obstáculo, construir obras defensivas o reparar las destruidas, con el fin de restablecer las aguas a su estado anterior, y reclamar del autor del hecho ilícito el valor de los gastos necesarios y la indemnización de los demás daños.

Si el obstáculo se origina en un caso fortuito, el Estado sólo debe restablecer las aguas a su estado anterior o pagar el valor de los gastos necesarios para hacerlo.

El titular del fundo ribereño perjudicado por la alteración del curso de las aguas como consecuencia de un hecho de la naturaleza (caso fortuito), puede por razones de urgencia restablecer a su costo las aguas a su estado anterior y luego repetir contra el estado los gastos en que incurrió.

Art. 1976.— Recepción de agua, arena y piedras. Debe recibirse el agua, la arena o las piedras que se desplazan desde otro fundo si no han sido degradadas ni hubo interferencia del hombre en su desplazamiento. Sin embargo, puede derivarse el agua extraída artificialmente, la arena o las piedras que arrastra el agua, si se prueba que no causan perjuicio a los inmuebles que las reciben.

I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto

La norma que comentamos se relaciona con los arts. 2647 y 2649 del Código sustituido. En cuanto al segundo párrafo, la norma se aparta de lo regulado en el art. 2650 del Código de Vélez ya que éste pone condiciones (agua abundante e incontenible) y a cambio de una indemnización. Ahora, si causa perjuicio no se pueden derivar; pero si no se pueden contener igual se derivarán y habrá que indemnizar.

Fuente: Proyecto de 1998, art. 1916.

II. Comentario

1. Principio y excepción

El propietario de los terrenos inferiores debe recibir las aguas que corren naturalmente desde el terreno superior, o sea las de lluvia o de fuentes, manantiales, vertientes o deshielos y también los elementos (tierras, arenas, piedras) que esas aguas arrastren en su camino. No tiene esa obligación cuando se trata de las aguas que salen al exterior por la industria del hombre (subterráneas), o las de lluvia caídas en techos, goteraje y las utilizadas o servidas (ver arts. 2630 a 2634 del Cód. Civil). En el caso de las subterráneas, no obstante provenir de la industria del hombre, existe la obligación de recibirlas cuando esas aguas se vuelven incontenibles, pagándose por el dueño del fundo superior los daños y perjuicios que se pudieren producir.

2. Recepción de agua, arena y piedras

IchLos terrenos inferiores estõn sujetos a recibir las aguas que descienden naturalmente de otro fundo, como asimismo a la recepciyn de los materiales que ellas arrastran (arena y piedras), ello sin tener derecho alguno a reclamar una indemnizaciyn.

En definitiva, la carga de recibir las aguas de lluvias o de los manantiales que se escurren por los terrenos superiores hasta llegar a los inferiores, se debe configurar por un hecho de la naturaleza; en cambio, si en su desplazamiento interfiere la mano del hombre, por ej. construyendo canales, utilizando bombas de extracciyn de agua, molinos etc., para derivar el agua a fin de que desemboque en los fundos inferiores, el titular del fundo perjudicado tiene derecho a reclamar la indemnizaciyn por los dacos y perjuicios ocasionados y ademõs solicitar que se demuelan las obras que le ocasionan el perjuicio.

Sin embargo, puede derivarse el agua extranda artificialmente, la arena o las piedras que arrastra el agua, si se prueba que no causan perjuicio a los inmuebles que las reciben.

3. Prohibiciyn de agravar la situaciyn del terreno inferior. Si bien el propietario del terreno inferior estõ obligado a recibir las aguas que naturalmente descienden a ïl de

los terrenos superiores, sin derecho a indemnizaciyn alguna, le estб prohibido al dueco del terreno superior agravar la sujeciyn del terreno inferior dirigiendo las aguas a un solo punto o haciendo de cualquier modo mбs impetuosa la corriente, de manera que pueda perjudicar el terreno inferior (Borda).

III. Jurisprudencia

1. Las aguas servidas deberбn ser obligadamente recibidas por el fundo inferior cuando se confundan con las aguas pluviales siempre que ambas desciendan naturalmente del fundo superior al inferior, es decir que no sean conducidas o derivadas, ya que esto ъltimo impide la confusiyn y por tanto no hace excepciyn al principio que veda la recepciyn obligada de las aguas servidas (arts. 2647 y 2648, ъltimo pбrrafo, Cyd. Civil) (C1єCiv. y Com. Bahнa Blanca, sala I; 21/12/1999, LLBA, 2000-300).

2. El propietario del fundo inferior que recibe las aguas servidas conducidas mediante una zanja, en el caso producto de su manipuleo en una planta de potabilizaciyn reconducidas por canales a cielo abierto, tiene derecho a impedirlo o exigir las obras destinadas a neutralizar o morigerar el daco que los derrames provoquen, ya que no corresponde aplicar la excepciyn contemplada en el art. 2648, ъltimo pбrrafo, del Cyd. Civil, el que se constituye sylo cuando las aguas servidas resultantes de un tratamiento industrial y las pluviales se confunde en y descienden naturalmente del fundo superior al inferior y no cuando son conducidas o derivadas (C1єCiv. y Com. Bahнa Blanca, sala I, 21/12/1999, LLBA, 2000-300).

3. Siendo el propietario del fundo inferior el ъnico perjudicado por el escurrimiento de las aguas proveniente del superior, debe presumirse que la obra fue hecha por aquий o por su orden o iniciativa, salvo prueba en contrario, la que no se ha producido pues no debe confundirse la mera aceptaciyn de la obra con la asunciyn de su realizaciyn. El art. 2651 del Cyd. Civil dispone que el fundo inferior debe soportar no solo las aguas sino tambiйn los sedimentos que йstas naturalmente arrastren (CCiv. y Com. San Nicolбs, 27/4/1995, Juba B854193).

4. En materia de restricciones y lнmites del dominio rural, debe partirse de la base que todos los predios inferiores estбn sujetos a recibir las aguas que naturalmente desciendan de los precios superiores, sin que para ello haya intervenido la mano del hombre (art. 2647, Cyd. Civil). Y congruente con ello, dispone el art. 2653 del Cyd. Civil que es prohibido al dueco del terreno superior, agravar la situaciyn del predio inferior dirigiendo las aguas a un solo punto o haciendo de cualquier manera mбs impetuosa la corriente que pueda perjudicar el terreno inferior. La violaciyn de este precepto, otorga derecho al propietario del fundo inferior, a reclamar la remociyn de las obras que hubiere hecho mбs perjudicial el curso natural de las aguas (CCiv. y Com. Junнn, 26/3/1981, La Ley Online).

5. Una cosa es la obligaciyn de los fundos inferiores de recibir las aguas que naturalmente descienden de los terrenos superiores —art. 2647, Cyd. Civil—. Los actores en tal sentido, no podrнan impedir el escurrimiento de aguas por su fundo; es una restricciyn legal al dominio impuesta por dicha norma. Otra cosa es que la demandada realizare un verdadero canal —obra artificial y que a su vez debe mantenerse mediante trabajos especiales— con el objetivo de evitar el anegamiento de toda zona urbana. No se ha demostrado en la causa, ninguna razyn legal que imponga a los accionantes soportar tal restricciyn —artificial— de su derecho de dominio, que se presume pleno y libre e ilimitado, art. 2523, Cyd. Civil, asн pues, la obra pudo sobrevenir por contrato, por constituciyn de servidumbre o aun por expropiaciyn (CApel. Concepciyn del Uruguay, sala civil y comercial, 12/5/1989, DJ, 1990-1-372).

Art. 1977.— Instalaciones provisorias y paso de personas que trabajan en una obra. Si es indispensable poner andamios u otras instalaciones provisorias en el inmueble lindero, o dejar pasar a las personas que trabajan en la obra, el dueco del inmueble no puede impedirlo, pero quien construye la obra debe reparar los dacos causados.

I. Relaciyn con el Cydigo Civil. Fuentes del nuevo texto

El artнculo que comentamos no tiene diferencias sustanciales con lo normado en el art. 2627 del Cydigo sustituido. Se incorpora la referencia al paso de personas.

Fuente: Proyecto de 1998, art. 1917.

II. Comentario

1. Instalaciones provisorias y paso de personas que trabajan en una obra

Para facilitar la convivencia entre los vecinos y evitar interminables disputas, el Cydigo establece esta regla que impone soportar la pйrdida de ventajas derivada de la actividad del vecino, en tanto no causen un daco cierto.

El art. 1977, previsto para conflictos entre vecinos, es tambiйn aplicable a la Administraciyn Pъblica, la que no debe indemnizar las molestias derivadas de la realizaciyn de obras pъblicas, cuando sylo prive a los particulares de ventajas.

El presente artнculo no instituye una servidumbre de paso sino una restricciyn al dominio, al establecer que quien para edificar o reparar su casa tenga necesidad indispensable de hacer pasar sus obreros por la del vecino, puede obligar a йste a sufrirlo (permitiendo el acceso y el trabajo que sea necesario hacer de su lado), con la condiciyn de que satisfaga los perjuicios que cause.

Por su parte, establece que "si para cualquier obra fuese indispensable poner andamios, u otros instalaciones provisorias en el inmueble del vecino, el dueco de йste no tendrб derecho para impedirlo. Para soportar esta restricciyn, que no se puede impedir, la necesidad de poner andamios u otro servicio provisorio, o de hacer pasar obreros, debe ser "indispensable". El artнculo se refiere a "cualquier obra", de modo que no debe ser necesariamente la construcciyn de un edificio sino tambiйn otro tipo de emprendimientos (v.gr.: reparaciyn de una pared).

Estб "a cargo del que construyese la obra la indemnizaciyn del daco que causare". La indemnizaciyn no se refiere a la puesta de los andamios (molestia que debe ser soportada), sino a otros eventuales dacos que puedan resultar por el uso de una tйcnica defectuosa o de un actuar negligente (Llerena, Legyn, Argacarбs, Alterini).

2. Trбnsito de obreros

No hay aquн servidumbre sino un derecho al paso como restricciyn al dominio).

No sylo para el pase de los obreros, sino colocaciyn de elementos en el inmueble para la construcciyn, con indemnizaciyn de los perjuicios ocasionados (Areбn).

III. Jurisprudencia

1. Si bien el propietario de un inmueble tiene la facultad de excluir a terceros del goce o disposiciyn de su cosa, e incluso la de prohibir que en su inmueble se ponga cualquier cosa ajena o que se entre o pase por ella, el art. 2627 del Cyd. Civil rehъsa al dueco el derecho a impedir servicios provisorios en el inmueble del vecino cuando fuese indispensable, siendo a cargo del constructor la indemnizaciyn del daco, instituyйndose tambiйn una servidumbre de trбnsito al mismo propysito (CCiv. y Com. San Isidro, sala II, 13/6/2006, La Ley Online).

2. Resulta procedente la medida autosatisfactiva solicitada por el propietario de un terreno a fin de que el propietario del predio lindero le permita acceder al mismo para llevar a cabo obras en una pared medianera, pues la actitud renuente del demandado, quien se encuentra en principio obligado a autorizar la realizaciyn de tareas de construcciyn desde su propiedad de acuerdo a los arts. 2627 y 3077 del Cyd. Civil, resulta contraria a derecho, lo que sumado al tipo de tareas a efectuar —en el caso, revoque— y la urgencia de su realizaciyn, tornan necesaria una vнa expedita, urgente y efectiva, resultando para ello idynea la medida solicitada (CCiv. y Com. Formosa, 9/2/2009, LLLitoral, 2009-564).

Art. 1978.— Vistas. Excepto que una ley local disponga otras dimensiones, en los muros linderos no pueden tenerse vistas que permitan la visiyn frontal a menor distancia que la de tres metros; ni vistas laterales a menor distancia que la de sesenta centнmetros, medida perpendicularmente. En ambos casos la distancia se mide desde el lнmite exterior de la zona de visiyn mбs cercana al inmueble colindante.

I. Relaciyn con el Cydigo Civil. Fuentes del nuevo texto

El presente artнculo, se relaciona con las disposiciones emergentes de los arts. 2658, 2659 y 2660 del Cydigo sustituidos. Existen algunas novedades en lo concerniente al lugar desde donde se mide la distancia. Ademбs de suprime la referencia a "ventanas, balcones u otros voladizos". En vez de "vistas de costado u oblicuas", ahora se las llama "laterales".

Fuente: Proyecto de 1998, art. 1918.

II. Comentario=0

1. Generalidades

Las aberturas que pueden realizarse en una pared sobre el fundo del vecino se distinguen en luces y vistas. Las luces son aquellas aberturas que permiten pasar la luz y el aire pero no permiten asomarse.

Las vistas son, en sentido amplio, las ventanas que permiten asomarse o mirar (de manera frontal u oblicua, o de costado). La distinciyn se basa, esencialmente, en la posibilidad de asomarse u observar el inmueble vecino.

Excepto que una ley local disponga otras dimensiones, en los muros linderos no pueden tenerse vistas que permitan la visiyn frontal a menor distancia que la de tres (3) metros; ni vistas laterales a menor distancia que la de sesenta (60) centнmetros, medida perpendicularmente. En ambos casos la distancia se mide desde el lнmite exterior de la zona de visiyn mбs cercana al inmueble colindante.

La vista sobre el inmueble vecino se ejerce generalmente a travйs de ventanas, balcones, o cualquier tipo de abertura que permita la vista. Quedan fuera de este sistema las puertas de entrada y salida de los edificios, cuyo destino es completamente distinto, a lo que cabe agregar las terrazas.

Arraga Penido al dar el concepto de luces dice: "Son luceras, troneras, tragaluces, u otros vanos o aberturas hechas en los muros divisorios de los edificios con el objeto de procurar o aumentar la iluminaciyn y tambiйn ventilaciyn para el interior de una habitaciyn, que construidas con el material tйcnico reglamentario y ubicadas a la altura mнnima legalmente permitida sirven a esos fines, sin que se pueda mirar al exterior".

Al definir a las vistas sostiene que: "Son las ventanas, puertas balcones u otros voladizos o aberturas no cerradas, existentes en muros paralelos a la lнnea divisoria de los inmuebles contiguos o bien en las fachadas principales o secundarias de los edificios o sus patios o huecos interiores y que permiten extender fбcilmente la mirada al exterior".

2. Clases de vistas

Las vistas pueden ser frontales (estas vistas son derechas o rectas y permiten mirar directamente al predio vecino sin necesidad de girar la cabeza), laterales (son aperturas que sylo permiten ver de costado, requiriйndose una postura forzada de la persona que necesitara girar la cabeza a la izquierda o a la derecha, segъn donde se encuentre ubicada).

3. Requisitos

Si la vista es frontal debe haber por lo menos tres metros entre la lнnea divisoria y la pared y si es lateral son suficientes sesenta centнmetros de distancia, medida perpendicularmente.

Si no se respetan estos recaudos el afectado puede exigir que se cumplan, o bien que las obras se destruyan y, si corresponde, tambiйn la indemnizaciyn del daco causado.

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

I. Relaciyn con el Cydigo Civil. Fuentes del nuevo texto

El artнculo en estudio se relaciona con el art. 2655 del Cydigo sustituid o, y se refiere a la altura mнnima que es posible tener luces. A diferencia del Cydigo de Vйlez que establecнa una altura de 3 metros en el nuevo Cydigo la altura mнnima se

reduce a 1,80 m.

Fuente: Proyecto de 1998, art. 1919.

tap0II. COMENTARIO

1. Luces

El artículo hace referencia a la posibilidad que tienen los vecinos colindantes de abrir aberturas o netazas en el mundo lindero, para recibir luces.

Si nos remitimos al comentario de los artículos referidos al régimen legal de los muros divisorios podemos observar que los muros de cerramiento, sea contiguos o encaballados, son siempre medianeros hasta la altura de tres metros, razyn por la cual resulta dificultoso la posibilidad de que se abran aberturas o ventanas puesto que la mencionada pared puede ser utilizada por el vecino colindante y de esta manera tapar las luces.

Consideramos que la norma cuando expresa "muro lindero", hace referencia a la "pared privativa", interpretaciyn ésta que se infiere del art. 1981 que expresa: "Quien tiene luces o vistas permitidas en un muro privativo no puede impedir que el colindante ejerza regularmente su derecho de elevar otro muro, aunque lo prive de la luz o de la vista".

En el supuesto que se abrieran ventanas o troneras en pared medianera se requiere el consentimiento del condymino.

2. Requisitos

La abertura puede ser colocada a una altura mínima de (1,80) un metro con ochenta centímetros.

Se trata de una altura suficiente para impedir que se pueda observar el fundo vecino sin la ayuda de escaleras u otros medios, pues para hacerlo es necesario treparse sobre alguna cosa, lo que no puede hacerse naturalmente todos los días y en cada momento.

La distancia mencionada en el Cydigo es supletoria de lo que dispongan normas locales.

3. Legitimados para reclamar el cumplimiento

Los poseedores y los tenedores interesados se encuentran legitimados para iniciar la acciyn correspondiente a fin se que se proceda a la clausura de luces o ventanas que vulneren las disposiciones legales vigentes.

Art. 1980.— Excepciyn a distancias mínimas. Las distancias mínimas indicadas en los artículos 1978 y 1979 no se aplican si la visiyn está impedida por elementos fijos de material no transparente.

I. RELACIYN CON EL CYDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El artículo en comentario establece excepciones a las distancias mínimas previstas en los arts. 1978 y 1979, en aquellos supuestos que la visiyn está impedida por elementos fijos de material no transparente. Esta norma no tiene su correlato en el Cydigo sustituido, si bien por vía jurisprudencial los jueces en ciertas ocasiones admitían modificar las distancias establecidas en la norma.

Fuente: Proyecto de 1998, art. 1920.

II. COMENTARIO

034Si bien el principio general es que se deben respetar las distancias mínimas previstas en los arts. 1978 y 1979, se admite como excepciyn la construcciyn de vistas a una distancia menor cuando la visiyn está impedida por elementos fijos de material no transparente.

Las ventanas o aberturas deben ser protegidas con "*elementos fijos de material no transparente*". La imposiciyn de un elemento fijo significa que no se puedan abrir, y que el material sea opaco es para que no se pueda ver el fundo lindero.

El propysito es una vez más impedir la vista sobre el inmueble vecino, ya que la distancia existente entre las rejas impediría asomar la cabeza. También en el derecho francés, la ley exige que esa ventana tenga vidrio fijo, de modo que sirvan para dar luz, pero no para dar aire a las habitaciones.

Art. 1981.— Privaciyn de luces o vistas. Quien tiene luces o vistas permitidas en un muro privativo no puede impedir que el colindante ejerza regularmente su derecho de elevar otro muro, aunque lo prive de la luz o de la vista.

I. RELACIYN CON EL CYDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El artículo en estudio se relaciona con el art. 2657 del Cydigo sustituido, manteniéndose en materia de privaciyn de luces o vista el mismo criterio.

Fuente: Proyecto de 1998, art. 1921.

II. COMENTARIO

Es común que uno de los vecinos linderos tenga luces o vistas —permitidas— en un muro privativo, situaciyn esta que no le otorga un derecho adquirido respecto del titular del fundo vecino, quien puede ejercer su derecho a elevar otro muro, aunque la construcciyn del mismo prive de la luz o vista a su vecino.

Lafaille y Alterini secalan que lo establecido en la norma significa que como no se ha constituido una servidumbre de luz y no se la ha adquirido por prescripciyn adquisitiva, hace a las facultades propias del dominio del vecino el derecho de levantar una pared en su fundo y al privar de luz a las ventanas dejarlas sin objeto. Seguramente, si el muro con luceras no fuere divisorio, la pared que se levantare en el fundo lindero no impediría la iluminaciyn, por lo menos de manera total.

La norma es clara en el sentido de que debe tratarse de luces o vistas en un muro privativo, puesto que se si se trata de un muro medianero rigen las disposiciones legales que emergen de los arts. 2019 y 2020.

Art. 1982.— Arboles, arbustos u otras plantas. El dueco de un

inmueble no puede tener árboles, arbustos u otras plantas que causan molestias que exceden de la normal tolerancia. En tal caso, el dueco afectado puede exigir que sean retirados, a menos que el corte de ramas sea suficiente para evitar las molestias. Si las raíces penetran en su inmueble, el propietario puede cortarlas por sí mismo.

I. Relaciyn con el Cydigo Civil. Fuentes del nuevo texto

La norma en estudio se relaciona con el art. 2628 del Cydigo sustituido. Si bien en lo sustancial se mantiene lo regulado en el Cydigo de Vélez, lo cierto es que en la actualidad se eliminy las distancias mínimas para la plantaciyn de árboles, arbustos y plantas. De manera tal que los conflictos que pudieren plantearse entre vecinos se resolverá teniendo en cuenta si las molestias generadas exceden la normal tolerancia, en cuf31505yo caso el juez podrá autorizar la poda o el retiro de las plantaciones que ocasionen las molestias, resultando indiferente la distancia de la plantaciyn.

Fuente: Proyecto de 1998, art. 1922.

II. Comentario

1. Árboles, arbustos u otras plantas

El dueco de un inmueble, como principio general, no puede tener árboles, arbustos u otras plantas que causan molestias que exceden de la normal tolerancia.

Sean los predios rústicos o urbanos, estén o no cercados, y aunque se trate de bosques, los propietarios no pueden tener en ellos árboles, arbustos u otras plantas que perjudiquen al vecino lindero cualquiera sea la distancia que se encuentre. La razyn de esta prohibiciyn no es tanto prevenir la intromisiyn de las raíces, que pueden ser cortadas por el dueco del otro inmueble, sino evitar la proyecciyn de sombra, humedades, dacos materiales etc.

No es necesario que los mismos hayan sido plantados —acto voluntario—, pues basta que hayan nacido en forma natural, para que el vecino perjudicado pueda peticionar su extracciyn. Por tanto esa facultad que se acuerda al propietario del fondo vecino para peticionar la extracciyn, no está condicionada en el tiempo, ni por existencia o no de construcciones anteriores o posteriores del nacimiento del árbol, por lo que le basta al actor acreditar el hecho de que las molestias generadas exceden la normal tolerancia, en cuyo caso el juez podrá autorizar la poda o el retiro de las plantaciones que ocasionen las molestias, resultando indiferente la distancia de la plantaciyn.

2. Ramas

Si se ha producido la invasiyn del espacio aéreo como consecuencia de ramas que traspasan la pared divisoria y por lo tanto invaden el terreno lindero debe pedirse el corte al propietario del árbol o bien puede el titular del fundo lindero cortarlas por sí mismo; en sin perjuicio del pago de los dacos ya ocasionados o de los gastos de poda por el avance de ramas.

3. Raíces. Derecho del vecino a cortarlas por su cuenta

Si las raíces de un árbol, se han extendido en el suelo vecino, el propietario de éste puede hacerlas cortar por su cuenta, pero no puede exigirle al colindante que las haga cortar y mucho menos pedir que haga extirpar a todo el árbol.

III. Jurisprudencia

1. Tratándose de un árbol que por sus características buscará extenderse nuevamente con sus raigambres hacia los sitios de mayor humedad, y consecuentemente el hecho de cercenar las raíces conforme lo autoriza el art. 2629 del Cyd. Civil, sylo diferirá en el tiempo la reapariciyn del problema, resulta conveniente su extracciy

f47 n, a fin de evitar la reediciyn de nuevas contiendas y la previsibilidad de hechos posteriores" (CCiv. y Com. 2ª Nom. Cyrdoba, 20/12/1983, La Ley Online).

2. Corresponde confirmar la sentencia que dispuso el corte de las ramas que invaden el predio del actor, en cuanto —segъ7 n la prueba pericial producida— la acumulaciyn de hojas y frutos desprendidos del pino ubicado en el terreno del demandado pueden haber causado el taponamiento de la canaleta de desagüe de la vivienda del accionante, impidiendo el normal escurrimiento del agua de lluvia y provocado filtraciones en paredes y cielorrasos, molestias éstas que exceden la normal tolerancia (CCiv. y Com. San Martín, sala I, 11/5/2004, La Ley Online).

Título IV

Condominio

Capítulo 1

Disposiciones generales

Por Roberto Malizia

Bibliografía sobre la reforma: Alterini, Jorge H., "Primeras consideraciones sobre los Derechos reales en el Proyecto de Cydigo", en Acad. Nac.de Derecho 9/2012, LA LEY, 2012-E, 898; Fazio De Bello, María E – Sabene, Sebastián E., "El derecho real de condominio en el Proyecto de Cydigo Civil y comercial de la Naciyn 2012", SJA-6/10/2012,; JA-IV-2012; Rivera, Julio C. (dir.) Medina, Graciela (coord.), *Comentarios al proyecto de Cydigo Civil y Comercial de la Naciyn*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012.

Bibliografía clásica: Adroguí, M., "Hipoteca constituida por condymino", JA., Doctr. 1970-113; Alsina Atienza, D. A., "Existencia innegable de obligaciones reales en el derecho argentino", JA, 1964-IV-38; "La caracterizaciyn de las obligaciones reales", JA, 1964-II-62; "Las deudas *propter rem*. Su injustificada confusiyn con los gravámenes reales", JA, 1960-II-56; "Lo esencial y lo contingente en las obligaciones reales. Legitimaciyn real y créditos y deudas ya nacidos", JA, 1964-III-47; Alterini, Jorge H., "Derecho

af31505de los condyminos", ED, 68-779; Areán, Beatriz, en Bueres - Highton, *Cydigo Civil comentado*, t. 5B; Barassi, L., *Propietá e copropietá*, Milano, 1951; Beltrán de Heredia, *La comunidad de bienes en el Derecho espacol*, Madrid, 1954; Bucci, A., *Della comunione e*

del condominio, Padova, 1992; CICU, A., *La divisione ereditaria,* Milano, 1948; COGHLAN, ANTONIO R. M., *El condominio sin indivisiyn forzosa,* La Ley, Buenos Aires, 1980; CORNEJO, A. A., "Elementos para una nociyn de obligaciyn real", LA LEY, 1988-C, 894; COSSARI, NELSON G. A., "El concepto de comunidad de derechos", LA LEY, 2008-C, 941; "Uso y goce excluyente de la cosa comъn por uno de los condyminos", DJ 2007-II, 537; DONDERIS TATAY, L., *La copropiedad,* Madrid, 1933; DOSSETTO, *Teorna della comunione,* Padua, 1948; FAJRE, JOSЙ - FRAGA, ANDRЙS, "Condominio y comunidad hereditaria", LA LEY, 2002-E, 1093; FAVALE, R, *La comunione ordinaria,* Milano, 1997; FEDELE, *La comunione,* Torino, 1986; FORNIELES, S., "Hipoteca constituida por el condymino", JA, 1945-III-3; GARCHA GRANERO, *Cotitularidad y comunidad,* Rev. Cnitica de Derecho Inmobiliario, 1946-145; GONZBLEZ PЙREZ, JESЪS, *La dignidad de la persona,* Civitas, Madrid, 1986; HIGHTON, F. R., "Condominio entre cynyuges y prenda comъn de los acreedores", LA LEY, 1994-D, 501; нd., "Condominio entre cynyuges. Trбmite de la eventual desocupaciyn derivada de la subasta de la parte indivisa de uno de ellos", LA LEY, 2001-B-654; LOIS ESTЙVEZ, "La distinciyn de condominio y sociedad", Rev General de Legislaciyn y Jurisprudencia, 1947-681; LEX100MARHN LBZARO, *Sociedad y comunidad,* Rev. Derecho Privado, 1942-689; NEPPI, V., "El condymino frente a los acreedores hipotecarios", LA LEY, 43-473; QUINTANA TERBN, G. R., "La hipoteca del condymino y la excepciyn de inhabilidad de tнtulo en el juicio ejecutivo", ED, 7-45; SPOTA, A. G., "La hipoteca que grava el derecho de condominio de un copropietario: sus efectos", LA LEY, 112-1167; "La hipoteca constituida por el condymino y la acciyn ejecutiva del acreedor hipotecario", JA, 1955-I-262; VALIENTE NOAILLES, L. (h.), "Inhabilidad de tнtulo en ejecuciyn hipotecaria contra el condymino", LA LEY, 106-1089; ZATTI, PAOLO, "La dignita dell'uomo e l'esperienza dell'indegno", *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata,* nє 6, Giugno 2012, p. 377.

***

Art. 1983.— Condominio. Condominio es el derecho real de propiedad sobre una cosa que pertenece en comъn a varias personas y que corresponde a cada una por una parte indivisa. Las partes de los condyminos se presumen iguales, excepto que la ley o el tнtulo dispongan otra proporciyn.

I. RELACIYN CON EL CYDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El presente artнculo se relaciona con la definiciyn del derecho real de condominio del art. 2673 y con la presunciyn de igualdad prevista en el art. 2708 del Cydigo Civil sustituido.

Fuete: Proyecto de 1998, art. 1923.

II. COMENTARIO

El artнculo en comentario al definir el derecho real de condominio no difiere en demasнa con la definiciyn del art. 2673 del Cydigo sustituido.

En efecto, la actual redacciyn mantiene los requisitos previstos por el Cydigo de Vйlez para que se configure el condominio, es decir la pluralidad de partes, unidad de objeto y la propiedad por partes indivisas.

La segunda parte del artнculo establece la presunciyn de igualdad del valor de las cuotas, que el Cydigo sustituido lo regulaba en el art. 2708.

Entendemos que estamos en presencia de una presunciyn *iuris tantum* bches decir que admite prueba en contrario y que sylo rige en caso de duda, mбs no cuando la proporciyn en el condominio surja de disposiciones legales o del tнtulo constitutivo.

fcs11. CONCEPTO DE CONDOMINIO

EL CONDOMINIO ES UNA FORMA DE COMUNIDAD DE DERECHOS REALES SOBRE UNA MISMA COSA QUE PERMANECE INDIVISA, PERO EL DERECHO SOBRE ELLA SE DIVIDE EN CUOTAS PARTES DONDE CADA CONDÓMINO TIENE UNA PORCIÓN IDEAL.

COGHLAN SEÑALA QUE EL CONDOMINIO ES EL DERECHO REAL DE DOMINIO SOBRE UNA O MÁS COSAS DETERMINADAS, MUEBLES O INMUEBLES, QUE PERTENECEN EN COMUNIÓN A UNA PLURALIDAD DE SUJETOS, INDIVIDUALMENTE TITULARES DE PARTE INDIVISA, QUE SE EJERCE POR TODOS ELLOS A TRAVÉS DE SENDAS POSESIONES QUE ALCANZAN A TODO EL OBJETO Y TENIENDO EL CONJUNTO DE LOS CONDÓMINOS, EN PRINCIPIO UNÁNIMEMENTE CONSIDERADOS, LOS ATRIBUTOS PROPIOS DEL DUEÑO ÚNICO Y SIN PERJUICIO DE LA EVENTUAL VOCACIÓN AL TODO DE CADA UNO DE LOS COPROPIETARIOS.

2. NATURALEZA JURÍDICA

LA DOCTRINA SE HA DIVIDIDO RESPECTO DE LA NATURALEZA JURÍDICA.

2.1. LA AUTONOMÍA DEL CONDOMINIO

LA IMPLÍCITA DEFINICIÓN DEL ART. 1983 DEL DERECHO REAL DE CONDOMINIO PUEDE REAVIVAR LA POLÉMICA ACERCA DE SI ES UN DERECHO REAL AUTÓNOMO O UN DOMINIO PLURAL, PUES ES ESENCIALMENTE SEMEJANTE A LA DEL ART. 2673 DEL CÓDIGO CIVIL ANTES VIGENTE, CUANDO SE DICE QUE ES EL DERECHO REAL DE PROPIEDAD SOBRE UNA COSA QUE PERTENECE A VARIAS PERSONAS.

ESA NEBULOSA DEFINICIÓN ERA EN VÉLEZ CONCORDANTE CON LA PECULIARIDAD DE INCLUIR AL DOMINIO Y AL CONDOMINIO EN EL MISMO INCISO DEL ART. 2503, SOLUCIÓN QUE NO SE MANTIENE EN EL CÓD. CIV. Y COM.; POR EL CONTRARIO ESTE ÚLTIMO ENUMERA COMO DERECHOS REALES EL DOMINIO Y EL CONDOMINIO EN FORMA SEPARADA.

3. CARACTERES

EL DERECHO REAL DE CONDOMINIO SE DIFERENCIA DEL DERECHO REAL DE DOMINIO POR TENER LOS CARACTERES QUE LE SON PROPIOS Y QUE MENCIONAREMOS A CONTINUACIÓN.

3.1. TITULARIDAD PLURAL

EL CONDOMINIO SE CARACTERIZA POR LA EXISTENCIA DE DOS O MAS PERSONAS FÍSICA Y/O JURÍDICA QUE TIENEN LA POSESIÓN LEGITIMA EN COMÚN DE UNA COSA MUEBLE O INMUEBLE.

3.2. UNIDAD DE OBJETO

EL OBJETO DEL DERECHO REAL DE CONDOMINIO SIEMPRE ESTÁ VINCULADO A COSAS MUEBLES O INMUEBLES. SI VARIOS CONDÓMINOS TIENEN EN COMÚN UN INMUEBLE, DOS AUTOMOTORES, TRES AERONAVES Y DOSCIENTAS CABEZAS DE GANADO, TODAS ELLAS DEBEN SER CONSIDERADAS COMO UNA UNIDAD, DE MANERA TAL QUE EL DERECHO DE LOS CONDÓMINOS NO RECAE SOBRE PARTES MATERIALES SINO SOBRE LA TOTALIDAD DE CADA UNA DE ELLAS POR PARTES INDIVISAS.

~~3.3. TITULARIDAD EN CUOTAS O PARTES INDIVISAS~~

EL NUEVO CÓDIGO AL DEFINIR EL CONDOMINIO SEÑALA QUE "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". CUANDO LA DEFINICIÓN DICE QUE ES UN DERECHO QUE PERTENECE EN COMÚN A VARIAS PERSONAS Y QUE CORRESPONDE A CADA UNA POR UNA PARTE INDIVISA, SIGNIFICA QUE EL DERECHO SE ENCUENTRA DIVIDIDO ENTRE LOS DISTINTOS CONDÓMINOS Y QUE A CADA UNO DE ELLOS LE CORRESPONDE UNA CUOTA PARTE INDIVISA (1/3, 2/5, ETC.).

III. JURISPRUDENCIA

1. EL CONVENCIMIENTO QUE PUDIERA DERIVARSE DE LA SITUACIÓN FÁCTICA DE UN INMUEBLE —QUE LAS PARTES OCUPAN EN PARCELAS DIFERENCIADAS Y FÍSICAMENTE SEPARADAS—, NO HABILITA A CONCLUIR VÁLIDAMENTE QUE NO EXISTA CORRESPONDENCIA ENTRE EL PREDIO QUE EL EXCEPCIONANTE POSEE Y EL QUE EL DEMANDANTE INTENTA REIVINDICAR, TODA VEZ QUE LA IDEA MISMA DE CONDOMINIO SUPONE LA EXISTENCIA DE UN DERECHO EXTENDIDO A LA TOTALIDAD DE LA COSA, AUNQUE NO SE TRADUZCA EN LA EXISTENCIA DE ACTOS MATERIALES SOBRE PARTE ALGUNA DE ELLA (CSJN, 2/10/1990, LA LEY, 1991-B, 280).

2. EL CONDÓMINO PUEDE REIVINDICAR LA COSA EN SU TOTALIDAD FRENTE AL TERCERO POSEEDOR (CAPEL. CONCEPCIÓN DEL URUGUAY, SALA II CIV. Y COM., 21/12/1988, DJ, 1989-2-871).

3. CUANDO MEDIA PLURALIDAD DE PROPIETARIOS Y POSEEDORES, LOS DERECHOS DE ÉSTOS —CON RELACIÓN A TERCEROS— ABARCAN LA TOTALIDAD DE LA COSA, PERO ENTRE SÍ CADA UNO ESTÁ LIMITADO POR EL DERECHO DE LOS DEMÁS (ARTS. 2508 Y 2673, CÓD. CIVIL). POR ELLO, QUIEN POSEE EN VIRTUD DE UN TÍTULO QUE RECONOCE LA EXISTENCIA DE LOS DERECHOS DE OTRO, NO PUEDE INVOCAR POSESIÓN EXCLUSIVA SOBRE EL INMUEBLE PORQUE LO IMPIDE SU CAUSA POSSESSIONIS QUE ADMITE LA CONCURRENCIA DE OTROS DERECHOS EN COMÚN" (SCBA, 8/11/1988, LA LEY, 1989-B, 279).

4. LA TITULARIDAD DE LOS CONDÓMINOS SOBRE EL OBJETO COMÚN NO SE FRACCIONA EN PARTES MATERIALES SINO QUE SE EXTIENDE A LA TITULARIDAD DE LAS COSAS SEGÚN PARTE INDIVISAS, IDEALES O ALÍCUOTAS. CON ELLO SE TRATA DE EXPRESAR UNA NOCIÓN IDEAL CARENTE DE MATERIALIDAD, PUES DESDE ESTE ÚLTIMO ASPECTO EL CONDÓMINO TIENE DERECHO SOBRE CADA UNA DE LAS MOLÉCULAS INTEGRANTES DE LAS COSAS. ASÍ, EL DERECHO DE PROPIEDAD EN LA MEDIDA DE SU PARTE INDIVISA SE PROYECTA SOBRE LA TOTALIDAD DE LA COSA Y, SI SE TRATA DE MÁS DE UNA, SON TRATADAS COMO UNA UNIDAD, DE MODO QUE EL DERECHO RECAE SOBRE LA TOTALIDAD DE CADA UNA DE ELLAS (CNCIV., SALA H, 23/5/1997, LA LEY, 1998-B, 27).

ART. 1984.— APLICACIONES SUBSIDIARIAS. LAS NORMAS DE ESTE TÍ

LOCHTULO SE APLICAN, EN SUBSIDIO DE DISPOSICIÓN LEGAL O CONVENCIONAL, A TODO SUPUESTO DE COMUNIÓN DE DERECHOS REALES O DE OTROS BIENES.

LAS NORMAS QUE REGULAN EL DOMINIO SE APLICAN SUBSIDIARIAMENTE A ESTE TÍTULO.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

EL PRESENTE ARTÍCULO NO SE RELACIONA CON NINGUNO DE LOS ARTÍCULOS DEL CÓDIGO CIVIL SUSTITUIDO, TODA VEZ QUE VÉLEZ NO REGULÓ LA APLICACIÓN SUBSIDIARIA DE LAS NORMAS DEL CONDOMINIO A LA COMUNIÓN DE BIENES.

LA NORMA EN ESTUDIO, REITERAMOS, REGULA UNA SITUACIÓN NO PREVISTA EN EL CÓDIGO SUSTITUIDO COMO LO ES LA APLICACIÓN SUBSIDIARIA DE LAS NORMAS QUE REGULAN EL CONDOMINIO A TODO SUPUESTO DE ESTADOS COMUNITARIOS, YA SEA QUE ESTÉ COMPUESTO DE BIENES MATERIALES (COSAS MUEBLES E INMUEBLES) O BIENES INMATERIALES (DERECHOS).

EN LA SEGUNDA PARTE DEL ARTÍCULO BAJO ANÁLISIS SE ESTABLECE QUE EN CASO DE VACÍO LEGAL PARA SOLUCIONAR UN CONFLICTO EN EL ÁMBITO DEL DERECHO REAL DE CONDOMINIO, SE APLICAN SUBSIDIARIAMENTE LAS NORMAS QUE REGULAN EL DERECHO REAL DE DOMINIO.

FUENTE. PROYECTO DE 1998, ART. 1924.

II. COMENTARIO

1. ESTADOS COMUNITARIOS

EN EL DERECHO POSITIVO EXISTEN MUCHOS OTROS ESTADOS COMUNITARIOS. ASÍ, EN EL ÁMBITO DE LOS DERECHOS CREDITORIOS, LA PLURALIDAD DE SUJETOS DESEMBOCA EN LOS SUPUESTOS DE SIMPLE MANCOMUNIDAD O SOLIDARIDAD. CUANDO DOS O MÁS PERSONAS SE HUBIESEN OBLIGADO MUTUAMENTE, CADA UNA CON UNA PRESTACIÓN —APORTE—, CON EL FIN DE OBTENER ALGUNA UTILIDAD APRECIABLE EN DINERO A DIVIDIRSE ENTRE ELLAS, SE HABRÁ CONSTITUIDO UNA SOCIEDAD. CON LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO NACE EL RÉGIMEN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL.

LAS DIFERENCIAS ENTRE EL CONDOMINIO Y LOS INSTITUTOS RECIÉN SEÑALADOS A TÍTULO DE EJEMPLO, SON OBVIAS Y NO ES NECESARIO DETENERSE EN SU ENUMERACIÓN.

CONSIDERAMOS QUE EL NUEVO CÓDIGO POR MEDIO DEL ARTÍCULO EN EXAMEN INCORPORA LOS DENOMINADOS ESTADOS COMUNITARIOS DE DERECHO, LOS QUE GENERALMENTE TIENEN UNA REGULACIÓN JURÍDICA PROPIA.

ALGUNOS ESTADOS COMUNITARIOS ESTÁN CONFORMADOS ÚNICAMENTE POR COSAS MUEBLES O INMUEBLES (CONDOMINIO, COUSUFRUCTO) Y EN OTROS ESTÁN CONFORMADOS POR BIENES INMATERIALES (DERECHOS), COMO POR EJEMPLO, LA SOCIEDAD CONYUGAL, LA COMUNIDAD HEREDITARIA INDIVISA, LAS OBLIGACIONES DE SUJETO MÚLTIPLE, ENTRE OTRAS FIGURAS.

LO QUE EL NUEVO CÓDIGO DISPONE ES LA APLICACIÓN SUBSIDIARIA DE LAS NORMAS DEL DERECHO REAL DE CONDOMINIO A TODO SUPUESTO DE COMUNIÓN DE DERECHOS REALES O DE OTROS BIENES.

ASÍ POR EJEMPLO EL DERECHO REAL DE USUFRUCTO PUEDE SER ESTABLECIDO, A FAVOR DE UN SOLO USUFRUCTUARIO, O EN FAVOR DE VARIOS COUSUFRUCTUARIOS, ES DECIR, PARA SER GOZADO POR TODOS ELLOS AL MISMO TIEMPO, POR EJEMPLO: EL

USUFRUCTO CONSTITUIDO A FAVOR DE DOS O MÁS HERMANOS, DEL PADRE Y SUS HIJOS, ETC.

PARA REGULAR ESTE ESTADO COMUNITARIO, DEBE ESTARSE EN PRIMER LUGAR A LAS NORMAS ESPECÍFICAS QUE REGULAN EL DERECHO REAL DE USUFRUCTO Y EN FORMA SUPLETORIA PUEDE ACUDIRSE PARA RESOLVER UN CONFLICTO A LAS NORMAS DEL CONDOMINIO.

EN EL CASO DE OBLIGACIONES DE SUJETOS MÚLTIPLES LA REMISIÓN A LAS DISPOSICIONES PACTADAS POR LAS PARTES RESULTA PROCEDENTE, PUDIÉNDOSE LUEGO RECURRIR A LAS NORMAS ESPECÍFICAS DE ESE TIPO DE OBLIGACIONES (ARTS. 813 Y SS. DEL CÓDIGO), Y POR ÚLTIMO, DE NO HABER SOLUCIÓN, A LAS QUE REGULAN EL CONDOMINIO.

5672. NATURALEZA JURÍDICA

1025 TENIENDO EN CUENTA LA ENUMERACIÓN DE LOS DERECHOS REALES EFECTUADA POR EL ART. 1887 Y LO DISPUESTO POR EL ART. 1984, SEGUNDO PÁRRAFO, QUE SE REFIERE A LA APLICACIÓN SUBSIDIARIA DE LAS NORMAS DEL DERECHO REAL DE DOMINIO, NECESARIAMENTE DEBEMOS EXPEDIRNOS RESPECTO A LA NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO REAL DE CONDOMINIO.

LA DOCTRINA ANTERIOR A LA REFORMA SE ENCONTRABA DIVIDIDA RESPECTO DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE ESTE DERECHO REAL: A) ASÍ POR EJEMPLO AUTORES COMO SALVAT, ALLENDE, MARIANI DE VIDAL, BORDA Y GOGHLAN SEÑALABAN QUE EL CONDOMINIO NO ES MÁS QUE UNA FORMA DE DOMINIO (EN EL CASO CON PLURALIDAD DE SUJETOS), ES DECIR UN "DOMINIO COMPARTIDO", Y B) LAFAILLE, SEÑALABA QUE SE TRATABA DE UN DERECHO REAL AUTÓNOMO DONDE TODOS LOS CONDÓMINOS REUNIDOS, EJERCEN LA PLENITUD DEL DOMINIO SOBRE EL OBJETO MUEBLE O INMUEBLE, Y QUE CUALQUIERA DE ELLOS ES TITULAR DE OTRO, CIRCUNSCRIPTO A LA LLAMADA PARTE INDIVISA, CONCEPTO Y TERMINOLOGÍA QUE SE PRESTAN A MUCHOS REPAROS, POR LO QUE SERÍA PREFERIBLE DECIR QUE SE TRATA AQUÍ DE UN "DERECHO DE CONDOMINIO".

DICHA DISCUSIÓN NO SE ENCUENTRA SUPERADA A PARTIR DEL NUEVO CÓDIGO, PUESTO QUE EL ART. 1983 REITERA LA REDACCIÓN DEL CÓDIGO DE VÉLEZ CUANDO, AL DEFINIR EL CONDOMINIO, EXPRESA: "...ES EL DERECHO REAL DE PROPIEDAD SOBRE UNA COSA QUE PERTENECE EN COMÚN A VARIAS PERSONAS...".

SI NOS REMITIMOS AL PROYECTO DE CÓDIGO UNIFICADO DEL AÑO 1998, PODEMOS OBSERVAR QUE EN EL ART. 1923, AL DEFINIR EL CONDOMINIO, DICE: "CONDOMINIO ES EL DERECHO REAL QUE OTORGA A CADA UNO DE SUS TITULARES LA FACULTAD PRIVATIVA DE DISPONER DE SU ALÍCUOTA Y, EN CONCURRENCIA CON LOS OTROS TITULARES, LAS DE USAR Y GOZAR DE LA COSA COMÚN", DE LO QUE SE INFIERE CON CLARIDAD MERIDIANA QUE SE ESTÁ EN PRESENCIA DE UN DERECHO REAL AUTÓNOMO.

MAS ALLÁ DE LA REDACCIÓN DEL ART. 1983 DEL NUEVO CÓDIGO, CONSIDERAMOS QUE EL CONDOMINIO ES UN DERECHO REAL AUTÓNOMO Y LOS ARGUMENTOS PARA SUSTENTAR ESTA POSTURA SURGEN DEL EXAMEN DE LOS ARTS. 1887 Y 1984.

EN EFECTO, EL ART. 1887 AL ENUMERAR LOS DERECHOS REALES, COLOCA AL DERECHO REAL DE DOMINIO Y DE CONDOMINIO EN DISTINTOS INCISOS Y POR OTRO LADO EL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ART. 1984 DISPONE QUE LAS NORMAS QUE REGULAN EL DOMINIO SE APLICAN SUBSIDIARIAMENTE A ESTE TÍTULO, DE LO CUAL SE INFIERE QUE ES UN DERECHO REAL DIFERENTE AL DOMINIO Y CON UN RÉGIMEN NORMATIVO PROPIO, PUESTO QUE EN CASO CONTRARIO NO SE ADVIERTE CUAL SERÍA LA FINALIDAD DE APLICAR CON CARÁCTER SUPLETORIO LAS NORMAS DEL DOMINIO.

POR OTRA PARTE, EL ART. 1888, AL CLASIFICAR LOS DERECHOS REALES SEGÚN LA COSA SOBRE LA QUE RECAEN (COSA PROPIA O AJENA), DICE: "SON DERECHOS REALES SOBRE COSA TOTAL O PARCIALMENTE PROPIA: EL DOMINIO, EL CONDOMINIO....", CONFIRMANDO LA AUTONOMÍA DE CADA UNO DE LOS DERECHOS REALES ENUNCIADOS.

III. JURISPRUDENCIA

1. LA COMUNIDAD HEREDITARIA Y EL CONDOMINIO SON DOS FORMAS DE PROPIEDAD COMPARTIDA, EN LA QUE EL OBJETO O UN GRUPO DE OBJETOS PERTENECE A VARIAS PERSONAS. NO OBSTANTE, TIENEN DIFERENCIAS, POR LO QUE SE RIGEN POR SUS DISPOSICIONES ESPECÍFICAS (CNCIV., SALA C, 13/8/1981, LA LEY, 1983-A, 581).

2. SON LAS CIRCUNSTANCIAS DE HECHO LAS QUE DECIDEN SI, INSCRIPTA LA DECLARATORIA DE HEREDEROS EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD, SE HA CONSTITUIDO UN VERDADERO CONDOMINIO O SE HA MANTENIDO LA INDIVISIÓN HEREDITARIA (CNCIV, SALA E, LA LEY, 110-929).

ART. 1985.— DESTINO DE LA COSA. EL DESTINO DE LA COSA COMÚN SE DETERMINA POR LA CONVENCIÓN, POR LA NATURALEZA DE LA COSA O POR EL USO AL CUAL ESTABA AFECTADA DE HECHO.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

toEL PRESENTE ARTÍCULO SE RELACIONA CON EL ART. 2684 DEL CÓDIGO SUSTITUIDO QUE DISPONÍA QUE TODO CONDÓMINO PUEDE GOZAR DE LA COSA COMÚN CONFORME AL

LOCH DESTINO DE ELLA Y CON EL ART. 2713 QUE SEÑALABA QUE EL DESTINO DE LA COSA COMÚN SE DETERMINA NO HABIENDO CONVENCIÓN, POR SU NATURALEZA MISMA Y POR EL USO AL CUAL HA SIDO AFECTADA.

COMO PUEDE INFERIRSE, EL ART. 1985 DIFIERE SUSTANCIALMENTE DE LO LEGISLADO EN EL CÓDIGO DE VÉLEZ.

FUENTE: PROYECTO DE 1998, ART. 1927.

II. COMENTARIO

1. REGLAS PARA LA DETERMINACIÓN DEL DESTINO COMÚN DE LA COSA

LOS CONDÓMINOS SE ENCUENTRAN CONSTREÑIDOS A UTILIZAR LA COSA COMÚN SEGÚN SU DESTINO. EL ARTÍCULO MENCIONA DIFERENTES PAUTAS A LOS FINES DE PRECISAR EL DESTINO DE LA COSA OBJETO DEL CONDOMINIO.

EN PRIMER LUGAR LA COSA OBJETO DEL CONDOMINIO DEBE SER UTILIZADA DE ACUERDO A LO CONVENIDO POR LAS PARTES EN EL CONTRATO CONSTITUTIVO, LO CUAL

EQUIVALE A DECIR QUE EN ESTE SUPUESTO EL DESTINO DE LA COSA ESTA DADO POR LA CONVENCIÓN.

LA FALTA DE DETERMINACIÓN DEL DESTINO DE LA COSA AL MOMENTO DE CONSTITUIRSE EL CONDOMINIO HACE JUGAR LA SEGUNDA ALTERNATIVA PREVISTA POR LA NORMA, ES DECIR POR "LA NATURALEZA DE LA COSA".

POR ÚLTIMO EL DESTINO DE DETERMINARÁ POR EL USO AL CUAL ESTABA AFECTADA DE HECHO LA COSA OBJETO DEL CONDOMINIO.

EN DEFINITIVA LOS CONDÓMINOS DEBEN USAR Y GOZAR DE LA COSA SEGÚN EL DESTINO PACTADO O CONVENIDO, Y SI ELLO NO FUE EXPRESAMENTE ESTABLECIDO DEBERÁ USARLA EN EL DESTINO AL CUAL ESTABA AFECTADA NO PUDIENDO EMPLEAR LOS OBJETOS SOMETIDOS A SU DERECHO SINO EN LOS USOS PROPIOS A LA NATURALEZA DE ELLOS.

ALTERINI, PAPAÑO-KIPER-DILLON-CAUSSE, SEÑALAN QUE PARA DETERMINAR EL "DESTINO" SE DEBERÁ ESTAR PRIMERO LO QUE HAYA CONVENIDO AL RESPECTO LOS COMUNEROS, Y A FALTA DE ACUERDO PREVIO, LA NATURALEZA DE LA COSA Y EL USO ANTERIOR.

2. AMPLITUD DE LAS FACULTADES DE USO

SALVAT Y LAFAILLE DESTACAN LA POSIBILIDAD QUE TIENEN LOS COPROPIETARIOS DE REALIZAR INNOVACIONES MATERIALES, CONSTRUCCIONES Y MEJORAS, QUE PRIMA FACIE ESTÁN VEDADAS POR LA LEY. COINCIDENTEMENTE, BORDA DICE QUE EL DERECHO DE USAR Y GOZAR DEL ACCESORIO COMÚN ES MUY AMPLIO, Y MARIANI DE VIDAL, CITANDO A AUBRY Y RAU, AFIRMA QUE LOS DERECHOS QUE CORRESPONDEN A CADA COMUNERO SON, POR RAZÓN DE LA INDIVISIÓN, MÁS EXTENSOS QUE LOS QUE LE COMPETEN EN UN CONDOMINIO NORMAL.

III. JURISPRUDENCIA

1. LA EXTENSIÓN DEL DERECHO DE CADA COMUNERO ABARCA EL USO Y GOCE DE LA TOTALIDAD DE LA COSA (ART. 2712, CÓD. CIVIL), NO SE LIMITA A UNA PARTE, SINO QUE SE EJERCE SOBRE TODA ELLA SIN PERJUICIO DEL DERECHO ANÁLOGO DE LOS RESTANTES Y LLEVA ANEJA LA FACULTAD DE APROVECHAR DE LOS FRUTOS QUE LA COSA PRODUCE (CNCIV., SALA E, 29/9/1980, JA, 981-III-310).

2. EL CONDÓMINO QUE OCUPA LA COSA COMÚN EJERCE SOBRE TODA ELLA UN DERECHO QUE LE ES PROPIO, Y MIENTRAS NO CONOZCA LA VOLUNTAD DE LOS DEMÁS COMUNEROS DE EJERCER EL IGUAL DERECHO QUE ÉSTOS TIENEN, NADA LES DEBE (CNCIV., SALA E, 18/4/1986, LA LEY, 1986-C, 520).

ART. 1986.— USO Y GOCE DE LA COSA. CADA CONDÓMINO, CONJUNTA O INDIVIDUALMENTE, PUEDE USAR Y GOZAR DE LA COSA COMÚN SIN ALTERAR SU DESTINO. NO PUEDE DETERIORARLA EN SU PROPIO INTERÉS U OBSTACULIZAR EL EJERCICIO DE IGUALES FACULTADES POR LOS RESTANTES CONDÓMINOS.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

LA NORMA EN ESTUDIO QUE SE REFIERE AL USO Y GOCE DE LA COSA OBJETO DEL CONDOMINIO SOBRE LA CUAL TIENEN DERECHO CADA UNO DE LOS CONDÓMINOS EN FORMA INDIVIDUAL O CONJUNTA, TIENE SU CORRELATO CON EL ART. 2684 DEL CÓDIGO SUSTITUIDO.

CABE ADVERTIR QUE EN AMBOS CÓDIGOS EXISTE LA PROHIBICIÓN, DIRIGIDA A LOS CONDÓMINOS, DE NO DETERIORAR LA COSA EN SU PROPIO INTERÉS.

LA NUEVA REDACCIÓN ES MAS CLARA Y CONCRETA AL ESTABLECE EN FORMA EXPRESA LA FACULTAD DEL CONDÓMINO A USAR LA COSA, DERECHO ESTE QUE SE ENTENDÍA IMPLÍCITO EN EL CÓDIGO DE VÉLEZ, PUESTO QUE NO SE CONCIBE UN DERECHO REAL QUE SE EJERCE POR LA POSESIÓN SIN QUE SE TENGA EL CORRESPONDIENTE DERECHO A USO.

ALTERINI FORMULA DOS IMPORTANTES OBSERVACIONES RESPECTO AL ART. 2684, ANTECEDENTE DEL ACTUAL ART. 1985. EN PRIMER LUGAR QUE COMO EL GOCE SUPONE EL USO NO ES DISCUTIBLE QUE EL CONDÓMINO TAMBIÉN PUEDE USAR DE LA COSA Y EN SEGUNDO LUGAR QUE EXISTE UN PARALELISMO CON EL USUFRUCTO EN CUANTO A QUE EL CONDÓMINO DEBE USAR Y GOZAR LA COSA CONFORME A SU DESTINO AL IGUAL QUE EL USUFRUCTUARIO, PERO EL DERECHO DEL COMUNERO ES MENOR, EN CIERTO SENTIDO, AL DEL TITULAR DEL USUFRUCTO AL NO PODER REALIZAR MEJORAS.

FUENTE: PROYECTO DE 1998, ART. 1930.

II. COMENTARIO

1. USO Y GOCE DE LA COSA COMÚN

EN CIERTAS OCASIONES, DEBIDO A LA NATURALEZA DE LA COSA NO EXISTE NINGÚN IMPEDIMENTO QUE LA COSA SEA USADA EN FORMA CONJUNTA POR LA TOTALIDAD DE LOS CONDÓMINOS.

EN OTRO SUPUESTO YA SEA POR LA NATURALEZA DE LA COSA COMÚN O POR CONSENTIMIENTO TÁCITO O EXPRESO DE LOS RESTANTES COMUNEROS PUEDE SER QUE LA COSA SEA UTILIZADA EXCLUSIVAMENTE POR UNO SÓLO DE LOS CONDÓMINOS.

CADA UNO DE LOS CONDÓMINOS, INDEPENDIENTEMENTE DE LA CUOTA PARTE INDIVISA QUE LE CORRESPONDE EN CUANTO AL DERECHO REAL, DE LA MISMA MANERA QUE PUEDEN POSEER LA TOTALIDAD DE LA COSA INDIVISA, PUEDEN USAR DE ELLA CON LAS LIMITACIONES QUE SEÑALA EL ARTÍCULO ES DECIR SIN ALTERAR EL DESTINO Y NO PUDIENDO DETERIORARLA EN SU PROPIO INTERÉS U OBSTACULIZAR EL EJERCICIO DE IGUALES FACULTADES POR LOS RESTANTES CONDÓMINOS.

EL USO Y GOCE DE LA COSA PREVISTO EN LA NORMA EN EXAMEN DEBE SER INTERPRETADO ARMÓNICAMENTE CON LO DISPUESTO EN EL ART. 1993 QUE EXPRESAMENTE DISPONE QUE SI NO ES POSIBLE EL USO Y GOCE EN COMÚN POR RAZONES ATINENTES A LA PROPIA COSA O POR OPOSICIÓN DE ALGUNO DE LOS CONDÓMINOS, ÉSTOS REUNIDOS EN ASAMBLEA DEBEN DECIDIR SOBRE SU ADMINISTRACIÓN.

2. EL RESPETO AL DESTINO DE LA COSA

YA SEA QUE LA COSA OBJETO DEL CONDOMINIO SEA USADA INDIVIDUALMENTE POR

UNO DE LOS CONDÓMINOS O BIEN EN CONJUNTO, DEBE RESPETARSE EL DESTINO CONVENIDO EN EL CONTRATO CONSTITUTIVO Y SI SE HUBIERA OMITIDO ESTIPULARSE EL DESTINO, LA COSA DEBE SER USADA DE CONFORMIDAD CON SU NATURALEZA O BIEN SEGÚN SU DESTINO HABITUAL.

3. PROHIBICIÓN DE DETERIORAR LA COSA COMÚN EN EL INTERÉS PARTICULAR

EL CONDOMINIO ES UN DERECHO REAL DE DOMINIO COMPARTIDO, RAZÓN POR LA CUAL LOS COMUNEROS TIENEN DERECHOS NO SÓLO SOBRE LA PARTE INDIVISA, SINO QUE SE EXTIENDE SOBRE TODA LA COSA.

F47AHORA BIEN, LOS DERECHOS O FACULTADES SOBRE LA COSA NO SON AMPLIOS SINO POR EL CONTRARIO SE ENCUENTRAN RESTRINGIDOS POR EL DERECHO QUE TIENEN LOS RESTANTES CONDÓMINOS, MOTIVO POR EL CUAL LA COSA COMÚN NO PUEDE SER DETERIORADA EN EL INTERÉS PARTICULAR DE UNO O ALGUNO DE LOS CONDÓ MINOS.

4. PROHIBICIÓN DE OBSTACULIZAR EL EJERCICIO DE IGUALES FACULTADES POR LOS RESTANTES CONDÓMINOS

EN CUANTO A LAS FACULTADES O DERECHO DE USO Y GOCE DE LA COSA NO REVISTE IMPORTANCIA LA PORCIÓN INDIVISA QUE CADA CONDÓMINO TENGA EN EL CONDOMINIO Y POR ENDE NO LE OTORGA DERECHO A OBSTACULIZAR EL EJERCICIO DE IGUALES FACULTADES A LOS RESTANTES CONDÓMINOS.

EN EFECTO, EL CONDOMINIO ES UNO DE LOS DERECHOS REALES QUE SE EJERCEN POR LA POSESIÓN Y DADA LA PLURALIDAD DE SUJETOS RESPECTO DE UNA ÚNICA COSA COMÚN, EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE LOS CONDÓMINOS SOBRE ELLA REQUIERE DE UNA REGLAMENTACIÓN QUE PERMITA EL USO Y GOCE MÁS AMPLIO QUE SU DESTINO PERMITA.

EN TAL SENTIDO EL ART. 1986, OTORGA A LOS COMUNEROS UN USO Y GOCE AMPLIO EN LA MEDIDA EN QUE NO ALTERE SU DESTINO Y NO LESIONE EL IGUAL DERECHO DE LOS DEMÁS CONDÓMINOS.

EN MATERIA DE USO Y GOCE LA REGLA ES LA IGUALDAD DE LOS CONDÓMINOS Y ESE DERECHO NO PUEDE SER MENOSCABADO POR NINGUNO DE LOS COMUNEROS A FIN DE OBSTACULIZAR LAS FACULTADES DE LOS RESTANTES COMUNEROS.

AREÁN SEÑALA QUE DEL DERECHO REAL DE CONDOMINIO SURGE UNA OBLIGACIÓN DE FUENTE LEGAL QUE IMPONE AL CONDÓMINO QUE EJERCE SU DERECHO DE USO Y GOCE UN ACCIONAR DILIGENTE EN CUANTO AL CUIDADO DE LA COSA, YA QUE SU MENOSCABO AFECTA DIRECTAMENTE EL DERECHO DE LOS DEMÁS COMUNEROS. ESTA OBLIGACIÓN IMPLICA QUE EL CONDÓMINO QUE PRODUZCA EL DETERIORO EN FUNCIÓN DE SU INTERÉS EN EL USO Y GOCE, DEBERÁ RESPONDER POR LOS DAÑOS Y PERJUICIOS QUE SU ACCIONAR HAYA INFRINGIDO A LOS DEMÁS CONDÓMINOS, SIEMPRE QUE SE CONFIGURE EL FACTOR SUBJETIVO DE ATRIBUCIÓN.

III. JURISPRUDENCIA

EL ART. 2684 DEL CÓD. CIVIL ESTABLECE QUE TODO CONDÓMINO PUEDE GOZAR DE LA COSA COMÚN CONFORME EL DESTINO DE ELLA, CON TAL QUE NO LA DETERIORE EN SU INTERÉS PARTICULAR, DERECHO QUE NO SE RESPETA CUANDO SE USA EL BIEN GRATUITAMENTE EN FORMA QUE EXCLUYE EL EJERCICIO DE ESA MISMA PRERROGATIVA POR LOS OTROS CONDÓMINOS. ELLO IMPORTARÍA "EL EJERCICIO ACTUAL E INMEDIATO DEL DERECHO DE PROPIEDAD, PROHIBIDO POR LA LEY (ART. 2680, CÓD. CIVIL)" (SCBA, 17/9/1996, LA LEY ONLINE, AR/JUR/1960/1996).

ART. 1987.— CONVENIO DE USO Y GOCE. LOS CONDÓMINOS PUEDEN CONVENIR EL USO Y GOCE ALTERNADO DE LA COSA COMÚN O QUE SE EJERCITE DE MANERA EXCLUSIVA Y EXCLUYENTE SOBRE DETERMINADAS PARTES MATERIALES.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

4 LA NUEVA DISPOSICIÓN LEGAL RESULTA CONCORDANTE CON LO REGULADO EN EL ART. 3464 DEL CÓDIGO SUSTITUIDO QUE PERMITÍA EN EL ÁMBITO DE LA PARTICIÓN HEREDITARIA LA DENOMINADA "PARTICIÓN PROVISIONAL" EN LA CUAL LOS HEREDEROS ACORDABAN EL USO EXCLUSIVO Y EXCLUYENTE SOBRE DETERMINADAS PARTES MATERIALES DE LA COSA QUE PERMANECÍA INDIVISA.

POR OTRA PARTE EN EL CÓDIGO SUSTITUIDO NO EXISTÍA NINGUNA PROHIBICIÓN PARA QUE LOS CONDÓMINOS EJERCIERAN EL USO Y GOCE ALTERNADO DE LA COSA, EL CUAL PODÍA SER CONVENIDO POR LOS COMUNEROS.

EL ARTÍCULO EN ESTUDIO ESTABLECE CON MAYOR PRECISIÓN Y EN FORMA EXPRESA EL DENOMINADO "CONVENIO DE USO Y GOCE" A FIN DE DOTAR DE MAYOR ARMONÍA AL RÉGIMEN DE COPROPIEDAD.

FUENTE: PROYECTO DE 1998, ART. 1930.

II. COMENTARIO

1. CONVENIO DE USO Y GOCE

ALTERINI SEÑALA: "NO OBSTANTE QUE LA REGLA ES EL USO Y GOCE CONJUNTO E INDISTINTO POR LOS DIVERSOS CONDÓMINOS, NO EXISTE NINGÚN IMPEDIMENTO PARA QUE ACUERDEN QUE ESE USO Y GOCE SEA EJERCITADO DE MANERA ALTERNATIVA O SE FIJEN PARTES MATERIALES PARA CONCRETAR TALES FACULTADES, COMO UNA SUERTE DE PARTICIÓN DEL USO Y DEL GOCE; POR LO DEMÁS —AGREGABA—, ESAS POSIBILIDADES TIENEN RESPALDO EN EL ART. 3464 (DEL CÓDIGO DE VÉLEZ) Y PARA UN CASO DE INDIVISIÓN FORZOSA EN EL ART. 52 DE LA LEY 14.394. PRECISAMENTE, EL ART. 4351 DEL ESBOZO DE FREITAS SUJETA EN SU PARTE FINAL EL RÉGIMEN DEL USO Y GOCE DE LA COSA POR LOS CONDÓMINOS A LOS CONVENIOS QUE PUDIERAN EXISTIR".

2. PARTICIÓN PROVISIONAL

EL ARTÍCULO AL DISPONER QUE LOS CONDÓMINOS PUEDEN CONVENIR QUE EL USO Y GOCE SE EJERCITE DE MANERA EXCLUSIVA Y EXCLUYENTE OBRE DETERMINADAS PARTES MATERIALES INCORPORÓ EN NUESTRA LEGISLACIÓN POSITIVA LO QUE EN DOCTRINA SE DENOMINABA "PARTICIÓN PROVISIONAL".

LA PARTICIÓN SE REPUTARÁ MERAMENTE PROVISIONAL CUANDO LOS CONDÓMINOS SÓLO HUBIESEN HECHO UNA DIVISIÓN DE USO Y GOCE DE LAS COSAS, DEJANDO SUBSISTIR LA INDIVISIÓN EN CUANTO A LA PROPIEDAD.

SE TRATA DE UNA ADJUDICACIÓN DE PARTES FÍSICAMENTE DETERMINADAS DE LA COSA COMÚN, A LOS EFECTOS DE SU USO Y GOCE EXCLUSIVO POR CADA UNO DE LOS CONDÓMINOS.

SUPONGAMOS LA EXISTENCIA DE UN EDIFICIO CONSTRUIDO EN ALTURA QUE NO ESTÁ AFECTADO AL DERECHO REAL DE PROPIEDAD HORIZONTAL, SINO QUE SE ENCUENTRA EN CONDOMINIO ENTRE VARIOS COMUNEROS. EN ESTE CASO, LOS CONDÓMINOS PUEDEN CONVENIR UNA PARTICIÓN PROVISIONAL EN ESPECIE A FIN DE ADJUDICARSE MATERIALMENTE EL USO Y GOCE DE LOS DISTINTOS PISOS O DEPARTAMENTOS QUE CONFORMAN LA COSA, SIN PERJUICIO DE CADA UNO DE ELLOS MANTIENE SOBRE LA TOTALIDAD DEL INMUEBLE OBJETO DEL CONDOMINIO UNA PARTE INDIVISA.

QUE EL USO Y GOCE SE EJERCITE DE MANERA EXCLUSIVA Y EXCLUYENTE SOBRE DETERMINADAS PARTES MATERIALES DEL OBJETO DEL CONDOMINIO NO IMPLICA QUE EL CONDÓMINO TENGA FACULTADES PARA DISPONER JURÍDICAMENTE SOBRE DICHA PARTE MATERIAL, PUESTO QUE SU DERECHO NO RECAE SOBRE LA COSA FÍSICAMENTE DETERMINADA, SINO SOBRE UNA PARTE IDEAL.

ART. 1988.— USO Y GOCE EXCLUYENTE. EL USO Y GOCE EXCLUYENTE SOBRE TODA LA COSA, EN MEDIDA MAYOR O CALIDAD DISTINTA A LA CONVENIDA, NO DA DERECHO A INDEMNIZACIÓN A LOS RESTANTES CONDÓMINOS, SINO A PARTIR DE LA OPOSICIÓN FEHACIENTE Y SÓLO EN BENEFICIO DEL OPONENTE.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

24EL ARTÍCULO EN ESTUDIO NO TIENE RELACIÓN CON NINGUNO DE LOS ARTÍCULOS DEL CÓDIGO SUSTITUIDO.

SI BIEN EL DERECHO A UNA COMPENSACIÓN O INDEMNIZACIÓN POR EL USO EXCLUSIVO DE UNO DE LOS CONDÓMINOS A PARTIR LA OPOSICIÓN FEHACIENTE DE LOS RESTANTES NO ESTABA REGULADA NORMATIVAMENTE, LO CIERTO ES QUE LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA SE HABÍA EXPEDIDO EN EL SENTIDO DE QUE LA UTILIZACIÓN EXCLUSIVA DE LA COSA COMÚN PUEDE HACERLO CUALQUIERA DE LOS COMUNEROS EN TANTO LOS RESTANTES LO TOLEREN, PERO EN CASO DE REQUERIR ÉSTOS UNA COMPENSACIÓN POR ESE USO, ELLA SE DEVENGA A PARTIR DE LA COMUNICACIÓN DE LA VOLUNTAD EN TAL SENTIDO.

FUENTE: PROYECTO DE 1998, ART. 1931.

II. COMENTARIO

1. OBLIGACIÓN DE COMPENSAR POR EL USO EXCLUSIVO

LA NORMA SE REFIERE A UN SUPUESTO MUY COMÚN, TANTO EN EL CASO DEL CONDOMINIO COMO EN EL DE LA COMUNIDAD HEREDITARIA. SE TRATA DEL CONDÓMINO QUE USA TODA LA COSA Y DE LA POSIBILIDAD DE RESPONSABILIZARLO DEL PAGO DE UNA SUMA DE DINERO —A MODO DE UN ALQUILER—, COMPENSATORIA DE TAL USO, EN FAVOR DE LOS OTROS COPROPIETARIOS O COHEREDEROS, EN SU CASO.

A NUESTRO MODO DE VER, LA DOCTRINA ADECUADA ES LA QUE SOSTIENE QUE EL CONDÓMINO QUE USA LA COSA NO HACE SINO EJERCER EL DERECHO QUE LE CONFIERE ESTE ARTÍCULO POR LO QUE, EL SOLO HECHO DEL GOCE EXCLUSIVO, NO LE CREA NINGÚN TIPO DE OBLIGACIÓN HACIA LOS OTROS COMUNEROS. PERO, COMO TODOS TIENEN ESTE DERECHO EN FORMA IGUALITARIA, TAL SITUACIÓN PERDURARÁ HASTA QUE ALGUNO O ALGUNOS DE LOS OTROS CONDÓMINOS EXTERIORICEN UNA VOLUNTAD EN CONTRARIO. A PARTIR DE ESE MOMENTO, QUIEN SE ENCUENTRE EN EL GOCE DE LA COSA DEBERÁ A LOS OTROS UNA COMPENSACIÓN POR TAL RAZÓN, EQUIVALENTE A UN CANON LOCATIVO. CLARO ESTÁ QUE ESTA CIRCUNSTANCIA SE VERIFICARÁ EN TANTO QUE ALGUNO DE LOS CONDÓMINOS NO PIDA LA DIVISIÓN (ART. 1997) O IMPULSE LOS MECANISMOS DE LA ADMINISTRACIÓN (ART.1993). NO OBSTANTE, HASTA QUE SE PRODUZCA LA DIVISIÓN O SE DISPONGA LA FORMA DE ADMINISTRAR LA COSA, EL OCUPANTE EXCLUSIVO DEBERÁ TAL COMPENSACIÓN.

EL CONDÓMINO QUE OCUPA LA COSA COMÚN EJERCE SOBRE ELLA UN DERECHO QUE LE ES PROPIO, POR LO QUE NADA LES DEBE A LOS DEMÁS COMUNEROS MIENTRAS NO CONOZCA SU VOLUNTAD DE EJERCER EL IGUAL DERECHO QUE ÉSTOS TIENEN. ES JUSTIFICADA LA PRETENSIÓN DE UN CONDÓMINO QUE NO APROVECHA UN INMUEBLE COMÚN, DE PERCIBIR UNA INDEMNIZACIÓN POR ESA FALTA DE APROVECHAMIENTO CUANDO EL BIEN ES EXCLUSIVAMENTE UTILIZADO POR OTRO CONDÓMINO. HABIENDO EL CONDÓMINO EXTERIORIZADO SU VOLUNTAD DE PERCIBIR EL CANON LOCATIVO QUE RECLAMA AL DEMANDADO, RECIÉN CON LA NOTIFICACIÓN DEL TRASLADO DE LA DEMANDA CABE CONCLUIR QUE EN TAL OPORTUNIDAD CESÓ SU CONSENTIMIENTO TÁCITO A LA ANTERIOR OCUPACIÓN GRATUITA DEL INMUEBLE, POR LO QUE LA INDEMNIZACIÓN RESPECTIVA DEBE FIJARSE DESDE ESE MOMENTO.

2. SUPUESTO DE INDEMNIZABILIDAD

COSSARI EXPRESA: "MIENTRAS LOS CONDÓMINOS QUE NO DISFRUTAN DE LA COSA NO MANIFIESTAN A QUIEN LA UTILIZA Y GOZA, SU INTENCIÓN DE TAMBIÉN DISFRUTARLA O DE QUE SEA PUESTA EN ARRENDAMIENTO, O DE PERCIBIR UNA COMPENSACIÓN POR LA SITUACIÓN EXISTENTE, EL CONDÓMINO OCUPANTE ESTÁ EN TODO SU DERECHO A USAR DE TODA LA COSA Y NO DEBE COMPENSACIÓN ALGUNA A LOS RESTANTES TITULARES".

"PERO UNA VEZ QUE ÉSTOS LE SOLICITEN AL CONDÓMINO, QUE HACE USO EXCLUSIVO DE LA COSA, QUE LES PERMITA EL USO COMÚN DE LA COSA O QUE LA DESOCUPE PARA PODER SER ARRENDADA, O SIMPLEMENTE LE REQUIERAN UNA COMPENSACIÓN DEL VALOR LOCATIVO POR EL GOCE EXCLUSIVO, NACE ALLÍ LA OBLIGACIÓN DE INDEMNIZAR AL COMUNERO RECLAMANTE EN PROPORCIÓN A LA PARTE INDIVISA DEL MISMO".

0III. JURISPRUDENCIA

1. EL CONDÓMINO QUE OCUPA LA COSA COMÚN EJERCE SOBRE ELLA UN DERECHO QUE LE ES PROPIO, POR LO QUE NADA LES DEBE A LOS DEMÁS COMUNEROS MIENTRAS NO CONOZCA SU VOLUNTAD DE EJERCER EL IGUAL DERECHO QUE ESTOS TIENEN. ES JUSTIFICADA LA PRETENSIÓN DE UN CONDÓMINO QUE NO APROVECHA UN INMUEBLE COMÚN, DE PERCIBIR UNA INDEMNIZACIÓN POR ESA FALTA DE APROVECHAMIENTO CUANDO EL BIEN ES EXCLUSIVAMENTE UTILIZADO POR OTRO CONDÓMINO. HABIENDO EL CONDÓMINO EXTERIORIZADO SU VOLUNTAD DE PERCIBIR EL CANON LOCATIVO QUE RECLAMA AL DEMANDADO RECIÉN CON LA NOTIFICACIÓN DEL TRASLADO DE LA DEMANDA, CABE CONCLUIR QUE EN TAL OPORTUNIDAD CESÓ SU CONSENTIMIENTO TÁCITO A LA ANTERIOR OCUPACIÓN GRATUITA DEL INMUEBLE, POR LO QUE LA INDEMNIZACIÓN RES-

PECTIVA DEBE FIJARSE DESDE ESE MOMENTO (CNCIV., SALA D, 12/10/2001, LA LEY, 2002-B, 280. EN SENTIDO COINCIDENTE: SALA C, 16/11/2001, LA LEY, 2002-A, 689).

2. NO PROCEDE EL COBRO DE LA PARTE PROPORCIONAL DEL ALQUILER, POR PARTE DEL CONDÓMINO QUE NO UTILIZA LA PROPIEDAD, A QUIEN LA ESTÁ OCUPANDO, SI NO MEDIÓ PETICIÓN ALGUNA EN ESE SENTIDO, YA QUE TAL SILENCIO IMPLICA UNA TÁCITA CONFORMIDAD; PERO EN CAMBIO SÍ SE LE RECONOCE EL DERECHO A PERCIBIR AQUELLAS SUMAS A PARTIR DE LA FECHA DE LA INTERPELACIÓN (CNPAZ, SALA III, 26/5/1964, LA LEY, 116-531).

ART. 1989.— FACULTADES CON RELACIÓN A LA PARTE INDIVISA. CADA CONDÓMINO PUEDE ENAJENAR Y GRAVAR LA COSA EN LA MEDIDA DE SU PARTE INDIVISA SIN EL ASENTIMIENTO DE LOS RESTANTES CONDÓMINOS. LOS ACREEDORES PUEDEN EMBARGARLA Y EJECUTARLA SIN ESPERAR EL RESULTADO DE LA PARTICIÓN, QUE LES ES INOPONIBLE. LA RENUNCIA DEL CONDÓMINO A SU PARTE ACRECE A LOS OTROS CONDÓMINOS.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

EL ARTÍCULO QUE COMENTAMOS ESTA ÍNTIMAMENTE VINCULADO CON LOS ARTS. 2676, 2677 Y 2678 DEL CÓDIGO SUSTITUIDO.

EL NUEVO CÓDIGO DISPONE QUE EL CONDÓMINO TIENE LA FACULTAD DE RENUNCIAR A SU PARTE EN EL CONDOMINIO EN CUYO CASO LA MISMA ACRECE A LOS OTROS CONDÓMINOS.

EL DERECHO DE LOS RESTANTES CONDÓMINOS DE ACRECER COMO CONSECUENCIA DE LA RENUNCIA DE SU PARTE POR UNO DE LOS COMUNEROS NO ESTABA CONTEMPLADO EN EL CÓDIGO SUSTITUIDO, PERO LA DOCTRINA MAYORITARIA SOSTENÍA QUE EL ABANDONO BENEFICIA A LOS DEMÁS COND

'F3MINOS, CUYAS CUOTAS DE ESE MODO SE VEN ACRECIDAS CON MOTIVO DE LA RENUNCIA

FUENTE: PROYECTO DE 1998, ART. 1928.

II. COMENTARIO

1. FACULTADES SOBRE LA PARTE INDIVISA

LA AMPLITUD CON QUE LA LEY ATRIBUYE ESTOS DERECHOS QUEDA RESALTADA CUANDO SE INDICA QUE EL CONDÓMINO PUEDE EJERCERLOS "SIN EL CONSENTIMIENTO DE LOS DEMÁS COPROPIETARIOS". CLARO ESTÁ QUE SI TAL CONSENTIMIENTO FUERA NECESARIO, YA NO PODRÍA HABLARSE DE FACULTADES AUTÓNOMAS EN CABEZA DE CADA UNO DE LOS COMUNEROS.

ESTAS FACULTADES ESTÁN SUJETAS A UNA LIMITACIÓN, CUAL ES QUE SEAN COMPATIBLES CON LA NATURALEZA DE ELLA. SE REFIERE, POR SUPUESTO, A LA PARTE INDIVISA. AUBRY Y RAU, CUYA OBRA FUE LA FUENTE CASI LITERAL DE ESTE ARTÍCULO, ALUDEN A "LA NATURALEZA PURAMENTE INTELECTUAL DE ESA CUOTAPARTE".

~~1.1. ENAJENACIÓN~~

LA ENAJENACIÓN DE SU CUOTA ES UNA FACULTAD QUE CADA CONDÓMINO PUEDE EJERCER POR CUALQUIER TÍTULO —ONEROSO O GRATUITO— SIN REQUERIR EL CONSENTIMIENTO DE LOS OTROS, AÚN EN EL DESCONOCIMIENTO DE ÉSTOS Y SIN OTORGARLES NINGÚN DERECHO DE PREFERENCIA O TANTEO.

~~1.2. CONSTITUCIÓN DE DERECHOS REALES~~

EL ARTÍCULO HACE REFERENCIA A LA ENAJENACIÓN, PERO ELLO NO IMPIDE CONSIDERAR LA POSIBILIDAD DE CONSTITUCIÓN DE OTROS DERECHOS REALES O PERSONALES SOBRE LA PARTE INDIVISA.

LA RESPUESTA AFIRMATIVA CABE PARA EL USUFRUCTO, DADO QUE EL ART. 2131 ADMITE SU ESTABLECIMIENTO POR EL CONDÓMINO RESPECTO DE SU PARTE INDIVISA.

EN CUANTO AL DERECHO REAL DE USO CABE PONER DE MANIFIESTO QUE EL ART. 2154 EXPRESA: "EL USO ES EL DERECHO REAL QUE CONSISTE EN USAR Y GOZAR DE UNA COSA AJENA, SU PARTE MATERIAL O INDIVISA...", DE LO QUE SE INFIERE QUE EL TITULAR DEL DERECHO REAL DE CONDOMINIO PUEDE CONSTITUIR DERECHO REAL DE USO RESPECTO DE SU PARTE INDIVISA. EN TAL CASO EL USUARIO OCUPA EL LUGAR DEL CONDÓMINO MIENTRAS PERDURA EL DERECHO REAL DE USO, CON LAS LIMITACIONES DEL CASO QUE DERIVAN DE LAS NORMAS QUE REGULAN EL CONDOMINIO Y EL DERECHO REAL DE USO.

DEL EXAMEN DEL ART. 2159 QUE DEFINE AL DERECHO REAL DE HABITACIÓN SURGE QUE EL CONDÓMINO NO PUEDE CONSTITUIR SOBRE SU PARTE INDIVISA EL DERECHO REAL DE HABITACIÓN.

EN EL MISMO SENTIDO, CABE EXPEDIRSE RESPECTO DE LAS SERVIDUMBRES TODA VEZ QUE EL ART. 2168 SEÑALA QUE SE ENCUENTRAN LEGITIMADOS PARA CONSTITUIR SERVIDUMBRE LOS TITULARES DE DERECHOS REALES QUE RECAEN SOBRE INMUEBLES Y SE EJERCEN POR LA POSESIÓN. "SI EXISTE COMUNIDAD DEBE SER CONSTITUIDA POR EL CONJUNTO DE LOS TITULARES".

EN CUANTO A LA CONSTITUCIÓN DEL DERECHO REAL DE HIPOTECA CABE PONER DE MANIFIESTO QUE EL ART. 2206 AL ENUMERAR LOS TITULARES DE DERECHOS QUE SE ENCUENTRAN LEGITIMADOS PARA CONSTITUIR HIPOTECA MENCIONA A LOS CONDÓMINOS.

POR OTRA PARTE EL ART. 2207 REGULA EN FORMA EXPRESA LA HIPOTECA DE PARTE INDIVISA DISPONIENDO QUE CUALQUIERA DE LOS CONDÓMINOS PUEDEN HIPOTECAR LA COSA POR SU PARTE INDIVISA Y EL ACREEDOR PUEDE EJECUTAR LA PARTE INDIVISA SIN ESPERAR EL RESULTADO DE LA PARTICIÓN. AGREGANDO QUE MIENTRAS SUBSISTA LA HIPOTECA, LA PARTICIÓN EXTRAJUDICIAL DEL CONDOMINIO LE RESULTA INOPONIBLE AL ACREEDOR HIPOTECARIO SALVO QUE PRESTE SU CONSENTIMIENTO EXPRESO.

~~OCH1.3. DERECHOS DE LOS ACREEDORES~~

LA FACULTAD DE ENAJENAR LA PARTE INDIVISA, IMPLICA OTORGAR AL CONDÓMINO LA LIBRE DISPOSICIÓN DE UN BIEN INCLUIDO EN SU PATRIMONIO. CONSECUENTEMENTE, LOS ACREEDORES PUEDEN SOLICITAR JUDICIALMENTE EL EMBARGO Y VENTA DE ESA PARTE INDIVISA, SIN ESPERAR EL RESULTADO DE LA PARTICIÓN.

El adquirente, tanto en el supuesto de una enajenación voluntaria como en el de una venta forzada , se convertirá en condómino de los restantes comuneros. Esta solución, que se impone obligatoriamente, fue resistida por Lafaille, dado que significa la entrada de un extraño en la comunidad.

Fazio de Bello y Sabene señalan que la partición no resulta inoponible a los acreedores si se configuran alguna de las siguientes hipótesis: A) Si es el acreedor el que provoca la partición del condominio; B) Si la partición se efectuó con el consentimiento del acreedor; C) Cuando la partición se hizo judicialmente y con la intervención del acreedor.

En cualquiera de los supuestos mencionados precedentemente resultaría injusta la inoponibilidad a la que hace referencia la norma.

2. LA RENUNCIA DEL CONDÓMINO

Concluye el artículo señalando que "la renuncia del condómino a su parte acrece a los otros condóminos". La cuestión, conviene recordarlo, ya había motivado la polémica en la doctrina anterior a propósito del derecho de abandono que contemplaba el art. 2685 del Código de Vélez en los casos en que el comunero fuera requerido para el pago de los gastos de conservación de la cosa común. Y si bien esa norma se limitaba a consagrar la facultad del copropietario de abdicar de su derecho real, no se ocupaba de aclarar cuál era el destino de la parte indivisa que se abandonaba.

El abandono beneficia a los demás condóminos, cuyas cuotas de ese modo se ven acrecidas con motivo de la renuncia.

También aquí el Código resuelve la cuestión, inclinándose por la solución que contaba con el apoyo de la mayoría de la doctrina en el régimen anterior en un marco en el que se carecía de una norma que resuelva directamente el asunto.

III. JURISPRUDENCIA

1. Toda vez que el art. 2677 del Cód. Civil autoriza al acreedor a hacer embargar y vender la parte indivisa de su condómino deudor, antes de la división de los comuneros, la venta mediante subasta de la parte indivisa deberá efectuarse en forma progresiva hasta alcanzar a cubrir el crédito reclamado, conforme lo dispuesto por el art. 574 del Cód. Procesal (CNCiv., sala A, 30/3/1979, LA LEY, 1980-C, 568).

2. El marido o la mujer no puede oponerse a la ejecución forzada de un bien que pertenezca a ambos, puesto que los términos claros del art. 2677, facultan a los acreedores del condominio a "hacer embargar y vender su parte" antes de hacerse la división entre los comuneros (CNCiv., sala B, 11/9/1980, ED, 91-186).

3. Si cada condómino goza de las facultades emergentes del derecho de propiedad respecto de su parte indivisa y puede ejercerlos sin el consentimiento de los demás copropietarios (conf. art. 2676, Cód. Civil), no existe obligación de citar a los demás condóminos cuando la venta se realiza mediante pública subasta por disposición judicial ya que no se ven afectados sus derechos sobre sus respectivas partes indivisas en el condominio (CNTrab., sala III, 22/4/1999, DJ, 2000-1-1410).

4. Procede la ejecución por el acreedor hipotecario de la parte indivisa del inmueble afectado, pues el acreedor beneficiado con tal garantía no puede estar en peor situación, en cuanto a la mayor dificultad de la ejecución de su crédito, que aquella que tendría el acreedor común del condómino frente a los otros condóminos, que pueden hacer embargar y vender la parte indivisa, antes de la partición (CNEsp. Civ. y Com., sala I, 7/5/1982, ED, 102-182).

1505ART. 1990.— DISPOSICIÓN Y MEJORAS CON RELACIÓN A LA COSA. LA DISPOSICIÓN JURÍDICA O MATERIAL DE LA COSA, O DE ALGUNA PARTE DETERMINADA DE ELLA, SÓLO PUEDE HACERSE CON LA CONFORMIDAD DE TODOS LOS CONDÓMINOS. NO SE REQUIERE ACUERDO PARA REALIZAR MEJORAS NECESARIAS. DENTRO DE LOS LÍMITES DE USO Y GOCE DE LA COSA COMÚN, CADA CONDÓMINO PUEDE TAMBIÉN, A SU COSTA, HACER EN LA COSA MEJORAS ÚTILES QUE SIRVAN A SU MEJOR APROVECHAMIENTO.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El artículo que comentamos se relaciona con los arts. 2680 y 2682 del Código sustituido. La nueva norma señala con precisión que los actos de disposición jurídica y material sobre la cosa requiere de la conformidad de todos los condóminos y además explicita cuáles son los alcances y efectos de las mejoras necesarias y útiles realizadas por uno de los condóminos.

Fuente: Proyecto de 1998, art. 1932.

II. COMENTARIO

1. FACULTADES DE LOS CONDÓMINOS RESPECTO DE LA COSA

El artículo legisla sobre poderes materiales y jurídicos que los comuneros tienen sobre la cosa o alguna parte determinada de ella. La norma se refiere a aquellos actos materiales que implican el ejercicio de disposición física de la cosa, al ordenar que ninguno de los condóminos puede hacer en la cosa común innovaciones materiales, sin la conformidad de todos.

Asimismo se refiere a las mejoras en general sobre la cosa objeto del condominio, determinando en qué supuestos se requiere la conformidad de todos los condóminos y en cuáles no es necesaria la autorización.

1.1. DISPOSICIÓN MATERIAL

Cualquier acto de disposición material sobre la cosa requiere la autorización de todos los condóminos.

Peña Guzmán considera que al requerirse la unanimidad para la realización de cualquier acto de disposición material sobre la cosa, implica un ius

PROHIBENDI RECONOCIDO A CADA CONDÓMINO EN DEFENSA DE SU PROPIO DERECHO REAL SOBRE LA COSA COMÚN Y POR MÍNIMA QUE SEA LA PARTE INDIVISA QUE TENGA PUEDE OPONERSE A CUALQUIER ALTERACIÓN FÍSICA QUE PRETENDA LA MAYORÍA.

PARA LA REALIZACIÓN DE MEJORAS NECESARIAS EL CONDÓMINO NO REQUIERE LA AUTORIZACIÓN DEL RESTO DE LOS COMUNEROS, ELLO EN RAZÓN DE QUE SE TRATA DE ACTOS MATERIALES SIN LOS CUALES LA COSA NO PODRÍA SER CONSERVADA, ES DECIR QUE SON INDISPENSABLES PARA LA EXISTENCIA, INTEGRIDAD O APROVECHAMIENTO DEL OBJETO DEL CONDOMINIO QUE BENEFICIA A TODOS LOS CONDÓMINOS.

EN CUANTO A LAS MEJORAS ÚTILES, ES DECIR AQUELLAS QUE SEAN DE MANIFIESTO PROVECHO PARA CUALQUIER POSEEDOR DE ELLA, PUEDEN SER REALIZADAS A COSTA DEL CONDÓMINO QUE TIENE EL USO Y GOCE DE LA COSA.

RESPECTO DEL CONCEPTO Y ALCANCE DE LAS DENOMINADAS "MEJORAS" CABE REMITIRSE AL ART. 1934 Y SU COMENTARIO.

rtlch**Art. 1991.— Gastos. Cada condymino debe pagar los gastos de conservaciyn y reparaciyn de la cosa y las mejoras necesarias y reembolsar a los otros lo que hayan pagado en exceso con relaciyn a sus partes indivisas. No puede liberarse de estas obligaciones por la renuncia a su derecho.**

El condymino que abona tales gastos puede reclamar intereses desde la fecha del pago.

I. Relaciyn con el Cydigo Civil. Fuentes del nuevo texto

Si bien el artнculo que comentamos se relaciona con los arts. 2685 y 2686 del Cydigo sustituido, tiene diferencias sustanciales por cuanto la nueva norma secala que el obligado al pago de las mejoras no puede liberarse de su obligaciyn por la renuncia a su derecho.

Por otra parte el artнculo establece desde que momento se adeudan los intereses por los gastos de reparaciyn o mantenimiento.

Por ъltimo, resta secalar que la norma vigente, a diferencia de lo legislado en el art. 2686 del Cydigo de Vйlez, no hace referencia al derecho de retenciyn que puede ejercer uno de los comuneros ante la falta de pago de uno de los condyminos.

Fuente: Proyecto de 1998, art. 1933.

II. Comentario

El presente artнculo se refiere a la contribuciyn que deben efectuar los condyminos por los gastos de conservaciyn que genera la cosa objeto del condominio.

En efecto, los gastos que originen la reparaciyn y conservaciyn de la cosa comъn deben ser soportados por los condyminos en la proporciyn de su derecho. Al respecto cabe recordar que el art. 1983 presume que las partes son iguales, cuando ellas no han sido establecidas segъn otros valores (1/3, 3/4, etc.).

En el supuesto de que el gasto hubiera sido realizado por un solo propietario, los restantes condyminos deben reembolsar no sylo el valor correspondiente a su cuota parte, sino tambiйn los intereses que se hubieran devengado desde la fecha del pago conforme lo estipula el segundo pбrrafo de la norma.

Entendemos que la mora se produce de pleno derecho desde el momento que, debiendo efectuar su contribuciyn, el condymino no lo ha hecho (arg. art. 886).

La norma introduce una modificaciyn importante respecto del Cydigo sustituido puesto que ninguno de los condyminos puede liberarse de su obligaciyn por la renuncia a su derecho.

1. Aspecto interno de las obligaciones y responsabilidades de los condyminos

El art. 1991 legisla sobre las cuestiones derivadas de la comunidad y que acaecen durante ella, ya sean gastos de conservaciyn o reparaciyn de la cosa comъn, deudas contraнdas en pro de la comunidad o en interйs de los condyminos, o dacos causados a la cosa comъn o a los otros condyminos, es decir que se refieren al aspecto interno entre los comuneros.

lang10342. Obligaciyn real

En general, se considera que este caso constituye un tнpico ejemplo de obligaciyn real. Advertimos empero, que esta categorна no constituye una situaciyn intermedia entre los derechos reales y los personales, debiendo ser ubicada lisa y llanamente entre las obligaciones, en las cuales el factor legal tiene una incidencia determinante en su nacimiento, trasmisiyn y extinciyn, vinculados estos acaecimientos a iguales contingencias respecto de una relaciyn real y en las que el deudor responde con todo su patrimonio y se libera mediante el abandono.

3. Liberaciyn por abandono

En el Cydigo sustituido el art. 2685 disponна en forma expresa que el condymino podна liberarse de la obligaciyn de pago abandonando su derecho sobre la cosa objeto del condominio.

Con relaciyn al abandono y su efecto liberatorio, la doctrina imperante secalaba que debна ser oportuno, es decir, formulado al tiempo de plantearse el requerimiento y que —empleando los tйrminos del art. 2723, que legisla similar supuesto en materia de medianerна— la necesidad de que la reparaciyn o conservaciyn "*no haya llegado a ser necesaria por un hecho suyo*".

La norma nada decна acerca del destino de la parte indivisa abandonada, como sн lo legislaba, por ejemplo, el art. 2724 en materia de medianerна, donde se establecна que "*desde que el abandono se haga, tiene el efecto de conferir al otro la propiedad exclusiva de la pared o muro*"..

En este aspecto, resultan convincentes las razones aportadas por Borda, quien adopta la tesis que йl llama de "la expansiyn del derecho de los demбs condyminos, que vienen asн a adquirir automбticamente la parte abandonada en proporciyn a sus respectivas porciones", justificando esta soluciyn —entre otras razones—, "por la

tendencia del derecho de propiedad de adquirir esa plenitud que le es propia", dado que este derecho "tiende a reconstituirse en su integridad en cabeza de un titular ъnico".

Si bien existна sobre la materia distintas posturas respecto a quien le correspondна la parte abandonada, lo cierto es que en la actualidad dichas disputas se tornan estйriles puesto que la nueva legislaciyn secala que la renuncia o abandono efectuado por uno o algunos de los condyminos respecto de su derecho, tal como lo permite el art. 1989, no tiene incidencia alguna puesto que no lo libera de su obligaciyn de contribuir en los gastos efectuados en concepto de reparaciyn y/o conservaciyn de la cosa objeto del usufructo.

4. Consecuencias de la inejecuciyn de la obligaciyn

El art. 1991 precisa los derechos del condymino (o los condyminos) que hubiere afrontado el pago frente a los otros, diciendo que deberбn pagar los intereses.

En cuanto a los intereses, dados los tйrminos literales de la norma transcripta, se adeudan desde el momento del desembolso, constituyendo un supuesto de mora de pleno derecho (art. 886).

Fazio de Bello y Sabene secalan que el nuevo Cydigo no contempla la situaciyn de que uno de los condyminos resulte insolvente.

Con acierto manifiestan que "ante la ausencia de una norma especifica al respecto determina que se resuelva la cuestiyn por las normas propias del derecho de las obligaciones. En consecuencia, si un condymino es insolvente y no se ha pactado solidaridad, la insolvencia serб soportada por el acreedor. En cambio en caso de solidaridad, la cuota debe ser cubierta por todos los obligados. Ello no quita que, en el primer caso, otro condymino pague la parte en la deuda del otro y se subrogue en los derechos del acreedor".

III. Jurisprudencia

1. El que despuйs de la negativa de su condymino ejecuta las reparaciones de su peculio propio, es o un gestor de negocios o un mandatario; y en uno y otro carбcter tiene perfecto derecho al reembolso del capital con sus intereses, que tienen condiciyn de retributivos (CNCiv., sala C, 7/7/1981, JA, 982-II-265).

2. La acciyn resarcitoria iniciada por uno de los condyminos motivada por el incendio del vecino, tiene carбcter conservatorio del derecho, dirigida a la reparaciyn de la cosa, disponiendo el art. 2685 del Cyd. Civil, que "todo condymino puede obligar a los copropietarios en proporciyn de sus partes a los gastos de conservaciyn o reparaciyn de la cosa comъn...", con mayor razyn, si se atiende a que en el caso la conservaciyn es por demandar esa reparaciyn al tercero responsable del daco (CNCiv., sala C, 28/3/85, LA LEY, 1985-C, 471).

Art. 1992.— Deudas en beneficio de la comunidad. Si un condymino contrae deudas en beneficio de la comunidad, es el ъnico obligado frente al tercero acreedor, pero tiene acciyn contra los otros para el reembolso de lo pagado.

Si todos se obligaron sin expresiyn de cuotas y sin estipular solidaridad, deben satisfacer la deuda por partes iguales. Quien ha pagado de mбs con respecto a la parte indivisa que le corresponde, tiene derecho contra los otros, para que le restituyan lo pagado en esa proporciyn.

I. Relaciyn con el Cydigo Civil. Fuentes del nuevo texto

La norma en estudio se relaciona con los arts. 2687 y 2688 del Cydigo sustituido, regulando las relaciones de los condyminos con los terceros ajenos a la comunidad y la responsabilidad de cada uno de los comuneros por las deudas constituidas en pro de la comunidad.

El art. 1992 no contempla ciertas situaciones que si eran reguladas en el Cydigo de Vйlez, asн por ejemplo nada se dice respecto de la responsabilidad de los condyminos cuando se estб en presencia de una carga real (hipoteca que grava el inmueble objeto del condominio) sobre la cosa comъn. Asimismo no se establece que consecuencias trae aparejada la insolvencia de uno o algunos de los comuneros.

Fuente: Proyecto de 1998, art. 1934.

II. Comentario

El artнculo se refiere a las deudas contrandas en beneficio de la comunidad, como es de suponer en el бmbito del derecho real de condominio el mantenimiento y conservaciyn de la cosa comъn requiere la contrataciyn de obras o de servicios y, en general, la asunciyn de obligaciones personales.

Al respecto, el legislador ha regulado separadamente el caso de deudas contrandas por todos los condyminos de aquellas asumidas por uno solo de ellos.

fault1. Aspecto externo de las obligaciones y responsabilidades de los condyminos

d9849094 Asн como el art. 1991 hace referencia al aspecto interno, los analizados ahora aluden al aspecto externo de estas obligaciones y responsabilidades.

Se trata de las relaciones entre los condyminos y los terceros acreedores de tales obligaciones, legislбndose el supuesto de que haya sido uno solo de aquellos quien la haya contrandо, o bien cuando hubieran contratado todos colectivamente.

2. Deuda contranda por un condymino

Si quien contraty lo hizo por propio derecho, sin invocar y tener representaciyn alguna, sylo йl responde frente al acreedor, dado que el condominio no es una persona colectiva y no pueden los demбs ser alcanzados por los efectos de una obligaciбn de fuente contractual en cuya gйnesis no intervinieron. Claro estб que el condymino que contraty y cumpliy con su obligaciyn, segъn el art. 1991, tiene el derecho de reembolso.

A los efectos de solicitar el reembolso de los gastos en que hubiera incurrido, el condymino que los efectuy debe justificar que las obras realizadas en la cosa comъn eran necesarias o ъtiles. Aъn cuando la construcciyn o las mejoras realizadas en la cosa comъn no hubieran contado con la autorizaciyn, expresa o tбcita, de los res-

tantes condyminos.

3. Deuda contrahda por todos los condyminos

Cuando los condyminos contratan colectivamente y nada se expresa en cuanto a la manera de responder frente al acreedor, se trata de una obligaciyn simplemente mancomunada "la deuda se divide en tantas partes iguales como ... deudores haya". Si se hace pacto inequhvoco de solidaridad, el acreedor se encuentra facultado a reclamar la totalidad de la deuda a cualquiera de los condyminos. Si se expresan las cuotas, se responde frente al acreedor conforme a tal expresiyn, tanto si estas cuotas coinciden con las partes indivisas que cada uno tiene en el condominio o no.

La ъltima parte del arthculo, que deja a salvo el derecho al reembolso, es aplicable para los supuestos en que se haya respondido igualitariamente o en que se haya estipulado solidaridad.

3. Un caso no contemplado

El Cydigo contempla los casos extremos, es decir, cuando contrata uno o cuando contratan todos. Cabe preguntarse entonces, cuбl es la soluciyn aplicable cuando lo hacen algunos de los condyminos, pero no la totalidad de ellos.

Entendemos que si contrata mбs de uno pero menos de la totalidad, sylo responderбn quienes contrajeron la deuda, y no ash los que no lo hicieron, ello en razyn de que los efectos de los contratos se extienden a las partes contratantes y sus sucesores.

III. Jurisprudencia

El comunero que actъa frente a los terceros aun en pro de la comunidad, queda obligado de manera exclusiva, es decir, no obliga a los restantes comuneros. El reembolso (art. 2687, Cyd. Civil) al que naturalmente y de modo eventual quedan obligados los comuneros que no fueron partes de la firma del contrato originario. no legitima a los terceros por expresa disposiciyn del mismo arthculo que distingue perfectamente una y otra situaciyn. La documentaciyn firmada entre los condyminos para arreglar sus respectivos derechos internos efectuando transacciones en relaciyn a las contribuciones debidas, constituye un negocio de fijaciyn que no comporta reconocimiento de legitimaciyn a la tercera, que se ve privada de accionar derechamente por imperio de la propia ley (C1€ Civ. y Com. Bahha Blanca, sala I, 20/10/1994, ED, 161-384).

Caphtulo 2

Administraciyn

Por Roberto Malizia

Bibliografha clбsica: Bianchiman, G., "Administraciyn del condominio de partes indivisas gananciales", LA LEY, 1994-A, 14.

ri0◆◆◆

Art. 1993.— Imposibilidad de uso y goce en comъn. Si no es posible el uso y goce en comъn por razones atinentes a la propia cosa o por la oposiciyn de alguno de los condyminos, йstos reunidos en asamblea deben decidir sobre su administraciyn.

I. Relaciyn con el Cydigo Civil. Fuentes del nuevo texto

El arthculo que comentamos se relaciona con el art. 2699 del Cydigo sustituido que en lhneas generales coincide con lo dispuesto en la actual normativa.

Frente a la imposibilidad de uso y goce comъn de la cosa, ya sea por la naturaleza del bien objeto del condominio o por la oposiciyn uno de los condyminos, se deberб resolver por vha de la asamblea su administraciyn.

II. Comentario

1. Relaciyn con la facultad de uso y goce

La necesidad de disponer por los comuneros reglas de administraciyn estб literalmente vinculada con la facultad de uso y goce sobre la cosa que rige en el бmbito del derecho real de condominio.

En efecto, el uso y goce comъn o la explotaciyn comъn de la cosa serб posible o no por la calidad del objeto o por la oposiciyn de uno o de algunos de los condyminos. Si, a su vez, estos ъltimos no hacen uso de la facultad que tienen de pedir la divisiyn cuando ello es posible, los condyminos deberбn proveer a la administraciyn de la cosa, dentro de cuyas previsiones cabe incluir tambiйn la posibilidad de alquilarla (thpico acto de administraciyn), decisiyn que deberб ser tomada en una asamblea convocada al efecto.

III. Jurisprudencia

No debe confundirse el modo en que los condyminos han de resolver "si la cosa debe ser puesta en administraciyn o alquilada o arrendada" (art. 2699, Cyd. Civil), con el derecho que a cada uno de ellos asiste a hacerse indemnizar, en proporciyn a su parte, por el uso que los otros, o uno de ellos, hagan del bien indiviso (SCBA, 17/9/1996, DJBA, 151-6611).

Art. 1994.— Asamblea. Todos los condyminos deben ser informados de la finalidad de la convocatoria y citados a la asamblea en forma fehaciente y con anticipaciyn razonable.

4 La resoluciyn de la mayorha absoluta de los condyminos computada segъn el valor de las partes indivisas aunque corresponda a uno solo, obliga a todos. En caso de empate, debe decidir la suerte.

g1025 I. Relaciyn con el Cydigo Civil. Fuentes del nuevo texto

El arthculo en comentario se relaciona con los arts. 2699 y 2703 del Cydigo sustituido, pero la disposiciyn normativa en vigencia tiene modificaciones sustanciales.

Ash por ejemplo en materia de quyrum de acuerdo a la nueva normativa no es

requisito que se encuentren presentes todos los condyminos para comenzar a deliberar, puesto que sylo se requiere que se encuentren fehacientemente notificados de la existencia de la asamblea y los motivos por los cuales se la convoco.

En cuanto a la toma de decisiones se requiere la mayorna absoluta computada segъn el valor de las partes, coincidiendo en este aspecto con el rйgimen previsto en el Cydigo de Vйlez.

Otra modificaciyn que se puede advertir es la eliminaciyn en caso de empate de acudir a la vna judicial y/o arbitral, puesto que sylo se decidirб por la suerte.

Fuente: Proyecto de 1998, art. 1936.

II. Comentario

pararsid9849094 A diferencia de lo legislado en el Cydigo sustituido, el nuevo Cydigo establece que a los efectos de obtener el quyrum necesario para comenzar a deliberar todos los condyminos deben ser informados de la finalidad de la convocatoria y citados a la asamblea en forma fehaciente y con anticipaciyn razonable.

Si luego de notificados los condyminos en forma fehaciente uno o alguno de ellos no asistiere a la asamblea, la misma se llevarб a cabo, ello siempre y cuando que los condyminos que asistieron representen la mayorna absoluta para poder deliberar y tomar decisiones.

1. Criterios de interpretaciyn antes de la vigencia del presente Cydigo

1.1. Criterio estricto

El requisito del quyrum (todos los condyminos debnan estar presentes) hace aparecer a йste como insoslayable y coincidimos con Areбn, que tal ha sido, seguramente, el pensamiento de Vйlez Sarsfield. Salvat sostiene esta posiciyn de riguroso apego a la letra de la ley y argumenta que lo ъnico posible en el caso de ausencia de alguno de los condyminos a la reuniyn convocada, serna el ejercicio, por parte de los otros, del derecho de pedir la liquidaciyn del condominio.

1.2. Crнtica al criterio estricto

Nuestra doctrina, con la excepciyn ya apuntada de Salvat, ha elaborado un criterio mбs elбstico. Partiendo de Segovia, para quien la inasistencia por motivos fъtiles no impide la validez de la resoluciyn adoptada, y siguiendo con Lafaille, quien expresa que tal exigencia no debe ser entendida, como que la obstrucciyn de un solo comunero baste para privar de eficacia a cualquier providencia que se adopte, pues ello seria contradictorio con el rйgimen de mayornas adoptado y reimplantarna el *jus prohibendi*. Este autor propicia compeler al renuente por la vna judicial bajo apercibimiento de celebrar el acto con quienes asistan. Argacarбs agrega el serio argumento de que resulta ilygico que la inasistencia del condymino tenga una trascendencia que no tendrna su disidencia frente a la mayorna de haber concurrido a la asamblea. Borda, interpreta la exigencia de la ley con la importancia de la participaciyn del condymino y que a esos efectos basta con la citaciyn que deja a salvo su derecho de hacerse oнr, y agrega que la inasistencia deliberada e injustificada constituirna un abuso del derecho y desvirtuarna el principio mayoritario adoptado.

Kiper sostiene que es imprescindible establecer un recaudo y fijar un lнmite a esta posibilidad propiciada por la doctrina y jurisprudencia mayoritaria: 1) en primer lugar, para habilitar la vna judicial serб necesario acreditar que los condyminos han sido citados con expresiyn del orden del dna a tratar. Esta exigencia, contenida en precedentes legislativos, aparece como muy razonable y, ademбs, vinculada con principios superiores, como la garantna de la defensa en juicio (art. 18 de la Constituciyn); 2) literalmente, el Cydigo Civil exige el quyrum total, de allн que la mayorna absoluta de valor prescripta (arts. 2704 y 2705) debe ser computada sobre la totalidad de los condyminos. Tratбndose entonces de una asamblea a la cual todos han sido compelidos a comparecer, bajo apercibimiento de celebrarse con quienes concurran, el nъmero mnnimo de asistentes para que la deliberaciyn tenga validez, deberб ser el de aquellos que representen mбs de la mitad del valor. En caso contrario, no sylo se habrna "elastizado" la interpretaciyn en orden a las exigencias de quyrum, sino que se tergiversarnan las normas sobre mayornas reciйn secaladas.

uto2. Cymputo de la mayorna

El segundo pбrrafo del art. 1994 adopta el sistema de la mayorna de valor, es decir: en proporciyn de los valores de la parte de los condyminos en la cosa comъn, y para que no quede ninguna duda se agrega: "aunque corresponda a uno solo de ellos".

їCuбl es la mayorna requerida? El artnculo dispone que: La resoluciyn se tomarб por mayorna absoluta es decir, debe exceder el valor de la mitad de la cosa, desechando la posibilidad de la mera o simple mayorna (mayorna relativa).

Queda claro que a fin de aprobar la decisiyn sobre el tema de la convocatoria no se exige la unanimidad de los comuneros sino que a tales efectos basta con la mayorna absoluta, esto es mбs de la mitad.

Esta forma de computar las mayornas que ya estaba prevista en el Cydigo sustituido es prбctica y equitativa.

3. Supuesto de empate

Exigiйndose mayorna absoluta de valor, si hay empate, ninguna de las mociones votadas la alcanzarna y entonces serna de aplicaciyn el ъltimo pбrrafo del art. 1994, que dispone que la decisiyn se tomarб por la suerte.

Consideramos que si bien la norma secala que en caso de empate la decisiyn se tomarб por la suerte, ello no impide que las partes de comъn acuerdo decidan someter la cuestiyn a un arbitraje, puesto que en este aspecto se permite la autonomna de la voluntad de las partes, por no estar en juego el orden pъblico.

Por otra parte, entendemos que la suerte como forma de dirimir una cuestiyn controvertida sylo es posible si existe acuerdo entre los condyminos. Si no se da dicha circunstancia, no existe ningъn impedimento para que cualquiera de ellos acuda a la justicia a fin de dirimir el conflicto.

Cabe recordar que el acceso a la justicia es un derecho que le asiste a toda

persona que vive en un estado de derecho y que el azar se da en el ѻmbito del juego, donde es la suerte es la que manda y no la nociyn de justicia.

III. Jurisprudencia

La circunstancia de que el Cydigo Civil determine que, siendo imposible el uso o goce de la cosa comъn, resolverѻn todos los condyminos si ella debe ser puesta en administraciyn, y que ninguna determinaciyn serѻ vѻlida si no fuese tomada en reuniyn de todos los condyminos o sus leghtimos representantes (arts. 2699 y 2703), no debe ser entendida como que la obstrucciyn de un solo comunero baste para privar de eficacia a cualquier providencia que se adopte, siendo lhcito compeler al renuente por la vha judicial, bajo apercibimiento de celebrarse el acto con quienes a ёl asistan (CNCiv., sala E, 31/8/1965, LA LEY, 121-126).

Art. 1995.— Frutos. No habiendo estipulaciyn en contrario, los frutos de la cosa comъn se deben dividir proporcionalmente al interёs de los condyminos.

I. Relacip3n con el Cydigo Civil. Fuentes del nuevo texto

La norma vigente se relaciona con lo dispuesto en los arts. 2691 y 2707 del Cydigo sustituido, en los que se establecha —al igual que el art. 1995— que los frutos que la cosa genere se deben distribuir en forma proporcional al interёs de los condyminos, salvo que ёstos hubieren pactado otra forma de distribuciyn.

La regla general sustentada por la norma se ajusta a un criterio de equidad.

Fuente: Cydigo Civil, arts. 2691 y 2707.

II. Comentario

1. Divisiyn de los frutos

Respecto de la divisiyn de los frutos, reitera una soluciyn que habha sido establecida en el art. 2707 del Cydigo sustituido, y establece la correspondencia entre su reparto y los valores de las partes de los condyminos, en ausencia de estipulaciyn en contrario que dispusieran otra manera para practicar esta divisiyn.

La forma en que pueden dividirse los frutos entre los comuneros no es de orden pъblico, razyn por la cual no existe impedimento alguno para que los condyminos al momento de constituir el usufructo acuerden una forma diferente para distribuir los frutos que genere la cosa.

Se debe estar entonces a lo que expresamente se hubiera dispuesto sobre el punto. Sylo a falta de tales previsiones se aplica la soluciyn legal, que aparece como meramente supletoria.

2. Percepciyn de frutos por un condymino

En el supuesto que uno o algunos condyminos hubieran percibido los frutos, el art. 2691, Cyd. Civil, estipulaba que "Cada uno de los condyminos es deudor de los otros, segъn sus respectivas partes, de las rentas o frutos que hubiere percibido de la cosa comъn, como del valor del daco que les hubiese causado". Es decir, autorizaba la percepciyn individual de los frutos, sin perjuicio del deber posterior de distribuirlos segъn lo convenido o de conformidad con la cuota parte en el condominio.

De allн que, frente a los deudores por alquileres o arrendamientos, cada uno de los condyminos puede perseguir su cobro, sin que pueda oponёrsela la falta de legitimaciyn al respecto; la forma de distribuciyn de esos frutos regulada en el Cydigo es una cuestiyn intra comunitaria: el condymino responde a sus pares y no a los terceros con quienes se hubiera contratado.

Entendemos que, si bien no hay norma expresa al respecto en el nuevo Cydigo, la soluciyn expuesta resulta aplicable en el nuevo rёgimen.

Caphtulo 3

Condominio sin indivisiyn forzosa

Secciyn ъnica

Particiyn

dbchPor Roberto Malizia

Bibliografha clѻsica: Belluscio Cesar A, "Divisiyn de condominio entre cynyuges", LA LEY, 1983-B-589; Cossari, Nelson G. A., "El principio de la divisiyn en especie en el condominio", LL. Litoral, 2003-439; Gayoso Arias, "Naturaleza y desarrollo de la *actio comuni dividundo*", RDP, 1920-208; Guastavino, P., "Autorizaciyn judicial para que el titular de la patria potestad promueva divisiyn de condominio del inmueble del hijo y un tercero", LA LEY, 1986-B, 165.

* * *

Art. 1996.— Reglas aplicables. Rigen para el condominio las reglas de la divisiyn de la herencia, en tanto sean compatibles.

I. Relaciyn con el Cydigo Civil. Fuentes del nuevo texto

Tanto la norma vigente como la del Cydigo sustituido (art. 2698) se vinculan en cuanto resultan contestes en aplicar a la divisiyn del condominio las reglas de la divisiyn de las sucesiones.

Fuente: Proyecto de 1998, art. 1937.

II. Comentario

El arthculo dispone que a los fines de la particiyn del condominio rigen, en lo que resulte compatible, las normas que regulan la divisiyn de la herencia.

Deben distinguirse dos etapas: a) el ejercicio del derecho de los condyminos a pedir la divisiyn del condominio y b) la particiyn propiamente dicha. La primera es la acciyn judicial de divisiyn del condominio; la segunda, la ejecuciyn de la sentencia recahda en juicio.

Cuando lo que se persigue es la divisiyn del condominio, el proceso se inicia ante el juez que corresponda al lugar de ubicaciyn del inmueble; en tanto que si lo que se pretende dividir es una comunidad hereditaria, resulta competente el juez de la sucesiyn, formando incidente dentro de esta ъltima.

La particiyn puede hacerse en forma privada, salvo que entre los comuneros exista un menor o incapaz, que exista un tercero que alegando un interйs legitimo se oponga a la particiyn privada o bien cuando no existe acuerdo entre los condyminos para efectuar la particiyn, en todos estos supuesto no queda otra alternativa que ocurrir por la vнa judicial.

1. Alcance de la remisiyn

El art. 2374 establece el principio de particiyn es especie que dice: "Si es posible dividir y adjudicar los bienes en especie, ninguno de los coparticipes puede exigir su venta".

A su vez, el art. 2371 dispone que *"las particiones deben ser judiciales: a) si hay copartнcipes incapaces, cón capacidad restringida o ausentes; b) cuando terceros, fundбndose en un interйs jurнdico, se opongan a que se haga la particiyn privada; 3) si los coparticipes son plenamente capaces y no acuerdan en hacer la particiyn privadamente".*

chDebe distinguirse el pedido de la divisiyn del condominio entre los comuneros —derecho propio de cada condymino que se ejercita mediante la acciyn judicial de divisiyn de condominio— del procedimiento a seguir para obtener la concreciyn de la particiyn de los bienes entre aquйllos —que debe concretarse segъn las normas propias de la divisiyn de las sucesiones, con arreglo a lo previsto en el art. 2369 y ss. del Cyd. Civil— el cual se hace efectivo en una segunda fase del juicio, esto es, durante la etapa de ejecuciyn de sentencia.

2. Diversas formas de la particiyn

2.1. En especie

Si los condyminos resuelven la divisiyn en especie, nada cabrнa objetar a tal decisiyn que no sea en orden a la indivisibilidad de la cosa.

El art. 2375 dispone: "Aunque los bienes sean divisibles, no se los debe dividir si ello hace antieconymico el aprovechamiento de las partes".

Es decir que la divisiyn en especie, preferida por la ley, no podrб verificarse en dos casos: a) cuando la divisiyn produzca la destrucciyn de la cosa, o aun sin que este resultado acaezca, cuando no resulten porciones reales que constituyan un todo homogйneo y anбlogo a las otras partes y a la cosa misma; b) cuando convierta en antieconymico el uso o aprovechamiento de las partes resultantes o, en materia de inmuebles, no se alcance la superficie mнnima de la unidad econymica. Dбndose cualquiera de estas dos situaciones, la divisiyn en especie no es posible.

De ser posible la divisiyn en especie, si las partes resultantes no fueran equivalentes a las cuotas de los condyminos, quien recibiera una fracciyn material que superara el valor de su parte indivisa, se verнa precisado a compensar en dinero a quienes recibieran una de menor valor en comparaciyn a su cuota. Esta soluciyn —particiyn en especie con saldo— no puede imponerse a los condyminos. Necesariamente, debe haber acuerdo general entre ellos para que resulte factible.

2.1.1. *Preferencia legal por la divisiyn en especie*. Existiendo posibilidad de dividir y adjudicar los bienes en especie, no se podrб exigir por los coherederos la venta de ellos. Este principio imperativo y de carбcter general solamente cede cuando la divisiyn en especie convierte en antieconymico el aprovechamiento de las partes, resultando de ello deducible que quien se opone al progreso de la aplicaciyn de esa norma, tome a su cargo la demostraciyn de los hechos impeditivos que eventualmente se opondrнan a la divisiyn en especies del bien.

Si la divisiyn en especie del inmueble sujeto a un condominio sylo es factible a partir de importantes modificaciones estructurales que requieren la ejecuciyn de reformas de cierta envergadura cuyo tiempo de realizaciyn y costo no han sido determinados, a la vez que resultan sumamente antieconymicas en funciyn del valor total del bien, y no se ha demostrado que exista disponibilidad efectiva de dinero de parte del demandado para afrontarlos, corresponde disponer su venta en subasta pъblica.

2.2. Por venta

rtlch***LA DIVISIÓN POR VENTA, CUALQUIERA QUE SEA LA NATURALEZA DE LA COSA, PODRÁ SER LLEVADA A CABO MEDIANDO ACUERDO UNÁNIME. EN ESTE CASO PODRÁ ARBITRARSE LA VENTA PRIVADA O EN SUBASTA, PÚBLICA O PARTICULAR. NO MEDIANDO TAL ACUERDO, SERÁ PREFERIDA LA DIVISIÓN EN ESPECIE. SI ESTA ÚLTIMA NO PUEDE SER LLEVADA A CABO, SERÁ DE RIGOR LA DIVISIÓN POR VENTA JUDICIAL (ARG. ARTS. 2639, 2371 Y 2374 2DO. PÁRR.).***

~~2.3. PROVISIONAL O DE USO~~

LA LLAMADA PARTICIÓN PROVISIONAL O DEL USO SE PRODUCE CUANDO LOS CONDÓMINOS RECURRAN A ESTE INSTITUTO, NO CON LA FINALIDAD DE CONCLUIR EL CONDOMINIO, SINO CON EL OBJETO DE DIVIDIR EL USO Y GOCE DE LA COSA, YA QUE CONSISTE EN UNA REGLAMENTACIÓN DE SUS FACULTADES EN TAL SENTIDO. EL ART. 2370 LLAMA A ESTA SITUACIÓN "PARTICIÓN PROVISIONAL", Y LA RESOLUCIÓN DEBE SER ADOPTADA POR UNANIMIDAD.

III. JURISPRUDENCIA

1. DEBE DISTINGUIRSE EL PEDIDO DE LA DIVISIÓN DEL CONDOMINIO ENTRE LOS COMUNEROS —DERECHO PROPIO DE CADA CONDÓMINO QUE SE EJERCITA MEDIANTE LA ACCIÓN JUDICIAL DE DIVISIÓN DE CONDOMINIO— DEL PROCEDIMIENTO A SEGUIR PARA OBTENER LA CONCRECIÓN DE LA PARTICIÓN DE LOS BIENES ENTRE AQUÉLLOS —QUE DEBE CONCRETARSE SEGÚN LAS NORMAS PROPIAS DE LA DIVISIÓN DE LAS SUCESIONES, CON ARREGLO A LO PREVISTO EN EL ART. 2698 DEL CÓD. CIVIL— EL CUAL SE HACE EFECTIVO EN UNA SEGUNDA FASE DEL JUICIO, ESTO ES, DURANTE LA ETAPA DE EJECUCIÓN DE SENTENCIA (CNCIV., SALA K, 9/8/1999, LA LEY, 2000-D, 703).

2. EXISTIENDO POSIBILIDAD DE DIVIDIR Y ADJUDICAR LOS BIENES EN ESPECIE, NO SE PODRÁ EXIGIR POR LOS COHEREDEROS LA VENTA DE ELLOS. ESTE PRINCIPIO IMPERATIVO Y DE CARÁCTER GENERAL SOLAMENTE CEDE CUANDO LA DIVISIÓN EN ESPECIE CONVIERTE EN ANTIECONÓMICO EL APROVECHAMIENTO DE LAS PARTES (ART. 3475 BIS,

PARTE 2ª Y ART. 2326, CÓD. CIVIL), RESULTANDO DE ELLO DEDUCIBLE QUE QUIEN SE OPONE AL PROGRESO DE LA APLICACIÓN DE ESA NORMA, TOME A SU CARGO LA DEMOSTRACIÓN DE LOS HECHOS IMPEDITIVOS QUE EVENTUALMENTE SE OPONDRÍAN A LA DIVISIÓN EN ESPECIES DEL BIEN (CNCIV., SALA F, 13/3/1980, ED, 88-607).

ART. 1997.— DERECHO A PEDIR LA PARTICIÓN. EXCEPTO QUE SE HAYA CONVENIDO LA INDIVISIÓN, TODO CONDÓMINO PUEDE, EN CUALQUIER TIEMPO, PEDIR LA PARTICIÓN DE LA COSA. LA ACCIÓN ES IMPRESCRIPTIBLE.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

LA FACULTAD DE CADA CONDÓMINO DE PEDIR LA DIVISIÓN DEL CONDOMINIO EN CUALQUIER MOMENTO QUE PREVÉ LA NORMA EN ESTUDIO SE RELACIONA CON LO DISPUESTO EN EL ART. 2692 DEL CÓDIGO SUSTITUIDO. POR OTRA PARTE AL IGUAL QUE EN EL CÓDIGO DE VÉLEZ LA ACCIÓN DE DIVISIÓN ES IMPRESCRIPTIBLE.

FUENTE: PROYECTO DE 1998, ART. 1938.

II. COMENTARIO

RSID9849094 1. INESTABILIDAD DEL CONDOMINIO

ESTA FACULTAD, PLASMADA EN EL ART. 1997, UNIDA AL ESTRECHO MARCO TEMPORAL QUE SE ADJUDICA A LOS PACTOS DE INDIVISIÓN (DIEZ AÑOS), Y A TODAS LAS CIRCUNSTANCIAS RECIÉN REFERIDAS, HACEN DEL CONDOMINIO UNA FIGURA ESENCIALMENTE INESTABLE, UN ESTADO TRANSITORIO DEL DOMINIO.

2. ORDEN PÚBLICO. NATURALEZA JURÍDICA DE LA ACCIÓN DE DIVISIÓN

LA FACULTAD QUE DIMANA DEL ARTÍCULO EN ESTUDIO ES DE ORDEN PÚBLICO Y, POR TANTO, IRRENUNCIABLE E IMPRESCRIPTIBLE. ORGANIZA LA ACCIÓN DE DIVISIÓN DE CONDOMINIO, ACERCA DE CUYA NATURALEZA JURÍDICA HAN DISCREPADO LOS AUTORES Y LOS TRIBUNALES, AUNQUE TIENDE A PREVALECER LA TESIS DE QUE SE TRATA DE UNA ACCIÓN REAL.

ADSCRIBIMOS A LA POSTURA DE SALVAT EN TAL SENTIDO. DICE ESTE AUTOR QUE "POR MEDIO DE ELLA SE PONE EN MOVIMIENTO UN DERECHO DE CARÁCTER REAL, COMO ES LA COPROPIEDAD O CONDOMINIO: AUN CONSIDERADA DESDE EL PUNTO DE VISTA DE SUS RESULTADOS, LA ACCIÓN TIENE POR OBJETO TRANSFORMAR ESTE DERECHO REAL DE CONDOMINIO EN OTRO DERECHO DE IGUAL NATURALEZA, COMO ES LA PROPIEDAD EXCLUSIVA DE LO QUE A CADA CONDÓMINO DEBE CORRESPONDERLE EN LA DIVISIÓN. LA CIRCUNSTANCIA DE QUE CIERTAS LIQUIDACIONES PUEDAN DAR ORIGEN A LA FORMACIÓN DE CRÉDITOS RECÍPROCOS ENTRE LOS CONDÓMINOS, NO BASTA PARA MODIFICAR ESTA CONCLUSIÓN, POR CUANTO LAS CONDENACIONES ACCESORIAS DE AQUÍ DERIVADAS NO CAMBIAN LA NATURALEZA DE LA ACCIÓN".

LA TESIS DE LA NATURALEZA PERSONAL, SOSTENIDA EN LA ACTUALIDAD POR BORDA, SE FUNDA EN QUE EL EJERCICIO DE ESTA ACCIÓN NO SUPONE DEBATE ALGUNO EN TORNO DEL DERECHO REAL DE CONDOMINIO EN SÍ, SINO QUE TIENDE A LA REALIZACIÓN DE LA OBLIGACIÓN LEGALMENTE IMPUESTA A TODOS LOS CONDÓMINOS DE CONCURRIR, EN CUALQUIER TIEMPO, A LA DIVISIÓN DE LA COSA COMÚN.

SALVAT HA REFUTADO —A NUESTRO MODO DE VER, EXITOSAMENTE— ESTA POSTURA, ADUCIENDO QUE ELLA NO DESVIRTÚA LA CIRCUNSTANCIA DE QUE EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PONE EN MOVIMIENTO EL DERECHO DE CONDOMINIO, "PRECISAMENTE PARA EXTINGUIRLO EN UNA DE LAS FORMAS QUE LA LEY AUTORIZA", Y QUE NO SE TRATA DE UNA OBLIGACIÓN PERSONAL LA QUE TIENEN LOS CONDÓMINOS DE CONCURRIR A LA DIVISIÓN, SINO DE UNA CARGA DE LA PROPIEDAD.

COMBINANDO LAS POSICIONES RECIÉN EXPUESTAS: ACCIÓN QUE NACE DE UN DERECHO REAL, QUE LO PONE EN EJERCICIO Y QUE TIENDE A SU EXTINCIÓN, POR UN LADO, Y QUE POSIBILITA EL CUMPLIMIENTO FORZADO DE LA OBLIGACIÓN QUE TIENEN LOS COMUNEROS DE CONCURRIR A LA DIVISIÓN DE LA COSA POR EL OTRO, SE PODRÍA LLEGAR A LA CONCLUSIÓN DE QUE SE TRATA DE UNA ACCIÓN MIXTA. SIN EMBARGO, FUERA DE OTROS IMPORTANTES REPAROS, ESTA POSTURA NO ES ADMISIBLE, ATENTO A LA TERMINANTE DEFINICIÓN QUE AL RESPECTO EXHIBE EL CODIFICADOR EN LA NOTA DEL ART. 4023.

FINALMENTE, LAFAILLE SOSTIENE "QUE EN ESTE PROCEDIMIENTO NO SE REQUIERE CONTROVERSIA HABIÉNDOSE NEGADO HASTA LA NECESIDAD DE CATALOGARLO ENTRE LAS ACCIONES", Y QUE ESTO ES CORROBORADO POR EL PROPIO ART. 2692 "CUANDO CONFIERE A TODO CONDÓMINO ESTA FACULTAD, Y REHÚSA A LOS OTROS EL DERECHO DE OPONERSE".

NO CONVENCE ESTE ARGUMENTO, PUES COMO DICE ARGAÑARÁS, LA CONTROVERSIA ES SIEMPRE FACTIBLE, CUANDO QUIENES SON DEMANDADOS NIEGAN LEGITIMACIÓN AL ACTOR O ACTORES O ALEGAN ALGÚN MOTIVO LEGALMENTE ATENDIBLE QUE OBSTE A LA DIVISIÓN, YA SE TRATE DE UNA CLÁUSULA QUE LA SUSPENDA TEMPORARIAMENTE, DE UNA DISPOSICIÓN LEGAL EN TAL SENTIDO O DE LA MUY GENÉRICA CUESTIÓN DE LA "NOCIVIDAD" (ART. 2715), QUE OBLIGARÍA A SU SUSPENSIÓN O DEMORA. FUERA DE LO QUE YA HEMOS DICHO, CREEMOS QUE LA CUESTIÓN, EN SUS CONSECUENCIAS PRÁCTICAS, HA SIDO DEFINIDA POR LAS LEYES PROCESALES EN CONCORDANCIA CON LA TESIS DE LA NATURALEZA REAL. EL ART. 5, INC. 1, DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN, EN UNA SOLUCIÓN COMPARTIDA POR OTROS CÓDIGOS PROVINCIALES, Y EN ORDEN A LA COMPETENCIA, HA ADOPTADO PARA LA ACCIÓN DE DIVISIÓN DE CONDOMINIO LAS REGLAS ELABORADAS RESPECTO DE LAS ACCIONES REALES.

2. LA ACCIÓN DE DIVISIÓN DE CONDOMINIO ES REAL

tlchSiendo el condominio un derecho real, sin duda que debe prevalecer el criterio de que la acciyn de divisiyn es *in remnsrsid9849094 , pero aunque no fuera ash, va de suyo que si es un derecho, cualquiera sea su naturaleza, es un derecho propio del condymino que lo ejercita y no puede incluirse dentro de los gastos hechos en beneficio de la comunidad. Distinto serha el caso si todos los condyminos bajo una misma representaciyn o direcciyn letrada pidieran la divisiyn judicial, pero si es uno de ellos el que toma la iniciativa, debiendo los demõs condyminos recurrir al auxilio y patrocinio de sus propios profesionales, no cabe duda que el que acciona lo hace en su propio y exclusivo interüs.*

III. JURISPRUDENCIA

1. Siendo el condominio un derecho real, la facultad del condymino de pedir la

divisiyn de la cosa no tiene como contrapartida la obligaciyn del otro o de los restantes de acceder a ella, pues en principio no hay obligaciyn que corresponda a un derecho real (CNCiv., sala D, 31/8/1978, ED, 84-138; CNCiv., sala D, 2/9/1978, JA, 980-I-56).

2. Dado su carбcter real, la acciyn por divisiyn de condominio no es atraнda por el sucesorio (CSJN, 8/5/1984, Fallos: 306:370).

3. En la acciyn que tiende a la divisiyn del condominio sylo pueden revestir la calidad de sujetos pasivos de aquйlla, quienes resultan ser titulares de dicho derecho real perfectamente establecido y probado mediante la pertinente inscripciyn en el Registro de la Propiedad Inmueble (CNCiv., sala F, 30/10/1960, ED, 91-677).

4. La acciyn de divisiyn de condominio exige un litisconsorcio pasivo necesario, pues la sentencia no podrнa pronunciarse ъtilmente si no mediara una litis integrada con todos los condyminos y/o sus sucesores (CNCiv., sala E, 8/4/1996, LA LEY, 1996-D, 871).

Art. 1998.— Adquisiciyn por un condymino. Sin perjuicio de lo dispuesto en las reglas para la divisiyn de la herencia, tambiйn se considera particiyn el supuesto en que uno de los condyminos deviene propietario de toda la cosa.

I. Relaciyn con el Cydigo Civil. Fuentes del nuevo texto

Las disposiciones emergentes del art. 1998 se relacionan con lo normado en el art. 2696 del Cydigo sustituido.

Sobre la materia cabe secalar que toda la doctrina y la jurisprudencia desarrollada durante la vigencia del Cydigo de Vйlez, relacionada con el carбcter declarativo y no traslativo de la divisiyn del condominio resultan aъn aplicables, mбxime si consideramos lo normado en los arts. 1906 y 2403.

Fuente: Proyecto de 1998, art. 1939.

II. Comentario

1. Adquisiciyn por uno de los condyminos de la cosa comъn

El artнculo en estudio dispone en forma expresa que la adquisiciyn efectuada por uno de los condyminos de la totalidad de la cosa lo transforma en propietario de toda la cosa, produciйndose en dicho supuesto la particiyn del condominio.

hDe ese modo y por aplicaciyn de las reglas que rigen dicho acto, el condymino que adquiriy las otras partes del condominio serб considerado como propietario exclusivo de la cosa desde el origen de la indivisiyn (cfr. arts. 1906 y 2403).

La totalidad de la cosa la puede adquirir por un acto a titulo oneroso, en el caso que le adquiera a los restantes comuneros su parte indivisa por un precio en dinero o bien por un acto a tнtulo gratuito, es decir en el supuesto que los restantes comuneros decidieran donar su parte indivisa adquiriendo uno de los condyminos el 100% de la cosa, por lo que deviene propietario de toda la cosa.

Cabe recordar que la exclusividad del dominio (art. 1943) es incompatible con la figura del condominio que, requiere jurнdicamente de una pluralidad de titulares. Por ello, este derecho real cesa cuando alguno de los condyminos se hace dueco de la cosa comъn (v.gr., por la venta o la cesiyn de las partes indivisas realizada en su favor por la totalidad de los restantes comuneros).

Caphtulo 3

Condominio sin indivisiyn forzosa

Secciyn ъnica

Particiyn

Por Roberto Malizia

Bibliografнa clбsica: Belluscio Cesar A, "Divisiyn de condominio entre cynyuges", LA LEY, 1983-B-589; Cossari, Nelson G. A., "El principio de la divisiyn en especie en el condominio", LL. Litoral, 2003-439; Gayoso Arias, "Naturaleza y desarrollo de la *actio comuni dividundo*", RDP, 1920-208; Guastavino, P., "Autorizaciyn judicial para que el titular de la patria potestad promueva divisiyn de condominio del inmueble del hijo y un tercero", LA LEY, 1986-B, 165.

Art. 1996.— Reglas aplicables. Rigen para el condominio las reglas de la divisiyn de la herencia, en tanto sean compatibles.

I. Relaciyn con el Cydigo Civil. Fuentes del nuevo texto

Tanto la norma vigente como la del Cydigo sustituido (art. 2698) se vinculan en cuanto resultan contestes en aplicar a la divisiyn del condominio las reglas de la divisiyn de las sucesiones.

Fuente: Proyecto de 1998, art. 1937.

II. Comentario

El artнculo dispone que a los fines de la particiyn del condominio rigen, en lo que resulte compatible, las normas que regulan la divisiyn de la herencia.

Deben distinguirse dos etapas: a) el ejercicio del derecho de los condyminos a pedir la divisiyn del condominio y b) la particiyn propiamente dicha. La primera es la acciyn judicial de divisiyn del condominio; la segunda, la ejecuciyn de la sentencia recaнda en juicio.

Cuando lo que se persigue es la divisiyn del condominio, el proceso se inicia ante el juez que corresponda al lugar de ubicaciyn del inmueble; en tanto que si lo que se pretende dividir es una comunidad hereditaria, resulta competente el juez de la sucesiyn, formando incidente dentro de esta ъltima.

La particiyn puede hacerse en forma privada, salvo que entre los comuneros exista un menor o incapaz, que exista un tercero que alegando un interйs legitimo se

oponga a la particiyn privada o bien cuando no existe acuerdo entre los condyminos para efectuar la particiyn, en todos estos supuesto no queda otra alternativa que ocurrir por la vнa judicial.

1. Alcance de la remisiyn

El art. 2374 establece el principio de particiyn es especie que dice: "Si es posible dividir y adjudicar los bienes en especie, ninguno de los coparticipes puede exigir su venta".

A su vez, el art. 2371 dispone que *"las particiones deben ser judiciales: a) si hay coparтicipes incapaces, con capacidad restringida o ausentes; b) cuando terceros, fundбndose en un interйs jurнdico, se opongan a que se haga la particiyn privada; 3) si los coparticipes son plenamente capaces y no acuerdan en hacer la particiyn privadamente".*

Debe distinguirse el pedido de la divisiyn del condominio entre los comuneros —derecho propio de cada condymino que se ejercita mediante la acciyn judicial de divisiyn de condominio— del procedimiento a seguir para obtener la concreciyn de la particiyn de los bienes entre aquйllos —que debe concretarse segъn las normas propias de la divisiyn de las sucesiones, con arreglo a lo previsto en el art. 2369 y ss. del Cyd. Civil— el cual se hace efectivo en una segunda fase del juicio, esto es, durante la etapa de ejecuciyn de sentencia.

2. Diversas formas de2 la particiyn

2.1. En especie

rapdefaultSi los condyminos resuelven la divisiyn en especie, nada cabrнa objetar a tal decisiyn que no sea en orden a la indivisibilidad de la cosa.

El art. 2375 dispone: "Aunque los bienes sean divisibles, no se los debe dividir si ello hace antieconymico el aprovechamiento de las partes".

Es decir que la divisiyn en especie, preferida por la ley, no podrб verificarse en dos casos: a) cuando la divisiyn produzca la destrucciyn de la cosa, o aun sin que este resultado acaezca, cuando no resulten porciones reales que constituyan un todo homogйneo y anбlogo a las otras partes y a la cosa misma; b) cuando convierta en antieconymico el uso o aprovechamiento de las partes resultantes o, en materia de inmuebles, no se alcance la superficie mнnima de la unidad econymica. Dбndose cualquiera de estas dos situaciones, la divisiyn en especie no es posible.

De ser posible la divisiyn en especie, si las partes resultantes no fueran equivalentes a las cuotas de los condyminos, quien recibiera una fracciyn material que superara el valor de su parte indivisa, se verнa precisado a compensar en dinero a quienes recibieran una de menor valor en comparaciyn a su cuota. Esta soluciyn —particiyn en especie con saldo— no puede imponerse a los condyminos. Necesariamente, debe haber acuerdo general entre ellos para que resulte factible.

2.1.1. *Preferencia legal por la divisiyn en especie*. Existiendo posibilidad de dividir y adjudicar los bienes en especie, no se podrб exigir por los coherederos la venta de ellos. Este principio imperativo y de carбcter general solamente cede cuando la divisiyn en especie convierte en antieconymico el aprovechamiento de las partes, resultando de ello deducible que quien se opone al progreso de la aplicaciyn de esa norma, tome a su cargo la demostraciyn de los hechos impeditivos que eventualmente se opondrнan a la divisiyn en especies del bien.

Si la divisiyn en especie del inmueble sujeto a un condominio sylo es factible a partir de importantes modificaciones estructurales que requieren la ejecuciyn de reformas de cierta envergadura cuyo tiempo de realizaciyn y costo no han sido determinados, a la vez que resultan sumamente antieconymicas en funciyn del valor total del bien, y no se ha demostrado que exista disponibilidad efectiva de dinero de parte del demandado para afrontarlos, corresponde disponer su venta en subasta pъblica.

2.2. Por venta

La divisiyn por venta, cualquiera que sea la naturaleza de la cosa, podrб ser llevada a cabo mediando acuerdo unбnime. En este caso podrб arbitrarse la venta privada o en subasta, pъblica o particular. No mediando tal acuerdo, serб preferida la divisiyn en especie. Si esta ъltima no puede ser llevada a cabo, serб de rigor la divisiyn por venta judicial (arg. arts. 2639, 2371 y 2374 2do. pбrr.).

2.3. Provisional o de uso

La llamada particiyn provisional o del uso se produce cuando los condyminos recurran a este instituto, no con la finalidad de concluir el condominio, sino con el objeto de dividir el uso y goce de la cosa, ya que consiste en una reg

lochlamentaciyn de sus facultades en tal sentido. El art. 2370 llama a esta situaciyn *"particiyn provisional"*, y la resoluciyn debe ser adoptada por unanimidad.

ctlpar**III. JURISPRUDENCIA**

1. Debe distinguirse el pedido de la divisiyn del condominio entre los comuneros —derecho propio de cada condymino que se ejercita mediante la acciyn judicial de divisiyn de condominio— del procedimiento a seguir para obtener la concreciyn de la particiyn de los bienes entre aquйllos —que debe concretarse segъn las normas propias de la divisiyn de las sucesiones, con arreglo a lo previsto en el art. 2698 del Cyd. Civil— el cual se hace efectivo en una segunda fase del juicio, esto es, durante la etapa de ejecuciyn de sentencia (CNCiv., sala K, 9/8/1999, LA LEY, 2000-D, 703).

2. Existiendo posibilidad de dividir y adjudicar los bienes en especie, no se podrб exigir por los coherederos la venta de ellos. Este principio imperativo y de carбcter general solamente cede cuando la divisiyn en especie convierte en antieconymico el aprovechamiento de las partes (art. 3475 bis, parte 2Є y art. 2326, Cyd. Civil), resultando de ello deducible que quien se opone al progreso de la aplicaciyn de esa norma, tome a su cargo la demostraciyn de los hechos impeditivos que eventualmente se opondrнan a la divisiyn en especies del bien (CNCiv., sala F, 13/3/1980, ED, 88-607).

Art. 1997.— Derecho a pedir la particiyn. Excepto que se haya convenido la indivisiyn, todo condymino puede, en cualquier tiempo, pedir la particiyn de la cosa. La acciyn es imprescriptible.

I. Relaciyn con el Cydigo Civil. Fuentes del nuevo texto

La facultad de cada condymino de pedir la divisiyn del condominio en cualquier momento que prevй la norma en estudio se relaciona con lo dispuesto en el art. 2692 del Cydigo sustituido. Por otra parte al igual que en el Cydigo de Vйlez la acciyn de divisiyn es imprescriptible.

Fuente: Proyecto de 1998, art. 1938.

II. Comentario

1. Inestabilidad del condominio

Esta facultad, plasmada en el art. 1997, unida al estrecho marco temporal que se adjudica a los pactos de indivisiyn (diez acos), y a todas las circunstancias reciйn referidas, hacen del condominio una figura esencialmente inestable, un estado transitorio del dominio.

2. Orden pъblico. Naturaleza jurнdica de la acciyn de divisiyn

La facultad que dimana del artнculo en estudio es de orden pъblico y, por tanto, irrenunciable e imprescriptible. Organiza la acciyn de divisiyn de condominio, acerca de cuya naturaleza jurнdica han discrepado los autores y los tribunales, aunque tiende a prevalecer la tesis de que se trata de una acciyn real.

Adscribimos a la postura de Salvat en tal sentido. Dice este autor que "por medio de ella se pone en movimiento un derecho de carбcter real, como es la copropiedad o condominio: aun considerada desde el punto de vista de sus resultados, la acciyn tiene por objeto transformar este derecho real de condominio en otro derecho de igual naturaleza, como es la propiedad exclusiva de lo que a cada condymino debe corresponderle en la divisiyn. La circunstancia de que ciertas liquidaciones puedan dar origen a la formaciyn de crйditos recнprocos entre los condyminos, no basta para modificar esta conclusiyn, por cuanto las condenaciones accesorias de aquн derivadas no cambian la naturaleza de la acciyn".

La tesis de la naturaleza personal, sostenida en la actualidad por Borda, se funda en que el ejercicio de esta acciyn no supone debate alguno en torno del derecho real de condominio en sн, sino que tiende a la realizaciyn de la obligaciyn legalmente impuesta a todos los condyminos de concurrir, en cualquier tiempo, a la divisiyn de la cosa comъn.

Salvat ha refutado —a nuestro modo de ver, exitosamente— esta postura, aduciendo que ella no desvirtъa la circunstancia de que el ejercicio de la acciyn pone en movimiento el derecho de condominio, "precisamente para extinguirlo en una de las formas que la ley autoriza", y que no se trata de una obligaciyn personal la que tienen los condyminos de concurrir a la divisiyn, sino de una carga de la propiedad.

Combinando las posiciones reciйn expuestas: acciyn que nace de un derecho real, que lo pone en ejercicio y que tiende a su extinciyn, por un lado, y que posibilita el cumplimiento forzado de la obligaciyn que tienen los comuneros de concurrir a la divisiyn de la cosa por el otro, se podrнa llegar a la conclusiyn de que se trata de una acciyn mixta. Sin embargo, fuera de otros importantes reparos, esta postura no es admisible, atento a la terminante definiciyn que al respecto exhibe el codificador en la nota del art. 4023.

Finalmente, Lafaille sostiene "que en este procedimiento no se requiere controversia habiйndose negado hasta la necesidad de catalogarlo entre las acciones", y que esto es corroborado por el propio art. 2692 "cuando confiere a todo condymino esta facultad, y rehъsa a los otros el derecho de oponerse".

No convence este argumento, pues como dice Argacarбs, la controversia es siempre factible, cuando quienes son demandados niegan legitimaciyn al actor o actores o alegan algъn motivo legalmente atendible que obste a la divisiyn, ya se trate de una clбusula que la suspenda temporariamente, de una disposiciyn legal en tal sentido o de la muy genйrica cuestiyn de la "nocividad" (art. 2715), que obligarнa a su suspensiyn o demora. Fuera de lo que ya hemos dicho, creemos que la cuestiyn, en sus consecuencias prбcticas, ha sido definida por las leyes procesales en concordancia con la tesis de la naturaleza real. El art. 5, inc. 1, del Cydigo Procesal Civil y Comercial de la Naciyn, en una soluciyn compartida por otros Cydigos provinciales, y en orden a la competencia, ha adoptado para la acciyn de divisiyn de condominio las reglas elaboradas respecto de las acciones reales.

2. La acciyn de divisiyn de condominio es real

Siendo el condominio un derecho real, sin duda que debe prevalecer el criterio de que la acciyn de divisiyn es *in rem*, pero aunque no fuera asн, va de suyo que si es un derecho, cualquiera sea su naturaleza, es un derecho propio del condymino que lo ejercita y no puede incluirse dentro de los gastos hechos en beneficio de la comunidad. Distinto serнa el caso si todos los condyminos bajo una misma representaciyn o direcciyn letrada pidieran la divisiyn judicial, pero si es uno de ellos el que toma la iniciativa, debiendo los demбs condyminos recurrir al auxilio y patrocinio de sus propios profesionales, no cabe duda que el que acciona lo hace en su propio y exclusivo interйs.

III. Jurisprudencia

1. Siendo el condominio un derecho real, la facultad del condymino de pedir la divisiyn de la cosa no tiene como contrapartida la obligaciyn del otro o de los restantes de acceder a ella, pues en principio no hay obligaciyn que corresponda a un derecho real (CNCiv., sala D, 31/8/1978, ED, 84-138; CNCiv., sala D, 2/9/1978, JA, 980-I-56).

2. Dado su carбcter real, la acciyn por divisiyn de condominio no es atraнda por el sucesorio (CSJN, 8/5/1984, Fallos: 306:370).

3. En la acciyn que tiende a la divisiyn del condominio sylo pueden revestir la calidad de sujetos pasivos de aquйlla, quienes resultan ser titulares de dicho derecho real perfectamente establecido y probado mediante la pertinente inscripciyn en el Registro de la Propiedad Inmueble (CNCiv., sala F, 30/10/1960, ED, 91-677).

4. La acciyn de divisiyn de condominio exige un litisconsorcio pasivo necesario, pues la sentencia no podrнa pronunciarse ъtilmente si no mediara una litis integrada con todos los condyminos y/o sus sucesores (CNCiv., sala E, 8/4/1996, LA LEY, 1996-D, 871).

Art. 1998.— Adquisiciyn por un condymino. Sin perjuicio de lo dispuesto en las reglas para la divisiyn de la herencia, tambiйn se considera particiyn el supuesto en que uno de los condyminos deviene propietario de toda la cosa.

I. Relaciyn con el Cydigo Civil. Fuentes del nuevo texto

Las disposiciones emergentes del art. 1998 se relacionan con lo normado en el art. 2696 del Cydigo sustituido.

Sobre la materia cabe secalar que toda la doctrina y la jurisprudencia desarrollada durante la vigencia del Cydigo de Vйlez, relacionada con el carбcter declarativo y no traslativo de la divisiyn del condominio resultan aъn aplicables, mбxime si consideramos lo normado en los arts. 1906 y 2403.

Fuente: Proyecto de 1998, art. 1939.

II. Comentario

1. Adquisiciyn por uno de los condyminos de la cosa comъn

El artнculo en estudio dispone en forma expresa que la adquisiciyn efectuada por uno de los condyminos de la totalidad de la cosa lo transforma en propietario de toda la cosa, produciйndose en dicho supuesto la particiyn del condominio.

De ese modo y por aplicaciyn de las reglas que rigen dicho acto, el condymino que adquiriy las otras partes del condominio serб considerado como propietario exclusivo de la cosa desde el origen de la indivisiyn (cfr. arts. 1906 y 2403).

La totalidad de la cosa la puede adquirir por un acto a titulo oneroso, en el caso que le adquiera a los restantes comuneros su parte indivisa por un precio en dinero o bien por un acto a tнtulo gratuito, es decir en el supuesto que los restantes comuneros decidieran donar su parte indivisa adquiriendo uno de los condyminos el 100% de la cosa, por lo que deviene propietario de toda la cosa.

Cabe recordar que la exclusividad del dominio (art. 1943) es incompatible con la figura del condominio que, requiere jurнdicamente de una pluralidad de titulares. Por ello, este derecho real cesa cuando alguno de los condyminos se hace dueco de la cosa comъn (v.gr., por la venta o la cesiyn de las partes indivisas realizada en su favor por la totalidad de los restantes comuneros).

Caphtulo 5

Condominio con indivisiyn forzosa perdurable

Por Roberto Malizia

Bibliograf

'eda clбsica: Alterini, Jorge H., "Las luces como restricciones y lнmites al dominio y como servidumbres", LA LEY, 131-418; chArraga Penido, Mario, "Medianerна: clasificaciyn de los muros", LA LEY, 1978-C-778; Baglietto, Jorge E. - Grinberg, Eduardo B. - Papaco, Ricardo J., *Medianerна*, Buenos Aires, 1976; Fazio de Bello, Marta E., *La medianerна como problema urbano*, Buenos Aires, 1998; Persegani, Primo47, *Estudio genйtico evolutivo de la medianerна en general comparada al Derecho argentino*, Buenos Aires, 1946; *La medianerна en Roma, segъn la verdad histyrica, arqueolygica y jurнdica (Base de la medianerна moderna)*, Buenos Aires, 1939.

***

Secciyn 1є

Condominio sobre accesorios indispensables

Art. 2004.— Indivisiyn forzosa sobre accesorios indispensables. Existe indivisiyn forzosa cuando el condominio recae sobre cosas afectadas como accesorios indispensables al uso comъn de dos o mбs heredades que pertenecen a diversos propietarios. Mientras subsiste la afectaciyn, ninguno de los condyminos puede pedir la divisiyn.

I. Relaciyn con el Cydigo Civil. Fuentes del nuevo texto

La norma en comentario es similar a la disposiciyn que emana del art. 2710 del Cydigo sustituido. En ambas normas se legisla respecto a la indivisiyn forzosa sobre cosas afectadas como accesorios indispensables de uso comъn.

Fuente: Proyecto de 1998, art. 1945.

II. Comentario

1. Accesorios indispensables

Las situaciones de hecho que se subsumen en esta norma son aquellas en las cuales existen varios fundos que utilizan en comъn elementos indispensables para cada uno de ellos. Basta visualizar dos inmuebles que comparten un patio o jardнn, fuente de aire y luz, o una calle de entrada y salida de vehнculos; en caso de que algunas de las heredades se vieran privado de estos elementos, quedarна encerrada.

Este condominio, no ha sido de frecuente aplicaciyn en la prбctica. Salvat cita como ejemplos: pasillos, calles o callejones existentes para el servicio de dos o mбs inmuebles; pozos o letrinas destinados al uso comъn, bebederos u obras anбlogas; diques de contenciyn o canales de desagьes de fбbricas o minas. En sentido coincidente se expresan Valdйs y Orchansky y Mariani de Vidal. Esta ъltima menciona pasillos, callejones, bebederos, pozos, canaletas de desagьe, diques o represas que sirvan para el riego de diversos fundos, etc.

2. Requisitos previstos en la norma

a) Dos o mбs inmuebles de propietarios distinto505s: El art. 2004 expresa: "dos o mбs heredades que pertenecen a diversos propietarios". Dicho requisito es lygico, puesto que no se puede concebir la indivisiyn forzosa sobre accesorios indispensables, si no lo es entre dos o mбs titulares de cosas principales que comparten de manera accesoria ciertas construcciones o elementos comunes necesarios para que la cosa principal tenga funcionalidad.

b) Condominio sobre cosas accesorias: Para que se configure el supuesto previsto en la norma necesariamente las cosas accesorias deben pertenecer en condominio a los propietarios de los inmuebles principales.

c) Afectaciyn como accesorios indispensables al uso comъn: Los accesorios indispensables deben destinarse a las necesidades de las heredades, en el interйs de las cuales la cosa ha sido dejada indivisa.

3. Prohibiciyn de pedir la divisiyn

La parte final del art. 2004 secala: "Mientras subsiste la afectaciyn, ninguno de los condyminos puede pedir la divisiyn". La prohibiciyn prevista en la norma se relaciona con la naturaleza y efectos de la indivisiyn referida a los accesorios indispensables, toda vez que los mismos resultan necesarios para que la cosa principal sea funcional y cumpla con su finalidad.

Art. 2005.— Uso de la cosa comъn. Cada condymino sylo puede usar la cosa comъn para la necesidad de los inmuebles a los que estб afectada y sin perjudicar el derecho igual de los restantes condyminos.

I. Relaciyn con el Cydigo Civil. Fuentes del nuevo texto

El artнculo en examen se relaciona con los arts. 2712 y 2714 del Cydigo sustituido.

Fuente: Proyecto de 1998, arts. 1929 y 1930.

II. Comentario

1. Uso de la cosa comъn

En el caso de condominio sobre accesorios indispensables cada uno de los condyminos puede usar la cosa comъn (por ej., pasillos, escaleras, patio de aire y luz) sylo para la necesidad de los inmuebles a los que los accesorios estбn afectados y sin ocasionar por su utilizaciyn perjuicios en las heredades de los restantes comuneros.

2. Obligaciones de los condyminos

Como consecuencia del uso comъn de las cosas accesorias que se encuentran en condominio y que resultan necesarias para que la cosa principal tenga funcionalidad, surge implнcita la obligaciyn de cada uno de los condyminos de abonar los gastos de conservaciyn y reparaciyn en la proporciyn que corresponda en el condominio o segъn lo estipulado en el contrato constitutivo, aplicбndose analygicamente las disposiciones emergentes de los arts. 1991 y 2021.

Seccivn 2ъ

7 Condominio sobre muros, cercos y fosos

Por Roberto Malizia

Art. 2006.— Muro, cerco o foso. El muro, cerco o foso se denomina:

a) lindero, separativo o divisorio: al que demarca un inmueble y lo delimita del inmueble colindante;

b) encaballado: al lindero que se asienta parcialmente en cada uno de los inmuebles colindantes;

c) contiguo: al lindero que se asienta totalmente en uno de los inmuebles colindantes, de modo que el filo coincide con el lнmite separativo;

d) medianero: al lindero que es comъn y pertenece en condominio a ambos colindantes;

e) privativo o exclusivo: al lindero que pertenece a uno solo de los colindantes;

f) de cerramiento: al lindero de cerramiento forzoso, sea encaballado o contiguo;

g) de elevaciyn: al lindero que excede la altura del muro de cerramiento;

h) enterrado: al ubicado debajo del nivel del suelo sin servir de cimiento a una construcciyn en la superficie.

I. Relaciyn con el Cydigo Civil. Fuentes del nuevo texto

El artнculo en examen enumera y define en forma precisa las distintas clases de muros, el que puede relacionarse con los arts. 2716, 2717, 2725 y 2728 del Cydigo sustituido.

La norma incorpora como novedad el muro de elevaciyn y el muro enterrado.

Fuente: Proyecto de 1998, art. 1947.

II. Comentario

El artнculo se refiere a las distintas categorнas de muros existentes, definiendo cada uno de ellos.

El inciso primero define al muro lindero, separativo o divisorio como aquel que demarca un inmueble y lo delimita del inmueble colindante.

En teorнa se menciona otra especie de muro lindero denominado "pryximo": aquel que se encuentra edificado enteramente sobre uno de los terrenos y a una

cierta distancia de la lнnea separativa; sin embargo, hay que destacar que en el actual Cydigo Civil (igual que en el anterior) el *muro pryximo* no ha merecido tratamiento especнfico, a diferencia de lo propuesto por Freitas en su Esbozo; para que la cuestiyn de hecho quede subsumida en la normativa que analizamos, la pared o muro no medianero debe ser contiguo o adyacente a la finca lindante, sin que exista espacio intermedio.

Los muros linderos, separativos o divisorios se pueden subclasificar en muros encaballados o contiguos, ello siguiendo un criterio fнsico.

1. Criterio fнsico

Desde este punto de vista, a las paredes o muros se los clasifica en contiguos y encaballados, apuntando tal criterio a su emplazamiento.

El emplazamiento fнsico del muro respecto de la lнnea divisoria de las parcelas colindantes, tiene relaciyn directa con su condiciyn jurнdica y consiguiente regulaciyn.

Muro contiguo es aquel que estб edificado totalmente sobre el terreno de uno de los propietarios linderos, es decir, se halla emplazado en forma exclusiva sobre la heredad de quien lo levanty, de modo que el filo coincide con el lнmite separativo de los fundos colindantes.

Cabe aclarar que la demostraciyn de que un muro estб construido encaballado o contiguo puede lograrse a travйs de una operaciyn de mensura.

par El muro encaballado estб construido de tal manera que su eje —en el sentido de plano vertical que pasa por su centro— coincide exactamente con el lнmite demarcador de ambos fundos.

En la prбctica, estos muros no siempre son construidos por ambos propietarios de comъn acuerdo, razyn por la cual el vecino que edifica primero puede asentar la mitad de la pared sobre el terreno del inmueble colindante.

2. Criterio jurнdico

Segъn el criterio de titularidad los muros pueden clasificarse en medianeros y privativos. En ambos casos se trata de muros separativos.

Privativo es aquel que pertenece en exclusiva propiedad a uno de los propietarios linderos. En algunos casos, segъn veremos mбs adelante, una parte de la pared puede ser privativa y otra porciyn pertenecer en condominio a ambos vecinos.

Medianero es el muro lindero que es comъn y pertenece en condominio a ambos colindantes.

3. Otras clases de muro

np1034a) Muro de cerramiento: Es el muro lindero de cerramiento forzoso que puede revestir la forma de construcciyn encaballada o contigua hasta los tres metros de altura.

b) Muros de elevaciyn: Es el muro lindero que excede la altura del muro de cerramiento.

c) Muro enterrado: Es el que se encuentra ubicado debajo del nivel del suelo sin servir de cimiento a una construcciyn en la superficie.

Art. 2007.— Cerramiento forzoso urbano. Cada uno de los propietarios de inmuebles ubicados en un nъcleo de poblaciyn o en sus arrabales tiene frente al titular colindante, el derecho y la obligaciyn recнprocos, de construir un muro lindero de cerramiento, al que puede encaballar en el inmueble colindante, hasta la mitad de su espesor.

I. Relaciyn con el Cydigo Civil. Fuentes del nuevo texto

El art. 2007 que establece el cerramiento forzoso urbano se relaciona con los arts. 2725 y 2726 del Cydigo sustituido. No se observan en esta materia modificaciones sustanciales ya que en ambos Cydigos se hace referencia al derecho que le asiste a quien primero edifica de asentar la mitad de la pared propia sobre el terreno del vecino colindante (muro encaballado) generбndose en tal caso la obligaciyn de abonar la medianerнa.

Fuente: Proyecto de 1998, art. 1948.

II. Comentario

1. Cerramiento forzoso urbano

El artнculo en examen regula el cerramiento de los inmuebles urbanos como un derecho y como una obligaciyn que atacen recнprocamente a los propietarios de fundos colindantes.

El cerramiento forzoso tiene su fundamento en la necesidad de separar los fundos lindantes por medio de un solo muro, ello motivado por razones de privacidad, seguridad, salubridad, etc.

Cualquiera de los titulares puede construir un muro lindero de cerramiento, el cual puede revestir el carбcter de muro encaballado o contiguo.

1.1. Derecho de quien edifica primero el muro divisorio

Suele suceder en muchas ocasiones que es uno de los propietarios del fundo colindante el primero que ejerce el derecho a construir el muro de cerramiento forzoso.

La norma otorga a los propietarios la facultad de construir el muro encaballado, de lo cual se infiere que nada impedirнa que el que primero edifique decidiera construir un muro de cerramiento contiguo.

El muro construido, sea encaballado o contiguo, desde el punto de vista jurнdico revestirб el carбcter de medianero tal como se desprende del art. 2009.

1.2. El cerramiento como obligaciyn

El art. ich2007 hace referencia a la obligaciyn de construir un muro de cerramiento, ello claro estб cuando se trata de inmuebles colindantes carentes de un muro divisorio.

El titular de uno de los fundos puede exigirle —aun antes de la construcciyn— al otro titular que contribuya con la mitad de los gastos de construcciyn del muro. En

caso de silencio o negativa ante el requerimiento, el que construyy el muro tiene derecho al cobro de la medianerna en los tirminos y con los alcances de lo normado en el art. 2014.

Ahora bien, el titular no constructor puede eximirse de la mencionada obligaciyn si hace uso del derecho de abdicaciyn de la medianerna mediante el denominado "ejercicio de abandono", ello siempre y cuando se configuren los requisitos legales establecidos en el art. 2022.

2. Naturaleza jurndica

Establecida en el art. 2007, esta figura, que se halla entre las mбs frecuentes fuentes de la medianerna, tiene su fundamento en la necesidad de separar las heredades por medio de un solo muro, debido a razones de higiene, seguridad, embellecimiento edilicio, economna de terreno y para asegurar la garantna de la privacidad de los actos humanos.

La obligaciyn que surge de la norma la podemos incluir dentro de las llamadas "obligaciones reales" como lo sostiene Alterini, es, a su vez, una verdadera restricciyn legal al dominio, establecida en el interйs recnproco de los propietarios colindantes, preceptuada por la ley en virtud de las razones indicadas.

3. Es una obligaciyn de orden pъblico

En la doctrina nacional, la gran mayorna de los autores consideran de orden pъblico a esta obligaciyn de cerramiento por razones de predominante interйs colectivo. Asn se expresan Lafaille, Salvat, Spota, Borda, Alterini, Baglietto-Grinberg-Papaco y entre los primeros comentadores del Cydigo, Llerena y Machado. Segovia, por su parte, hace un distingo entre la facultad de cercar la heredad, la que no puede ser renunciada en una forma perpetua, pues constituye una garantna de los derechos de las personas, en cuya observancia se halla comprometido el orden pъblico y las buenas costumbres; y la facultad de obligar al vecino a contribuir econymicamente al cerramiento o modificar las dimensiones de la pared, lo que sn "puede ser objeto de convenciyn y renuncia, si no se oponen a ello los reglamentos locales".

Es evidente que la norma estб fundada en fuertes motivos de utilidad pъblica, como la higiene, que puede verse comprometida por la existencia de terrenos baldnos contiguos a terrenos edificados; la seguridad, pues la falta de paredes divisorias facilita el ocultamiento y la fuga de delincuentes; el ornato, dado que es deseable que en el recinto de las ciudades y sus arrabales, la edificaciyn de las paredes divisorias se haga en forma uniforme, conforme a las reglamentaciones municipales o, en su defecto, a lo dispuesto en el Cydigo; la tranquilidad social, que puede verse alterada por discordias vecinales; la privacidad de los actos de los hombres que no afecten la moral y las buenas costumbres (art. 19, CN.).

Art. 2008.— Muro de cerramiento forzoso. El muro de cerramiento forzoso debe ser estable, aislante y de altura no menor a tres metros contados desde la interseccin del lmite con la superficie de los inmuebles. Esta medida es subsidiaria de las que disponen las reglamentaciones locales.

I. Relaciyn con el Cydigo Civil. Fuentes del nuevo texto

El articulo en examen, que establece cuales deben ser las caracterнsticas tйcnicas constructivas del muro de cerramiento forzoso en бreas urbanas, se relaciona con los arts. 2725, 2726 y 2729 del Cydigo sustituido.

Fuente: Proyecto de 1998, art. 1949.

II. Comentario

1. Requisitos constructivos del muro de cerramiento forzoso

El artnculo menciona los requisitos que debe tener el muro de cerramiento forzoso que a continuaciyn examinaremos.

a) Estabilidad del muro: El Cydigo actual, a diferencia del Cydigo de Vйlez, se limita a secalar que el muro debe ser estable, pero no menciona el espesor de las paredes ni los materiales que deben utilizarse para construirlo.

Cuando la norma se refiere a la construcciyn de un muro estable lo hace como sinynimo de solidez constructiva, razyn por la cual deberбn utilizarse materiales que hagan a la resistencia (ladrillos, hormigyn armado, etc.) y ademбs que estй construido segъn las reglas del arte.

b) El muro debe ser aislante: Significa que el muro debe ser construido con los materiales y las tйcnicas constructivas que eviten la filtraciyn de humedad, sonidos, calor, luminosidad, etc., toda vez que una de la finalidad del muro es evitar conflictos de vecindad.

c) Altura del muro: En relaciyn a la altura, se mantienen los tres metros previstos en el Cydigo sustituido, ello sin perjuicio de disponer que la mencionada medida es subsidiaria de las que disponen las reglamentaciones locales.

Art. 2009.— Adquisiciyn de la medianerna. El muro construido conforme a lo dispuesto en el artnculo 2008 es medianero hasta la altura de tres metros. Tambiйn es medianero el muro de elevaciyn, si el titular colindante de un derecho real sobre cosa total o parcialmente propia, adquiere la copropiedad por contrato con quien lo construye, o por prescripciyn adquisitiva.

I. Relaciyn con el Cydigo Civil. Fuentes del nuevo texto

El artnculo en comentario se refiere a la adquisiciyn de la medianerna respecto de los muros de cerramiento forzoso hasta la altura de tres metros.

En esta materia existe una modificaciyn muy importante si lo comparamos con el sistema previsto en el Cydigo de Vйlez.

En tal sentido cabe resaltar que sea el muro construido encaballado o contiguo se transforma en medianero por el solo hecho de la construcciyn en un lugar de cerramiento forzoso, aun cuando el vecino colindante no hubiere hecho ningъn aporte econymico para su construcciyn.

Fuente: Proyecto de 1998, art. 1950.

II. Comentario

1. Adquisiciyn de la medianerна

El muro divisorio de cerramiento forzoso, sea contiguo o encaballado, se transforma en medianero siempre y cuando cumpla con los requisitos constructivos que prevй el art. 2008.

Quien construye un muro de cerramiento contiguo tiene derecho al cobro de la medianerна y por ende a reclamarle al titular colindante la mitad del valor del terreno, de la construcciyn del muro y sus cimientos.

En el supuesto que el constructor del muro medianero hubiere realizado gastos de construcciyn que exceden los estбndares del lugar no puede reclamar el mayor valor originado por las caracterнsticas constructivas del muro que excedan las reglas del arte y los requisitos en cuanto a estabilidad y aislamiento que dispone el art. 2008.

Spota vierte esclarecedoras reflexiones que fijan la verdadera gravitaciyn que asume el artнochculo en el problema que nos ocupa; dice: "esta expresiyn de la ley debe considerarse que se refiere a la cantidad de los materiales empleados en su construcciyn, a los revoques, etc.; de tal modo que no puede presentarse entre nosotros la cuestiyn, discutida en derecho francйs, de si puede el adquirente, tratбndose de una pared edificada con costosos materiales, pagar йsta como si estuviera construida con material de tipo corriente. Pero de ahн, hasta establecer como regla absoluta y sin excepciones la obligaciyn de pagar costosнsimos cimientos que no condicen con las necesidades de estabilidad de la pared o que han sido asн ejecutados por haberlo necesitado su dueco en virtud de las obras especiales, como sytanos o pozos, que ha construido, es imponer al adquirente una exorbitante obligaciyn que excede de las previsiones de la norma legal".

Por otra parte, la norma prevй la posibilidad de que el muro de elevaciyn, es decir aquel que excede la altura del muro de cerramiento
(3 metros) se transforme en medianero.

Para que la circunstancia mencionada suceda deben configurarse alguna de las situaciones previstas en la norma: a) que el titular colindante adquiera la medianerна por contrato por quien la construyy abonando las sumas correspondientes desde el inicio de la construcciyn por toda la altura o con posterioridad si decide servirse del muro por encima de los 3 metros de altura; b) que la adquiera por vна de prescripciyn adquisitiva, para lo cual se requiere la realizaciyn de actos materiales posesorios sobre dicho muro y que transcurra el plazo de 20 acos.

Art. 2010.— Presunciones. A menos que se pruebe lo contrario, el muro lindero entre dos edificios de una altura mayor a los tres metros, se presume medianero desde esa altura hasta la lнnea comъn de elevaciyn. A partir de esa altura se presume privativo del dueco del edificio mбs alto.

Art. 2011.— Йpoca de las presunciones. Las presunciones del artнculo 2010 se establecen a la fecha de construcciyn del muro y subsisten aunque se destruya total o parcialmente.

Art. 2012.— Exclusiyn de las presunciones. Las presunciones **de los artнculos anteriores no se aplican cuando el muro separa** patios, huertos y jardines de un edificio o a йstos entre sн.

Art. 2013.— Prueba. La prueba del carбcter medianero o privativo de un muro o la que desvirtъa las presunciones legales al **respecto, debe provenir de instrumento pъblico o privado que contenga actos comunes a los dos titulares colindantes, o a sus antecesores, o surgir de signos materiales inequнvocos.**

La prueba resultante de los tнtulos prevalece sobre la de los signos.

I. Relaciyn con el Cydigo Civil. Fuentes del nuevo texto

Los arts. 2010 a 2013 que se refieren a las presunciones y a la prueba en materia de medianerна se encuentran relacionados con los arts. 2743 y 2744 del Cydigo sustituido.

Fuente: Proyecto de 1998, arts. 1951 a 1954.

II. Comentario

1. Necesidad de establecer presunciones

31505Una pared divisoria puede separar dos edificios; o un edificio de un patio, jardнn o quinta; o hacerlo respecto de patios, jardines o quintas por ambos lados.

Esa pared serб medianera si ha sido construida segъn lo establecido en los arts. 2007 al 2009.

chA los fines de facilitar la prueba, la ley ha recurrido al establecimiento de presunciones *juris tantum* en el art. 2010, cuando se estб en presencia de un muro de elevaciyn, que enseguida estudiaremos.

Presumir equivale a dar por cierto algo. Una presunciyn es "la consecuencia que se obtiene por el establecimiento de caracteres comunes en los hechos. Supone una doble operaciyn mental inductiva y deductiva, porque por la primera nos elevamos de los hechos a un principio general, y por la segunda aplicamos este principio a los hechos en particular, afirmando que en iguales circunstancias йstos se comportarбn de la misma manera" (Hugo Alsina). Si la presunciyn es legal, como en el caso que nos ocupa, la norma impone al juzgador la obligaciyn de tener por establecido un hecho siempre que otro hecho, indicador del primero, haya sido comprobado suficientemente.

2. Presunciones legales: distintos supuestos

Las presunciones legales previstas en el art. 2010 se aplican solo en el caso del muro de elevaciyn, mas no cuando se estб en presencia de un muro de cerramiento forzoso (art. 2008), toda vez que en dicho supuesto la norma expresamente secala que se trata de un muro medianero hasta la altura de tres metros (arg. art. 2009), salvo que se configure la situaciyn prevista en el art. 2022, es decir que el vecino

colindante a quien se le requiriy el pago de la medianerна ejerciera su derecho a abdicar.

Dos son las presunciones establecidas por el art. 2010 y se aplican cuando se estб en presencia de un muro de elevaciyn.

2.1. Presunciyn de medianerна

La ley presume que la pared es medianera en toda su altura desde los tres metros hasta la lнnea comъn de elevaciyn, lo que equivale a decir hasta el tйrmino del edificio menos elevado.

La presunciyn legal tiene su razyn de ser en que ambos fundos colindantes se benefician por igual del muro construido, en tal caso se considera, salvo prueba en contrario, que ambos propietarios contribuyeron a la construcciyn del muro.

2.2. Presunciyn de privacidad

Esta presunciyn se vincula a la porciyn del muro que sobrepasa la altura del edificio menos elevado. En tal supuesto se presume que la parte del muro le pertenece al propietario del edificio mбs alto.

3. Las presunciones tienen en cuenta la situaciyn de hecho
al tiempo de la construcciyn del muro

Alterini sostiene "lo que interesa es el estado del muro y de los edificio al tiempo de la construcciyn de aquйl y no la situaciyn actual, por ello las pruebas deben retrotraerse a esa йpoca".

La postura doctrinaria secalada precedentemente se encuentra plasmada en forma expresa en el art. 2011 que dice: "Las presunciones del art. 2010 se establecen a la fecha de construcciyn del muro y subsisten aunque se destruya total o parcialmente".

Las presunciones antes mencionadas no se aplican cuando el muro separa patios, huertos y jardines de un edificio o a йstos entre sн, tal como lo dispone el art. 2012.

widctlpar4. Prueba contraria de las presunciones

Las presunciones establecidas en esta materia son *juris tantum*, es decir, admiten prueba en contrario, pero no cualquier medio de prueba sino aquellos que en forma taxativa indica la propia ley, por lo que podrнamos denominarlas presunciones *juris tantum* calificadas.

4.1. Instrumentos

Los actos jurнdicos instrumentados en tales documentos pъblicos o particulares deben ser comunes a los dos titulares colindantes, o a sus antecesores o surgir de signos inequнvocos (art. 2013).

Alterini secala que, sea que se trate de instrumentos pъblicos o privados, los mismos deben acreditar por escrito la existencia de actos comunes a las dos partes como por ejemplo instrumentos en los cuales conste la venta o donaciyn de la medianerна por uno de los linderos a favor del otro, o reconocimientos por actos instrumentales comunes del derecho exclusivo de uno de ellos.

Gurfinkel de Wendy acota que: "hay que hacer notar que el art. 2013 se refiere a los instrumentos pъblicos y privados indistintamente, con lo cual despeja la duda respecto de la necesidad de instrumentar la adquisiciyn de la medianerна (a los efectos de su prueba) en escritura pъblica".

La prueba de la medianerна estб sujeta a un rйgimen especнfico, dentro del cual cabe acordar eficacia probatoria a los instrumentos privados, sin otro requisito que los establecidos en la norma.

4.2. Signos materiales

La otra prueba contraria admisible, son los signos materiales, no indicбndose en el Cydigo en quй deben consistir, a diferencia del art. 654 del Cydigo francйs y de otros ordenamientos que han seguido este ъltimo modelo.

Esto debe ser considerado como un acierto, evitбndose la cuestiyn suscitada en la jurisprudencia francesa de saber si los signos materiales enumerados en la norma citada constituyen un enunciado taxativo o meramente ejemplificativo. Ademбs, en nuestro caso, los jueces cuentan con un criterio amplio de apreciaciyn en una materia en la cual el avance de la tйcnica en las formas de construir va agregando y desechando lo que en el futuro serбn esos signos materiales.

їQuй sucede cuando las evidencias contenidas en los tнtulos que se esgrimen son contradictoria con los signos materiales? La respuesta a dicho interrogante surge del segundo pбrrafo del art. 2013 cuando dispone: "*La prueba resultante de los tнtulos prevalece sobre la de los signos*".

III. Jurisprudencia

1. Cuando los muros dividen edificios se presume que son medianeros hasta la altura del que es mбs bajo art. 2718, Cyd. Civil lo cual se acentъa si en parte se ha edificado en terreno colindante (CNCiv., sala D, 12/8/1980).

2. La presunciyn de medianerна que establece el art. 2718 del Cyd. Civil no rige cuando el muro separa un edificio de un espacio abierto (нdem, art. 2719), sin que ello implique la presunciyn de que el muro no es medianero; y por ello para acreditar que la pared revista esa calidad deberб estarse a los principios generales que rigen la carga de la prueba (C4Є Civ.Com y de Minas La Rioja, 18/3/1982, JA, 983-II-475).

3. La presunciyn del art. 2718 del Cyd. Civil no es aplicable, aunque el muro actualmente divida edificios, si se acredita que el inmueble del que reclama se construyy con antelaciyn al del demandado (CNCiv., sala B, 15/10/1996, LA LEY, 1998-D, 886).

1034Art. 2014.— Cobro de la medianerна. El que construye el muro de cerramiento contiguo tiene derecho a reclamar al titular colindante la mitad del valor del terreno, del muro y de sus cimientos. Si lo construye encaballado, sylo puede exigir la mitad del valor del muro y de sus cimientos.

Art. 2015.— Mayor valor por caracterнsticas edilicias. No

puede reclamar el mayor valor originado por las caracterнsticas edilicias del muro y de sus cimientos, con relaciyn a la estabilidad y aislaciyn de agentes exteriores, que exceden los estбndares del lugar.

I. Relaciyn con el Cydigo Civil. Fuentes del nuevo texto

Por una cuestiyn metodolygica examinaremos en conjunto las disposiciones emergentes de los arts. 2014 y 2015.

El art. 2014 le otorga al constructor de un muro medianero, sea encaballado o contiguo, el derecho a reclamarle al titular colindante el cobro de la medianerна.

Si bien en el Cydigo sustituido tambiйn estaba previsto el cobro de la medianerна, cabe aclarar que en el caso de que el muro construido fuere contiguo el derecho del constructor y la consiguiente obligaciyn del titular del fundo colindante nacна desde el momento en que se servна de la pared (art. 2728 Cydigo de Vйlez).

Fuentes. Proyecto de 1998, art. 1955.

II. Comentario

1. Cobro de la medianerна

El cobro de la medianerна regulado en el art. 2014 contempla dos situaciones diferentes que estбn vinculadas con el tipo de muro que se hubiere construido.

a. Muro de cerramiento contiguo: Si el propietario de un fundo colindante con otro construye a su costo un muro de cerramiento forzoso en los tйrminos del art. 2007, bajo la forma de muro contiguo, es decir que se asienta нntegramente en su inmueble en el filo del нmite separativo del fundo colindante, tendrб derecho a reclamarle a su vecino el reembolso de la mitad del valor del terreno, de la construcciyn del muro y de los cimientos, ello aun cuando el titular del fundo contiguo no se hubiere servido del muro, toda vez que reviste el carбcter de medianero por disposiciyn legal (art. 2009).

b. Muro encaballado: Si el muro fue construido encaballado el constructor podrб reclamar en concepto de medianerна la mitad del valor de la construcciyn del muro y de sus cimientos.

1.1. Cimientos

En el cбlculo del valor de la pared se debe incluir obligatoriamente los cimientos, porque constituyen parte necesaria de aquйlla para su solidez y funcionalidad. Esta conclusiyn fluye de los tйrminos mismos de la ley y ha sido acogida invariablemente por la doctrina y la jurisprudencia.

Sin perjuicio de lo anterior, sostiene Spota (tambiйn Durrieu) que en los casos de edificios que se prolongan en profundidad con sytanos o construcciones subterrбneas, "el adquirente deberб comprar el muro con los cimientos hasta una profundidad indispensable para apoyar establemente esa pared, como si no existieran esas obras".

671.2. Las cualidades del muro

El art. 2015 dice que el constructor del muro medianero no puede reclamar el mayor valor originado por las caracterнsticas edilicias del muro y de sus cimientos, con relaciyn a la estabilidad y aislaciyn de agentes exteriores, que exceden los estбndares del lugar, lo cual equivale a afirmar que el adquirente no estarб obligado a abonar una suma superior al costo normal de construcciyn, aun cuando el constructor reclame un suma superior alegando que tal muro estб edificado con materiales de gran calidad.

En el sentido indicado, la doctrina imperante durante la vigencia del Cydigo sustituido sostenна que se debна deducir del valor computable a los efectos de la adquisiciyn, los correspondientes a adherencias de mero valor suntuario no inherentes al concepto de muro y su funcionalidad como tal. Serна el caso de grabados, pinturas, frescos y ornatos de excesivo costo (Spota), criterio que ha sido acogido por la jurisprudencia.

III. Jurisprudencia

La metodologna mбs adecuada para calcular el valor del muro es la de considerar que diversas partes de йste se deterioren en momentos diversos. El cбlculo debe ser aplicado por separado a la partes de la constituciyn que sean susceptibles de depreciaciyn distinta; es decir que debe aplicarse la tabla Ross-Heidecke en forma diferenciada a los elementos diversos (CNCiv., sala F, 15/11/2000, Lexis Nє 1/67172).

Art. 2016.— Adquisiciyn y cobro de los muros de elevaciyn y enterrado. El titular colindante de un muro de elevaciyn o enterrado, sylo tiene derecho a adquirir la medianerна como estб construido, aunque exceda los estбndares del lugar.

Art. 2017.— Derecho del que construye el muro. El que construye el muro de elevaciyn sylo tiene derecho a reclamar al titular colindante la mitad del valor del muro, desde que йste lo utilice efectivamente para sus fines especнficos.

El mismo derecho tiene quien construye un muro enterrado, o quien prolonga el muro preexistente en profundidad mayor que la requerida para su cimentaciyn.

I. Relaciyn con el Cydigo Civil. Fuentes del nuevo texto

El primer pбrrafo del art. 2016 es similar a lo normado en el art. 2736 del Cydigo sustituido, mientras que el segundo pбrrafo se asimila a lo dispuesto en el art. 2778 del Cydigo de Vйlez.

El nuevo Cydigo regula la adquisiciyn y el cobro del muro de elevaciyn y el enterrado o prolongado.

Fuente: Proyecto de 1998, art. 1956.

II. COMENTARIO

f521. Las cualidades del muro

El art. 2016 dice: "*El titular colindante de un muro de elevaciyn o enterrado, sylo tiene derecho a adquirir la medianerна como estб construido, aunque exceda los estбndares del lugar*", lo cual equivale a afirmar que el adquirente no podrб exigir vбlidamente una disminuciyn del precio alegando que tal muro estб edificado en condiciones de solidez no necesarias para el uso que pretende darle o con materiales de gran calidad o excesivamente costosos.

Sin embargo, se debe deducir del valor computable a los efectos de la adquisiciyn, los correspondientes a adherencias de mero valor suntuario no inherentes al concepto de muro y su funcionalidad.

2. Adquisiciyn y cobro de los muros de elevaciyn y enterrados

Dada la naturaleza de los muros de elevaciyn y enterrados se estб en presencia de un muro privativo o exclusivo, es decir que le pertenece sylo al propietario colindante que los construyy.

Al tratarse de un muro privativo el propietario del fundo colindante que quiera servirse ya sea del muro de elevaciyn o enterrado deberб abonar la mitad del valor del muro si pretende adquirir la medianerна.

tlch*EL PUNTO DE PARTIDA DEL DERECHO AL COBRO SE CONFIGURA DESDE EL MOMENTO QUE EL PROPIETARIO NO CONSTRUCTOR SE SIRVE O UTILIZA EFECTIVAMENTE EL MURO DE ELEVACIÓN O ENTERRADO.*

¿QUÉ SIGNIFICA UTILIZACIÓN EFECTIVA PARA SUS FINES ESPECÍFICOS?

PARA LA PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN POR COBRO DE MEDIANERÍA ES SUFICIENTE ACREDITAR QUE SE HA HECHO USO DEL MURO PRIVATIVO, SIRVIÉNDOSE DE LA PARED POR CUALQUIER APROVECHAMIENTO ESTABLE DE LA MISMA, EN CUANTO ACTO DE UTILIZACIÓN EFECTIVA, AUNQUE ÉSTE NO IMPLIQUE CARGA SOBRE EL MURO.

SALVAT CON LA ADHESIÓN DE LOS AUTORES (SPOTA, PERSEGANI, BAGLIETTO-GRINBERG-PAPAÑO) Y LA JURISPRUDENCIA SEÑALA QUE: "QUERER SERVIRSE" SIGNIFICA UNA UTILIZACIÓN DIRECTA E INMEDIATA DE LA PARED, UNA UTILIZACIÓN ESPECÍFICA, CUALQUIERA QUE SEA SU FORMA (APOYO DE CONSTRUCCIONES, INSTALACIÓN DE CAÑERÍAS, EMPOTRAMIENTO DE TIRANTES, ETC.). AL CONTRARIO, NO IMPLICA SERVIRSE DE LA PARED EL SIMPLE HECHO DE ARRIMAR CONSTRUCCIONES SIN APOYARLAS DE NINGUNA FORMA, COLOCAR CLAVOS PARA COLGAR ROPA, COLGAR JAULAS, REVOCAR LA PARED, ETC.

ENTENDEMOS QUE LA POSTURA CLÁSICA MAYORITARIA MENCIONADA PRECEDENTEMENTE RESULTA APLICABLE EN LA ACTUALIDAD PARA INTERPRETAR EL ALCANCE QUE SE LE DEBE DAR AL TÉRMINO "UTILIZACIÓN EFECTIVA".

III. JURISPRUDENCIA

qj *DADO QUE LA PARED EN LITIGIO PERTENECE EN CONDOMINIO A LOS DOS VECINOS, EL QUE LA CONSTRUYÓ TIENE DERECHO A RECLAMAR DEL OTRO LA MITAD DE LOS GASTOS OCASIONADOS EN SU CONSTRUCCIÓN HASTA LA ALTURA DE LA PARED DE CERCO —3 M—, PUES EN LO QUE EXCEDE DE ESTA ALTURA EL VECINO NO TIENE OBLIGACIÓN DE PAGAR EL CONDOMINIO SINO CUANDO APOYA SU CONSTRUCCIÓN EN LA PARTE SOBREELEVADA —DEL VOTO DE LA DRA. DÍAZ DE VIVAR— (CNCIV., SALA M, 12/2/2009, LEXIS Nº 1/1046181).*

ART. 2018.— MEDIDA DE LA OBLIGACIÓN. EL TITULAR COLINDANTE TIENE LA OBLIGACIÓN DE PAGAR EL MURO DE CERRAMIENTO EN TODA SU LONGITUD Y EL DE ELEVACIÓN SÓLO EN LA PARTE QUE UTILICE EFECTIVAMENTE.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

EL ARTÍCULO SE REFIERE A LA MEDIDA DE LA OBLIGACIÓN, ES DECIR EL ALCANCE DE LA OBLIGACIÓN DEL TITULAR COLINDANTE A LOS EFECTOS DEL PAGO DEL MURO.

RESPECTO DEL MURO DE CERRAMIENTO DEBE ABONAR TODA SU LONGITUD, MIENTRAS QUE SI SE TRATA DE UN MURO DE ELEVACIÓN SOLO DEBE PAGAR POR LA PORCIÓN QUE UTILICE EFECTIVAMENTE.

FUENTE: PROYECTO DE 1998, ART. 1957.

II. COMENTARIO

1. ALCANCES DE LA OBLIGACIÓN DE PAGO

EL TITULAR DEL FUNDO COLINDANTE TIENE LA OBLIGACIÓN DE PAGAR EL MURO DE CERRAMIENTO EN TODA SU LONGITUD Y EL DE ELEVACIÓN SÓLO EN LA PARTE QUE UTILICE EFECTIVAMENTE.

SI LA PARED CONSTRUIDA, SEA ENCABALLADA O CONTIGUA, ES DE CERRAMIENTO FORZOSO, DEBE ADQUIRIRSE EN TODA LA LONGITUD CORRESPONDIENTE AL TERRENO DEL ADQUIRENTE, AUNQUE LA UTILIZACIÓN EFECTIVA DEL MURO SE CONCRETE EN UNA EXTENSIÓN MENOR.

ALTERINI, COINCIDIENDO CON LA POSTURA DE SPOTA, OPINA QUE LA OBLIGACIÓN DE PAGO SE EXTIENDE A LA TOTALIDAD DE LA LONGITUD DEL MURO.

EN EL CASO DEL MURO DE ELEVACIÓN LA OBLIGACIÓN DE PAGO SE LIMITA A LA PORCIÓN DEL MISMO QUE EL PROPIETARIO COLINDANTE UTILICE EFECTIVAMENTE.

SI BIEN LA NORMA EN ESTUDIO NADA DICE RESPECTO DEL ESPESOR DEL MURO ENTENDEMOS QUE TANTO LA ADQUISICIÓN COMO LA OBLIGACIÓN DE PAGO SE EXTIENDEN A TODO SU ESPESOR EN LA PARTE PROPORCIONAL QUE LE CORRESPONDA AL PROPIETARIO COLINDANTE.

SI SE PERMITIERA LA ADQUISICIÓN PARCIAL DEL ESPESOR, SE COLOCARÍA EN DESIGUAL POSICIÓN A LOS CONDÓMINOS, YA QUE UNO DE ELLOS SE BENEFICIARÍA DE LA TOTALIDAD DEL MURO SIN HABER PAGADO ENTERAMENTE SU VALOR, SITUACIÓN INADMISIBLE.

III. JURISPRUDENCIA

EL ART. 2736 CÓD. CIVIL AUTORIZA A ADQUIRIR LA MEDIANERÍA REEMBOLSANDO LA MITAD DEL VALOR DE LA PORCIÓN AL QUE ADQUIERA MEDIANERÍA; ELLO ES ASÍ, YA QUE SERÍA CONTRARIO A LA RAZÓN Y A LA EQUIDAD OBLIGARLO A PAGAR TODA LA MUY

ONEROSA PARED MEDIANERA, AUN EN LA PARTE QUE NINGUNA UTILIDAD LE PRESTA (CNCIV., SALA D, 10/3/1986, JA, 1986-IV-499).

ART. 2019.— VALOR DE LA MEDIANERÍA. EL VALOR COMPUTABLE DE LA MEDIANERÍA ES EL DEL MURO, CIMIENTOS O TERRENO, SEGÚN CORRESPONDA, A LA FECHA DE LA MORA.

a142*I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO*

EL ARTÍCULO DETERMINA QUE LA FECHA DE LA MORA ES EL MOMENTO QUE DEBE CONSIDERARSE A FIN DE DETERMINAR EL VALOR DE LA MEDIANERA.

EL CÓDIGO SUSTITUIDO, A PARTIR DE LA REFORMA QUE EN EL AÑO 1968 AGREGO LA ÚLTIMA PARTE DEL ART. 2736, DISPUSO DOS MOMENTOS: EL DE LA FECHA DE LA DEMANDA Y EL DE LA CONSTITUCIÓN EN MORA.

FUENTE: PROYECTO DE 1998, ART. 1967.

II. COMENTARIO

1. MOMENTO A PARTIR DEL CUAL SE COMPUTA EL VALOR DE LA MEDIANERÍA

EL ART. 2019 ESTABLECE EN FORMA CONCRETA Y PRECISA QUE LA MORA ES LA FECHA A PARTIR DEL CUAL SE COMPUTA EL VALOR DE LA MEDIANERÍA.

LA PREGUNTA ES ¿CUÁNDO SE CONFIGURA LA MORA?

SI LOS PROPIETARIOS COLINDANTES CELEBRARON UN ACUERDO Y PACTARON LA FECHA, FORMA Y MAGNITUD DEL PAGO NO EXISTE NINGÚN INCONVENIENTE, TODA VEZ QUE FRENTE AL INCUMPLIMIENTO DEL OBLIGADO AL PAGO EL ACREEDOR PODRÁ DEMANDAR JUDICIALMENTE EL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO (ARTS. 957, 959 Y SS. DEL CÓDIGO).

LA CUESTIÓN SE COMPLICA CUANDO NO EXISTE ACUERDO ENTRE LOS TITULARES DE LOS FUNDOS COLINDANTES, EN CUYO CASO EL ACREEDOR POR LA DEUDA DE MEDIANERÍA DEBE PONER EN MORA AL OBLIGADO AL PAGO, MOMENTO A PARTIR DEL CUAL SE COMPUTA EL VALOR DE LA MEDIANERÍA.

LA MORA EN LA OBLIGACIÓN DEL PAGO DEL VALOR DE LA MEDIANERÍA NO SE CONFIGURA DE PLENO DERECHO, PUESTO QUE AL NO TRATARSE DE OBLIGACIONES EN LAS CUALES EL PLAZO NO ESTÁ EXPRESAMENTE DETERMINADO RIGE LO DISPUESTO EN EL INC. A) DEL ART. 887.

EN CONSECUENCIA LA MORA SE CONFIGURA A PARTIR DEL REQUERIMIENTO FORMAL Y FEHACIENTE (POR EJ.: CARTA DOCUMENTO, ACTUACIÓN NOTARIAL, ETC.).

CONSIDERAMOS QUE LA MEDIACIÓN LLEVADA A CABO POR EL CONSTRUCTOR A FIN DE REQUERIR EL PAGO DE LA MEDIANERÍA IMPLICA UNA INTIMACIÓN AL DEUDOR Y POR ENDE A PARTIR DE DICHO MOMENTO DE CONFIGURA LA MORA.

MOISSET DE ESPANÉS SOSTIENE QUE EL MOMENTO DEL REQUERIMIENTO, JUDICIAL O EXTRAJUDICIAL, PRODUCE UNA FIJACIÓN DEL VALOR INTRÍNSECO DE LA PRESTACIÓN DEBIDA. EN ESA ÉPOCA SE DEBE MEDIR CONCRETAMENTE TODAS LAS CONTINGENCIAS RELATIVAS AL VALOR DEL MURO, ATENDIENDO A SU ANTIGÜEDAD, DETERIOROS OCASIONADOS POR EL PASO DEL TIEMPO, ETC.; PERO LA CANTIDAD DE MONEDA QUE SE FIJE EN LA SENTENCIA, DEBERÁ SER SUFICIENTE PARA CUBRIR EL VALOR ADEUDADO A LA ÉPOCA DE LA CONSTITUCIÓN EN MORA.

III. JURISPRUDENCIA

EL PROPIETARIO DE UNA HEREDAD QUE HA CONSTRUIDO A SU COSTA UNA PARED SOBRE LA LÍNEA DIVISORIA DE DOS FUNDOS CONTIGUOS, EN UN LUGAR DE CERRAMIENTO FORZOSO, TIENE DERECHO A EXIGIR DE SU VECINO EL REEMBOLSO DE LA MITAD DEL VALOR DE LA PARED DE CERCO (CNCIV., EN PLENO, 4/6/1948, LEXIS Nº 10/1251).

ART. 2020.— INICIO DEL CURSO DE LA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA. EL CURSO DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE COBRO DE LA MEDIANERÍA RESPECTO AL MURO DE CERRAMIENTO SE INICIA DESDE EL COMIENZO DE SU CONSTRUCCIÓN; Y RESPECTO AL DE ELEVACIÓN O AL ENTERRADO, DESDE SU UTILIZACIÓN EFECTIVA POR EL TITULAR COLINDANTE.

021317 **I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO**

17 *EL ARTÍCULO ESTABLECE EN FORMA CLARA Y CONCRETA EL MOMENTO A PARTIR DEL CUAL DEBE COMPUTARSE EL CURSO DE LA PRESCRIPCIÓN PARA LOS DISTINTOS TIPOS DE MUROS.*

LA SOLUCIÓN CONSAGRADA, POR LO DEMÁS, EXPRESA LA CONCLUSIÓN A LA QUE ARRIBABA LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA AL INTERPRETAR LAS DISPOSICIONES DEL CÓDIGO DE VÉLEZ (ARTS. 2717, 2725, 2726, 4022 Y 4023).

FUENTE: PROYECTO DE 1998, ART. 1959.

II. COMENTARIO

1. INICIO DEL CURSO DE LA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA

EL MOMENTO A PARTIR DEL CUÁL COMIENZA A CORRER EL CÓMPUTO DEL CURSO DE LA PRESCRIPCIÓN LIBERATORIA REFERIDO AL PAGO DE LA MEDIANERÍA DEPENDE DEL TIPO DE MURO QUE SE HUBIERE CONSTRUIDO.

A) MURO DE CERRAMIENTO FORZOSO: YA SEA EL MURO CONTIGUO O ENCABALLADO EL PLAZO DEL CÓMPUTO DE LA PRESCRIPCIÓN COMIENZA A CORRER DESDE QUE COMENZÓ LA CONSTRUCCIÓN DEL MURO.

B) MURO DE ELEVACIÓN O ENTERRADO: EN EL SUPUESTO DE MUROS DE ELEVACIÓN O ENTERRADO EL CURSO DE LA PRESCRIPCIÓN SE COMPUTA DESDE QUE EL VECINO LINDANTE COMENZÓ A UTILIZAR EFECTIVAMENTE EL MURO.

III. JURISPRUDENCIA

1. LA INICIACIÓN DEL CURSO DE LA PRESCRIPCIÓN EN LA PARED ENCABALLADA SE RETROTRAE A LA CONSTRUCCIÓN DE LA PARED PARA LA EXTENSIÓN DEL MURO QUE SE

PROLONGUE HASTA LA ALTURA DEL CERRAMIENTO FORZOSO Y EN LA PORCIÓN SUPERIOR DESDE LA UTILIZACIÓN EFECTIVA, SITUACIÓN PROLONGABLE CON LA DEL MURO CONTIGUO (CCIV. Y COM. SAN MARTÍN, SALA 1ª, 9/8/2007, LEXIS Nº 1/70045139-1).

2. CONSTRUIDA UNA PARED MEDIANERA DE TRES METROS DE ALTURA, LA OBLIGACIÓN DEL VECINO NO CONTRIBUYENTE ES ALCANZADA POR LA PRESCRIPCIÓN ESTABLECIDA EN EL ART. 4023 CÓD. CIVIL, EN LA PARTE DE MURO CORRESPONDIENTE AL CERRAMIENTO, ES DECIR NO MÁS ALLÁ DE LOS TRES METROS DE ALTURA REFERIDOS, PUES SE TRATA DE UNA PRESCRIPCIÓN LIBERATORIA QUE EXTINGUE LA ACCIÓN PARA REQUERIR EL PAGO CONTRIBUTIVO DE LA CONSTRUCCIÓN DEL MURO, DEVINIENDO AQUELLA OBLIGACIÓN EN NATURAL. ASIMISMO, TODO LO QUE SUPERE DICHA ALTURA NO SE TRATA DE UN MURO MEDIANERO, SINO DE PROPIEDAD EXCLUSIVA DEL CONSTRUCTOR (CNCIV., SALA B, 16/2/1998, LEXIS Nº 1/55745-46).

3. AUNQUE EL TRANSCURSO DEL PLAZO DEL ART. 4023 CÓD. CIVIL LIBERA A LA DEMANDADA DE SU OBLIGACIÓN DE CONTRIBUIR CON EL COSTO DEL MURO MEDIANERO HASTA LA ALTURA DE TRES METROS, ELLO NO IMPORTA QUE HUBIERA ADQUIRIDO EL DOMINIO DEL RESTO DE LA PARED QUE UTILIZA, ESTANDO OBLIGADA A DESEMBOLSAR LA PARTE PROPORCIONAL DE LA PARTE UTILIZADA, DE ACUERDO A LO NORMADO EN EL ART. 4022 DEL CITADO CUERPO LEGAL, QUE ESTABLECE QUE LA PRESCRIPCIÓN OPERADA PUEDE SER INVOCADA PARA EXIMIRSE DEL PAGO HASTA LA ALTURA DEL CERRAMIENTO FORZOSO (CNCIV., SALA B, 16/2/1998, LEXIS Nº 1/55745-46).

ART. 2021.— FACULTADES MATERIALES. *PROLONGACIÓN.* **EL CONDÓMINO PUEDE ADOSAR CONSTRUCCIONES AL MURO, ANCLARLAS EN ÉL, EMPOTRAR TODO TIPO DE TIRANTES Y ABRIR CAVIDADES, AUN EN LA TOTALIDAD DE SU ESPESOR, SIEMPRE QUE DEL EJERCICIO REGULAR DE ESE DERECHO NO RESULTE PELIGRO PARA LA SOLIDEZ DEL MURO.**

ART. 2022.— PROLONGACIÓN DEL MURO. EL CONDÓMINO PUEDE PROLONGAR EL MURO LINDERO EN ALTURA O PROFUNDIDAD, A SU COSTA, SIN INDEMNIZAR AL OTRO CONDÓMINO POR EL MAYOR PESO QUE CARGUE SOBRE EL MURO. LA NUEVA EXTENSIÓN ES PRIVATIVA DEL QUE LA HIZO.

ART. 2023.— RESTITUCIÓN DEL MURO AL ESTADO ANTERIOR. SI EL EJERCICIO DE ESTAS FACULTADES GENERA PERJUICIO PARA EL CONDÓMINO, ÉSTE PUEDE PEDIR QUE EL MURO SE RESTITUYA A SU ESTADO ANTERIOR, TOTAL O PARCIALMENTE.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

LOS ARTÍCULOS QUE COMENTAMOS (2021 AL 2023) SE REFIEREN A LAS FACULTADES MATERIALES, DE PROLONGACIÓN Y DE RESTITUCIÓN DEL MURO AL ESTADO ANTERIOR QUE TIENEN LOS CONDÓMINOS RESPECTO DEL MURO MEDIANERO.

EL CÓDIGO SUSTITUIDO TENÍA DISPOSICIONES SEMEJANTES EN LOS ARTS. 2730, 2731 Y 2732.

FUENTE: PROYECTO DE 1998, ART. 1960.

widctlparII. COMENTARIO

EL ARTÍCULO EN ESTUDIO SE VINCULA CON EL ÁMBITO DE ACCIÓN QUE TIENEN LOS CONDÓMINOS RESPECTO A LAS FACULTADES QUE PUEDEN EJERCER RESPECTO AL USO MATERIAL DEL MURO MEDIANERO.

1. DERECHOS DE LOS MEDIANEROS

DEL MISMO MODO QUE EL CÓDIGO REGULA EL DERECHO DE USO Y GOCE DE LOS CONDÓMINOS EN EL CONDOMINIO NORMAL, TAMBIÉN REGULA EL DERECHO DE LOS MEDIANEROS EN EL ÁMBITO DEL CONDOMINIO DE MUROS, CERCOS Y FOSOS, RESPECTO DE LAS FACULTADES MATERIALES QUE PUEDEN EJERCER SOBRE LOS MUROS.

DEBIDO A LA NATURALEZA DEL CONDOMINIO SOBRE MUROS, EL DERECHO QUE TIENEN LOS COMUNEROS ES LIMITADO Y DEBE SER EJERCIDO DE MANERA TAL QUE NO RESULTE PELIGRO PARA LA SOLIDEZ DEL MURO.

CABE RECORDAR QUE LA ADQUISICIÓN DE LA MEDIANERÍA TIENE EL EFECTO DE PONER A LOS COMUNEROS EN UN PIE DE PERFECTA IGUALDAD, OTORGÁNDOLES LA FACULTAD DE PEDIR LA SUPRESIÓN DE OBRAS Y/O ABERTURAS EFECTUADAS EN LA PARED MEDIANERA QUE FUEREN INCOMPATIBLES CON LOS DERECHOS QUE CONFIERE LA MEDIANERÍA.

EN EL SENTIDO INDICADO SE ADVIERTE QUE LA NORMA EN ESTUDIO HACE REFERENCIA "AL EJERCICIO REGULAR DEL DERECHO", DE LO QUE SE INFIERE QUE LOS COMUNEROS NO PUEDEN REALIZAR ACTOS MATERIALES QUE AFECTEN SUSTANCIALMENTE EL MURO Y QUE AVANCE SOBRE EL DERECHO DE PROPIETARIO COLINDANTE.

2. FACULTAD DE DISPOSICIÓN MATERIAL

SI BIEN EL ART. 2021 HACE REFERENCIA A CIERTOS ACTOS MATERIALES QUE PUEDEN REALIZAR LOS COMUNEROS, ENTENDEMOS QUE DICHA ENUMERACIÓN REVISTE EL CARÁCTER DE MERAMENTE ENUNCIATIVA Y NO TAXATIVA, RAZÓN POR LA CUAL NO EXISTE NINGÚN IMPEDIMENTO PARA REALIZAR OTROS ACTOS MATERIALES CON LAS LIMITACIONES ALLÍ INDICADAS.

2.1. FACULTAD DE ARRIMAR CONSTRUCCIONES

LA MAYORÍA DE LOS AUTORES (SPOTA, BAGLIETTO-GRINBERG-PAPAÑO) PREFIEREN EL TÉRMINO "ADOSAR", PUES NO SÓLO EXISTE EL DERECHO DE "ARRIMAR" UNA CONSTRUCCIÓN, SINO TAMBIÉN EL DE TRABARLA A LA PARED. SE DEBE DAR ENTONCES A LA TERMINOLOGÍA LEGAL UNA INTELIGENCIA AMPLIA QUE COMPRENDA EL ARRIMO PROPIAMENTE DICHO, ASÍ COMO TAMBIÉN EL APOYO DE LAS CONSTRUCCIONES AL MURO.

2.2. COLOCACIÓN DE TIRANTES

EL CÓDIGO AUTORIZA A LOS VECINOS A INTRODUCIR TIRANTES EN TODO EL ESPESOR, APARTÁNDOSE DEL FRANCÉS, QUE OBLIGA A DEJAR UN ESPACIO ENTRE EL PARAMENTO DEL OTRO VECINO Y LA EXTREMIDAD DE LA VIGA Y SIGUIENDO DE CERCA LO DISPUESTO EN EL ART. 4392, INC. 1, DEL ESBOZO, QUE PERMITE LA TOTAL INTRODUCCIÓN.

EN ESTA CUESTIÓN DE LOS TIRANTES, TAMBIÉN CUADRA UNA INTERPRETACIÓN EXTENSIVA, COMPRENDIENDO LAS VIGAS Y LAS VIGUETAS A QUE ALUDE EL CÓDIGO NAPOLEÓN, E IGUALMENTE LOS MADERAJES A QUE SE REFIERE EL ESBOZO, COMO LO SOSTIENE ALTERINI.

~~2.3. RETIRO DE LOS TIRANTES~~

SI UN VECINO NECESITA INTRODUCIR UN TIRANTE EN LA PARED, Y SE LO IMPIDE LA EXISTENCIA DE OTRO INTRODUCIDO POR EL LINDERO EN TODO EL ESPESOR DEL MURO, EL PRIMERO TIENE DERECHO DE HACERLO RETIRAR HASTA LA MITAD DE LA PARED. NO ES SUFICIENTE, A NUESTRO ENTENDER, QUE EL VECINO SOLAMENTE "QUIERA" INTRODUCIR UN TIRANTE, SINO QUE SE IMPONE, COMO DICE ALTERINI, EL EJERCICIO EFECTIVO DE LA FACULTAD DE COLOCAR TIRANTES O DE INSTALAR EL CAÑO DE LA CHIMENEA, Y NO SON SUFICIENTES LAS MERAS EXPRESIONES DE DESEO.

CHQUIEN PENETRÓ CON SUS VIGAS O TIRANTES TODO EL ESPESOR DE LA PARED Y DEBE PROCEDER A SU RETIRO HASTA LA MITAD, CONFORME QUEDÓ DICHO, CARGARÁ CON LOS GASTOS QUE TALES TRABAJOS OCASIONEN, PUES SU DERECHO PARA PROCEDER DE TAL MODO ESTABA CONDICIONADO AL EJERCICIO DE SIMILAR FACULTAD POR PARTE DE SU VECINO.

~~2.4. FACULTAD DE ABRIR ARMARIOS O NICHOS~~

CADA UNO DE LOS CONDÓMINOS PUEDE ABRIR ARMARIOS O NICHOS, AUN PASANDO EL MEDIO DE LA PARED, CON TAL DE QUE NO CAUSE PERJUICIO AL VECINO O A ÉSTA. A NUESTRO ENTENDER SE TRATA DE UN CASO CONCRETO COMPRENDIDO EN LA REGLA GENERAL DEL ART. 2730 DEL CÓDIGO VELEZANO, QUE CONSAGRA EL PRINCIPIO DEL LIBRE USO O DE LA UTILIZACIÓN IGUALITARIA DEL MURO.

3. DERECHO DE ELEVAR EL MURO MEDIANERO

EL ART. 2022 ES SIMILAR AL ART. 2732 DEL CÓDIGO DE VÉLEZ. EL DERECHO DE ELEVAR EL MURO MEDIANERO, ADEMÁS DE PRESCINDIR DE LA EXIGENCIA DE LA INDEMNIZACIÓN, NO DEPENDE DEL CONSENTIMIENTO DEL CONDÓMINO. DE ESTO SE DERIVAN DOS CONSECUENCIAS: SE TRATA DE UNA NORMA QUE FACILITA LA EDIFICACIÓN, ELIMINANDO DIFICULTADES PRÁCTICAS, Y EVIDENCIA UNA MAYOR ESFERA DE ACTUACIÓN DE LOS MEDIANEROS RESPECTO DEL TITULAR DE UN CONDOMINIO NORMAL.

SIN EMBARGO HAY QUE HACER NOTAR QUE, A DIFERENCIA DE LA NORMA ANTECEDENTE, EL ART. 2022 DISPONE QUE "LA NUEVA EXTENSIÓN ES PRIVATIVA DEL QUE LA HIZO", CONCLUSIÓN LÓGICA SI SE TIENE EN CUENTA QUE DICHA NORMA PARTE DEL SUPUESTO QUE EL CONDÓMINO HA REALIZADO LA PROLONGACIÓN DEL MURO A SU COSTA.

SPOTA SEÑALA QUE ESTA FACULTAD PODRÍA VERSE LIMITADA CUANDO FUERA EJERCIDA "SIN NINGÚN BENEFICIO PERSONAL Y CON EL SOLO PROPÓSITO DE PERJUDICAR AL VECINO", HACIÉNDOSE APLICACIÓN DE LO TEORÍA DEL ABUSO DEL DERECHO.

III. JURISPRUDENCIA

1. LA ADQUISICIÓN DE LA MEDIANERÍA TIENE EL EFECTO DE PONER A LOS VECINOS EN UN PIE DE IGUALDAD Y OTORGA AL QUE LA ADQUIERE LA FACULTAD DE PEDIR LA SUPRESIÓN DE OBRAS, ABERTURAS O LUCES ESTABLECIDAS EN DICHA PARED QUE RESULTEN INCOMPATIBLES CON LOS DERECHOS QUE ÉSTA LE CONFIERE (ART. 2740 CÓD. CIVIL). EN EL CASO EN ANÁLISIS LAS ABERTURAS DE ILUMINACIÓN EFECTUADAS POR LA ACTORA EN LA PARED MEDIANERA IMPEDÍAN LA NORMAL IMPERMEABILIZACIÓN DE PARTE DE LA COLUMNA DEL INMUEBLE DE LOS ACCIONADOS, LO CUAL PUEDE OCASIONAR HUMEDAD EN EL EDIFICIO DEMANDADO CON LOS DIVERSOS DAÑOS QUE ELLO PUEDE PROVOCAR, TANTO EN LA ESTRUCTURA DEL EDIFICIO COMO EN LA HABITABILIDAD DE LOS LOCALES AFECTADOS EN LO QUE HACE AL DETERIORO DEL MOBILIARIO, ASÍ COMO EL GRADO DE CONFORT DE LOS AMBIENTES. UNO DE LOS VECINOS NO PUEDE HACER INNOVACIONES EN LA PARED MEDIANERA QUE IMPIDAN AL OTRO UN DERECHO IGUAL Y RECÍPROCO (ART. 2740 CÓD. CIVIL) (CCIV. Y COM. LOMAS DE ZAMORA, SALA 2ª, 14/6/2007, LEXIS Nº 1/70040911-4-5).

ART. 2024.— RECONSTRUCCIÓN. EL CONDÓMINO PUEDE DEMOLER EL MURO LINDERO CUANDO NECESITE HACERLO MÁS FIRME, PERO DEBE RECONSTRUIRLO CON ALTURA Y ESTABILIDAD NO MENORES QUE LAS DEL DEMOLIDO.

SI EN LA RECONSTRUCCIÓN SE PROLONGA EL MURO EN ALTURA O PROFUNDIDAD, SE APLICA LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 2022.

340**ART. 2025.— UTILIZACIÓN DE SUPERFICIE MAYOR. SI PARA LA RECONSTRUCCIÓN SE UTILIZA UNA SUPERFICIE MAYOR QUE LA ANTERIOR, DEBE SER TOMADA DEL TERRENO DEL QUE LA REALIZA Y EL NUEVO MURO, AUNQUE CONSTRUIDO POR UNO DE LOS PROPIETARIOS, ES MEDIANERO HASTA LA ALTURA DEL ANTIGUO Y EN TODO SU ESPESOR.**

ART. 2026.— DILIGENCIA EN LA RECONSTRUCCIÓN. LA RECONSTRUCCIÓN DEBE REALIZARLA A SU COSTA, Y EL OTRO CONDÓMINO NO PUEDE RECLAMAR INDEMNIZACIÓN POR LAS MERAS MOLESTIAS, SI LA RECONSTRUCCIÓN ES EFECTUADA CON LA DILIGENCIA ADECUADA SEGÚN LAS REGLAS DEL ARTE.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

LOS ARTÍCULOS EN EXAMEN (2024 AL 2026), SE REFIEREN AL DERECHO Y LA CONSIGUIENTE OBLIGACIÓN QUE TIENEN LOS CONDÓMINOS DE DEMOLER Y RECONSTRUIR EL MURO MEDIANERO, SE RELACIONAN CON LOS ARTS. 2726, 2733 Y 2734 DEL CÓDIGO SUSTITUIDO.

FUENTE: PROYECTO DE 1998, ART. 1961.

II. COMENTARIO

1. RECONSTRUCCIÓN DE LA PARED

EL CONDÓMINO PUEDE DEMOLER EL MURO LINDERO CUANDO NECESITE HACERLO MÁS FIRME, PERO DEBE RECONSTRUIRLO CON ALTURA Y ESTABILIDAD NO MENORES QUE LAS DEL DEMOLIDO.

GURFINKEL DE WENDY EXPRESA QUE EL SUPUESTO DE HECHO CONTENIDO EN LA NORMA TRANSCRIPTA ES AQUEL EN EL CUAL EXISTE UNA PARED MEDIANERA, UNO DE

LOS CONDÓMINOS QUIERE DARLE MAYOR ALTURA PERO EL MURO EXISTENTE, DADAS SUS CARACTERÍSTICAS CONSTRUCTIVAS, NO PUEDE SOPORTAR DICHA CARGA. EN ESE CASO DEBE DESTRUIR LA EXISTENTE Y LEVANTAR OTRA EN SU LUGAR, QUE REÚNA LAS CONDICIONES NECESARIAS PARA LA CARGA QUE SE LE DARÁ. DICHOS TRABAJOS DEBEN SER SOPORTADOS POR EL CONDÓMINO QUE LOS REALIZA, INCLUIDOS MATERIALES, MANOS DE OBRA, HONORARIOS, ETC.

EL COMUNERO QUE LLEVE A CABO LA DEMOLICIÓN Y POSTERIOR RECONSTRUCCIÓN NO ESTARÁ OBLIGADO A INDEMNIZAR A SU VECINO POR LAS MOLESTIAS QUE LE OCASIONE LA EJECUCIÓN DE LOS TRABAJOS TENDIENTES A LA RECONSTRUCCIÓN, SIEMPRE Y CUANDO QUE LA RECONSTRUCCIÓN SEA EFECTUADA CON LA DILIGENCIA ADECUADA Y SEGÚN LAS REGLAS DEL ARTE.

SI LA RECONSTRUCCIÓN DEMORA UN TIEMPO IRRAZONABLE, SIN JUSTIFICACIÓN ALGUNA, ACREDITADO EL PERJUICIO ENTENDEMOS QUE NO EXISTE IMPEDIMENTO PARA SOLICITAR UNA INDEMNIZACIÓN PUESTO QUE LA ACTITUD ASUMIDA PODRÍA ESTAR INCURSA EN OBRAR ABUSIVO QUE LA LEY NO AMPARA (ART. 10).

2. RECONSTRUCCIÓN DEL MURO MEDIANERO. CULPA DE UNO DE LOS COMUNEROS

PERO SI EL DAÑO O DESTRUCCIÓN DE LA PARED SE DEBE AL HECHO DE UNO DE LOS PROPIETARIOS VECINOS, ÉSTE ESTÁ OBLIGADO A RECONSTRUIR O REPARAR LA PARED A SU EXCLUSIVO CARGO, PORQUE EN ESE CASO EL DAÑO SE HABRÍA OCASIONADO POR UN HECHO PROPIO DE UNO DE LOS VECINOS Y SÓLO ÉL DEBE RESPONDER POR SUS CONSECUENCIAS.

QUIERE DECIR QUE ÚNICAMENTE SI EL MURO HA SIDO DAÑADO O DESTRUIDO POR UN HECHO CULPABLE DE UNO DE LOS CONDÓMINOS, ES SÓLO ÉSTE QUIEN ESTÁ OBLIGADO A SU REPARACIÓN O RECONSTRUCCIÓN.

SPOTA PLANTEA EL PROBLEMA DE LA NECESIDAD DE RECONSTRUIR UN MURO MEDIANERO, SEÑALA QUE EL MISMO DEBERÁ TENER "APTITUD PARA SER UTILIZADO DE CONFORMIDAD A SU DESTINO". SERÁ EL JUEZ QUIEN DECIDIRÁ, A PETICIÓN DE PARTE, ACERCA DE LA NECESIDAD DE REPARACIÓN, DEMOLICIÐ3N O RECONSTRUCCIÓN, DE ACUERDO A LAS PRUEBAS, ESPECIALMENTE PERICIALES, QUE SE LE SUMINISTRAN. "SI EL MURO —ENSEÑA—, POR VICIO DE CONSTRUCCIÓN, O POR EL USO NORMAL Y MODERADO DEL MISMO, NO REÚNA LAS CONDICIONES DE ESTABILIDAD NECESARIAS, LA RECONSTRUCCIÓN O REFACCIÓN SE IMPONE".

CUANDO UNO DE LOS CONDÓMINOS NO ESTÁ DE ACUERDO CON LA REALIZACIÓN DE ESAS OBRAS TAMBIÉN SERÁ LA JUSTICIA LA LLAMADA A DICTAMINAR, TENIENDO EN CUENTA LA SITUACIÓN DE HECHO Y LA PRUEBA PERICIAL QUE SE PRODUZCA TENDIENTE A PROBAR LA NECESIDAD DE LA RECONSTRUCCIÓN (LAFAILLE).

III. JURISPRUDENCIA

SI LA RECONSTRUCCIÓN DE UN MURO MEDIANERO ES NECESARIA, PERO DE INTERÉS DE UNO DE LOS CONDÓMINOS, SIN QUE PUEDA IMPUTARSE AL OTRO CULPA EN SU ESTADO, SERÁ SÓLO AQUÉL QUIEN CARGUE CON EL GASTO, MANTENIENDO AL OTRO SU CARÁCTER DE CONDÓMINO (C2ª CIV. Y COM. BAHÍA BLANCA, 8/7/1985, DJ, 1986-2, 310 – DJBA, 131-81).

ART. 2027.— MEJORAS EN LA MEDIANERÍA URBANA. LOS CONDÓMINOS ESTÁN OBLIGADOS, EN LA PROPORCIÓN DE SUS DERECHOS, A PAGAR LOS GASTOS DE REPARACIONES O RECONSTRUCCIONES DE LA PARED COMO MEJORAS NECESARIAS, PERO NO ESTÁN OBLIGADOS SI SE TRATA DE GASTOS DE MEJORAS ÚTILES O SUNTUARIAS QUE NO SON BENEFICIOSAS PARA EL TITULAR COLINDANTE.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

LA NUEVA NORMATIVA QUE REGULA LAS OBLIGACIONES DE LOS CONDÓMINOS RESPECTO A LOS GASTOS DE REPARACIÓN Y RECONSTRUCCIÓN DEL MURO MEDIANERO, SE RELACIONA CON LOS ARTS. 2722 Y 2744 DEL CÓDIGO SUSTITUIDO.

FUENTE: PROYECTO DE 1998, ART. 1962.

II. COMENTARIO

1. MEJORAS EN LA MEDIANERÍA URBANA

LA NORMA EN ESTUDIO SE REFIERE A LA OBLIGACIÓN DE LOS CONDÓMINOS A CONTRIBUIR A LOS GASTOS DE REPARACIÓN, RECONSTRUCCIÓN Y MEJORAS NECESARIAS QUE DEBAN REALIZARSE EN EL MUDO MEDIANERO.

LA MEDIDA DE LA CONTRIBUCIÓN PUEDE SURGIR DE UN ACUERDO ENTRE LOS CONDÓMINOS EN EL QUE SE ESTIPULE CUÁLES SERÁN LOS GASTOS NECESARIOS A REALIZAR PARA REPARAR, RECONSTRUIR O MEJORAR LA MEDIANERA.

PERO EN MUCHOS SUPUESTOS NO EXISTE CONVENCIÓN YA QUE UNO DE LOS CONDÓMINOS, ADVIRTIENDO EL ESTADO DE DETERIORO DEL MURO MEDIANERO, DECIDE EFECTUAR LAS REPARACIONES NECESARIAS CONTRATANDO A TAL EFECTO A UN TERCERO.

COMO LA MEDIANERÍA ES UN SUPUESTO DE CONDOMINIO DE INDIVISIÓN FORZOSA, LOS GASTOS REALIZADOS POR UNO SOLO DE LOS CONDÓMINOS SON CONSIDERADOS EN PRO DE LA COMUNIDAD, MOTIVO POR EL CUAL EL CONDÓMINO QUE NO CONTRIBUYO ESTÁ OBLIGADO AL PAGO DEL 50% DEL COSTO DE LA REPARACIÓN Y/O MEJORAS, ELLO CLARO ESTÁ, SIEMPRE QUE SE PRUEBEN LAS TAREAS REALIZADAS Y EL PAGO EFECTUADO.

2. REQUISITOS PARA QUE SE GENERE LA OBLIGACIÓN

~~*2.1. NECESIDAD DE REPARACIÓN O RECONSTRUCCIÓN DEL MURO*~~

1ESTA OBLIGACIÓN IMPUESTA POR LA NORMA ES UNA APLICACIÓN CONCRETA, A ESTA ESPECIAL COMUNIDAD, DE LA REGLA DEL ART. 1991 PARA EL CONDOMINIO NORMAL. REMITIMOS ENTONCES A LO QUE DIJIMOS AL COMENTAR ESTE ÚLTIMO ARTÍCULO EN ORDEN A LA NATURALEZA REAL DE ESTA OBLIGACIÓN, EN LA MEDIDA EN QUE LAS TITULARIDADES ACTIVA Y PASIVA SE TRASLADAN CON EL DOMINIO DE LOS FUNDOS COLINDANTES.

ESTÁ EN CABEZA DE LOS CONDÓMINOS DEL MURO EN PROPORCIÓN "DE SUS DERECHOS". COMO LA MEDIANERÍA PUEDE ADQUIRIRSE TOTAL O PARCIALMENTE, EN ESTE ÚLTIMO CASO, SI LA NECESIDAD DE CONSERVACIÓN O REPARACIÓN SE EXTIENDE A TODO EL MURO, QUIEN SÓLO ES CONDÓMINO DE PARTE DEL MISMO, SÓLO ESTÁ OBLIGADO A

SUFRAGAR TALES GASTOS EN LA MEDIDA DE SU INTERÉS.

LA OBLIGACIÓN DE AFRONTAR LOS GASTOS QUE DEMANDE LA CONSERVACIÓN DE LA MEDIANERA Y LA CONSECUENTE RESPONSABILIDAD POR LOS VICIOS QUE LA MISMA PRESENTE DEBE SER ASUMIDA POR AMBOS PROPIETARIOS, Y NO SÓLO POR AQUEL CUYA FAZ DEL MURO EVIDENCIE UN MAYOR DETERIORO PRODUCIDO POR SU NATURAL VETUSTEZ, DADO QUE EL ARREGLO DE UNA DE LAS CARAS NO IMPIDE EL HECHO DE QUE EL MURO PRESENTE EN SU CONJUNTO UNA DEFICIENTE IMPERMEABILIZACIÓN QUE PERMITA TRANSMITIR LAS HUMEDADES PRODUCIDAS POR LLUVIAS U OTROS FACTORES.

LA NECESIDAD DE LA REPARACIÓN PUEDE DARSE EN CUALQUIERA DE LOS LADOS DE LA PARED.

LA REPARACIÓN O RECONSTRUCCIÓN ES NECESARIA PARA QUE DICHA PARED PUEDA CUMPLIR CON SU DESTINO O FINALIDAD.

SI LOS CONDÓMINOS NO SE PONEN DE ACUERDO EN LA NECESIDAD DEL GASTO O EN SU COSTO LA CUESTIÓN DEBERÁ DIRIMIRSE POR LA VÍA JUDICIAL.

2.2. AUSENCIA DE CULPA EN EL CONDÓMINO RECLAMANTE

SI EL MURO MEDIANERO HA SIDO DAÑADO O DESTRUIDO POR UN HECHO CULPABLE DE UNO DE LOS CONDÓMINOS, ES SÓLO ÉSTE QUIEN ESTÁ OBLIGADO A SU REPARACIÓN O RECONSTRUCCIÓN. LA SOLUCIÓN ES LÓGICA PUES EN TAL CASO RESULTAN APLICABLES LAS REGLAS SOBRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL (ARTS. 1708 Y CONC. DEL CÓDIGO).

2.3. QUE LAS MEJORA NO SEAN ÚTILES O SUNTUARIAS

SON MEJORAS ÚTILES AQUELLAS QUE SIN SER NECESARIAS REPRESENTAN UN INCREMENTO DE VALOR DEL BIEN, Y MEJORAS SUNTUARIAS AQUELLAS QUE RESPONDEN ÚNICAMENTE AL LUJO O COMODIDAD DEL QUE LAS REALIZA O A MOTIVOS PURAMENTE ESTÉTICOS (CONF. ART. 1934, CÓD. CIVIL).

SI EL VECINO COLINDANTE REALIZÓ EN EL MURO MEDIANERO MEJORAS ÚTILES O SUNTUARIAS QUE NO SON BENEFICIOSAS PARA EL TITULAR COLINDANTE, SERÁ EL CONDÓMINO QUE LAS HIZO QUIEN DEBERÁ CARGAR CON LOS GASTOS CONSECUENTES.

III. JURISPRUDENCIA

1. LA OBLIGACIÓN DE AFRONTAR LOS GASTOS QUE DEMANDE LA CONSERVACIÓN DE LA MEDIANERA Y LA CONSECUENTE RESPONSABILIDAD POR LOS VICIOS QUE LA MISMA PRESENTE DEBE SER ASUMIDA POR AMBOS PROPIETARIOS, Y NO SÓLO POR AQUÉL CUYA FAZ DEL MURO EVIDENCIE UN MAYOR DETERIORO PRODUCIDO POR SU NATURAL VETUSTEZ, DADO QUE EL ARREGLO DE UNA DE LAS CARAS NO IMPIDE EL HECHO DE QUE EL MURO PRESENTE EN SU CONJUNTO UNA DEFICIENTE IMPERMEABILIZACIÓN QUE PERMITA TRANSMITIR LAS HUMEDADES PRODUCIDAS POR LLUVIAS U OTROS FACTORES (CNCIV., SALA A, 7/3/1997, LA LEY, 1997-F, 428).

2. SI EL MURO MEDIANERO HA SIDO DAÑADO O DESTRUIDO POR UN HECHO CULPABLE DE UNO DE LOS CONDÓMINOS, ES SÓLO ÉSTE QUIEN ESTÁ OBLIGADO A SU REPARACIÓN O RECONSTRUCCIÓN (C2ª CIV. Y COM. BAHÍA BLANCA, 8/7/1985, DJ, 1986-2-310).

3. LA REGLA GENERAL EN MATERIA DE REPARACIÓN DE UN CERCO MEDIANERO, ES QUE UN CONDÓMINO PUEDE OBLIGAR A OTRO A RECONSTRUIR EL MISMO DE MODO QUE OFREZCA UNA SOLIDEZ SUFICIENTE A LOS FINES QUE HA SIDO DESTINADO, SIENDO NECESARIO QUE EL CERCO CUMPLA SU FUNCIÓN SEPARATIVA Y SIRVA SIEMPRE DE ACUERDO A SU FINALIDAD (CCIV. Y COM. SAN FRANCISCO, 8/11/1984, LLC, 985-455).

4. A FALTA DE ACUERDO SOBRE LA NECESIDAD DE RECONSTRUIR EL CERCO, DEBE RECURRIRSE A LA AUTORIDAD JUDICIAL DEDUCIENDO ACCIÓN REAL, CON EL OBJETO DE QUE PREVIO INFORME PERICIAL SE DETERMINE EL TEMPERAMENTO A SEGUIR. ELLO NO QUITA QUE SI SE OMITIÓ RECURRIR A DICHA AUTORIDAD, TAMBIÉN PUEDA EXIGIRSE EL PAGO AL CONDÓMINO, SI ES QUE SE PRUEBA SU NECESIDAD DE RECONSTRUCCIÓN (CCIV. Y COM. SAN FRANCISCO, 8/11/1984, LLC, 985-455).

5. DETERMINAR CUÁNDO EL CERCO DEBE RECONSTRUIRSE ES UNA CUESTIÓN DE HECHO QUE DEBE SER PROBADA POR AQUEL QUE PRETENDE COBRAR DICHO IMPORTE. EN CASO DE DUDA, LA INTERPRETACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS DEBE SER RESTRICTIVA, YA QUE NO DEBE AGRAVARSE LA CONDICIÓN ECONÓMICA DEL VECINO, QUE NO DEBE AFRONTAR LOS GASTOS DE LA RECONSTRUCCIÓN CUANDO ELLA NO ES NECESARIA (CCIV. Y COM. SAN FRANCISCO, 8/11/1984, LLC, 985-455).

ART. 2028.— ABDICACIÓN DE LA MEDIANERÍA. EL CONDÓMINO REQUERIDO PARA EL PAGO DE CRÉDITOS ORIGINADOS POR LA CONSTRUCCIÓN, CONSERVACIÓN O RECONSTRUCCIÓN DE UN MURO, PUEDE LIBERARSE MEDIANTE LA ABDICACIÓN DE SU DERECHO DE MEDIANERÍA AUN EN LOS LUGARES DONDE EL CERRAMIENTO ES FORZOSO, A MENOS QUE EL MURO FORME PARTE DE UNA CONSTRUCCIÓN QUE LE PERTENECE O LA DEUDA SE HAYA ORIGINADO EN UN HECHO PROPIO.

NO PUEDE LIBERARSE MEDIANTE LA ABDICACIÓN DEL DERECHO SOBRE EL MURO ELEVADO O ENTERRADO SI MANTIENE SU DERECHO SOBRE EL MURO DE CERRAMIENTO.

ART. 2029.— ALCANCE DE LA ABDICACIÓN. LA ABDICACIÓN DEL DERECHO DE MEDIANERÍA POR EL CONDÓMINO IMPLICA ENAJENAR TODO DERECHO SOBRE EL MURO Y EL TERRENO EN EL QUE SE ASIENTA.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

LOS ARTS. 2028 Y 2029 REGULAN EL DERECHO DE ABANDONO QUE PUEDE EJERCER EL CONDÓMINO CUANDO ES REQUERIDO AL PAGO POR LOS GASTOS DE REPARACIÓN Y RECONSTRUCCIÓN DEL MURO.

LA ABDICACIÓN DEL DERECHO DE MEDIANERÍA POR EL CONDÓMINO IMPLICA ENAJENAR TODO DERECHO SOBRE EL MURO Y EL TERRENO EN EL QUE SE ASIENTA.

NO PUEDE LIBERARSE MEDIANTE LA ABDICACIÓN DEL DERECHO SOBRE EL MURO ELEVADO O ENTERRADO SI MANTIENE SU DERECHO SOBRE EL MURO DE CERRAMIENTO.

LOS ARTS. 2723 Y 2724 DEL CÓDIGO SUSTITUIDO REGULABAN EL DERECHO DE ABANDONO CON ALCANCES SIMILARES A LOS QUE REGULA EL NUEVO CÓDIGO.

FUENTE: PROYECTO DE 1998, ART. 1963.

II. COMENTARIO

1. FACULTAD DE ABANDONO

CADA UNO DE LOS CONDÓMINOS DE UNA PARED PUEDE LIBERARSE DE CONTRIBUIR A LOS GASTOS DE CONSERVACIÓN DE LA PARED, RENUNCIANDO A LA MEDIANERÍA, A MENOS QUE EL MURO FORME PARTE DE UNA CONSTRUCCIÓN QUE LE PERTENECE O LA DEUDA SE HAYA ORIGINADO EN UN HECHO PROPIO.

TAMPOCO SE PODRÁ EJERCER LA FACULTAD DE ABANDONAR EL MURO ELEVADO O ENTERRADO SI MANTIENE SU DERECHO SOBRE EL MURO DE CERRAMIENTO.

2. CONDICIONES DEL ABANDONO

LA PARED NO DEBE SER PARTE DE UN EDIFICIO QUE PERTENEZCA A QUIEN PRETENDE ABANDONAR. DE OTRO MODO, MEDIANTE TAL EXPEDIENTE, SE ESTARÍA RENUNCIANDO A LAS CARGAS Y CONSERVANDO LAS VENTAJAS DE LA PROPIEDAD.

EL REQUISITO DE QUE LAS OBRAS DE REPARACIÓN O RECONSTRUCCIÓN NO SE HAYAN HECHO NECESARIAS POR UN HECHO DEL PRETENDIDO RENUNCIANTE, SE FUNDA, COMO DICE SALVAT, QUE EN ESTE CASO, LA OBLIGACIÓN DE CARGAR CON TALES GASTOS, NO ES PROPIAMENTE UNA OBLIGACIÓN DERIVADA DE LA PROPIEDAD, SINO DEL ACTO ILÍCITO QUE CREÓ TAL NECESIDAD.

EL ABANDONO OFRECIDO POR UNO DE LOS CONDÓMINOS DEBE SER ACEPTADO POR EL OTRO; SI ESTE ÚLTIMO LO RECHAZA O TAMBIÉN PROPONE ABANDONAR SU DERECHO, ENTIENDE LA DOCTRINA QUE LA ÚNICA SOLUCIÓN SERÍA LA DEMOLICIÓN DEL MURO Y LA DISTRIBUCIÓN DE LOS MATERIALES RESULTANTES Y DEL TERRENO, SEGÚN LA PROPORCIÓN QUE CADA UNO TENÍA EN LA MEDIANERÍA (SALVAT, LAFAILLE, SPOTA).

3. OPORTUNIDAD PARA SU EJERCICIO

LA FACULTAD DE RENUNCIAR A LA MEDIANERÍA DEBE EJERCITARSE EN TIEMPO OPORTUNO, DEBIÉNDOSE CONCRETAR EN EL MOMENTO DE SER REQUERIDO EL PAGO DE MANERA FEHACIENTE.

4. EFECTOS Y FORMA DEL ABANDONO

PRODUCIDO EL ABANDONO, LA PARED DESDE EL PUNTO DE VISTA FÍSICO PASA A SER CONTIGUA, Y JURÍDICAMENTE DE PROPIEDAD EXCLUSIVA (PRIVATIVA) DEL VECINO. SI EN EL FUTURO EL QUE ABANDONÓ NECESITARA SERVIRSE DE LA PARED O DESEARA READQUIRIR SU MEDIANERÍA, DEBERÁ PAGAR SU VALOR TAL COMO ESTÁ CONSTRUIDA Y EL DE LA MITAD DEL TERRENO EN QUE SE ASIENTA.

EL ABANDONO, RESPECTO DE LA MITAD DE LA FRANJA DE TERRENO DONDE SE ASIENTA EL MURO, TIENE TAMBIÉN EL EFECTO DE TRANSMITIR SU DOMINIO AL OTRO VECINO. POR ELLO, LA FORMA INSTRUMENTAL EXIGIDA ES LA ESCRITURA PÚBLICA, Y A LOS EFECTOS DE SU OPONIBILIDAD A TERCEROS, EL TÍTULO RESPECTIVO DEBE SER INSCRIPTO EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD (BAGLIETTO-GRINBERG-PAPAÑO; ALTERINI).

ENSEÑA SALVAT, Y COINCIDE LA MAYORÍA DE LA DOCTRINA NACIONAL, QUE LA REALIZACIÓN DE LAS REPARACIONES O LA RECONSTRUCCIÓN POR LA CUAL SE HABÍA INTIMADO AL CONDÓMINO, FUNCIONA COMO UNA CONDICIÓN RESOLUTORIA; SI ESTAS REPARACIONES NO SE LLEVAN A CABO, EL VECINO QUE HIZO ABANDONO PODRÍA RECLAMAR LA RESTITUCIÓN DE SU DERECHO SOBRE LA PARED Y EL TERRENO.

apdefault*III. JURISPRUDENCIA*

1. EN EL CASO EN EL QUE UNO SOLO DE LOS VECINOS EDIFIQUE EL MURO ENCABALLÁNDOLO EN LA LÍNEA SEPARATIVA DE LAS HEREDADES CONTIGUAS, PARA LIBERARSE DEL DEBER DE REEMBOLSO DE LOS GASTOS DE CONSTRUCCIÓN EL VECINO NO REQUERIDO PREVIAMENTE PERO EN CUYO TERRENO SE ASIENTA LA MITAD DE LA PARED, PUEDE, CEDIENDO EL TERRENO Y RENUNCIANDO A LA MEDIANERÍA, LIBERARSE DE LA CONTRIBUCIÓN, POR APLICACIÓN ANALÓGICA DEL ART. 2727, SIEMPRE QUE NO SE HAYA SERVIDO DE LA PARED MEDIANTE EL APOYO DE ALGUNA CONSTRUCCIÓN (CCIV. Y COM. MORÓN, SALA 2ª, 23/12/2003, LEXIS Nº 1/70017188-1-2-3-4-5).

2. EFECTUADA LA INTIMACIÓN PARA LA CONTRIBUCIÓN PARA LA CONSTRUCCIÓN DE LA MEDIANERA, EL VECINO QUE NO QUIERE RETRIBUIR PUEDE EJERCITAR LA FACULTAD DE ABANDONAR, PERO TAL ACTO DEBE SER EFECTIVO Y EXTERIORIZADO LEGALMENTE (CCIV. Y COM. MORÓN, SALA 2ª, 23/12/2003, LEXIS Nº 1/70017188-1-2-3-4-5).

3. LA FACULTAD DE RENUNCIAR A LA MEDIANERÍA DEBE EJERCITARSE EN TIEMPO OPORTUNO Y DEBIÉNDOSE CONCRETAR EN EL MOMENTO DE SER REQUERIDO EL PAGO DE LA MEDIANERÍA DE MANERA FEHACIENTE (CCIV. Y COM. MORÓN, SALA 2ª, 23/12/2003, LEXIS Nº 1/70017188-1-2-3-4-5).

4. EFECTUADA LA RENUNCIA A LA MEDIANERÍA DEBERÁ IGUALMENTE CEDERSE LA PARTE DEL TERRENO SOBRE EL QUE SE ASIENTA LA PARED Y QUIEN SE BENEFICIA CON DICHO ACTO TIENE DERECHO PARA EXIGIR QUE EL NEGOCIO JURÍDICO SE INSTRUMENTE EN ESCRITURA PÚBLICA DEBIDAMENTE INSCRIPTA, SIENDO LOS GASTOS QUE DEMANDE TODO ELLO A CARGO DEL RENUNCIANTE (CCIV. Y COM. MORÓN, SALA 2ª, 23/12/2003, LEXIS Nº 1/70017188-1-2-3-4-5).

5. EL VECINO QUE SE DISPONE A CONSTRUIR UN MURO PUEDE REQUERIR AL VECINO PARA QUE CONTRIBUYA A SUFRAGAR LA MITAD DEL TERRENO SOBRE EL CUAL LA PARED VA A ASENTARSE. ÉSTE ESTÁ OBLIGADO A REALIZAR TAL CONTRIBUCIÓN, DE LA QUE ÚNICAMENTE PUEDE LIBERARSE CEDIENDO LA MITAD DEL TERRENO SOBRE EL CUAL LA PARED VA A EDIFICARSE Y RENUNCIANDO A LA MEDIANERÍA (CCIV. Y COM. MORÓN, SALA 2ª, 23/12/2003, LEXIS Nº 1/70017188-1-2-3-4-5).

ART. 2030.— READQUISICIÓN DE LA MEDIANERÍA. EL QUE ABDICÓ LA MEDIANERÍA PUEDE READQUIRIRLA EN CUALQUIER TIEMPO PAGÁNDOLA, COMO SI NUNCA LA HUBIERA TENIDO ANTES.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

LA NORMA COMPLEMENTA LA POSIBILIDAD DE QUE EL CONDÓMINO QUE EJERCIÓ EL DERECHO DE ABANDONO PUEDA READQUIRIR LA MEDIANERÍA, INTEGRANDO LO DISPUESTO POR EL ART. 2028 DEL CÓDIGO Y LA SOLUCIÓN QUE CONSAGRA SE RELACIONA CON LO NORMADO EN EL ART. 2739 DEL CÓDIGO SUSTITUIDO.

FUENTE: PROYECTO DE 1998, ART. 1964.

II. COMENTARIO

UNA VEZ HECHO EL ABANDONO, LA PARED DESDE EL PUNTO DE VISTA FÍSICO PASA A SER CONTIGUA, Y JURÍDICAMENTE DE PROPIEDAD EXCLUSIVA (PRIVATIVA) DEL OTRO VECINO. SI EN EL FUTURO EL QUE ABANDONÓ NECESITARA SERVIRSE DE LA PARED O DESEARA ADQUIRIR SU MEDIANERÍA, DEBERÁ PAGAR SU VALOR TAL COMO ESTÁ CONSTRUIDA Y EL DE LA MITAD DEL TERRENO EN QUE SE ASIENTA, ASÍ DEBE INTERPRETARSE LA PARTE FINAL DE ESTE ARTÍCULO CUANDO DICE QUE LA READQUISICIÓN DEBERÁCH HACERSE "EN LOS TÉRMINOS EXPUESTOS".

ART. 2031.— CERRAMIENTO FORZOSO RURAL. EL TITULAR DE UN DERECHO REAL SOBRE COSA TOTAL O PARCIALMENTE PROPIA, DE UN INMUEBLE UBICADO FUERA DE UN NÚCLEO DE POBLACIÓN O DE SUS ALEDAÑOS, TIENE EL DERECHO A LEVANTAR O EXCAVAR UN CERRAMIENTO, AUNQUE NO SEA UN MURO EN LOS TÉRMINOS DEL CERRAMIENTO FORZOSO. TAMBIÉN TIENE LA OBLIGACIÓN DE CONTRIBUIR AL CERRAMIENTO SI SU PREDIO QUEDA COMPLETAMENTE CERRADO.

ART. 2032.— ATRIBUCIÓN, COBRO Y DERECHOS EN LA MEDIANERÍA RURAL. EL CERRAMIENTO ES SIEMPRE MEDIANERO, AUNQUE SEA EXCAVADO.

EL QUE REALIZA EL CERRAMIENTO TIENE DERECHO A RECLAMAR AL CONDÓMINO LA MITAD DEL VALOR QUE CORRESPONDE A UN CERRAMIENTO EFECTUADO CONFORME A LOS ESTÁNDARES DEL LUGAR.

ART. 2033.— APLICACIÓN SUBSIDIARIA. LO DISPUESTO SOBRE MUROS MEDIANEROS EN CUANTO A LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS CONDÓMINOS ENTRE SÍ, RIGE, EN LO QUE ES APLICABLE, EN LA MEDIANERÍA RURAL.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO.

LOS ARTS. 2031 A 2033 REGULAN LA MEDIANERÍA RURAL O DE CAMPAÑA. LAS NORMAS MENCIONADAS DETERMINAN EN FORMA EXPRESA LOS SUPUESTOS EN LOS QUE EXISTE OBLIGACIÓN DE ENCERRARSE. TAMBIÉN SE CONSAGRA EL CARÁCTER MEDIANERO DEL MURO O DEL CERRAMIENTO QUE EN CONCRETO SE UTILIZA PARA DELIMITAR LOS FUNDOS. FINALMENTE Y EN CUANTO A LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS CONDÓMINOS, SE ESTABLECE LA APLICACIÓN SUBSIDIARIA DE LAS NORMAS QUE RIGEN EN MATERIA DE MEDIANERÍA URBANA.

EL RÉGIMEN QUE PREVÉ EL NUEVO CÓDIGO TIENE DIFERENCIAS SUSTANCIALES CON LAS ESTABLECIDAS EN EL CÓDIGO SUSTITUIDO. LA MÁS RELEVANTE SE REFIERE A QUE DE AHORA EN MÁS EL CERRAMIENTO QUE SE UTILICE EN MATERIA RURAL SERÁ "SIEMPRE" MEDIANERO (ART. 2032), CON LO QUE SE DESPLAZA LA PRESUNCIÓN QUE EN TAL SENTIDO CONSAGRABA EL ART. 2743 DEL CÓDIGO DE VÉLEZ.

II. COMENTARIO

1. CARÁCTER MEDIANERO DEL CERRAMIENTO DE UN INMUEBLE RURAL

EN EL ÁMBITO RURAL EL CERRAMIENTO PUEDE REVESTIR FORMAS MUY DIVERSAS (ZANJA, FOSO, CERCO ETC.), LO QUE INTERESA DESTACAR ES QUE CUALQUIERA SEA LA FORMA DE SEPARACIÓN QUE SE HUBIERA UTILIZADO, LA MISMA SIEMPRE REVESTIRÁ EL CARÁCTER DE MEDIANERO.

EN EL SENTIDO INDICADO PRECEDENTEMENTE, EL ART. 2032 DISPONE: "EL CERRAMIENTO ES SIEMPRE MEDIANERO, AUNQUE SEA EXCAVADO".

EN DEFINITIVA, LA LEY EN FORMA EXPRESA ESTABLECE QUE EL CERRAMIENTO ES MEDIANERO, LO CUAL CONSTITUYE UNA DIFERENCIA FUNDAMENTAL CON LO NORMADO EN EL ART. 2743 DEL CÓDIGO SUSTITUIDO QUE ESTABLECÍA UNA PRESUNCIÓN IURIS TANTUM DE MEDIANERÍA Y QUE LOS PROPIETARIOS DE LOS FUNDOS HABÍAN CONTRIBUIDO A SU CONSTRUCCIÓN O INSTALACIÓN PUES A AMBOS LES REPORTA IGUAL BENEFICIO.

EL CONDÓMINO QUE LEVANTÓ O EXCAVÓ EL CERRAMIENTO TIENE EL DERECHO A RECLAMAR DE SU VECINO LA MITAD DEL VALOR CORRESPONDIENTE A UNO REALIZADO CONFORME A LOS ESTÁNDARES DEL LUGAR, SIEMPRE Y CUANDO, COMO SE VIO, EL INMUEBLE LINDERO SE ENCUENTRE COMPLETAMENTE CERRADO (ART. 2031, IN FINE).

2. DERECHO DE REEMBOLSO

EL DERECHO DE REEMBOLSO QUE REGULA EL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ART. 2032 DEL CÓDIGO ESTABLECE QUE DEBERÁ TENERSE EN CUENTA LOS ESTÁNDARES DEL LUGAR.

EN LA PRÁCTICA PUEDE SUCEDER QUE LOS VECINOS COLINDANTES ACUERDEN CUAL ES EL VALOR DE LA MEDIANERÍA Y POR ENDE CUAL ES EL MONTO QUE DEBE REEMBOLSAR.

PERO CUANDO LOS CONDÓMINOS NO SE PONEN DE ACUERDO RESPECTO AL VALOR DE REEMBOLSO DE LA MEDIANERÍA DEBERÁ ACREDITARSE EL COSTO, EL CUAL NO PODRÁ EXCEDER LOS VALORES SEGÚN LOS ESTÁNDARES DEL LUGAR.

3. DERECHOS Y OBLIGACIONES EN LA MEDIANERÍA RURAL O DE CAMPAÑA. REMISIÓN

LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS CONDÓMINOS, EN EL SUPUESTO DE LA MEDIANERÍA RURAL O DE CAMPAÑA, SE ENCUENTRAN REGIDOS, EN CUANTO FUERE COMPATIBLE, POR LAS DISPOSICIONES CORRESPONDIENTES A LA MEDIANERÍA URBANA.

ART. 2034.— CONDOMINIO DE ÁRBOLES Y ARBUSTOS. ES MEDIANERO EL ÁRBOL Y ARBUSTO CONTIGUO O ENCABALLADO CON RELACIÓN A MUROS, CERCOS O FOSOS LINDEROS, TANTO EN PREDIOS RURALES COMO URBANOS.

ART. 2035.— PERJUICIO DEBIDO A UN ÁRBOL O ARBUSTO. CUALQUIERA DE LOS CONDÓMINOS PUEDE EXIGIR, EN CUALQUIER TIEMPO, SI LE CAUSA PERJUICIO, QUE EL ÁRBOL

O ARBUSTO SEA ARRANCADO A COSTA DE AMBOS, EXCEPTO QUE SE LO PUEDA EVITAR MEDIANTE EL CORTE DE RAMAS O RAÍCES.

ART. 2036.— REEMPLAZO DEL ÁRBOL O ARBUSTO. SI EL ÁRBOL O ARBUSTO SE CAE O SECA, SÓLO PUEDE REEMPLAZARSE CON EL CONSENTIMIENTO DE AMBOS CONDÓMINOS.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

EL ARTÍCULO REGULA LA SITUACIÓN DE AQUELLOS ARBUSTOS UBICADOS EN LOS LÍMITES DE LAS PROPIEDADES, TANTO RURALES COMO URBANAS, SEA EN FORMA CONTIGUA O ENCABALLADA CON RELACIÓN A MUROS, CERCOS Y FOSOS. ESTABLECE EN QUÉ CASOS EL CONDÓMINO PUEDE PROCEDER A ARRANCARLOS Y EN QUÉ OTROS DEBE PROCEDER A CORTAR SUS RAMAS O RAÍCES. ADEMÁS REGULA LA POSIBILIDAD DE REMPLAZAR EL ÁRBOL O ARBUSTO EN LOS CASOS EN QUE SE SEQUE O CAIGA.

LA CONDICIÓN DE MEDIANERO DE LOS ÁRBOLES O ARBUSTOS DE QUE SE TRATA ES UNA NOVEDAD CON RELACIÓN AL RÉGIMEN DEL CÓDIGO SUSTITUIDO YA QUE ESTE ÚLTIMO SÓLO PRESUMÍA ESE CARÁCTER.

FUENTE: PROYECTO DE 1998, ART. 1971.

II. COMENTARIO

1. CONDOMINIO SOBRE ÁRBOLES O ARBUSTOS

NP1034ES COMÚN QUE EXISTAN ÁRBOLES O ARBUSTOS ENTRE LAS LÍNEAS DIVISORIAS DE DOS HEREDADES, EMPLAZADOS EN FORMA CONTIGUA O ENCABALLADA CON RELACIÓN A MUROS, CERCOS O FOSOS MEDIANEROS, EN TAL SUPUESTO LA NORMA CONSIDERA QUE SON MEDIANEROS.

EL CÓDIGO DE VÉLEZ, EN EL ART. 2745, ESTABLECÍA UNA PRESUNCIÓN DE MEDIANERÍA RESPECTO DE LOS ÁRBOLES QUE ADMITÍA PRUEBA EN CONTRARIO, A DIFERENCIA DE LO QUE SUCEDE EN EL NUEVO CÓDIGO QUE EXPRESAMENTE LOS CONSIDERA COMO MEDIANEROS.

CABE RECORDAR QUE LOS ÁRBOLES Y ARBUSTOS SON INMUEBLES POR SU NATURALEZA, TAL COMO SURGE DEL ART. 225, DE ALLÍ QUE CONSIDERAMOS ACERTADA LA POSTURA LEGAL, DADO QUE ANTE EVENTUALES CONFLICTOS DE CONVIVENCIA ENTRE LOS VECINOS, LAS NORMAS EN EXAMEN DISPONEN CÓMO DEBEN PLANTEARSE Y MANTENERSE ESTOS CIERRES VEGETALES.

EN EL SENTIDO INDICADO, LA NUEVA NORMATIVA DISPONE QUE CUALQUIERA DE LOS CONDÓMINOS PUEDE EXIGIR, EN CUALQUIER TIEMPO, SI LE CAUSA PERJUICIO, QUE EL ÁRBOL O ARBUSTO SEA ARRANCADO A COSTA DE AMBOS, EXCEPTO QUE SE LO PUEDA EVITAR MEDIANTE EL CORTE DE RAMAS O RAÍCES (ARG. ART. 2035).

SI EL ÁRBOL O ARBUSTO SE CAE O SECA, SÓLO PUEDE REEMPLAZARSE CON EL CONSENTIMIENTO DE AMBOS CONDÓMINOS.

TÍTULO V

PROPIEDAD HORIZONTAL

CAPÍTULO 1

DISPOSICIONES GENERALES

POR LILIAN N. GURFINKEL DE WENDY

BIBLIOGRAFÍA SOBRE LA REFORMA: ALTERINI, JORGE HORACIO, "PRIMERAS CONSIDERACIONES SOBRE LOS DERECHOS REALES EN EL PROYECTO DE CÓDIGO", ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO 9/2012; CÓRDOBA, LUCILA INÉS, "LA PERSONALIDAD DEL CONSORCIO EN EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL", LA LEY, 24/7/2012, 1; GURFINKEL DE WENDY, LILIAN, "LA PROPIEDAD HORIZONTAL EN EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL", JA, OCTUBRE 2014; RAISBERG, CLAUDIA - ITURBIDE, GABRIELA A., "EL NUEVO RÉGIMEN DEL DERECHO REAL DE PROPIEDAD HORIZONTAL", LA LEY, SUP. ACT. 19/07/2012, 1; RESQUI PIZARRO, JORGE C., "APROXIMACIONES AL ANTEPROYECTO DE UNIFICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN CIVIL Y COMERCIAL EN LO REFERIDO A LA PROPIEDAD HORIZONTAL", ELDIAL SUP. ESP. JULIO DE 2012; RIVERA, JULIO C. (DIR.) - MEDINA, GRACIELA (COORD.), COMENTARIOS AL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN, ABELEDO PERROT, BUENOS AIRES, 2012.

***BIBLIOGRAFÍA CLÁSICA:** ADROGUÉ, MANUEL, "REFLEXIONES EN TORNO DE LA LEY DE PROPIEDAD HORIZONTAL", JA, 1969-382; ALLENDE, GUILLERMO, PANORAMA DE LOS DERECHOS REALES; BENDERSKY, MARIO, "EL REGLAMENTO DE COPROPIEDAD REDACTADO POR EL PROPIETARIO VENDEDOR", LA LEY, 91-228; GABAS, ALBERTO, MANUAL TEÓRICO PRÁCTICO DE PROPIEDAD HORIZONTAL, HAMMURABI, 1988; GATTI, EDMUNDO, TEORÍA GENERAL DE LOS DERECHOS REALES, 3ª ED., ABELEDO PERROT; GURFINKEL DE WENDY, LILIAN, LA PROPIEDAD HORIZONTAL, LEXIS NEXIS, 2005; "¿SE AMPLÍA LA CAPACIDAD DEL CONSORCIO DE PROPIETARIOS EN EL RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL?", JA, 2004-IV-81; HIGHTON, ELENA, PROPIEDAD HORIZONTAL Y PREHORIZONTALIDAD, 2ª ED., HAMMURABI; LAMBOIS, SUSANA, EN CÓDIGO CIVIL Y NORMAS COMPLEMENTARIAS, T. V, BUERES-HIGHTON, HAMMURABI, BUENOS AIRES, 1997; LAQUIS, MANUEL, "OTRA VEZ SOBRE EL PROBLEMA DE LA PERSONALIDAD DEL CONSORCIO DE PROPIETARIOS (EN RELACIÓN CON LA APLICACIÓN DEL ART. 33, INC. 2º DEL CÓDIGO CIVIL", LA LEY, 1975-A, 69; LAQUIS, MANUEL - SIPERMAN, ARNALDO, LA PROPIEDAD HORIZONTAL EN EL DERECHO ARGENTINO, ABELEDO PERROT, 1966; LO CELSO, GUSTAVO, "PROPIEDAD HORIZONTAL; ADQUISICIÓN DE TODAS SUS UNIDADES POR UNA SOLA PERSONA", JA, 1977-III-685; MOLINA QUIROGA, EDUARDO, "CERRAMIENTO EN BALCONES QUE AFECTAN LA SEGURIDAD Y LA ESTÉTICA DEL EDIFICIO SOMETIDO AL RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL", LA LEY, 1994-E, 174; MOLINARIO, ALBERTO D., "INEXISTENCIA DE PERSONALIDAD DEL CONSORCIO CREADO POR LA LEY NACIONAL 13.512", ED, 120-411; PALMIERO, ANDRÉS, TRATADO DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL, DEPALMA, BUENOS AIRES, 1974; RACCIATTI, HERNÁN, PROPIEDAD POR PISOS O DEPARTAMENTOS, DEPALMA, 1975; SMAYEVSKY, MIRIAM - PENNA, MARCELA, "PROPIEDAD HORIZONTAL", LA LEY, 2011; VINASSA, LILIANA MARÍA, "¿ES POSIBLE LA ADQUISICIÓN DE UNA UNIDAD POR EL CONSORCIO EN LA SUBASTA JUDICIAL? PROBLEMÁTICA DE DERECHO PRIVADO Y REGISTRAL", RDPYC, 2002-2-389.*

* * *

ART. 2037.— CONCEPTO. LA PROPIEDAD HORIZONTAL ES EL DERECHO REAL QUE SE EJERCE SOBRE UN INMUEBLE PROPIO QUE OTORGA A SU TITULAR FACULTADES DE USO, GOCE Y DISPOSICIÓN MATERIAL Y JURÍDICA QUE SE EJERCEN SOBRE PARTES PRIVATIVAS Y SOBRE PARTES COMUNES DE

UN EDIFICIO, DE CONFORMIDAD CON LO QUE ESTABLECE ESTE TÍTULO Y EL RESPECTIVO REGLAMENTO DE PROPIEDAD HORIZONTAL. LAS DIVERSAS PARTES DEL INMUEBLE ASÍ COMO LAS FACULTADES QUE SOBRE ELLAS SE TIENEN SON INTERDEPENDIENTES Y CONFORMAN UN TODO NO ESCINDIBLE.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

EL INSTITUTO DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL NO SÓLO NO FUE CONTEMPLADO EH EL CÓDIGO ANTERIOR SINO QUE FUE EXPRESAMENTE PROHIBIDO. TAL COMO FUE CONCEBIDO POR VÉLEZ, QUIEN SE APARTÓ EXPRESAMENTE DE GOYENA Y DE SU ANTECEDENTE CÓDIGO FRANCÉS, PARA ADHERIR A LA PROHIBICIÓN DE LA DIVISIÓN HORIZONTAL DE LOS EDIFICIOS CONTENIDA EN EL ESBOZO DE FREITAS, EL ART. 2617 DEL CÓDIGO PRECEPTÚA: "EL PROPIETARIO DE EDIFICIOS NO PUEDE DIVIDIRLOS HORIZONTALMENTE ENTRE VARIOS DUEÑOS, NI POR CONTRATO, NI POR ACTOS DE ÚLTIMA VOLUNTAD".

EL PENSAMIENTO DEL LEGISLADOR AL RESPECTO QUEDÓ PLASMADO EN LA NOTA AL ARTÍCULO CITADO; ACORDE CON LOS PRINCIPIOS EN MATERIA DE DERECHOS REALES DE NUMERUS CLAUSUS Y DE ACCESIÓN, NO SE CONCIBE EN EL CÓDIGO DE VÉLEZ EL DOMINIO DIRECTO DEL SUELO, POR UNA PARTE, Y EL DOMINIO ÚTIL DEL ESPACIO AÉREO Y/O DEL SUBSUELO EN FORMA INDEPENDIENTE.

1. LEY 13.512

LA INCORPORACIÓN EN NUESTRO DERECHO POSITIVO DE ESTA FORMA DE PROPIEDAD POR PISOS O DEPARTAMENTOS QUE QUEDA PLASMADA EN LA LEY 13.512, SANCIONADA EL 30 DE SETIEMBRE DE 1948, PROMULGADA EL 13 DE OCTUBRE DEL MISMO AÑO Y PUBLICADA EN EL BOLETÍN OFICIAL EL 18 DE OCTUBRE DE 1948, SE INSPIRÓ FUNDAMENTALMENTE EN LAS LEYES ITALIANA, URUGUAYA, CHILENA Y BRASILEÑA DE 1928, TUVO COMO ANTECEDENTE INMEDIATO EL PROYECTO QUE EL PODER EJECUTIVO REMITIÓ AL SENADO EN AGOSTO DE 1947 Y EL ELABORADO POR EL SENADOR ALBERTO TESAIRE.

EL RÉGIMEN IMPLEMENTADO POR LA LEY 13.512 ADMITE LA DIVISIÓN DE UN EDIFICIO EN PISOS Y/O DEPARTAMENTOS ADJUDICÁNDOLOS EN PROPIEDAD A DISTINTAS PERSONAS QUE ADQUIEREN UN DERECHO EXCLUSIVO SOBRE LOS SECTORES PRIVATIVOS Y UN DERECHO COMPARTIDO SOBRE LAS PARTES DE APROVECHAMIENTO COMÚN.

A FIN DE SORTEAR LA PROHIBICIÓN CONTENIDA EN EL ART. 2617 DEL CÓD. CIVIL (ANTES REFERIDO) Y HACER VIABLE EL DESARROLLO DEL SISTEMA DE PROPIEDAD POR PISOS O DEPARTAMENTOS, LA LEY 13.512 DEROGA DICHA NORMA. PERO DEBE TENERSE PRESENTE QUE CUANDO EL ART. 18 DE LA LEY 13.512 DISPONE EN ESE SENTIDO, LO HACE "A LOS EFECTOS DE LA PRESENTE LEY..." ES DECIR QUE LA PROHIBICIÓN CONTENIDA EN EL CÓD. CIVIL SÓLO QUEDABA LEVANTADA CUANDO LA DIVISIÓN HORIZONTAL SE EFECTUARA DE CONFORMIDAD CON LAS PAUTAS LEGALES ESTABLECIDAS Y SE INSCRIBIERA COMO TAL EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD INMUEBLE.

A PESAR QUE LA LEY 13.512 SIGNIFICÓ UN AVANCE IMPORTANTÍSIMO SU REGULACIÓN RESULTABA ESCASA, NO HABIENDO TENIDO ÉXITO LOS DIFERENTES PROYECTOS DE MODIFICACIÓN QUE ALCANZARON ESTADO LEGISLATIVO.

EL PROYECTO DE CÓDIGO UNIFICADO DE 1998 MANTIENE EL PRINCIPIO DE NUMERUS CLAUSUS ENUMERANDO ENTRE LOS DERECHOS REALES PERMITIDOS EL DE PROPIEDAD HORIZONTAL, DEFINIDO EN EL ART. 1972. LA MODIFICACIÓN PROPUESTA EN EL CITADO PROYECTO PERMITE LA APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL A LOS CONJUNTOS INMOBILIARIOS, RECONOCIENDO QUE PUEDEN EXISTIR UNIDADES DE PROPIEDAD PRIVATIVA SOBRE EL TERRENO E INTRODUCIENDO UN TÍTULO DESTINADO A REGULAR LAS PROPIEDADES ESPECIALES.

EL RECIENTE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL, SIGUIENDO EL DERROTERO DEL PROYECTO ANTERIOR, INCORPORA LA PROPIEDAD HORIZONTAL COMO DERECHO REAL EN LA ENUMERACIÓN DEL ART. 1887 CALIFICÁNDOLO COMO DERECHO SOBRE COSA PARCIALMENTE PROPIA (ART. 1888), QUE SE EJERCE POR LA POSESIÓN (ART. 1891). SIN EMBARGO, A DIFERENCIA DEL PROYECTO DE 1998 QUE INCORPORÓ EN EL TÍTULO VII LAS "PROPIEDADES ESPECIALES" COMO NUEVO DERECHO REAL, EL ACTUAL INCORPORA COMO DERECHOS REALES: LOS CONJUNTOS INMOBILIARIOS, EL TIEMPO COMPARTIDO Y EL CEMENTERIO PRIVADO, INSTITUTOS QUE QUEDAN BAJO EL RÉGIMEN GENERAL DE LOS DERECHOS REALES, CON LAS CARACTERÍSTICAS PROPIAS DE CADA UNO DE ELLOS.

2. FUENTES

PROYECTO DE CÓDIGO UNIFICADO DE 1998, ART. 1972.

II. COMENTARIO

1. NATURALEZA JURÍDICA

LA LEY 13.512, ANTECEDENTE LEGISLATIVO EN LA MATERIA, NO DEFINÍA LA INSTITUCIÓN, ES MÁS, SU ALUSIÓN A LOS DERECHOS DE DOMINIO Y CONDOMINIO (ART. 1°) DIO ORIGEN A DISCUSIONES DOCTRINALES ACERCA DE LA NATURALEZA DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL: A) DERECHO REAL AUTÓNOMO (MOLINARIO, HIGHTON, GURFINKEL, SMAYEVSKY); B) SUMA DE DOMINIO SOBRE PARTES PRIVATIVAS Y CONDOMINIO SOBRE PARTES COMUNES (LAFAILLE, LAJE, LAQUIS, PEÑA GUZMÁN).

EN ESE SENTIDO EL ART. 2037 CONTIENE GRANDES ACIERTOS: POR UNA PARTE LO CONCEPTUALIZA Y POR LA OTRA LO UBICA EXPRESAMENTE COMO DERECHO REAL, EN CONCORDANCIA CON LA ENUMERACIÓN DEL ART. 1887, INC. D).

2. OBJETO DEL DERECHO

IchEl objeto sobre el que se ejerce este derecho real autynomo es una unidad: edificio, lote o conjunto edilicio. Los diversos sectores de dicho inmueble son inseparables, de allн el carбcter inescindible del derecho que se tiene sobre las partes propias y comunes, si bien a los efectos de su ejercicio son diferenciadas ambas categorнas. Se trata en este caso de un derecho real complejo por cuanto la extensiyn de las facultades otorgadas a su titular varнa segъn dichas facultades se ejerzan sobre partes exclusivas o privativas o sobre partes y sectores comunes del edificio.

III. JURISPRUDENCIA

La ley 13.512 no se ha limitado a la creaciyn de un condominio similar al normal, sino que al combinar las figuras jurнdicas del dominio individual con la de un condominio especial de indivisiyn forzosa ha dado nacimiento a un derecho real autynomo con caracterнsticas propias, cuyo principal rasgo distintivo radica en la configuraciyn de un ente con aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones,

constituido por el consorcio y cuyo yrgano representativo y ejecutivo es el administrador del edificio (CNCiv., sala L, 2/7/1991, sum. 1957. En igual sentido: CNCiv., sala C, 19/9/1989, LA LEY, 1991-A, 333).

Art. 2038.— Constituciyn. A los fines de la divisiyn jurнdica del edificio, el titular de dominio o los condyminos deben redactar, por escritura pъblica, el reglamento de propiedad horizontal, que debe inscribirse en el registro inmobiliario.

El reglamento de propiedad horizontal se integra al tнtulo suficiente sobre la unidad funcional.

I. Relaciyn con la ley 13.512. Fuentes

La ley 13.512 (art. 9°) establece que el requisito ineludible para el nacimiento del sistema de propiedad horizontal es la redacciyn e inscripciyn del reglamento de copropiedad y administraciyn, a los fines de poder dividir el edificio jurнdicamente y en consecuencia, que cada piso o departamento pueda pertenecer a propietarios distintos; es necesario someter el inmueble al rйgimen de la propiedad horizontal confeccionando los planos que delimitan las distintas unidades privativas y las partes comunes, como paso previo a la redacciyn del reglamento de copropiedad.

Fuente: Proyecto de Cydigo Civil Unificado de 1998, art. 1973.

II. Comentario

El reglamento de propiedad y administraciyn es el acto jurнdico destinado a dar comienzo al sistema de la propiedad horizontal que regirб para un determinado inmueble. El nuevo Cydigo sigue, en este aspecto, el sistema del anterior Proyecto (art. 2038). Mantiene tambiйn la forma requerida en la legislaciyn actual: el reglamento, redactado ya fuera por los condyminos o por el ъnico propietario del edificio, instrumentado por escritura pъblica, deberб ser inscripto en el Registro de la Propiedad inmueble, acompacado del certificado de dominio y de los planos de mensura y subdivisiyn a los cuales nos hemos referido supra.

El reglamento tiene una funciyn importantнsima: es causa necesaria de la divisiyn del edificio y de su sujeciyn al mecanismo establecido por la ley aъn cuando no es causa suficiente de la misma (Laquis-Siperman).

1. Forma

El reglamento de copropiedad, redactado ya fuera por los condyminos o por el ъnico propietario del edificio, instrumentado por escritura pъblica, deberб ser inscripto en el Registro de la Propiedad inmueble, acompacado del certificado de dominio y de los planos de mensura y subdivisiyn a los cuales nos hemos referido *supra*.

2. Integra el tнtulo

En la escritura que instrumenta la venta se dejarб constancia que el adquirente *conoce y acepta el reglamento de copropiedad y administraciyn* del edificio en el cual adquiere su derecho real de propiedad horizontal que, recordemos, se ejerce en forma excluyente sobre una parte privativa y en forma compartida sobre las denominadas partes comunes. De tal modo la compraventa y el reglamento se integran recнprocamente y constituyen un todo inseparable ya que sylo de su conjunto se trasunta la voluntad total de las partes destinada a reglar sus derechos (Bendersky).

3. Terminologна

Otra menciyn que merece dicha norma es de carбcter terminolygico: la legislaciyn actual denomina el reglamento como de "copropiedad y administraciyn" (ley 13.512, art. 9є, decreto 18.734/1949, arts. 1є, 2є, 3є, 4є), en tanto que el artнculo bajo comentario lo designa "reglamento de propiedad horizontal", es decir se cambia el tйrmino "copropiedad" por el de "propiedad". Ello asн por cuanto, segъn lo analizamos supra, el derecho de propiedad horizontal es un derecho autynomo y no una combinaciyn de dominio y condominio, como parece sugerir el art. 1є de la ley 13.512. De allн que resulte acertado hablar de *propiedad* en sentido genйrico, abarcativo de todos los derechos patrimoniales, y no de *copropiedad* que connota el derecho real de condominio.

III. Jurisprudencia

p1034Desde el punto de vista de los derechos reales, el tнtulo de adquisiciyn del derecho de propiedad horizontal estб integrado por la escritura de compraventa y por la escritura que contiene el reglamento de copropiedad (CNCiv., sala C, 17/2/2000, DJ, 2000-3-409).

t0**Art. 2039.— Unidad funcional. El derecho de propiedad horizontal se determina en la unidad funcional, que consiste en pisos, departamentos, locales u otros espacios susceptibles de aprovechamiento por su naturaleza o destino, que tengan independencia funcional, y comunicaciyn con la vна pъblica, directamente o por un pasaje comъn.**

La propiedad de la unidad funcional comprende la parte indivisa del terreno, de las cosas y partes de uso comъn del inmueble o indispensables para mantener su seguridad, y puede abarcar una o mбs unidades complementarias destinadas a servirla.

I. Relaciyn con la ley 13.512. Fuentes

En su art. 1є ley 13.512 establecна que los pisos o departamentos de un edificio podнan pertenecer a distintas personas. A los fines legales, los pisos son aquellos que corresponden a la divisiyn en planos horizontales que se haga del Edificio; en cuanto a los departamentos, su divisiyn se harб en forma vertical, mencionando la ley respecto de ellos dos planimetrнas diferentes: a) que estйn ubicados en un solo plano horizontal o b) que estйn ubicados en varios y distintos planos horizontales.

Como consecuencia de la necesidad de la presentaciyn de planos aprobados a que hicimos referencia *supra*, surgiy una terminologна tйcnica utilizada en los planos de subdivisiyn y mencionada en disposiciones de la ex-Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires: *unidad funcional* y *unidad complementaria*.

Fuentes: Proyecto de Cydigo Civil Unificado de 1998, art. 1974.

II. Comentario

1. Unidad funcional y unidad complementaria

Estos conceptos trascienden la ley 13.512, eran utilizados pero no tenían reflejo legislativo, con los cual sus límites resultaban imprecisos.

La unidad funcional es el conjunto de superficies cubiertas y/o semidescubiertas y descubiertas, directamente comunicadas y unidas entre sí, necesarias para el desarrollo de las actividades compatibles y concordantes con el destino del edificio indicado en el reglamento de propiedad. Se trata de un espacio delimitado y susceptible de aprovechamiento independiente, con los elementos arquitectónicos e instalaciones comprendidos dentro de sus límites, que sirvan exclusivamente al propietario.

La unidad complementaria es aquella que por su naturaleza intrínseca no puede constituir una unidad funcional, debiendo forzosamente unirse a alguna o a algunas de ellas para formar una superficie de dominio exclusivo; esta sería la situación de un espacio guardacoche, una baulera, un depósito. En consecuencia, el derecho real se extiende no sólo a la tich*UNIDAD FUNCIONAL, SINO TAMBIÉN A LA UNIDAD COMPLEMENTARIA, SI ÉSTA EXISTIERA. PERO DEBE QUEDAR CLARO QUE EN TANTO LA UNIDAD FUNCIONAL EXISTE POR SÍ MISMA, TIENE AUTONOMÍA, LA UNIDAD COMPLEMENTARIA ES ACCESORIA DE LA PRINCIPAL Y CORRE LA SUERTE DE ESTA ÚLTIMA.*

2. SALIDA A LA VÍA PÚBLICA

*EL ART. 1º DE LA LEY **13.512** IMPONÍA LA EXISTENCIA DE UNA SALIDA A LA VÍA PÚBLICA YA SEA EN FORMA DIRECTA O POR UN PASAJE COMÚN. EL PRIMER SUPUESTO SERÁ EL DE LOS LOCALES O EN ALGUNOS EDIFICIOS, DEPARTAMENTOS EN LA PLANTA BAJA CON ENTRADA INDEPENDIENTE; EL SEGUNDO CASO Y EL MÁS GENERALIZADO ES AQUEL EDIFICIO QUE CUENTA CON UNA ÚNICA ENTRADA Y PASILLOS DE DISTRIBUCIÓN EN CADA UNO DE LOS PISOS. DICHO REQUISITO SE HA MANTENIDO EN LOS PROYECTOS DE REFORMA Y HA QUEDADO PLASMADO EN EL CÓDIGO ACTUAL.*

EN TANTO EL REQUISITO DE LA SALIDA A LA VÍA PÚBLICA HACE A LA ESENCIA DEL SISTEMA DE PROPIEDAD HORIZONTAL, EL DE LA INDEPENDENCIA FUNCIONAL VARÍA SEGÚN EL DESTINO DE LAS DISTINTAS UNIDADES DE MODO TAL QUE AMBOS PUEDEN LLEGAR A FUNDIRSE EN UNA ÚNICA EXPRESIÓN: AUTONOMÍA FUNCIONAL.

3. RELACIÓN CON LAS PARTES COMUNES

*LA PARTE FINAL DEL ART. **2037**, YA COMENTADO, ESTABLECE LA IMPOSIBILIDAD DE SEPARAR LAS PARTES PROPIAS DE LAS COMUNES QUE CONFORMAN EL SISTEMA DE PROPIEDAD HORIZONTAL; EN EL MISMO SENTIDO, EL ART. **2039** REITERA QUE LA PROPIEDAD DE LA UNIDAD FUNCIONAL Y, EN SU CASO, DE LA COMPLEMENTARIA (S), CONLLEVA LA TITULARIDAD DE LA PARTE INDIVISA SOBRE LAS COSAS COMUNES.*

III. JURISPRUDENCIA

EL DERECHO REAL DE PROPIEDAD HORIZONTAL RECAE SOBRE UNA UNIDAD FUNCIONAL FORMADA POR UN OBJETO EXCLUSIVO CONSISTENTE EN UN DEPARTAMENTO Y UN PORCENTAJE DE COSAS COMUNES; DE MODO QUE LA SUMA DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD HORIZONTAL DE TODOS LOS CONSORCISTAS RECAE SOBRE UNA SOLA OSA, UN INMUEBLE EDIFICADO Y CADA UNA SOBRE UN SECTOR DEL EDIFICIO, ESTRUCTURADO DE FORMA TAL QUE FORMA UNA UNIDAD AUTÓNOMA PERO QUE INTEGRA EL MISMO BLOQUE DE CONSTRUCCIÓN (CNCIV. SALA F, 1/9/2000, LEXIS Nº 1/5508309).

ART. 2040.— COSAS Y PARTES COMUNES. SON COMUNES A TODAS O A ALGUNAS DE LAS UNIDADES FUNCIONALES LAS COSAS Y PARTES DE USO COMÚN DE ELLAS O INDISPENSABLES PARA MANTENER SU SEGURIDAD Y LAS QUE SE DETERMINAN EN EL REGLAMENTO DE PROPIEDAD HORIZONTAL. LAS COSAS Y PARTES CUYO USO NO ESTÁ DETERMINADO, SE CONSIDERAN COMUNES.

SOBRE ESTAS COSAS Y PARTES NINGÚN PROPIETARIO PUEDE ALEGAR DERECHO EXCLUSIVO, SIN PERJUICIO DE SU AFECTACIÓN EXCLUSIVA A UNA O VARIAS UNIDADES FUNCIONALES.

CADA PROPIETARIO PUEDE USAR LAS COSAS Y PARTES COMUNES CONFORME A SU DESTINO, SIN PERJUDICAR O RESTRINGIR LOS DERECHOS DE LOS OTROS PROPIETARIOS.

3I. RELACIÓN CON LA LEY 13.512. FUENTES

d3021317 *EL ART. 2º, LEY **13.512**, CONTENÍA UNA ENUMERACIÓN, NO TAXATIVA, DE LAS PARTES DE UN EDIFICIO QUE SE CONSIDERAN COMUNES A TODOS LOS TITULARES; SU REDACCIÓN PERMITÍA INTERPRETAR QUE EN EL PRIMER PÁRRAFO EL LEGISLADOR HABÍA QUERIDO SENTAR UN PARÁMETRO GENERAL DE ESENCIALIDAD PARA DEFINIR SI UNA PARTE DE UN EDIFICIO DEBE SER NECESARIAMENTE PARTE COMÚN, PARA LUEGO EJEMPLIFICAR ELEMENTOS QUE PUEDEN SER CONSIDERADOS SECTORES SUJETOS A COPROPIEDAD.*

*FUENTES: PROYECTO DE CÓDIGO UNIFICADO DE **1998**, ART. **1975**.*

II. COMENTARIO

1. CONCEPTO DE COSAS COMUNES

EXISTEN COSAS COMUNES COMO EL TERRENO SOBRE EL CUAL EL EDIFICIO ESTÁ CONSTRUIDO, LOS MUROS MAESTROS Y EL TECHO, QUE SON INDISPENSABLES PARA SU EXISTENCIA Y SUPERVIVENCIA; ESE CARÁCTER DE COSA COMÚN PUEDE EXTENDERSE A CIERTOS ELEMENTOS O DEPENDENCIAS QUE SON CONVENIENTES Y POR ELLO DEBEN MANTENERSE INDIVISAS PARA SERVIR AL USO COMÚN Y MAYOR COMODIDAD DE TODOS LOS PROPIETARIOS.

LAS COSAS COMUNES INDISPENSABLES NO PUEDEN PERDER SU CALIDAD DE TAL PUESTO QUE HACEN A LA ESENCIA DEL SISTEMA DE PROPIEDAD HORIZONTAL; LAS COSAS COMUNES CONVENIENTES PUEDEN SER O NO INCLUIDAS EN EL REGLAMENTO DE COPROPIEDAD ORIGINARIO O CON POSTERIORIDAD, PREVIA DELIBERACIÓN Y VOTACIÓN SEGÚN LAS MAYORÍAS REQUERIDAS PARA SU MODIFICACIÓN.

EL NUEVO CÓD. CIVIL, SIGUIENDO LA METODOLOGÍA DEL PROYECTO DE CÓDIGO

UNIFICADO DE 1998, SEPARA CLARAMENTE AMBOS CONCEPTOS: EN EL ART. 2040 ESTABLECE LOS CARACTERES DE LAS COSAS Y PARTES DE USO COMÚN, EN TANTO QUE EL SIGUIENTE (ART. 2041) CONTIENE UNA ENUMERACIÓN DE LAS PARTES NECESARIAMENTE COMUNES Y POR ENDE PESA SOBRE ELLAS LA IMPOSIBILIDAD DE CONVERSIÓN. MÁS ADELANTE, EN EL ART. 2042 SE ENUMERAN COSAS Y PARTES COMUNES NO INDISPENSABLES.

2. COSAS COMUNES DE USO EXCLUSIVO

LA DIVISIÓN DEL EDIFICIO EN PARTES DE PROPIEDAD COMÚN Y BIENES DE PROPIEDAD COMPARTIDA DEVIENE DIRECTAMENTE DE LA LEY DE PROPIEDAD HORIZONTAL, SIN EMBARGO, EN LOS REGLAMENTOS DE COPROPIEDAD Y ADMINISTRACIÓN APARECÍA OTRA CATEGORÍA PACÍFICAMENTE ACEPTADA: PARTES COMUNES DE USO EXCLUSIVO.

A FIN DE ESTABLECER CUÁLES DE ESTOS ELEMENTOS COMUNES PUEDEN ENTRAR EN ESTA TERCERA CATEGORÍA COBRA IMPORTANCIA LA DISTINCIÓN QUE HICIMOS SUPRA ENTRE BIENES INDISPENSABLES, QUE NO PUEDEN PERDER SU CALIDAD DE TALES PUESTO QUE HACEN A LA ESENCIA DEL SISTEMA DE PROPIEDAD HORIZONTAL, Y COSAS COMUNES CONVENIENTES. EJEMPLOS DE ESTA CATEGORÍA SON LOS PATIOS SOLARESOCH, ESTO ES: LOS ESPACIOS QUE ESTÁN DESTINADOS A DAR LUZ, VISTA Y AIREACIÓN A LOS DISTINTOS DEPARTAMENTOS QUE SIN EMBARGO PUEDEN SER CONCEDIDOS EN USO EXCLUSIVO A LA UNIDAD DE LA PLANTA BAJA DESDE LA QUE SE TIENE ACCESO DIRECTO; LOS JARDINES SITUADOS EN LOS FONDOS DEL EDIFICIO; LOS PALIERS PRIVADOS, PUESTO QUE SÓLO SON UTILIZADOS POR UNA UNIDAD FUNCIONAL.

3. USO DE LAS COSAS COMUNES

EL TERCER PÁRRAFO DEL ARTÍCULO BAJO ANÁLISIS REPRODUCE, EN ESTE ASPECTO, LO NORMADO EN EL ART. 3°, LEY 13.512. ES IMPORTANTE DESTACAR QUE, SI BIEN EL TITULAR DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL TIENE DERECHO SOBRE UNA CUOTA PARTE IDEAL DE LOS SECTORES COMUNES DEL EDIFICIO, EL USO Y GOCE DE ESOS BIENES PUEDE SER EJERCIDO SOBRE LA TOTALIDAD DE ELLOS, DE CONFORMIDAD CON EL PRINCIPIO ADOPTADO EN MATERIA DE CONDOMINIO (ART. 1986).

EL DESTINO DE LAS PARTES COMUNES DEBERÁ QUEDAR FIJADO EN EL REGLAMENTO DE PROPIEDAD HORIZONTAL (ART. 2056, INC. K), Y A ÉL DEBERÁN AJUSTARSE LOS PROPIETARIOS A LOS EFECTOS DE SU USO.

EL TITULAR DEL DERECHO DE PROPIEDAD HORIZONTAL NO GOZA, INDIVIDUALMENTE, DE LA FACULTAD DE DISPOSICIÓN MATERIAL SOBRE LAS COSAS COMUNES. EN CUANTO A LA DISPOSICIÓN JURÍDICA, DADO QUE LOS DERECHOS DE CADA PROPIETARIO SOBRE LOS BIENES COMUNES SON INSEPARABLES DE LA UNIDAD FUNCIONAL, EL TITULAR PODRÁ DISPONER DE ELLOS EN LA MEDIDA EN QUE LO HICIERA CONJUNTAMENTE CON ESTA ÚLTIMA.

III. JURISPRUDENCIA

1. LAS PARTES COMUNES DE UN EDIFICIO AFECTADO A LA LEY 13.512 NO PUEDEN SER OTRAS QUE AQUELLAS QUE HACEN A LA INTEGRIDAD DE LA COSA, LAS QUE CONLLEVAN UN SIGNO DE NECESIDAD MATERIAL, DE ALGO SIN LO CUAL NO SE SATISFACE LA FINALIDAD ESPECÍFICA DEL EDIFICIO (CNCIV., SALA E, 20/5/1964, ED, 11-388).

2. LA CONDICIÓN PARA EL USO PRIVATIVO DE ESTOS BIENES COMUNES ES QUE EL MISMO SE AJUSTE A SU DESTINO, DE TAL MODO UN PATIO DESTINADO A DAR AIRE Y LUZ NO PUEDE SER TECHADO, NI DESTINADO A INSTALAR EN ÉL MAQUINARIAS O ELEMENTOS VINCULADOS CON EL NEGOCIO QUE FUNCIONA EN LA UNIDAD DESDE LA QUE SE ACCEDE (CNCIV., SALA F, 39/11/1967, ED, 22-761).

ART. 2041.— COSAS Y PARTES NECESARIAMENTE COMUNES. SON COSAS Y PARTES NECESARIAMENTE COMUNES:

A) EL TERRENO;

B) LOS PASILLOS, VÍAS O ELEMENTOS QUE COMUNICAN UNIDADES ENTRE SÍ Y A ÉSTAS CON EL EXTERIOR;

C) LOS TECHOS, AZOTEAS, TERRAZAS Y PATIOS SOLARES;

D) LOS CIMIENTOS, COLUMNAS, VIGAS PORTANTES, MUROS MAESTROS Y DEMÁS ESTRUCTURAS, INCLUSO LAS DE BALCONES, INDISPENSABLES PARA MANTENER LA SEGURIDAD;

E) LOS LOCALES E INSTALACIONES DE LOS SERVICIOS CENTRALES;

F) LAS CAÑERÍAS QUE CONDUCEN FLUIDOS O ENERGÍA EN TODA SU EXTENSIÓN, Y LOS CABLEADOS, HASTA SU INGRESO EN LA UNIDAD FUNCIONAL;

G) LA VIVIENDA PARA ALOJAMIENTO DEL ENCARGADO;

H) LOS ASCENSORES, MONTACARGAS Y ESCALERAS MECÁNICAS;

I) LOS MUROS EXTERIORES Y LOS DIVISORIOS DE UNIDADES ENTRE SÍ Y CON COSAS Y PARTES COMUNES;

J) LAS INSTALACIONES NECESARIAS PARA EL ACCESO Y CIRCULACIÓN DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD, FIJAS O MÓVILES, EXTERNAS A LA UNIDAD FUNCIONAL, Y LAS VÍAS DE EVACUACIÓN ALTERNATIVAS PARA CASOS DE SINIESTROS;

K) TODOS LOS ARTEFACTOS O INSTALACIONES EXISTENTES PARA SERVICIOS DE BENEFICIO COMÚN;

L) LOS LOCALES DESTINADOS A SANITARIOS O VESTUARIO DEL PERSONAL QUE TRABAJA PARA EL CONSORCIO.

ESTA ENUMERACIÓN TIENE CARÁCTER ENUNCIATIVO.

I. RELACIÓN CON LA LEY 13.512. FUENTES

EL ART. 2°, LEY 13.512, INCORPORABA UNA ENUMERACIÓN, QUE NO TENÍA CARÁCTER TAXATIVO, QUE INCLUÍA: A) LOS CIMIENTOS, MUROS MAESTROS, TECHOS, PATIOS SOLARES, PÓRTICOS, GALERÍAS Y VESTÍBULOS COMUNES, ESCALERAS, PUERTAS DE ENTRADA, JARDINES; B) LOS LOCALES E INSTALACIONES DE SERVICIOS CENTRALES, COMO CALEFACCIÓN, AGUA CALIENTE O FRÍA, REFRIGERACIÓN, ETC.; C) LOS LOCALES PARA ALOJAMIENTO DEL PORTERO Y PORTERÍA; D) LOS TABIQUES O MUROS DIVISORIOS DE LOS DISTINTOS DEPARTAMENTOS; E) LOS ASCENSORES, MONTACARGAS, INCINERA-

DORES DE RESIDUOS Y EN GENERAL TODOS LOS ARTEFACTOS O INSTALACIONES EXISTENTES PARA SERVICIOS DE BENEFICIO COMÚN.

FUENTES: PROYECTO DE CÓDIGO UNIFICADO DE 1998, ART. 1976.

II. COMENTARIO

EN EL COMENTARIO AL ARTÍCULO ANTERIOR ADELANTAMOS QUE LA METODOLOGÍA ADOPTADA EN ESTE NUEVO CÓDIGO SUPERÓ AMPLIAMENTE LA UTILIZADA EN LA LEGISLACIÓN ANTERIOR DADO QUE, DESPUÉS DE CONCEPTUALIZAR LAS COSAS Y PARTES COMUNES, ENUMERA EN ARTÍ

LOCHCULOS SEPARANDO AQUELLAS NECESARIAMENTE COMUNES Y OTRAS NO INDISPENSABLES.

LA CONSIDERACIÓN DEL CARÁCTER DE LA ENUMERACIÓN (ENUNCIATIVA) DE LA NORMA QUE COMENTAMOS NO ES UNA CUESTIÓN MENOR: SUPONER QUE SÓLO LAS COSAS ALLÍ MENCIONADAS DEBEN SER NECESARIAMENTE COMUNES IMPLICA QUE, COMO TALES, DEBEN SER INCLUIDAS OBLIGATORIAMENTE EN EL RESPECTIVO REGLAMENTO DE PROPIEDAD HORIZONTAL. ES DECIR; EL REGLAMENTO NO PODRÍA OTORGAR UN CARÁCTER DISTINTO POR EJEMPLO, A LOS PATIOS SOLARES. SIN EMBARGO, EN CADA ESTATUTO PARTICULAR PODRÍAN INCORPORARSE COSAS DE USO COMÚN NO ENUMERADAS EN LA LEY PERO CUYO DESTINO ES EL BIENESTAR O LA COMODIDAD DE TODOS LOS PROPIETARIOS (INC. K).

TENIENDO EN CUENTA QUE EL NUEVO CÓDIGO REGIRÁ TAL VEZ POR CIEN AÑOS O MÁS, ES IMPOSIBLE PREDECIR LOS AVANCES TECNOLÓGICOS QUE HABRÁN DE PRODUCIRSE EN MATERIA ARQUITECTÓNICA Y QUE DEBERÍAN INCORPORARSE COMO COSAS NECESARIAMENTE COMUNES EN UN EDIFICIO SUJETO AL RÉGIMEN DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL, POR EJEMPLO: PANELES SOLARES U OTROS SISTEMAS DE AHORRO DE ENERGÍA; DE ALLÍ QUE LA ENUMERACIÓN SEA SIMPLEMENTE ENUNCIATIVA.

EN TODO CASO, EL PARÁMETRO PARA QUE UNA COSA O PARTE DE UN EDIFICIO PUEDA SER INCLUIDO EN EL ART. 2041 ES QUE, ADEMÁS DE SER DE BENEFICIO O APROVECHAMIENTO COMÚN, RESULTE INDISPENSABLE PARA LA EXISTENCIA Y FUNCIONAMIENTO DEL EDIFICIO.

LA BREVEDAD DE ESTE COMENTARIO NOS IMPIDE ANALIZAR CADA UNO DE LOS INCISOS DE ESTE ARTÍCULO, SIN EMBARGO ES IMPORTANTE DESTACAR QUE SE HAN INCORPORADO A LAS COSAS COMUNES YA CONSIGNADAS EN LA LEY 13.512: A) LAS INSTALACIONES PARA PERSONAS CON DISCAPACIDAD, Y B) LAS VÍAS DE EVACUACIÓN PARA CASOS DE SINIESTRO, QUE SON REQUISITOS YA IMPUESTOS EN LAS LEYES LOCALES.

TAMBIÉN QUEREMOS INTRODUCIR UN BREVE COMENTARIO RESPECTO DE LOS TECHOS Y AZOTEAS; LA SUPERFICIE CUBIERTA DE CADA UNA DE LAS UNIDADES FUNCIONALES —PARTES PRIVATIVAS— ES LA QUE TIENE CERRAMIENTO EN EL CONTORNO Y EN EL TECHO. DE TAL MODO EL TECHO NO SÓLO ES LA COBERTURA DEL EDIFICIO CUANDO SE TRATA DEL ÚLTIMO PISO, SINO QUE ADEMÁS LOS TECHOS RESULTAN DIVISORIOS DE LOS DISTINTOS NIVELES DE CONSTRUCCIÓN EN LOS CUALES EL TECHO DE ALGUNOS DEPARTAMENTOS ES EL SOSTÉN DE OTROS SUPERIORES, SE TRATA DE LA LOZA DENTRO DE LA CUAL SE ENTRECRUZAN VIGAS, CAÑERÍAS O INSTALACIONES DE CALEFACCIÓN QUE SIRVEN A TODOS LOS PROPIETARIOS. DE ALLÍ SU CALIDAD DE COMÚN, SIN PERJUICIO DE QUE EL CIELORRASO, EN TANTO REVESTIMIENTO DEL TECHO, SEA DE PROPIEDAD EXCLUSIVA.

LO MISMO DEBE OCURRIR EN LO QUE HACE AL PISO DE LA AZOTEA, AUNQUE ÉSTA HAYA SIDO ATRIBUIDA EN FORMA PRIVATIVA A UNA DE LAS PARTES, YA QUE ELLO NO LE PERMITE ATRIBUIRSE COMO PROPIA LO CORRESPONDIENTE AL PISO O TECHO DE LA OTRA UNIDAD (CNCIV., SALA A, 16/9/1980, ED, 101-446, SUM. 831).

III. JURISPRUDENCIA

1. LOS BALCONES SON PROLONGACIÓN DE LA LOSA DE LA CONSTRUCCIÓN Y LAS BARANDAS ESTÁN ENGANCHADAS EN SU ESTRUCTURA, POR LO QUE, LA CONTINUACIÓN DEL PLANO HORIZONTAL COMÚN (LA ESTRUCTURA) SEGUIRÁ SIENDO COMÚN, COMO TAMBIÉN LO SERÁ LA BARANDA (CNCIV., SALA F, 8/6/2010, LEXIS N° 1/70062677-2)

2. LOS COPROPIETARIOS GOZAN DE LA FACULTAD DE PODER ASIGNAR A UNA COSA QUE SEA COMÚN UN USO EXCLUSIVO, COMO ASÍ TAMBIÉN EL CAMBIARLE LA CALIDAD; LA UNANIMIDAD REQUERIDA ES UN REQUISITO FUNDAMENTAL, PUES SOBRE LAS PARTES COMUNES LOS COPROPIETARIOS TIENEN UN CONDOMINIO DE INDIVISIÓN FORZOSA, POR LO QUE PARA PACTAR UN USO DIFERENTE O PRIVATIZARLA, DEBEN ESTAR TODOS DE ACUERDO, EN VIRTUD DE QUE ES SU PATRIMONIALIDAD LA QUE SE VE AFECTADA (CNCIV., SALA A, 8/7/2010, LEXIS N° 1/70065551-3).

ART. 2042.— COSAS Y PARTES COMUNES NO INDISPENSABLES. SON COSAS Y PARTES COMUNES NO INDISPENSABLES:

A) LA PISCINA;

B) EL SOLÁRIUM;

C) EL GIMNASIO;

D) EL LAVADERO;

E) EL SALÓN DE USOS MÚLTIPLES.

ES

AF49TA ENUMERACIÓN TIENE CARÁCTER ENUNCIATIVO.

I. RELACIÓN CON LA LEY 13.512. FUENTES

LA LEGISLACIÓN ANTES VIGENTE NO PREVEÍA EN SU ENUMERACIÓN DE PARTES COMUNES ESTA CATEGORÍA DE COSAS NO INDISPENSABLES, QUE HAN SOBREVENIDO EN LAS ÚLTIMAS DÉCADAS COMO ACCESORIOS DE UN EDIFICIO DESTINADOS A BRINDAR MAYOR COMODIDAD A SUS PROPIETARIOS.

EL PROYECTO DE CÓDIGO UNIFICADO DE 1998 TAMPOCO PREVEÍA ESTA CATEGORÍA DE COSAS COMUNES.

505II. COMENTARIO

ESTE ARTÍCULO INCLUYE COMO PARTES COMUNES: LA PISCINA, EL SOLARIUM, EL GIMNASIO, EL LAVADERO Y EL SALÓN DE USOS MÚLTIPLES. DE SU SIMPLE LECTURA SE DESPRENDE EL CARÁCTER DE PRESCINDIBLES DE TALES COSAS COMUNES, A DIFERENCIA DE LAS ENUMERADAS EN EL ART. 2041, SIN LAS CUALES EL EDIFICIO NO PODRÍA EXISTIR (CIMIENTOS, MUROS MAESTROS) O CUMPLIR LA FUNCIÓN PARA LA QUE FUE DESTINADO

(ASCENSORES, CAÑERÍAS).

LOS DESARROLLOS URBANOS TIENDEN A BRINDAR CADA VEZ MAYORES COMODIDADES A SUS HABITANTES, QUIENES GOZAN DE ÁREAS RECREATIVAS SIN NECESIDADES DE ALEJARSE DEL PREDIO DEL INMUEBLE; SON PARTES COMUNES Y EN CALIDAD DE TALES INTEGRAN EL DERECHO REAL DE PROPIEDAD HORIZONTAL, PERO NO SON INDISPENSABLES PARA LA EXISTENCIA DEL SISTEMA.

LA NORMA ACLARA QUE LA ENUMERACIÓN TIENE CARÁCTER ENUNCIATIVO, QUEDANDO ABIERTA LA POSIBILIDAD QUE EL REGLAMENTO DE PROPIEDAD Y ADMINISTRACIÓN INCORPORE OTRAS PARTES DE SIMILAR NATURALEZA.

III. JURISPRUDENCIA

LOS COPROPIETARIOS GOZAN DE LA FACULTAD DE PODER ASIGNAR A UNA COSA QUE SEA COMÚN DE USO COMÚN UN USO EXCLUSIVO, COMO ASÍ TAMBIÉN CAMBIARLE LA CALIDAD; LA UNANIMIDAD REQUERIDA ES UN REQUISITO FUNDAMENTAL, PUES SOBRE LAS PARTES COMUNES LOS COPROPIETARIOS TIENEN UN CONDOMINIO DE INDIVISIÓN FORZOSA, POR LO QUE PARA PACTAR UN USO DIFERENTE O PRIVATIZARLA, DEBEN ESTAR TODOS DE ACUERDO, EN VIRTUD DE QUE ES SU PATRIMONIALIDAD LA QUE SE VE AFECTADA (CNCIV., SALA A, 8/7/2010, AP, 1/70065551-3).

ART. 2043.— COSAS Y PARTES PROPIAS. SON NECESARIAMENTE PROPIAS CON RESPECTO A LA UNIDAD FUNCIONAL LAS COSAS Y PARTES COMPRENDIDAS EN EL VOLUMEN LIMITADO POR SUS ESTRUCTURAS DIVISORIAS, LOS TABIQUES INTERNOS NO PORTANTES, LAS PUERTAS, VENTANAS, ARTEFACTOS Y LOS REVESTIMIENTOS, INCLUSO DE LOS BALCONES.

TAMBIÉN SON PROPIAS LAS COSAS Y PARTES QUE, SUSCEPTIBLES DE UN DERECHO EXCLUSIVO, SON PREVISTAS COMO TALES EN EL REGLAMENTO DE PROPIEDAD HORIZONTAL, SIN PERJUICIO DE LAS RESTRICCIONES QUE IMPONE LA CONVIVENCIA ORDENADA.

I. RELACIÓN CON LA LEY 13.512. FUENTES

LA LEY 13.512, ART. 2º, ESTABLECÍA COMO PARTES PROPIAS CADA UNO DE LOS PISOS DE UN EDIFICIO O LOS DISTINTOS DEPARTAMENTOS DE UN MISMO PISO.

FUENTES: PROYECTO DE CÓDIGO UNIFICADO DE 1998, ART. 1977.

II. COMENTARIO

LA LEY NACIONAL VIGENTE CONCEPTUALIZABA Y ENUMERADA LAS PARTES COMUNES PERO NO HACÍA LO PROPIO CON LAS PARTES PRIVATIVAS, SÓLO LA REFERENCIA A PISOS Y/O DEPARTAMENTOS. TAMPOCO EN LA LEGISLACIÓN EXTRANJERA SE ENCUENTRA DEFINICIÓN PROLIJA AL RESPECTO. RECIÉN HA MERECIDO UN ARTÍCULO POR SEPARADO EN EL PROYECTO DE 1998, EN CUYOS FUNDAMENTOS SE LEE: "ES NOVEDOSA LA ENUMERACIÓN DE LAS COSAS Y PARTES PROPIAS, LA QUE PERMITE RESCATAR EN LA PROPIEDAD HORIZONTAL ALGUNOS OTROS PERFILES DEL DOMINIO CLÁSICO Y DENOTAR CUÁN EFECTISTA ES LA ALUSIÓN A QUE SE TRATA ÚNICAMENTE DE UNA DESTEÑIDA PROPIEDAD SOBRE EL CUBRO DE AIRE".

¿PERO QUÉ ES EN REALIDAD EL DEPARTAMENTO, AQUELLA UNIDAD DE LA CUAL EL TITULAR DEL DERECHO DE PROPIEDAD HORIZONTAL ES DUEÑO EXCLUSIVO?

CONSIDERANDO QUE SON COMUNES EL TERRENO, LOS MUROS VERTICALES DIVISORIOS DE LOS DISTINTOS DEPARTAMENTOS Y LAS LOSAS QUE SEPARAN Y SOSTIENEN LOS PLANOS HORIZONTALES, SE COMPRENDE FÁCILMENTE QUE EL ESPACIO PROPIO ESTÁ CONSTITUIDO POR EL CUBO DE AIRE (VOLUMEN EN LA TERMINOLOGÍA DE LA NORMA) ENCERRADO ENTRE LAS DIVISIONES HORIZONTALES Y VERTICALES, CUYOS REVESTIMIENTOS Y DEMÁS ORNAMENTOS PERTENECEN AL DUEÑO DEL DEPARTAMENTO, ASÍ COMO LAS PAREDES QUE DIVIDAN DISTINTOS AMBIENTES, CON SUS PUERTAS Y VENTANAS.

CON RESPECTO A LOS BALCONES HAY QUE HACER NOTAR QUE, A PESAR DE SER CONSIDERADOS PARTES NECESARIAMENTE COMUNES (ART. 2041, INC. D), EN TANTO FORMAN PARTE DE LA ESTRUCTURA DEL EDIFICIO Y SON INDISPENSABLES PARA MANTENER SU SEGURIDAD, LOS REVESTIMIENTOS SON PARTES PROPIAS TAL COMO LO DEFINE LA NORMA BAJO ANÁLISIS.

ABPARTES PROPIAS EN EL REGLAMENTO

EL ART. 2043, EN CONCORDANCIA CON EL ART. 2056, INC. C), DEJA LA POSIBILIDAD QUE EL REGLAMENTO DE PROPIEDAD HORIZONTAL ENUMERE OTRAS PARTES PROPIAS, EN LA MEDIDA QUE ÉSTAS ADMITAN UN DERECHO EXCLUSIVO, POR EJEMPLO: LOS BALCONES, LOS JARDINES.

LA FALTA DE MENCIÓN EXPRESA EN EL REGLAMENTO DEL CARÁCTER ASIGNADO A LOS BALCONES, O A LOS BALCONES TERRAZA, HA PERMITIDO INTERPRETAR QUE SE TRATA DE PARTES COMUNES DE USO EXCLUSIVO POR CUANTO EL BALCÓN FORMA PARTE DE LA PARED PERIMETRAL Y POR RAZONES DE SEGURIDAD ES UNA PROLONGACIÓN DE LA LOSA QUE SIRVE DE SUELO A LA UNIDAD A LA QUE PERTENECE Y DE TECHO A LA INFERIOR, PUDIENDO HACERSE LA DISTINCIÓN ENTRE LA CONTINUACIÓN DEL PLANO HORIZONTAL COMÚN —LA ESTRUCTURA— QUE SEGUIRÁ SIENDO COMÚN Y LOS REVESTIMIENTOS, ESPACIO Y SUPERFICIE QUE ENCIERRA EL BALCÓN EN EL SUPUESTO DE PROPIEDAD EXCLUSIVA.

LA DISTINCIÓN AL RESPECTO COBRA IMPORTANCIA POR CUANDO SI EL BALCÓN ES PARTE PRIVATIVA, SU SUPERFICIE SE ADICIONA A LA SUPERFICIE CUBIERTA DE LA UNIDAD FUNCIONAL Y SOBRE EL TOTAL SE CALCULARÁ EL PORCENTUAL O PARTE IDEAL DE SU DERECHO SOBRE LAS PARTES COMUNES, ASÍ COMO SU PARTICIPACIÓN EN LOS GASTOS DE MANTENIMIENTO.

SIN EMBARGO, HAY QUE TENER EN CUENTA QUE EL CONTENIDO DEL DERECHO REAL RESPECTO DE LOS BALCONES O DEMÁS SUPERFICIES DESCUBIERTAS SUFRE LIMITACIONES RELACIONADAS CON LA PROHIBICIÓN DE ALTERAR LA FACHADA DEL EDIFICIO O SU SEGURIDAD, Y ASÍ LO EXPRESA EL ART. 2043 EN SU PARTE FINAL: "SIN PERJUICIO DE LAS RESTRICCIONES QUE IMPONE LA CONVIVENCIA ORDENADA".

EN SÍNTESIS: AUN EN EL SUPUESTO QUE EL REGLAMENTO DE COPROPIEDAD ENU-

MERE UN BALCÓN O UNA TERRAZA COMO PARTE PRIVATIVA INTEGRANTE DE UNA UNIDAD FUNCIONAL DETERMINADA, EL ESPACIO AÉREO ES COMÚN, LO QUE IMPIDE HACER CONSTRUCCIONES EN ELLA.

III. JURISPRUDENCIA

EL PROPIETARIO DEL ÚLTIMO PISO CONCLUYE VERTICALMENTE SU DERECHO CON EL PLANO DE SU TECHUMBRE, Y EL ESPACIO AÉREO DEL TERRENO DEL EDIFICIO DEBE SER COMÚN COMO LO ES EL TERRENO MISMO, DIRECTIVA QUE EN PRINCIPIO, ES APLICABLE A LAS CONSTRUCCIONES QUE SE PRETENDAN EFECTUAR EN OTROS ESPACIOS LIBRES O SUPERFICIES DESCUBIERTAS COMO JARDINES, TERRAZAS DE USO EXCLUSIVO, ETC. **(CNCIV., SALA C, 28/2/1977, ED, 76-385).**

ART. 2044.— CONSORCIO. EL CONJUNTO DE LOS PROPIETARIOS DE LAS UNIDADES FUNCIONALES CONSTITUYE LA PERSONA JURÍDICA CONSORCIO. TIENE SU DOMICILIO EN EL INMUEBLE. SUS ÓRGANOS SON LA ASAMBLEA, EL CONSEJO DE PROPIETARIOS Y EL ADMINISTRADOR.

LA PERSONALIDAD DEL CONSORCIO SE EXTINGUE POR LA DESAFECTACIÓN DEL INMUEBLE DEL RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL, SEA POR ACUERDO UNÁNIME DE LOS PROPIETARIOS INSTRUMENTADO EN ESCRITURA PÚBLICA O POR RESOLUCIÓN JUDICIAL, INSCRIPTA EN EL REGISTRO INMOBILIARIO.

I. RELACIÓN CON LA LEY 13.512. FUENTES

EL TÉRMINO CONSORCIO DE PROPIETARIOS APARECE POR ÚNICA VEZ EN EL ART. **9°, LEY 13.512** Y ES REITERADA EN EL DECRETO REGLAMENTARIO **18.734/1949** AL REFERIRSE EN EL ART. **5°** A LOS LIBROS DEL CONSORCIO Y EN EL ART. **6°** A LA CERTIFICACIÓN DE DEUDAS POR EXPENSAS, OBLIGACIÓN QUE PONE EN CABEZA DEL CONSORCIO DE PROPIETARIOS O PERSONA AUTORIZADA. PERO LO CIERTO ES QUE ESTAS MEN7 CIONES, POR SÍ MISMAS, NO PERMITEN DEDUCIR NINGÚN SIGNIFICADO JURÍDICO, CIRCUNSTANCIA QUE HA CONDUCIDO A LOS AUTORES Y A LA JURISPRUDENCIA A LA ELABORACIÓN DE DOCTRINAS CONTRAPUESTAS ACERCA DE SU NATURALEZA JURÍDICA, YA SEA NEGANDO O ACEPTANDO PARA EL CONSORCIO UNA PERSONALIDAD DISTINTA DE LA DE SUS COMPONENTES.

EN LAS ÚLTIMAS DÉCADAS SE HA CONSOLIDADO LA POSTURA QUE ADMITE LA PERSONALIDAD JURÍDICA DEL CONSORCIO DE PROPIETARIOS, CON MUY POCAS CONTRADICCIONES. SE NUTRE DE LAS TEORÍAS REALISTAS DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA, APOYADA FUNDAMENTALMENTE EN LOS FACTORES HUMANOS Y MATERIALES CONCRETOS: ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN Y DECISIÓN, EXTERIORIZACIÓN DE LA VOLUNTAD, PREEMINENCIA DE LAS MAYORÍAS E INTERESES TRASCENDENTES A LOS DE CADA UNO DE LOS COMPONENTES DEL GRUPO SOCIAL.

FUENTES: PROYECTO DE CÓDIGO UNIFICADO DE **1998, ARTS. 1979 Y 1981.**

II. COMENTARIO

EL ARTÍCULO QUE COMENTAMOS, SIGUIENDO LA LÍNEA YA IMPUESTA EN EL PROYECTO DE **1998**, ESTABLECE CLARAMENTE LA CALIDAD DE PERSONA JURÍDICA DEL CONSORCIO Y ENUMERA SUS ATRIBUTOS: DOMICILIO Y ÓRGANOS. ENTRE LOS AUTORES QUE HAN ADOPTADO ESTA POSTURA SE PUEDE CITAR A BORDA, PALMIERO, ALTERINI, HIGHTON, MARIANI DE VIDAL, RACCIATTI, LLAMBÍAS, CORCHÓN.

LA EXISTENCIA DE INTERESES COMUNES Y LA FORMA EN QUE SE HALLA ORGANIZADA SU GESTIÓN FACILITAN LA CONSIDERACIÓN DE LA PERSONALIDAD DEL CONSORCIO, CUANDO INTERVIENE EN FUNCIÓN DE LA COMUNIDAD. ESTA VOLUNTAD COMÚN ASÍ FORMADA DELIBERA POR INTERMEDIO DE SU ÓRGANO DELIBERATIVO: LA ASAMBLEA DE PROPIETARIOS Y SE EXPRESA POR SU ÓRGANO REPRESENTATIVO: EL ADMINISTRADOR, QUE ES EL ENCARGADO DE VELAR POR LA MARCHA NORMAL DE TODO LO ATINENTE A LA COMUNIDAD. APARECE AQUÍ UN FIN UTILITARIO, DISTINTO DEL INDIVIDUAL, PERTENECIENTE AL CONJUNTO Y QUE SUPERA A ESTE ÚLTIMO. EL CONSEJO DE PROPIETARIOS, COMO ÓRGANO DE VIGILANCIA, NO SUSTITUYE AL ADMINISTRADOR PERO PUEDE SUPLIRLO, COLABORAR CON ÉL, O CUMPLIR OCASIONALMENTE ALGUNA DE SUS FUNCIONES, COMO LO DETALLA EL ART. **2064.**

1. NACIMIENTO DEL ENTE

UN SECTOR DE LA DOCTRINA Y ALGÚN PRONUNCIAMIENTO JUDICIAL ENTIENDEN QUE EL REGLAMENTO DE PROPIEDAD HORIZONTAL, CON LOS REQUISITOS QUE LE IMPONE LA PROPIA LEY (ESCRITURA PÚBLICA E INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD) CONSTITUYE EL ACTA DE NACIMIENTO JURÍDICO DEL ENTE. ES A PARTIR DE ESE MOMENTO QUE EL CONSORCIO TRASCIENDE, COMO ENTIDAD JURÍDICA DIFERENCIADA DE SUS INTEGRANTES, FRENTE A TERCEROS.

2. DESAFECTACIÓN

LA SEGUNDA PARTE DEL ART. **2044** PREVÉ LA EXTINCIÓN DE LA PERSONALIDAD DEL CONSORCIO POR LA DESAFECTACIÓN DEL INMUEBLE AL RÉGIMEN DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL.

UNA POSIBILIDAD ES QUE LA TOTALIDAD DE LOS PROPIETARIOS RESUELVAN LA DESAFECTACIÓN. CONSIDERAMOS NECESARIA LA CONVOCATORIA A ASAMBLEA Y LA APROBACIÓN POR UNANIMIDAD; ESA DECISIÓN DEBERÁ INSTRUMENTARSE POR ESCRITURA PÚBLICA E INSCRIBIRSE EN EL REGISTRO RESPECTIVO.

EN ESTE SUPUESTO LOS ANTERIORES TITULARES DEL DERECHO REAL DE PROPIEDAD HORIZONTAL PASAN A SER CONDÓMINOS DE TODO EL EDIFICIO EN LA PROPORCIÓN QUE, DE COMÚN ACUERDO, SE HUBIERAN ASIGNADO Y EN CONSECUENCIA, RESULTARÁN APLICABLES LAS NORMAS CONTENIDAS EN EL CÓDIGO RESPECTO DE ESE DERECHO REAL, EN CUANTO AL EJERCICIO DEL DERECHO Y A LA TOMA DE DECISIONES REFERIDAS A LA ADMINISTRACIÓN DEL BIEN COMÚN.

TAMBIÉN PUEDE SUCEDER QUE TODAS LAS UNIDADES FUNCIONALES —Y SUS COMPLEMENTARIAS SI LAS HUBIERA— MEDIANTE DISTINTOS ACTOS JURÍDICOS PASARON A SER DE TITULARIDAD DE UNA SOLA PERSONA, SEA ÉSTA FÍSICA O IDEAL. ESTE SÓLO HECHO NO IMPLICA LA EXTINCIÓN DEL SISTEMA DE PROPIEDAD HORIZONTAL QUE RIGE EL EDIFICIO Y LA POSIBILIDAD DE QUE LOS PISOS O DEPARTAMENTOS EN QUE ÉSTE SE DIVIDE PUEDAN VOLVER A TENER DISTINTOS DUEÑOS (HIGHTON).

SIN EMBARGO, ENTENDEMOS QUE CUANDO UN SOLO PROPIETARIO ASUME LA TITULARIDAD DE TODOS LOS PISOS O DEPARTAMENTOS ESTÁ EN CONDICIONES DE EXPRESAR

SU VOLUNTAD DE EXTINGUIR EL SISTEMA DE PROPIEDAD HORIZONTAL Y PROCEDER A LA RESPECTIVA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD INMUEBLE.

pn3. PATRIMONIO

A DIFERENCIA DE LO PREVISTO EN EL PROYECTO DE 1998, EL ARTÍCULO BAJO ANÁLISIS NO LEGISLA ACERCA DE LA COMPOSICIÓN DEL PATRIMONIO DEL CONSORCIO, DELEGANDO EN EL REGLAMENTO DE PROPIEDAD Y ADMINISTRACIÓN LA OBLIGACIÓN DE INSERTAR UNA CLÁUSULA QUE CONTENGA LA COMPOSICIÓN DEL PATRIMONIO DEL CONSORCIO (ART. 2056, INC. E).

ESTE ELEMENTO, CONJUNTAMENTE CON EL DE LA CAPACIDAD, ES EL QUE MAYOR POLÉMICA HA DESATADO RESPECTO DE LA PERSONALIDAD DEL CONSORCIO.

LAS PARTES Y COSAS COMUNES DEL EDIFICIO NO PUEDEN INTEGRAR EL PATRIMONIO DEL CONSORCIO YA QUE EN EL RÉGIMEN DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL LAS PARTES PRIVATIVAS Y LAS COMUNES CONFORMAN UN TODO INESCINDIBLE, DE MODO TAL QUE EL DERECHO REAL QUE CORRESPONDE A CADA PROPIETARIO SOBRE LAS PARTES COMUNES NO PUEDE SER ENAJENADO O GRAVADO EN FORMA INDEPENDIENTE; LOS CONSORTES NO TRANSFIEREN PARTE DE SU PATRIMONIO AL CONSORCIO SINO SÓLO LA ADMINISTRACIÓN DE LAS COSAS COMUNES QUE IMPLICA LA OBLIGACIÓN, PARA ESTE ÚLTIMO, DE MANTENERLAS EN BUEN ESTADO DE CONSERVACIÓN.

CABE RECORDAR EN ESTE PUNTO QUE LAS COSAS COMUNES NO SON EMBARGABLES POR CUANTO NO SON PROPIEDAD DEL CONSORCIO, SON INSEPARABLES DE LO PRINCIPAL, COMO LO SEÑALAMOS RENGLONES ANTES, Y ADEMÁS SON INDISPENSABLES PARA EL FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA.

EL PATRIMONIO DEL CONSORCIO QUEDA PUES CONFORMADO POR: EXPENSAS PERCIBIDAS; FONDO DE RESERVA; INTERESES QUE DEVENGUEN LAS CUENTAS BANCARIAS EXISTENTES EN CABEZA DEL CONSORCIO; INTERESES PUNITORIOS POR EXPENSAS ATRASADAS; CRÉDITOS POR EXPENSAS; CRÉDITOS RESPECTO DE TERCEROS.

NO ES COINCIDENTE LA DOCTRINA CUANDO SE TRATA DE ESTABLECER SI LAS RENTAS PROVENIENTES DE ESPACIOS COMUNES (ALQUILERES) O DE PUBLICIDAD EFECTUADA EN LAS PAREDES DIVISORIAS O LOS CRÉDITOS POR MEDIANERÍA INTEGRAN EL PATRIMONIO DEL CONSORCIO.

MIENTRAS AUTORES COMO HIGHTON, CON QUIEN COINCIDIMOS, SOSTIENEN QUE EN PRINCIPIO TALES CRÉDITOS PERTENECEN A LOS CONDÓMINOS Y PUEDEN SER DIVIDIDOS ENTRE ELLOS, SALVO CONVENCIÓN UNÁNIME DE LOS COPROPIETARIOS EN EL SENTIDO DE QUE LAS SUMAS OBTENIDAS POR TALES CONCEPTOS INTEGREN EL ACTIVO DEL CONSORCIO A FIN DE DISMINUIR EL PASIVO, OTROS DOCTRINARIOS (ALTERINI, CALVO, GABAS) ENTIENDEN QUE LAS UNIDADES DE RENTA PUEDEN LLEGAR A SER DE PROPIEDAD DEL CONSORCIO Y NO DE LOS PROPIETARIOS INDIVIDUALMENTE CONSIDERADOS.

4. CAPACIDAD

EN IGUAL FORMA QUE CUALQUIER PERSONA JURÍDICA, EL CONSORCIO SE VE LIMITADO POR LOS FINES DE SU INSTITUCIÓN, Y QUEDA CIRCUNSCRIPTA AL CUMPLIMIENTO DEL OBJETO SOCIAL. CON LA LIMITACIÓN SEÑALADA, EL CONSORCIO TIENE CAPACIDAD PARA ADQUIRIR DERECHOS Y CONTRAER OBLIGACIONES: EN EL PRIMER ASPECTO PUEDE RECLAMAR EL COBRO DE EXPENSAS Y FONDO DE RESERVA, ASÍ COMO LOS CRÉDITOS POR RENTAS QUE TENGA DERECHO A PERCIBIR. TAMBIÉN CONTRAE OBLIGACIONES FRENTE A TERCEROS CUANDO CONTRATA TRABAJOS O RESPECTO DE DEUDAS CON CAJAS PREVISIONALES, APORTES A SINDICATOS, O FRENTE A LOS CONSORCISTAS CUANDO SE HUBIERAN GENERADO PERJUICIOS POR LOS QUE EL CONSORCIO DEBE RESPONDER.

EN ESE ESQUEMA NO EXISTE APOYATURA LEGAL PARA RECONOCERLE AL CONSORCIO CAPACIDAD AMPLIA YA QUE, POR EJEMPLO, NO PUEDE ADQUIRIR, CONSTITUIR O CONSENTIR DERECHOS REALES SOBRE PARTES COMUNES DEL EDIFICIO PORQUE SÓLO LOS TITULARES DEL DERECHO REAL DE PROPIEDAD HORIZONTAL GOZAN DE CAPACIDAD PARA REALIZAR TALES ACTOS.

LAS CONCLUSIONES ANTES EXPUESTAS HAN SIDO APLICADAS POR EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD CON ASIENTO EN LA CIUDAD DE MENDOZA, ORGANISMO EN EL QUE PRETENDIÓ INSCRIBIRSE UN TÍTULO NOTARIAL POR EL CUAL UN EDIFICIO DE PROPIEDAD HORIZONTAL, QUE CARECÍA DE ESPACIOS VERDES, ADQUIRÍA A NOMBRE DEL CONSORCIO UN TERRENO COLINDANTE DESTINADO A JARDINES. EL DOCUMENTO FUE OBJETADO POR ENTENDERSE QUE LOS JARDINES INTEGRAN LAS PARTES COMUNES DEL EDIFICIO Y COMO TALES DE PROPIEDAD DE LOS CONSORCISTAS, CARECIENDO EL CONSORCIO DE CAPACIDAD SUFICIENTE —DENTRO DE LOS FINES DE LA LEY— PARA REALIZAR UN ACTO DE DISPOSICIÓN DE LA MÁS ALTA CATEGORÍA, CUAL ES SER TITULAR DE UN DERECHO REAL DE DOMINIO.

ESTA SITUACIÓN Y OTRAS SIMILARES PRETENDIÓ SER REVERTIDA POR EL PROYECTO DE 1998 CUANDO EN SU ART. 1980, AL REFERIRSE AL PATRIMONIO DEL CONSORCIO MENCIONABA, COMO INTEGRANDO EL MISMO, "LAS UNIDADES FUNCIONALES QUE SE LE ASIGNEN O ADQUIERA EN EL INMUEBLE...".

HEL NUEVO CÓDIGO, AL NO PRONUNCIARSE SOBRE EL PARTICULAR, DEJA ABIERTA LA DISCUSIÓN DOCTRINAL AL RESPECTO.

III. JURISPRUDENCIA

1. EL CONSORCIO DE PROPIETARIOS TIENE UNA PERSONALIDAD JURÍDICA DISTINTA DE LA DE CADA UNO DE SUS COMPONENTES, TODA VEZ QUE POSEE LOS ATRIBUTOS PROPIOS DE TODA PERSONA JURÍDICA: A) ÓRGANOS DE GOBIERNO, QUE EN EL CASO LO SON EL ADMINISTRADOR Y LA ASAMBLEA DE PROPIETARIOS; B) PATRIMONIO PROPIO, EL QUE ESTÁ CONSTITUIDO SÓLO POR LOS FONDOS APORTADOS POR LOS CONSORCISTAS Y POR LOS CRÉDITOS POR EXPENSAS (CNCOM., SALA A, 30/10/1996, ED, 7/4/1997).

2. LA GENERALIDAD DE LA DOCTRINA CONSIDERA QUE LA CAPACIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS ABARCA TODOS LOS ACTOS QUE TENGAN RELACIÓN DIRECTA O INDIRECTA CON EL CUMPLIMIENTO DE SUS FINES, Y SON LOS PROPIOS ÓRGANOS DE LAS INSTITUCIONES QUIENES ESTÁN EN LA MEJOR SITUACIÓN PARA ELEGIR LOS MEDIOS A UTILIZAR. EN CONSECUENCIA, "EL PRINCIPIO DE LA ESPECIALIDAD NO HA DE APRECIARSE CON RIGIDEZ. NO PUEDEN APRECIARSE LOS FINES DE LAS PERSONAS JURÍDICAS AJUSTÁNDOSE AL TEXTO EXPRESO DE LOS ESTATUTOS, SINO EN PRUDENCIAL AMPLITUD". EN FUNCIÓN DE ELLO, Y DADO QUE CONSTITUYE A NUESTRO ENTENDER UNA ALTERNATIVA VÁLIDA PARA QUE EL CONSORCIO DE COPROPIETARIOS ENJUGUE SU CRÉDITO —SOBRE TODO SI SE EJECUTAN BIENES QUE PUEDEN SER INVENDIBLES POR DIVERSOS MOTIVOS—, LA POSIBILIDAD DE RESULTAR ADJUDICATARIO DE UNA UNIDAD FUNCIONAL ESTÁ DENTRO DE LA ÓRBITA DE LA CAPACIDAD DE DERECHO DEL ENTE CONSORCIAL Y ACCEDE A SU OBJETO, NO VIOLENTÁNDOSE CONSIGUIENTEMENTE EL PRINCIPIO DE LA

ESPECIALIDAD QUE LA LIMITA (CCIV. Y COM. MAR DEL PLATA, SALA 1ª, 20/5/2004, LEXIS Nº 14/100160-1-2).

CAPÍTULO 2

FACULTADES Y OBLIGACIONES DE LOS PROPIETARIOS

POR LILIAN N. GURFINKEL DE WENDY

BIBLIOGRAFÍA CLÁSICA: ALTERINI, JORGE, "RESPONSABILIDAD DE LOS CONSORCISTAS POR DEUDAS DEL CONSORCIO", ED, 56-729; AREÁN, BEATRIZ, "EL CRÉDITO POR EXPENSAS", RDPyC, 2002-2-242; CONSTANTINO, JUAN A., "EXPENSAS COMUNES, CONDOMINIO, INDIVISIBILIDAD EN EL PAGO", JA, 1998-III-494; COSSARI, NELSON, "EL CRÉDITO POR EXPENSAS COMUNES EN LA PROPIEDAD HORIZONTAL", SJA, 11/8/2010; FLAH, LILY, "LAS RELACIONES DE VECINDAD EN EL RÉGIMEN DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL", RDPyC, 2002-2-163; GABAS, ALBERTO, JUICIO DE EXPENSAS COMUNES; GURFINKEL DE WENDY, LILIAN, "¿LA MORA EN EL PAGO DE LAS EXPENSAS COMUNES IMPIDE ACCIONAR CONTRA EL CONSORCIO DE PROPIETARIOS?

'94, JA, 2005-III-726 - SJA, 21/9/2005; HIGHTON, ELENA, PROPIEDAD HORIZONTAL Y PREHORIZONTALIDAD, BUENOS AIRES, HAMMURABI, 2000; F47LAQUIS, MANUEL, "LOS SERVICIOS COMUNES Y LA OBLIGACIÓN POR LAS EXPENSAS DE LOS PROPIETARIOS DE LOCALES. FUNCIÓN DEL USO", LA LEY, 1975-B, 83; MOLINA QUIROGA, EDUARDO, "COBRO DE EXPENSAS COMUNES CUANDO SE HA VENDIDO LA UNIDAD SOMETIDA AL RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL", LA LEY, 1996-A, 458; REYES, RAFAEL H., "NOTAS SOBRE RESPONSABILIDAD EN EL CONSORCIO", JA, 2001-IV-882; KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA, RDPyC, 2002-2- 313; ROSEMBROCK LAMBOIS, JAVIER - MENDELEWICZ, JOSÉ D., "LAS DEUDAS DEL CONSORCIO ¿QUIÉN LAS PAGA? LA RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA DE LOS COPROPIETARIOS", JA, 2003-IV-817.

***

ART. 2045.— FACULTADES. CADA PROPIETARIO PUEDE, SIN NECESIDAD DE CONSENTIMIENTO DE LOS DEMÁS, ENAJENAR LA UNIDAD FUNCIONAL QUE LE PERTENECE, O SOBRE ELLA CONSTITUIR DERECHOS REALES O PERSONALES. LA CONSTITUCIÓN, TRANSMISIÓN O EXTINCIÓN DE UN DERECHO REAL, GRAVAMEN O EMBARGO SOBRE LA UNIDAD FUNCIONAL, COMPRENDE A LAS COSAS Y PARTES COMUNES Y A LA UNIDAD COMPLEMENTARIA, Y NO PUEDE REALIZARSE SEPARADAMENTE DE ÉSTAS.

1. RELACIÓN CON LA LEY 13.512. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

EL CARÁCTER DE DUEÑO EXCLUSIVO DEL PISO O DEPARTAMENTO QUE LE ASIGNA A CADA TITULAR DEL DERECHO DE PROPIEDAD HORIZONTAL EL ART. 2° LEY 13.512, PARECIERA EQUIPARARLO AL DOMINIO EN CUANTO AL CONTENIDO Y EXTENSIÓN DE SUS FACULTADES.

LA FACULTAD DE DISPOSICIÓN JURÍDICA DE LA UNIDAD FUNCIONAL —A DIFERENCIA DE LA POSIBILIDAD DE DISPOSICIÓN MATERIAL— EN MUY AMPLIA Y TAN EXTENSA COMO EN EL DERECHO REAL DE DOMINIO. DE ESA FORMA EL TITULAR DEL DERECHO DE PROPIEDAD HORIZONTAL PUEDE VENDER, DONAR, DAR EN PAGO, PERMUTAR, CONSTITUIR DERECHOS REALES DESMEMBRADOS (USUFRUCTO, HABITACIÓN) O DERECHOS REALES DE GARANTÍA (HIPOTECA, ANTICRESIS).

FUENTES: PROYECTO DE CÓDIGO UNIFICADO DE 1998, ART. 1982.

II. COMENTARIO

EN ESTE ASPECTO, EL ARTÍCULO BAJO COMENTARIO NO CONTIENE INNOVACIÓN ALGUNA RESPECTO DEL RÉGIMEN ANTERIORMENTE VIGENTE AL CONCEDER AL TITULAR DEL DERECHO DE PROPIEDAD HORIZONTAL AMPLIAS FACULTADES DE DISPOSICIÓN JURÍDICA RESPECTO DE SU UNIDAD FUNCIONAL, CON LA ACLARACIÓN (TAL COMO LO HACÍA EL ART. 3°, LEY 13.512) QUE EN EL ACTO DE DISPOSICIÓN QUE SE REALICE QUEDAN COMPRENDIDAS LAS UNIDADES COMPLEMENTARIAS, SI EXISTIERAN, Y LAS COSAS Y PARTES COMUNES.

CABE RECORDAR QUE EL DERECHO REAL DE PROPIEDAD HORIZONTAL CONTIENE EN SU OBJETO NO SÓLO EL PISO O DEPARTAMENTO SINO TAMBIÉN UNA PARTE IDEAL SOBRE LOS BIENES COMUNES, POR ELLO, CUANDO SE DISPONE JURÍDICAMENTE DE LA UNIDAD FUNCIONAL, CONJUNTAMENTE SE TRANSFIERE EL DERECHO SOBRE LAS PARTES COMUNES, QUE FORMAN UN TODO INESCINDIBLE.

EL SUCESOR SINGULAR, AL ADQUIRIR EL DERECHO REAL, ADHIERE AL REGLAMENTO DE COPROPIEDAD Y ADMINISTRACIÓN INCORPORÁNDOSE AL SISTEMA CONSORCIAL Y QUEDANDO OBLIGADO, POR TANTO, AL CUMPLIMIENTO DE TODAS LAS NORMAS LEGALES Y REGLAMENTARIAS QUE LO RIGEN.

ART. 2046.—CH OBLIGACIONES. EL PROPIETARIO ESTÁ OBLIGADO A:

A) CUMPLIR CON LAS DISPOSICIONES DEL REGLAMENTO DE PROPIEDAD HORIZONTAL, Y DEL REGLAMENTO INTERNO, SI LO HAY;

B) CONSERVAR EN BUEN ESTADO SU UNIDAD FUNCIONAL;

C) PAGAR EXPENSAS COMUNES ORDINARIAS Y EXTRAORDINARIAS EN LA PROPORCIÓN DE SU PARTE INDIVISA;

D) CONTRIBUIR A LA INTEGRACIÓN DEL FONDO DE RESERVA, SI LO HAY;

E) PERMITIR EL ACCESO A SU UNIDAD FUNCIONAL PARA REALIZAR REPARACIONES DE COSAS Y PARTES COMUNES Y DE BIENES DEL CONSORCIO, COMO ASIMISMO PARA VERIFICAR EL FUNCIONAMIENTO DE COCINAS, CALEFONES, ESTUFAS Y OTRAS COSAS RIESGOSAS O PARA CONTROLAR LOS TRABAJOS DE SU INSTALACIÓN;

F) NOTIFICAR FEHACIENTEMENTE AL ADMINISTRADOR SU DOMICILIO ESPECIAL SI OPTA POR CONSTITUIR UNO DIFERENTE DEL DE LA UNIDAD FUNCIONAL.

1. RELACIÓN CON LA LEY 13.512. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

UNA DE LAS NOTAS SOBRESALIENTES DEL DERECHO DE PROPIEDAD HORIZONTAL RESPECTO DE LOS DEMÁS DERECHOS REALES ENUMERADOS EN EL CÓDIGO, ES QUE JUNTAMENTE CON SU ADQUISICIÓN, EL TITULAR QUEDA OBLIGADO AL CUMPLIMIENTO DE CIERTAS OBLIGACIONES Y, ENTRE ELLAS, AL PAGO DE LOS GASTOS DE CONSERVACIÓN Y REPARACIÓN DEL INMUEBLE COMÚN. ES DECIR: LA ADQUISICIÓN DEL DERECHO REAL QUE IMPLICA FACULTAD, SEÑORÍO DEL SUJETO RESPECTO DE LA COSA U OBJETO DE SU DERECHO, HACE SURGIR TAMBIÉN PARA EL TITULAR UNA OBLIGACIÓN PERSONAL.

ELLO ASÍ PORQUE LA LEY Y EL REGLAMENTO DE PROPIEDAD HORIZONTAL DICTADO DE CONFORMIDAD CON LAS PAUTAS LEGALES, HACEN SURGIR UN PLEXO DE RELACIONES PERSONALES QUE SE ENTRECRUZAN CON EL DERECHO REAL Y LO CONFORMAN (CONF. ART. 2038).

LA LEY 13.512 CONTENÍA OBLIGACIONES A CARGO DE LOS PROPIETARIOS EN LOS ARTS. 5° Y 8°. TALES OBLIGACIONES SE COMPLETAN CON NORMAS LOCALES DE CARÁCTER PROVINCIAL O MUNICIPAL Y DISPOSICIONES PROCESALES.

FUENTE: PROYECTO DE CÓDIGO UNIFICADO DE 1998, ART. 1987.

II. COMENTARIO

EN ESTE CAPÍTULO SE ORDENAN Y SINTETIZAN ADECUADAMENTE LAS OBLIGACIONES Y PROHIBICIONES QUE RECAEN SOBRE LOS TITULARES DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL, RECOPILANDO NORMAS Y CONCEPTOS DISEMINADOS EN NORMATIVAS VARIADAS.

EN PRIMER LUGAR HAY QUE HACER NOTAR QUE SERÍA IMPOSIBLE EN UNA NORMA DE FONDO COMO ES EL CÓDIGO PUNTUALIZAR TODAS LAS OBLIGACIONES QUE DEVIENEN DE LA VIDA CONSORCIAL, DE ALLÍ QUE EL PRIMER INCISO ENUNCIA UNA REGLA GENERAL: CUMPLIR LAS DISPOSICIONES DEL REGLAMENTO DE PROPIEDAD HORIZONTAL Y DEL REGLAMENTO INTERNO. SERÁN ELLOS LOS QUE, SIGUIENDO LOS LINEAMIENTOS LEGALES, ESTABLEZCAN LAS OBLIGACIONES Y PROHIBICIONES QUE SE ADECUEN AL EDIFICIO Y AL TIPO DE SERVICIOS Y ELEMENTOS COMUNES CON QUE ESTÉ EQUIPADO.

1. CONSERVACIÓN DE LA UNIDAD FUNCIONAL

EN PRINCIPIO, LA CONSERVACIÓN DEL PISO O DEPARTAMENTO NO CONSTITUYE UNA OBLIGACIÓN EXIGIBLE, SINO QUE SU TITULAR LLEVARÁ A CABO DICHOS ACTOS EN LA MEDIDA DE SUS GUSTOS PERSONALES Y SUS POSIBILIDADES ECONÓMICAS. SIN EMBARGO, SI LA FALTA DE MANTENIMIENTO DE ALGUNA DE LAS PARTES PRIVATIVAS OCASIONA DAÑOS EN OTROS DEPARTAMENTOS O EN PARTES COMUNES, AQUÉL PODRÁ SER INTIMADO PARA PROCEDER A SU REALIZACIÓN Y DEMANDADO POR LOS PERJUICIOS QUE HUBIERA CAUSADO.

POR APLICACIÓN DE LAS NORMAS QUE RIGEN EN MATERIA47 DE RESPONSABILIDAD POR DAÑOS, SI UN PROPIETARIO INSTALÓ EN UN PATIO COMÚN DE USO EXCLUSIVO CANTEROS DE PLANTAS QUE PROVOCARON FILTRACIONES DE HUMEDAD QUE DAÑARON LA UNIDAD VECINA, ESTÁ OBLIGADO A INDEMNIZAR (CNCIV., SALA B, 13/3/1968, ED, 26-103).

2. PAGO DE EXPENSAS

TANTO EN EL CASO DE GASTOS ORDINARIOS QUE REALIZA EL ADMINISTRADOR PARA EL MANTENIMIENTO DE LAS COSAS COMUNES, COMO DE AQUELLOS OTROS QUE REQUIEREN DE LA APROBACIÓN DE LA ASAMBLEA PARA LA REALIZACIÓN DE OBRAS NUEVAS, INNOVACIONES O MEJORAS EFECTUADAS EN DICHOS BIENES, AMBOS INTEGRAN EL CONCEPTO DE EXPENSAS COMUNES, DEBIENDO EN CONSECUENCIA SER SOPORTADAS POR LOS PROPIETARIOS EN PROPORCIÓN DE SU PARTE INDIVISA O EL QUE ESTABLEZCA EL REGLAMENTO DE PROPIEDAD AL RESPECTO.

ESA CONTRIBUCIÓN AL PAGO DE LOS GASTOS COMUNES ES PRIMORDIAL EN LA VIDA DEL CONSORCIO YA QUE SE TRATA DE UNA OBLIGACIÓN DE CUMPLIMIENTO INELUDIBLE POR PARTE DE LOS DUEÑOS A FIN DE MANTENER EL FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA EN SUS DIVERSAS FASES.

EL CONCEPTO DE EXPENSAS COMO OBLIGACIÓN INEXCUSABLE EN EL RÉGIMEN DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL SE TRADUCE EN EL RECONOCIMIENTO DE PRIVILEGIO PARA SU COBRO, EN LA IMPOSIBILIDAD DE LIBERARSE DE SU PAGO HACIENDO USO DEL DERECHO DE ABANDONO, EN LA ACEPTACIÓN DE TASAS DE INTERÉS MÁS ALTAS EN CASO DE MORA, EN LA ESTRICTEZ CON QUE SE JUZGAN LAS EXCEPCIONES EN EL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN.

3. CONTROL DEL ADMINISTRADOR317

LOS INCS. E) Y F) TIENDEN A FACILITAR LA TAREA DE CONTROL QUE DEBE LLEVAR A CABO EL ADMINISTRADOR; EN EL PRIMER CASO INSPECCIONANDO LAS COSAS Y PARTES COMUNES, YA FUERA PORQUE NECESITAN REPARACIÓN O, PORQUE HABIENDO SIDO REPARADAS DEBE CONSTATARSE EL TRABAJO REALIZADO; EN EL SEGUNDO PARA CUMPLIR CON NORMAS LOCALES QUE IMPONEN AL ADMINISTRADOR LLEVAR UN LIBRO DE PROPIETARIOS CON TODOS LOS DATOS ACTUALIZADOS, LO CUAL SERVIRÁ EVENTUALMENTE, PARA EFECTUAR NOTIFICACIONES FEHACIENTES (ASAMBLEAS, INTIMACIONES).

4. RESPONSABILIDAD DE LOS PROPIETARIOS

EL CONSORCIO ES UNA PERSONA JURÍDICA (ART. 2044), POR LO TANTO DEBE RESPONDER CON SU PATRIMONIO POR LAS DEUDAS GENERADAS POR LA GESTIÓN DEL ADMINISTRADOR EN CUMPLIMIENTO DE SUS FACULTADES; SÓLO EN CASO QUE ÉSTE RESULTE INSUFICIENTE CABE ANALIZAR LA RESPONSABILIDAD QUE LES CABE A LOS PROPIETARIOS.

SE HA SOSTENIDO QUE LOS CONSORCISTAS SON SUBSIDIARIAMENTE RESPONSABLES EN CASO DE INSOLVENCIA DEL CONSORCIO O INSUFICIENCIA DE SU ACTIVO. PARA FUNDAMENTAR TAL POSICIÓN SE HACE APLICACIÓN ANALÓGICA DE LA NORMATIVA QUE RIGE EN MATERIA SOCIETARIA (ARTS. 22 Y 24 DE LA LEY 19.550, SUSTITUIDOS POR EL NUEVO CÓDIGO).

TAMBIÉN SE MANTIENE LA TESIS QUE ÉSTA ES SUBSIDIARIA Y ACCESORIA, AL IGUAL QUE LA DE LOS SOCIOS, PUES RESPONDEN A LA MANERA DE LOS FIADORES, TIENEN DERECHO A SER OÍDOS Y, POR LO TANTO DEBE DÁRSELES TRASLADO DE LA SENTENCIA POR UN PLAZO DETERMINADO PARA QUE OPONGAN SUS DEFENSAS (REYES).

PARTIENDO DE LA RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA DE LOS CONSORCISTAS, COMO LO HACE GRAN PARTE DE LA DOCTRINA (HIGHTON, KEMELMAJER, AREÁN, GURFINKEL DE WENDY) NO SE PODRÁ EJECUTAR EL PATRIMONIO DE ÉSTOS EN FORMA DIRECTA, SINO QUE PREVIAMENTE SE DEBERÁ PROCEDER A LA EXCUSIÓN DE LOS BIENES DEL CONSOR-

CIO, EXTREMO QUE DEBERÁ QUEDAR ACREDITADO EN EL EXPEDIENTE Y QUE DEBERÍA SER CUIDADOSAMENTE MERITUADO POR EL JUEZ DE LA CAUSA EN FORMA PREVIA A DECRETAR EL EMBARGO DE BIENES DE LOS PROPIETARIOS.

EN CUANTO AL ASPECTO PROCESAL, NO ES NECESARIO DEMANDAR CONJUNTAMENTE AL CONSORCIO Y A LOS CONSORCISTAS, SINO QUE LA SENTENCIA CONDENATORIA QUE SE DICTE SERÁ OPONIBLE A ESTOS ÚLTIMOS, QUIENES PODRÁN ARTICULAR LAS DEFENSAS QUE TENÍA LA SOCIEDAD Y LAS SUYAS PERSONALES (HIGHTON).

A PESAR QUE EL NUEVO TEXTO NO CONTIENE UNA NORMA CONCRETA AL RESPECTO, RESULTAN DE PLENA APLICACIÓN LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA A LA QUE NOS REFERIMOS.

III. JURISPRUDENCIA

1. LA ESPECIAL NATURALEZA DEL CONSORCIO DE PROPIETARIOS, CUYO ÚNICO PATRIMONIO ES EL RESULTADO DE LA RECAUDACIÓN DE LAS EXPENSAS COMUNES Y EVENTUALMENTE DEL FONDO DE RESERVA Y LA CIRCUNSTANCIA QUE CON ESE PATRIMONIO DEBA HACER FRENTE A UNA SERIE DE EROGACIONES QUE DE NO REALIZARSE PROVOCARÍAN EL COLAPSO DEL SISTEMA, REVISTE DE TRASCENDENTAL IMPORTANCIA EL COBRO DE LAS EXPENSAS PARA LA VIDA DEL CONSORCIO, LO QUE HA PERMITIDO ASIMILAR ESAS OBLIGACIONES A LAS DE NATURALEZA ALIMENTARIA Y DECLARAR QUE NO REGÍA PARA ELLAS LA SUSPENSIÓN DE EJECUCIONES DISPUESTA EN EL ART. 16 DE LA LEY 25.563 (CNCIV., SALA K, 13/8/2002, DJ, 2002-3-473).

2. LOS CONSORCISTAS TIENEN RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA POR LOS DAÑOS CAUSADOS A TERCEROS POR LAS COSAS COMUNES. SI BIEN LOS CONSORCISTAS NO RESPONDEN MANCOMUNADAMENTE CON EL CONSORCIO POR LOS DÉBITOS QUE ASUMIERA, PUESTO QUE LA RESPONSABILIDAD ES SUBSIDIARIA, Y EN TAL MEDIDA NO CABE QUE SE LOS DEMANDE CONJUNTAMENTE; EJECUTADO QUE SEA EL CONSORCIO Y EXCUTIDOS SUS BIENES, SE ABRE PASO A LA AGRESIÓN DEL PATRIMONIO DE LOS CONSORTES, Y ACASO SEA AJUSTADO A DERECHO Y RAZONABLE SOSTENER QUE LA SENTENCIA CONTRA EL CONSORCIO TIENE FUERZA DE COSA JUZGADA CONTRA LOS CONSORCISTAS.

3. LA SENTENCIA PRONUNCIADA CONTRA EL CONSORCIO TIENE FUERZA DE COSA JUZGADA —EFICACIA, EXPANSIÓN U OPONIBILIDAD— CONTRA LOS CONSORCISTAS, SIN QUE CORRESPONDA, O QUEPA, DEMANDARLOS SEPARADA O JUNTAMENTE CON EL PRIMERO; COMPROBADA LA CARENCIA O INSUFICIENCIA DE BIENES DEL CONSORCIO DE PROPIETARIOS PARA RESPONDER POR LA DEUDA DAÑOS Y PERJUICIOS, SE JUSTIFICA Y QUEDA HABILITADA LA PRETENSIÓN DE LA PARTE ACTORA CONTRA LOS CONSORCISTAS POR RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA POR EL COBRO DE LA PARTE PROPORCIONAL DE LA DEUDA EN MÉRITO AL VALOR DE CADA UNIDAD, SIENDO EL FUNDAMENTO DE TAL RESPONSABILIDAD QUE EL CONSORCIO DE PROPIETARIOS ES UNA PERSONA JURÍDICA IDEAL DIVERSA A LOS CONSORCISTAS, AUN CUANDO ESA RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA RESULTE EXIGIBLE EN LA MEDIDA EN QUE SE COMPRUEBE LA INCAPACIDAD PATRIMONIAL DEL CONSORCIO PARA AFRONTAR LA DEUDA COMÚN (CS TUCUMÁN, SALA CIV. Y PENAL, 12/3/2009, LEXIS N° 1/70052225-1-2-3-4).

ART. 2047.— PROHIBICIONES. ESTÁ PROHIBIDO A LOS PROPIETARIOS Y OCUPANTES:

A) DESTINAR LAS UNIDADES FUNCIONALES A USOS CONTRARIOS A LA MORAL O A FINES DISTINTOS A LOS PREVISTOS EN EL REGLAMENTO DE PROPIEDAD HORIZONTAL;

B) PERTURBAR LA TRANQUILIDAD DE LOS DEMÁS DE CUALQUIER MANERA QUE EXCEDA LA NORMAL TOLERANCIA;

C) EJERCER ACTIVIDADES QUE COMPROMETAN LA SEGURIDAD DEL INMUEBLE;

D) DEPOSITAR COSAS PELIGROSAS O PERJUDICIALES.

I. RELACIÓN CON LA LEY 13.512. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

EN CONSONANCIA CON EL ART. 2618 DEL CÓDIGO ANTERIOR, EL ART. 6°, INC. B), LEY 13.512 PROHIBÍA A LOS PROPIETARIOS PERTURBAR CON RUIDOS O DE CUALQUIER OTRA MANERA LA TRANQUILIDAD DE LOS VECINOS, COMPRENDIÉNDOSE: HUMO, CALOR, OLORES, LUMINOSIDAD, RUIDOS, VIBRACIONES O DAÑOS SIMILARES, TENIENDO EN CUENTA QUE LA ENUMERACIÓN ES SÓLO ENUNCIATIVA.

POR SU PARTE, EL INC. A), ART. 6°, LEY 13.512 IMPEDÍA A LOS PROPIETARIOS Y OCUPANTES DE LOS DEPARTAMENTOS O PISOS DESTINARLOS A FINES DISTINTOS DE LOS PREVISTOS EN EL REGLAMENTO DE COPROPIEDAD Y ADMINISTRACIÓN. DADO QUE EL REGLAMENTO ES LEY PARA LOS CONSORCISTAS QUE A ÉL HAN ADHERIDO AL MOMENTO DE ADQUIRIR EL DERECHO REAL DE PROPIEDAD HORIZONTAL, Y EN DICHO ESTATUTO QUEDA FIJADO EL DESTINO DE LAS UNIDADES FUNCIONALES, MODIFICARLO UNILATERALMENTE IMPLICA LA VIOLACIÓN DEL REGLAMENTO QUE, COMO TAL, DEBE SER SANCIONADA.

FUENTES: PROYECTO DE CÓDIGO UNIFICADO DE 1998, ART. 1988.

II. COMENTARIOS

EL NUEVO TEXTO MANTIENE LAS PROHIBICIONES YA EXISTENTES EN EL RÉGIMEN DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL, PERO MEJOR SISTEMATIZADAS.

POR OTRA PARTE, ESAS PROHIBICIONES NO SÓLO ALCANZAN A LOS PROPIETARIOS, SINO TAMBIÉN A LOS OCUPANTES DE LAS UNIDADES FUNCIONALES.

1. DESTINO

EL USO DE LAS UNIDADES FUNCIONALES Y COMPLEMENTARIAS, SI LAS HUBIERA, NO SÓLO ESTÁ LIMITADO POR RAZONES DE VECINDAD Y POR EL DESTINO QUE LES FIJA EL REGLAMENTO DE COPROPIEDAD, SINO QUE EL MISMO ART. 2047, INC. A) ESTABLECE UN MARCO RESTRICTIVO MÁS AMPLIO Y GENERAL: LA MORAL.

ENTENDEMOS QUE ESTE LÍMITE AL DERECHO DE USAR, NO SÓLO DE LAS PARTES PRIVATIVAS SINO DE TODO EL EDIFICIO, NO ES SÓLO APLICABLE A LOS PROPIETARIOS SINO EN PRIMER TÉRMINO AL REGLAMENTO MISMO. EN EFECTO, A PESAR DE LA AMPLIA LIBERTAD QUE LE CONFIERE SU NATURALEZA CONTRACTUAL, EL REGLAMENTO DE COPROPIEDAD DEBE FIJAR UN DESTINO LÍCITO PARA LAS DISTINTAS PARTES DEL INMUEBLE QUE A SU VEZ NO RESULTE VIOLATORIO DE LA LEY.

¿PODRÍA EL REGLAMENTO NO FIJAR EL DESTINO DE LAS PARTES PRIVATIVAS? ENTENDEMOS QUE NO PUESTO QUE EL ART. 2056 ESTABLECE QUE EL REGLAMENTO DE PROPIEDAD HORIZONTAL "HDEBE CONTENER...J) DESTINO DE LAS UNIDADES FUNCIO-

NALES"; POR ELLO TODO REGLAMENTO DEBE CONTENER UNA CLÁUSULA QUE ESPECÍFICAMENTE ESTABLEZCA EL USO QUE SE DARÁ A LAS PARTES PRIVATIVAS: VIVIENDA, OFICINAS, CONSULTORIOS, GARAJE, LOCAL PARA NEGOCIO, ETC., RESULTANDO POSIBLE QUE EN UN MISMO EDIFICIO COEXISTAN UNIDADES CON DISTINTOS DESTINOS.

2. NORMAL TOLERANCIA

EN EL SUPUESTO DEL INC. B) DE LA NORMA BAJO ANÁLISIS ES PRECISO RECURRIR A LA NOCIÓN DE LA NORMAL TOLERANCIA (ELABORADA POR LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA) Y PRECISAR CUÁNDO LAS MOLESTIAS LA EXCEDEN, APREHENDIÉNDOLA CON UN CRITERIO OBJETIVO DE RAZONABILIDAD QUE COMPUTE LAS CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR SEVERIDAD QUE RODEAN LA PROPIEDAD HORIZONTAL (FLAH).

3. ACTIVIDADES PELIGROSAS

LOS INCS. C) Y D) DEL ARTÍCULO QUE VENIMOS ANALIZANDO, EN EL MISMO SENTIDO QUE EL ART. 6°, LEY 13.512, ESTABLECEN LIMITACIONES AL USO DE LAS PARTES PRIVATIVAS, FIJANDO LA PROHIBICIÓN DE EJERCER ACTIVIDADES QUE COMPROMETAN LA SEGURIDAD DEL INMUEBLE O EL DEPÓSITO DE MERCADERÍAS PELIGROSAS O PERJUDICIALES PARA EL EDIFICIO.

LOS CRITERIOS DE PELIGROSIDAD, ASÍ COMO LOS DE MORAL, SON VARIABLES SEGÚN LAS ÉPOCAS Y LOS LUGARES Y RESPONDEN MÁS QUE A CRITERIOS DE RAZONABILIDAD QUE A CONCEPTOS JURÍDICOS.

III. JURISPRUDENCIA

1. NADA OBSTA A QUE EN UN EDIFICIO CUYAS UNIDADES FUNCIONALES FUERON PREVISTAS CON DESTINO DE VIVIENDA SE RESUELVA ADMITIR REGLAMENTARIAMENTE QUE EN ELLAS SE DESARROLLEN DETERMINADAS ACTIVIDADES PROFESIONALES, RESULTANDO INNECESARIO CUALQUIER TIPO DE MENCIÓN QUE EXPRESAMENTE PROHÍBA UN DESTINO DIFERENTE (CNCIV. SALA H, 27/6/2008, LEXIS N° 1/70046982-1).

2. LAS REGLAS DE VECINDAD HAN SIDO EXTREMADAMENTE AFINADAS EN EL RÉGIMEN DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL, REQUIRIENDO UN COMPORTAMIENTO MUCHO MÁS CIRCUNSPECTO Y MÁS RESPETUOSO DEL DERECHO, DE LA TRANQUILIDAD Y DEL BIENESTAR DEL PRÓJIMO. LAS RESTRICCIONES Y LÍMITES AL DOMINIO ESTABLECIDOS POR LA LEY 13.512 Y LOS REGLAMENTOS RESPECTIVOS DESEMPEÑAN UN PAPEL FUNDAMENTAL EN EL RÉGIMEN DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL Y DEBEN SER ESTRICTAMENTE OBSERVADOS, TODA VEZ QUE SU ACATAMIENTO POR LOS COPROPIETARIOS ES CONDICIÓN ESENCIAL PARA ASEGURAR EL BUEN FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA (CNCIV., SALA F, 7/10/1996, LA LEY, 1997-E, 495; CNCIV., SALA M, 25/11/1997, LA LEY, 1998-B, 450; ENTRE OTROS).

ART. 2048.— GASTOS Y CONTRIBUCIONES. CADA PROPIETARIO DEBE ATENDER LOS GASTOS DE CONSERVACIÓN Y REPARACIÓN DE SU PROPIA UNIDAD FUNCIONAL.

ASIMISMO, DEBE PAGAR LAS EXPENSAS COMUNES ORDINARIAS DE ADMINISTRACIÓN Y REPARACIÓN O SUSTITUCIÓN DE LAS COSAS Y PARTES COMUNES O BIENES DEL CONSORCIO, NECESARIAS PARA MANTENER EN BUEN ESTADO LAS CONDICIONES DE SEGURIDAD, COMODIDAD Y DECORO DEL INMUEBLE Y LAS RESULTANTES DE LAS OBLIGACIONES IMPUESTAS AL ADMINISTRADOR POR LA LEY, POR EL REGLAMENTO O POR LA ASAMBLEA.

IGUALMENTE SON EXPENSAS COMUNES ORDINARIAS LAS REQUERIDAS POR LAS INSTALACIONES NECESARIAS PARA EL ACCESO O CIRCULACIÓN DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD, FIJAS O MÓVILES, Y PARA LAS VÍAS DE EVACUACIÓN ALTERNATIVAS PARA CASOS DE SINIESTROS.

DEBE TAMBIÉN PAGAR LAS EXPENSAS COMUNES EXTRAORDINARIAS DISPUESTAS POR RESOLUCIÓN DE LA ASAMBLEA.

EL CERTIFICADO DE DEUDA EXPEDIDO POR EL ADMINISTRADOR Y APROBADO POR EL CONSEJO DE PROPIETARIOS, SI ÉSTE EXISTE, ES TÍTULO EJECUTIVO PARA EL COBRO A LOS PROPIETARIOS DE LAS EXPENSAS Y DEMÁS CONTRIBUCIONES.

I. RELACIÓOCHN CON LA LEY 13.512. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

LA LEY 13.512 CONSIGNABA EN ARTÍCULOS SEPARADOS LA OBLIGACIÓN DE MANTENER Y CONSERVAR LAS PARTES PROPIAS (ART. 5°) Y LA DE CONTRIBUIR A LA ADMINISTRACIÓN Y REPARACIÓN DE LAS PARTES COMUNES (ARTS. 8° Y 11).

EL TERCER PÁRRAFO, ART. 8°, LEY 13.512 PREVEÍA EL SUPUESTO DE GASTOS REALIZADOS POR UNO O ALGUNOS PROPIETARIOS, ORIGINADOS EN TRABAJOS DE REPARACIÓN O CONSERVACIÓN DE BIENES COMUNES O EN REPARACIONES URGENTES; DICHO SUPUESTO HA SIDO RECEPTADO EN EL CÓDIGO ACTUAL BAJO EL RUBRO DE REPARACIONES URGENTES (ART. 2054).

FUENTES: PROYECTO DE CÓDIGO UNIFICADO DE 1998, ARTS. 1987 Y 1992.

II. COMENTARIO

EL ART. 2048 CONTIENE EN UNA SOLA NORMA LA OBLIGACIÓN DE MANTENER Y CONSERVAR TANTO LA PROPIA UNIDAD FUNCIONAL COMO LAS PARTES COMUNES DEL EDIFICIO Y AGREGA: "BIENES DEL CONSORCIO".

CON RESPECTO A LA CONSERVACIÓN DE LA UNIDAD FUNCIONAL, REMITIMOS AL COMENTARIO AL ART. 2046.

ípar1. EXPENSAS COMUNES

LOS GASTOS QUE SE REALICEN CON LA FINALIDAD DE ADMINISTRAR, CONSERVAR, REPARAR O MEJORAR LAS PARTES COMUNES DEL EDIFICIO QUEDAN INCLUIDOS EN EL RUBRO EXPENSAS COMUNES, INDEPENDIENTEMENTE DE QUIEN EFECTÚE LAS EROGACIONES, EL TRÁMITE QUE REQUIERAN PARA SU APROBACIÓN Y LA POSIBILIDAD DE IMPUGNACIÓN QUE MEREZCAN. EN ESTE SENTIDO, EL ART. 2046, YA ANALIZADO, FIJA LA OBLIGACIÓN A CARGO DE TODOS LOS PROPIETARIOS DE PARTICIPAR, EN PROPORCIÓN DE SU PARTE INDIVISA, DE LAS EXPENSAS DE ADMINISTRACIÓN Y REPARACIÓN DE LAS

PARTES Y BIENES COMUNES DEL EDIFICIO, FUERAN ÉSTAS ORDINARIAS O EXTRAORDINARIAS.

CABE ADELANTAR QUE EL REGLAMENTO DE PROPIEDAD HORIZONTAL DEBERÁ FIJAR, POR IMPONERLO EXPRESAMENTE EL ART. 2056, INC. G), LA PROPORCIÓN EN EL PAGO DE LAS EXPENSAS COMUNES.

2. EXPENSAS ORDINARIAS

EL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO BAJO ANÁLISIS INCLUYE GASTOS NECESARIOS PARA LA CONSERVACIÓN DEL EDIFICIO QUE, EN CONSECUENCIA, NO REQUIEREN APROBACIÓN PREVIA POR LA ASAMBLEA; SON EFECTUADOS Y LIQUIDADOS POR EL ADMINISTRADOR DE CONFORMIDAD CON LAS PAUTAS REGLAMENTARIAS.

LA NORMA NO ESPECIFICA QUE CONCEPTOS SE INCLUYEN ENTRE LAS DENOMINADAS EXPENSAS ORDINARIAS DE ADMINISTRACIÓN Y REPARACIÓN DE LAS PARTES Y BIENES COMUNES, HACIENDO SÓLO REFERENCIA PUNTUAL A LAS OBLIGACIONES IMPUESTAS AL ADMINISTRADOR EN CUMPLIMIENTO DE SUS FUNCIONES (SEGUROS DE INCENDIO, DE RESPONSABILIDAD CIVIL, DE ACCIDENTES DE TRABAJO, SEGUROS MÉDICOS, ETC.) Y A AQUELLAS NECESARIAS PARA INSTALAR VÍAS DE EVACUACIÓN Y DE ACCESO PARA PERSONAS CON DISCAPACIDAD. TAMBIÉN SE INCLUYEN AQUELLOS GASTOS EFECTUADOS POR EL ADMINISTRADOR EN CUMPLIMIENTO DE RESOLUCIONES EMANADAS DE LA ASAMBLEA DE PROPIETARIOS.

3. EXPENSAS EXTRAORDINARIAS

EL TERCER PÁRRAFO SE REFIERE A LA REALIZACIÓN DE GASTOS PROVENIENTES DE TRABAJOS QUE NO SON INDISPENSABLES PARA EL MANTENIMIENTO DEL CONJUNTO, PERO QUE TIENDEN A SU MEJORAMIENTO Y SERÁN O NO LLEVADOS A CABO SEGÚN LA DECISIÓN QUE AL RESPECTO HUBIERA TOMADO LA ASAMBLEA LLEVADA A CABO EN LEGAL FORMA.

POR TRATARSE DE GASTOS EXTRAORDINARIOS, QUE NO DEVIENEN DEL NORMAL DESENVOLVIMIENTO DE LA VIDA CONSORCIAL, DICHAS EROGACIONES SÓLO PUEDEN EFECTUARSE POR LA VOLUNTAD DE LOS PROPIETARIOS EXPRESADA EN ASAMBLEA. CABE ACLARAR QUE DENTRO DEL TÉRMINO EXPENSAS TAMBIÉN ESTÁN COMPRENDIDAS LAS EROGACIONES DEBIDAS A INNOVACIONES, ASÍ COMO LOS MONTOS QUE DEBA ABONAR EL CONSORCIO POR LOS DAÑOS DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS CAUSADOS POR LAS COSAS COMUNES CUYA CONSERVACIÓN LE INCUMBE, INDEMNIZACIONES POR DESPIDO, ENTRE OTROS.

ALGUNOS REGLAMENTOS SUELEN INCLUIR UNA ENUMERACIÓN DE GASTOS QUE SE CONSIDERAN COMUNES.

4. CERTIFICADO DE DEUDA

EL ART. 2048 NO PREVÉ UN PLAZO PARA EL PAGO DE LAS EXPENSAS COMUNES, COMO LO HACÍA EL PROYECTO DE 1998 (ART. 1990). EL REGLAMENTO DE PROPIEDAD HORIZONTAL, AL FIJAR EL TIEMPO Y FORMA DEL PAGO DE LAS EXPENSAS COMUNES, GENERALMENTE ESTABLECE LA CONSTITUCIÓN EN MORA DE PLENO DERECHO A LOS FINES DE QUE COMIENCEN A DEVENGARSE LOS INTERESES MORATORIOS O PUNITORIOS A FAVOR DEL CONSORCIO.

LA DEUDA LÍQUIDA EN CONCEPTO DE EXPENSAS COMUNES SURGE DEL CERTIFICADO EXPEDIDO POR EL ADMINISTRADOR (O QUIEN HAGA SUS VECES) Y SU EXIGIBILIDAD DEVIENE DE LAS PAUTAS ESTABLECIDAS EN EL REGLAMENTO DE PROPIEDAD EN CUANTO A PLAZO PARA EL PAGO Y MORA AUTOMÁTICA O PREVIA INTIMACIÓN, NO RESULTANDO INDISPENSABLE LA DISCRIMINACIÓN POR RUBROS TODA VEZ QUE POR TRATARSE DE UNA CRÉDITO EMERGENTE DEL FUNCIONAMIENTO DEL RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL, EL DEMANDADO TUVO A SU ALCANCE —COMO CONSORCISTA— LOS MEDIOS PARA SUPLIR EL DESCONOCIMIENTO QUE ALEGA RESPECTO DE LA COMPOSICIÓN DE LA DEUDA (CCIV. Y COM. AZUL, SALA II, 17/8/1999, LLBA, 2000-26).

LA DISPOSICIÓN HOY CONTENIDA EN EL 4º PÁRR. DEL ART. 2048 ES SIMILAR A LA DEL ART. 524, CPCCN, QUE HABILITA LA VÍA EJECUTIVA CON EL TÍTULO (CONSTANCIA DE DEUDA) EXPEDIDO POR EL ADMINISTRADOR.

SIN EMBARGO HAY QUE HACER NOTAR UNA INNOVACIÓN QUE INTRODUCE EL ÚLTIMO PÁRRAFO DEL ART. 2048 EN CUANTO DISPONE QUE EL CERTIFICADO DE DEUDA ES EXPEDIDO POR EL ADMINISTRADOR "Y APROBADO POR EL CONSEJO DE PROPIETARIOS, SI ÉSTE EXISTE". ESTE ÚLTIMO REQUISITO TIENDE A UN MAYOR CONTROL EN ESTE ASPECTO Y ESTÁ COMPRENDIDO ENTRE LAS FUNCIONES DEL CONSEJO DE PROPIETARIOS (ART. 2064, INC. B). CABE ACOTAR QUE EN EL RÉGIMEN DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL ESTABLECIDO EN EL NUEVO CÓDIGO, EL CONSEJO DE PROPIETARIOS ES UNO DE LOS ÓRGANOS NECESARIOS DEL CONSORCIO (ART. 2044) POR LO CUAL SIEMPRE DEBE EXISTIR.

III. JURISPRUDENCIA

1. EN CASO DE DUDA SOBRE LA CONDICIÓN DE TÍTULO EJECUTIVO DE LA QUE SE PRETENDE ESTÁ INVESTIDA LA DOCUMENTACIÓN ACOMPAÑADA A LA EJECUCIÓN, DEBE ENTENDERSE QUE EL TÍTULO ES HÁBIL, TODA VEZ QUE EL LEGISLADOR A TRAVÉS DE DISTINTAS NORMAS LEGALES BUSCA ASEGURAR EL ADECUADO FUNCIONAMIENTO DEL CONSORCIO, EL CUAL REQUIERE INELUDIBLEMENTE DEL PAGO OPORTUNO DE LAS EXPENSAS POR PARTE DE SUS INTEGRANTES (CAPEL. CIV. Y COM. SAN ISIDRO, SALA I, 3/10/1989, DJ, 1990-1-700).

2. NO EXISTE LEY QUE AUTORICE A LOS CONSORCISTAS A SUSTRAERSE AL PAGO DE LOS GASTOS COMUNES COMO ACTITUD DE RESISTENCIA ANTE LO QUE PUDIERA SER, AÚN UN ATROPELLO DE LA ADMINISTRACIÓN DE QUERER COBRAR GASTOS EXTRAORDINARIOS NI SIQUIERA CUANDO NO FUERAN APROBADOS EN FORMA REGLAMENTARIA, PUES ELLO LLEVARÍA A LA ANARQUÍA Y A LA DISOLUCIÓN DEL FUNCIONAMIENTO ARMÓNICO DEL EDIFICIO (CNCIV. SALA D, 30/03/2010, LEXIS Nº 1/89102).

ART. 2049.— DEFENSAS. LOS PROPIETARIOS NO PUEDEN LIBERARSE DEL PAGO DE NINGUNA EXPENSA O CONTRIBUCIÓN A SU CARGO AUN CON RESPECTO A LAS DEVENGADAS ANTES DE SU ADQUISICIÓN, POR RENUNCIA AL USO Y GOCE DE LOS BIENES O SERVICIOS COMUNES, POR ENAJENACIÓN VOLUNTARIA O FORZOSA, NI POR ABANDONO DE SU UNIDAD FUNCIONAL.

TAMPOCO PUEDEN REHUSAR EL PAGO DE EXPENSAS O CONTRIBUCIONES NI OPONER DEFENSAS POR CUALQUIER

CAUSA, FUNDADAS EN DERECHOS QUE ELLOS INVOQUEN CONTRA EL CONSORCIO, EXCEPTO COMPENSACIÓN, SIN PERJUICIO DE SU ARTICULACIÓN POR LA VÍA CORRESPONDIENTE.

EL REGLAMENTO DE PROPIEDAD HORIZONTAL PUEDE EXIMIR PARCIALMENTE DE LAS CONTRIBUCIONES POR EXPENSAS A LAS UNIDADES FUNCIONALES QUE NO TIENEN ACCESO A DETERMINADOS SERVICIOS O SECTORES DEL EDIFICIO QUE GENERAN DICHAS EROGACIONES.

I. RELACIÓN CON LA LEY 13.512. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

EL ÚLTIMO PÁRRAFO DEL ART. 8°, LEY 13.512, DEDICADO A REGLAR LA OBLIGACIÓN DEL PAGO DE LAS EXPENSAS COMUNES, ESTABLECE QUE "NINGÚN PROPIETARIO PODRÁ LIBERARSE DE CONTRIBUIR A LAS EXPENSAS COMUNES POR RENUNCIA DEL USO Y GOCE DE LOS BIENES O SERVICIOS COMUNES, NI POR ABANDONO DEL PISO O DEPARTAMENTO QUE LE PERTENECE"47 , DISPOSICIÓN QUE ARMONIZA CON EL ART. 18 EN CUANTO DEROGA, A LOS EFECTOS DE ESTA LEY, EL ART. 2685 IN FINE DEL CÓD. CIVIL ANTES VIGENTE. SE INTRODUCE UNA REGLA SINGULAR OPUESTA AL PRINCIPIO SEGÚN EL CUAL EL CRÉDITO Y LA DEUDA PROPTER REM SE EXTINGUEN MEDIANTE EL ABANDONO DE LA COSA.

LAS DISPOSICIONES CITADAS SE MANTIENEN EN EL 1ER PÁRRAFO DE LA NORMA QUE COMENTAMOS.

FUENTES: PROYECTO DE CÓDIGO UNIFICADO DE 1998, ART. 1991.

II. COMENTARIO

ESTE ARTÍCULO CONTIENE, EN SUS TRES PÁRRAFOS, DIVERSAS CUESTIONES: LAS EXPENSAS DEVENGADAS ANTES DE LA ADQUISICIÓN DEL DERECHO REAL POR EL ACTUAL PROPIETARIO, LA POSIBILIDAD DE RENUNCIA AL USO Y GOCE DE LOS BIENES Y SERVICIOS COMUNES, LA FACULTAD DE ABANDONO DE LA UNIDAD FUNCIONAL, LAS DEFENSAS OPONIBLES AL CONSORCIO PARA REHUSAR EL PAGO DE EXPENSAS Y LA POSIBILIDAD QUE CIERTAS UNIDADES FUNCIONALES RESULTEN EXENTAS PARCIALMENTE DE SU PAGO.

1. EXPENSAS GENERADAS ANTES DE LA ADQUISICIÓN

EL TITULAR DEL DERECHO REAL DE PROPIEDAD HORIZONTAL ASUME LAS OBLIGACIONES INHERENTES AL SISTEMA EN EL MOMENTO QUE ADHIERE AL REGLAMENTO DE PROPIEDAD HORIZONTAL Y ESTO SUCEDE JUNTAMENTE CON LA SUSCRIPCIÓN DE LA ESCRITURA PÚBLICA QUE CONTIENE EL TÍTULO DE ADQUISICIÓN DEL DERECHO REAL; ES DECIR QUE LA OBLIGACIÓN DE PAGAR EXPENSAS SURGE, EN PRINCIPIO, A PARTIR DE ESE MOMENTO EN EL CUAL UNA PERSONA ASUME LA CALIDAD DE DUEÑO DE LA COSA Y DE DEUDOR DE LOS GASTOS COMUNES Y COMO TAL RESPONDE CON TODO SU PATRIMONIO.

CUANDO ESE DERECHO REAL ES TRANSMITIDO, EL NUEVO ADQUIRENTE TAMBIÉN ADHIERE AL REGLAMENTO DE COPROPIEDAD Y, EN LO PERSONAL, SE OBLIGA A PAGAR LAS EXPENSAS QUE SE DEVENGUEN EN EL FUTURO. EN CASO DE EXISTIR DEUDAS POR TAL CONCEPTO CORRESPONDIENTES A PERÍODOS ANTERIORES A ESA ADQUISICIÓN, NO PUEDE LIBERARSE DE SU PAGO, SEGÚN LO DISPONE EXPRESAMENTE EL ART. 2048.

2. ENAJENACIÓN FORZOSA

EN LA MEDIDA QUE EL PRODUCIDO DE LA SUBASTA RESULTE SUFICIENTE PARA CUBRIR LOS CRÉDITOS RECLAMADOS, LA SITUACIÓN JURÍDICA DEL ADQUIRENTE NO OFRECE DIFICULTADES: EL COMPRADOR RECIBE LA COSA LIBRE DE CARGAS Y/ O DEUDAS. EL PROBLEMA SE PLANTEA CUANDO LAS SUMAS OBTENIDAS, DESCONTADOS LOS GASTOS DE JUSTICIA, NO SON SUFICIENTES PARA CANCELAR LAS DEUDAS POR EXPENSAS COMUNES IMPAGAS.

LAS RESPUESTAS EMANADAS DE LA JURISPRUDENCIA NACIONAL PERFILARON DOS LÍNEAS OPUESTAS, LO CUAL MOTIVÓ LA CONVOCATORIA A PLENARIO Y EL DICTADO DEL FALLO RECAÍDO EN LA CAUSA "SERVICIOS EFICIENTES S. A. C. YABRA, ROBERTO". EL VOTO DE LA MAYORÍA RECEPTA AQUELLA CORRIENTE DOCTRINARIA Y JURISPRUDENCIAL SEGÚN LA CUAL LA DEUDA POR EXPENSAS SIGUE AL INMUEBLE AÚN EN EL CASO DE SUBASTA, DE ELLO SE SIGUE QUE EL ADQUIRENTE EN REMATE DEBE RESPONDER POR DICHA DEUDA SI EL PRECIO DE VENTA DE LA COSA RESULTA INSUFICIENTE.

ESA ES PRECISAMENTE LA POSTURA QUE RECEPTA EL ART. 2049 CUANDO PONE EN CABEZA DEL PROPIETARIO LA OBLIGACIÓN DE PAGAR EXPENSAS COMUNES DEVENGADAS ANTES DE SU ADQUISICIÓN, ORIGINADA EN UNA ENAJENACIÓN FORZOSA (SUBASTA JUDICIAL).

3. IMPOSIBILIDAD DE ABANDONO

EL PROPIETARIO OBLIGADO AL PAGO DE LAS EXPENSAS COMUNES NO SE LIBERA MEDIANTE EL ABANDONO, ELLO IMPLICA QUE AUNQUE TÉCNICAMENTE ABANDONARA SU PISO O DEPARTAMENTO Y EN CONSECUENCIA DEJARA DE EJERCER SOBRE ÉL SUS FACULTADES COMO TITULAR DEL DERECHO DE PROPIEDAD HORIZONTAL, CONTINÚA OBLIGADO NO SÓLO CON LA COSA MISMA SINO CON TODO SU PATRIMONIO AL PAGO DE LOS GASTOS COMUNES.

4. EXENCIÓN PARCIAL

HAY PRINCIPIOS QUE SOSTIENEN LA ADOPCIÓN DE LA PROPORCIONALIDAD COMO FACTOR DE DISTRIBUCIÓN DE LOS GASTOS DE MANTENIMIENTO DE LOS BIENES COMUNES: A) EL PRINCIPIO DE LA IGUALDAD ENTRE LOS PROPIETARIOS, ESTO ES: CADA UNO QUEDA OBLIGADO EN PROPORCIÓN A SU DERECHO SOBRE LAS PARTES COMUNES, CON EXCLUSIÓN DE LAS VOLUNTADES INDIVIDUALES EN CUANTO AL USO Y GOCE EFECTIVO QUE HAGAN DE ESOS SECTORES; B) EL CARÁCTER IMPRESCINDIBLE DE LAS EXPENSAS COMUNES. C) LA IMPOSIBILIDAD DE LIBERARSE DE LA OBLIGACIÓN DE PAGAR LAS EXPENSAS HACIENDO USO DEL DERECHO DE ABANDONO, COMO RECIÉN ANALIZAMOS.

POR LO TANTO, SI EL REGLAMENTO DE PROPIEDAD HORIZONTAL NADA ESTIPULA RESPECTO DE LA DISTRIBUCIÓN DE LAS CARGAS COMUNES, SE APLICARÁ EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD FIJADO EN EL ART. 2046, INC. C). SIN EMBARGO, EL ART. 2049 (3° PÁRR.) ESTABLECE LA POSIBILIDAD QUE EL REGLAMENTO EXIMA PARCIALMENTE A CIERTAS UNIDADES FUNCIONALES DEL PAGO DE EXPENSAS.

LA NORMA RESULTA ACERTADA EN UN DOBLE SENTIDO: POR UNA PARTE NO AUTORIZA UNA EXENCIÓN TOTAL Y POR LA OTRA, LA DISPENSA PARCIAL DEBE ESTAR JUSTIFICADA.

UNO DE LOS PARÁMETROS A TENER EN CUENTA ES LA CALIDAD DE LAS PARTES

COMUNES RESPECTO DE LAS CUALES SE GENERAN LOS GASTOS: TODOS LOS PROPIETARIOS DEBEN PARTICIPAR EN LOS GASTOS DE MANTENIMIENTO Y CONSERVACIÓN DE LAS PARTES COMUNES INDISPENSABLES PARA LA EXISTENCIA Y SEGURIDAD DEL EDIFICIO EN TANTO QUE, RESPECTO DE AQUELLOS QUE CONFIEREN MAYOR COMODIDAD, ES POSIBLE DISCRIMINAR ENTRE LAS UNIDADES FUNCIONALES QUE PUEDAN UTILIZAR ESOS SERVICIOS PORQUE TIENEN EN SUS DEPARTAMENTOS LAS INSTALACIONES ADECUADAS PARA ELLO, DE AQUELLAS OTRAS QUE NO TIENEN ACCESO A ESOS BENEFICIOS, EN CUYO CASO QUEDARÁN EXIMIDOS DE LA CONTRIBUCIÓN A LOS GASTOS NORMALES DE ATENCIÓN Y MANTENIMIENTO DE LOS SERVICIOS CENTRALES, REPOSICIÓN DE MAQUINARIAS Y CALDERAS, ETC.

III. JURISPRUDENCIA

1. NO CORRESPONDE QUE EL ADQUIRENTE EN SUBASTA JUDICIAL AFRONTE LAS DEUDAS QUE REGISTRE EL INMUEBLE POR IMPUESTOS, TASAS Y CONTRIBUCIONES, DEVENGADAS ANTES DE LA TOMA DE POSESIÓN, CUANDO EL MONTO OBTENIDO EN LA SUBASTA NO ALCANZA PARA SOLVENTARLAS. NO CABE UNA SOLUCIÓN ANÁLOGA RESPECTO DE LAS EXPENSAS COMUNES PARA EL CASO DE QUE EL INMUEBLE SE HALLE SUJETO AL RÉGIMEN DE LA LEY 13.512 (CNCIV., EN PLENO, 18/2/1999, DJ, 1999-1-881).

2. LA OBLIGACIÓN DE CERTIFICAR DEUDA POR EXPENSAS, NO IMPLICA LA EXIGENCIA DE QUE LA DEUDA ESTÉ SALDADA PARA PODER CONCRETAR LA ENAJENACIÓN, PORQUE DE LA NORMA SÓLO SURGE QUE SE TRATA DE UN CERTIFICADO DE DEUDA Y NO DE LIBRE DEUDA, Y ELLA NI SIQUIERA IMPONE AL ESCRIBANO QUE AUTORIZA EL INSTRUMENTO DE TRANSMISIÓN, EL DEBER DE SOLICITAR TAL CERTIFICADO, SIN PERJUICIO DE LA RESPONSABILIDAD QUE EVENTUALMENTE PUDIERA CABERLE POR LOS DAÑOS Y PERJUICIOS QUE OCASIONARE (CNCIV., SALA D, 15/6/2004, DJ 2004-3-805).

ART. 2050.— OBLIGADOS AL PAGO DE EXPENSAS. ADEMÁS DEL PROPIETARIO, Y SIN IMPLICAR LIBERACIÓN DE ÉSTE, ESTÁN OBLIGADOS AL PAGO DE LOS GASTOS Y CONTRIBUCIONES DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL LOS QUE SEAN POSEEDORES POR CUALQUIER TÍTULO.

I. RELACIÓN CON LA LEY 13.512. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

EN LA LEY 13.512 EL LEGITIMADO PASIVO EN LA EJECUCIÓN DE EXPENSAS ES AQUEL QUE DETENTE LA TITULARIDAD DEL DERECHO DE PROPIEDAD HORIZONTAL SOBRE LA UNIDAD FUNCIONAL DE LA CUAL PROVIENE LA DEUDA A EJECUTAR.

RESPETANDO ESTE PRINCIPIO LA JURISPRUDENCIA HABÍA DECIDIDO QUE LA POSESIÓN DEL INMUEBLE EN CALIDAD DE USUFRUCTUARIO NO OBLIGA A ÉSTE A PAGAR LAS EXPENSAS, TODA VEZ QUE SE TRATA DE UN DEBER QUE SE ENCUENTRA EXCLUSIVAMENTE EN CABEZA DE QUIEN DETENTA EL DOMINIO DEL BIEN, ES DECIR, DEL NUDO PROPIETARIO, CONFORME A LO PREVISTO EN LOS ARTS. 8° Y 17 DE LA LEY 13.512 (CNCIV., SALA K, 16/9/2003, DJ, 2003-3-1212).

FUENTES: DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA NACIONAL.

II. COMENTARIO

EN EL RÉGIMEN ANTES VIGENTE, EL POSEEDOR POR BOLETO DE UNA UNIDAD FUNCIONAL NO QUEDABA LEGITIMADO PASIVAMENTE EN LOS CASOS DE EJECUCIÓN DE EXPENSAS, AÚN EN EL SUPUESTO EN QUE EN LA RELACIÓN JURÍDICA CON EL TITULAR REGISTRAL SE HUBIERA PACTADO QUE AQUÉL TOMABA A SU CARGO LA OBLIGACIÓN DE PAGAR LOS GASTOS COMUNES, PUESTO QUE EN TODO CASO DE TRATARÍA DE UN CONVENIO ENTRE PARTICULARES NO OPONIBLE AL CONSORCIO, QUE RESULTABA AJENO A ESE NEGOCIO JURÍDICO (GABAS, MOLINA QUIROGA, GURFINKEL DE WENDY).

DADA LA CALIDAD DE OBLIGACIÓN PROPTER REM, EN PRINCIPIO, EL PAGO DE LAS EXPENSAS QUEDA EN CABEZA DEL TITULAR DEL DERECHO DE PROPIEDAD HORIZONTAL PORQUE ÉL ASUMIÓ FRENTE AL CONSORCIO LA CALIDAD DE DEUDOR, SITUACIÓN QUE NO SE DA RESPECTO DE UN TERCERO, SEA POSEEDOR POR BOLETO O SIMPLE TENEDOR; SI ENTRE ÉSTOS Y EL PROPIETARIO HAY UN CONVENIO RESPECTO DEL PAGO DE LAS EXPENSAS COMUNES, TAL ACUERDO NO ES OPONIBLE AL CONSORCIO Y EN CONSECUENCIA NO PUEDE SER APROVECHADO POR ÉL.

EN UNA POSTURA SUPERADORA DE LOS CONFLICTOS REALES QUE CAUSA AL CONSORCIO LA FALTA DE PAGO DE EXPENSAS EN SUPUESTOS COMO LOS MENCIONADOS, SE ENTENDIÓ QUE EXISTEN DOS LEGITIMADOS PASIVOS: EL TITULAR DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL Y EL POSEEDOR QUE TAMBIÉN PUEDE SER ALCANZADO POR EL CONSORCIO A CAUSA DE LA DEUDA EN VIRTUD DE LA DELEGACIÓN IMPERFECTA OPERADA (HIGHTON).

ESTA ES FINALMENTE LA TESIS QUE HA QUEDADO PLASMADA EN EL ART. 2050: EL OBLIGADO AL PAGO ES SIEMPRE EL PROPIETARIO, QUIEN NO PUEDE DESLIGARSE DE SU DEBER NI AÚN POR ABANDONO (ART. 2049). AL MISMO TIEMPO EL CONSORCIO PUEDE EXIGIR EL PAGO DE EXPENSAS A OTROS POSEEDORES (USUFRUCTUARIOS, COMPRADORES CON BOLETO Y POSESIÓN), DE MODO TAL DE ASEGURAR EL RECUPERO DE LOS GASTOS PARA EL MANTENIMIENTO DEL CONJUNTO.

EN LOS SUPUESTOS DE CONDOMINIO DE ALGUNA DE LAS UNIDADES FUNCIONALES, CUALQUIERA DE LOS CONDÓMINOS PUEDE SER EJECUTADO POR EL TODO PUESTO QUE LA OBLIGACIÓN DE PAGAR LAS EXPENSAS ES INDIVISIBLE (CNCIV., SALA A, 27/12/1996, LA LEY, 1998-E, 777); LO CUAL NO IMPLICA LA EJECUCIÓN FORZADA DE TODO EL INMUEBLE, SINO ÚNICAMENTE DE LA PARTE INDIVISA QUE CORRESPONDA AL ACCIONADO (CNCIV., SALA M, 16/6/1999, JA, 2000-II-683).

III. JURISPRUDENCIA

SE HA ADMITIDO QUE SERÍA PROCEDENTE HABILITAR AL CONSORCIO PARA ACCIONAR CONTRA EL POSEEDOR POR BOLETO CUANDO LA EMPRESA CONSTRUCTORA SE ENCUENTRA EN QUIEBRA, NO SE PUEDEN OTORGAR LAS ESCRITURAS RESPECTIVAS Y POR ENDE LOS POSEEDORES NO ADQUIEREN LA TITULARIDAD DEL DERECHO DE PROPIEDAD HORIZONTAL A PESAR DE HABER TRANSCURRIDO MUCHO TIEMPO (CNCIV., SALA A, 26/8/1997, LA LEY, 1999-B, 824).

CAPÍTULO 3

MODIFICACIONES EN COSAS Y PARTES COMUNES

POR LILIAN N. GURFINKEL DE WENDY

BIBLIOGRAFÍA CLÁSICA: CONSTANTINO, JUAN A., "LAS MEDIDAS AUTOSATISFACTIVAS EN EL RÉGIMEN DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL Y VIDA CONSORCIAL", JA, 1998-III-688; COSSARI, NELSON, "LA ACCIÓN DEL ART. 15, LEY DE PROPIEDAD HORIZONTAL. ANÁLISIS Y NECESIDAD DE REFORMAS", SJA, 8/9/2010; GURFINKEL DE WENDY, LILIAN N., "¿LA APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE LA LEY 13.512 HA QUEDADO EN EL OLVIDO?", SJA, 4/8/2010; HUMPHREYS, ETHEL, "¿ES IMPRESCINDIBLE EL CONSENTIMIENTO UNÁNIME DE LOS COPROPIETARIOS DE UN INMUEBLE SOMETIDO AL RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL FRENTE A LA REALIZACIÓN DE UNA MODIFICACIÓN DE UNA PARTE COMÚN?", JA, 2002-III-741; MARIANI DE VIDAL, MARINA, "PROPIEDAD HORIZONTAL. OBRAS NUEVAS ANTIRREGLAMENTARIAS", LA LEY, 1994-C, 1080; VIVES, LUIS, "PROPIEDAD HORIZONTAL. OBRA NUEVA Y DOCTRINA DEL HECHO CONSUMADO", SJA, 1/12/2010.

***

ART. 2051.— MEJORA U OBRA NUEVA QUE REQUIERE MAYORÍA. PARA REALIZAR MEJORAS U OBRAS NUEVAS SOBRE COSAS Y PARTES COMUNES, LOS PROPIETARIOS O EL CONSORCIO REQUIEREN CONSENTIMIENTO DE LA MAYORÍA DE LOS PROPIETARIOS, PREVIO INFORME TÉCNICO DE UN PROFESIONAL AUTORIZADO.

QUIEN SOLICITA LA AUTORIZACIÓN SI LE ES DENEGADA, O LA MINORÍA AFECTADA EN SU INTERÉS PARTICULAR QUE SE OPONE A LA AUTORIZACIÓN SI SE CONCEDE, TIENEN ACCIÓN PARA QUE EL JUEZ DEJE SIN EFECTO LA DECISIÓN DE LA ASAMBLEA.

EL JUEZ DEBE EVALUAR SI LA MEJORA U OBRA NUEVA ES DE COSTO EXCESIVO, CONTRARIA AL REGLAMENTO O A LA LEY, Y SI AFECTA LA SEGURIDAD, SOLIDEZ, SALUBRIDAD, DESTINO Y ASPECTO ARQUITECTÓNICO EXTERIOR O INTERIOR DEL INMUEBLE. LA RESOLUCIÓN DE LA MAYORÍA NO SE SUSPENDE SIN UNA ORDEN JUDICIAL EXPRESA.

1505I. RELACIÓN CON LA LEY 13.512. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

LOS ARTS. 7° Y 8° DE LA LEY 13.512 SE REFIEREN A LAS OBRAS MATERIALES QUE SE REALICEN SOBRE LAS PARTES COMUNES DEL EDIFICIO. SIN EMBARGO, PARA SU REALIZACIÓN EL ART. 7° EXIGE LA CONFORMIDAD DE TODOS LOS PROPIETARIOS O SEA LA UNANIMIDAD, MIENTRAS QUE EL ART. 8° SUPONE QUE LA RESOLUCIÓN HA SIDO TOMADA POR LOS PROPIETARIOS POR SIMPLE MAYORÍA.

POR SU PARTE, EL ART. 16, LEY 13.512 LEGISLA PARA EL CASO DE VETUSTEZ DEL EDIFICIO EN FORMA SIMILAR AL HOY DESIGNADO GRAVE DETERIORO O DESTRUCCIÓN.

FUENTES: PROYECTO DE CÓDIGO UNIFICADO DE 1998, ART. 1993.

II. COMENTARIO

RESULTA DE APLICACIÓN EL PRINCIPIO SEGÚN EL CUAL NADIE PUEDE DISPONER UNILATERALMENTE DE LA COSA COMÚN, INDEPENDIENTEMENTE DEL PERJUICIO O MEJORA QUE LA OBRA PUDIERA CAUSAR, POR CUANTO CADA UNO DE LOS PROPIETARIOS TIENE SÓLO UNA PARTE IDEAL (Y NO MATERIAL) DE LAS COSAS COMUNES; EN CONSECUENCIA NO PUEDE REALIZAR ACTOS MEDIANTE LOS CUALES SE ADJUDIQUE EL DERECHO DE PROPIEDAD DE LOS RESTANTES COMUNEROS.

EN CAMBIO, ESTE TIPO DE INNOVACIONES PUEDE LLEVARSE A CABO SI MEDIA EL CONSENTIMIENTO DE LOS PROPIETARIOS EXPRESADO EN ASAMBLEA Y POR LAS MAYORÍAS QUE FIJE EL REGLAMENTO DE PROPIEDAD Y ADMINISTRACIÓN (ART. 2056, INC. Ñ).

A PESAR QUE LA NORMA BAJO ANÁLISIS NO LO DICE EXPRESAMENTE, LA MEJORA A REALIZAR DEBE RESULTAR EN BENEFICIO COMÚN, POR EJEMPLO CONSTITUYE UNA OBRA NUEVA: COLOCACIÓN DE UN CIERRE ELECTRÓNICO EN EL PORTÓN DE LA COCHERA; AUTOMATIZACIÓN DE LOS ASCENSORES; COLOCACIÓN DE UN EQUIPO ELECTRÓGENO; POR SU PARTE, IMPLICA UNA MEJORA LA REMODELACIÓN DEL HALL DE ENTRADA DEL EDIFICIO; EL CAMBIO DE REVESTIMIENTO DEL FRENTE; EL CAMBIO DE LOS RECEPTORES DEL SERVICIO DE PORTERO ELÉCTRICO, ETC.

1. INFORME TÉCNICO

LA DECISIÓN DE LA MAYORÍA PUEDE SER APELADA JUDICIALMENTE EN LOS SUPUESTOS PREVISTOS EN EL 2° PÁRRAFO DEL ARTÍCULO QUE COMENTAMOS: A) CUANDO SE DENIEGA LA AUTORIZACIÓN PARA REALIZAR LA OBRA Y B) CUANDO LA MINORÍA RESULTE AFECTADA EN SU INTERÉS PARTICULAR. LAS SITUACIONES DE HECHO A EVALUAR POR EL JUEZ PARA DECIDIR AL RESPECTO QUEDAN ENUMERADAS EN EL PÁRRAFO TERCERO.

ENTENDEMOS QUE EL SENTIDO DE REQUERIR INFORME TÉCNICO DE UN PROFESIONAL AUTORIZADO (INGENIERO O ARQUITECTO) QUE DEBE PRESENTARSE EN LA ASAMBLEA Y EVALUARSE ANTES DE TOMAR DECISIONES ACERCA DE LA REALIZACIÓN DE LAS OBRAS, TIENE POR OBJETO APRECIAR SI LOS PROYECTOS O MEJORAS PROPUESTOS NO AFECTAN LA SEGURIDAD, SOLIDEZ, DESTINO Y ASPECTO ARQUITECTÓNICO DEL INMUEBLE.

2. MEJORA U OBRA DE COSTO EXCESIVO

UNA DE LAS CAUSALES QUE PUEDE DAR LUGAR A LA ACCIÓN JUDICIAL PARA QUE NO SE LLEVE A CABO LA OBRA O MEJORA VOTADA POR LA ASAMBLEA, ES QUE LOS TRABAJOS RESULTEN DE COSTO EXCESIVO. EL CRITERIO DE ONEROSIDAD NO SE PUEDE MEDIR DESDE LA SUBJETIVIDAD DE CADA UNO DE LOS PROPIETARIOS SINO QUE HABRÁ QUE EVALUARLO OBJETIVAMENTE, ES DECIR: LA IMPORTANCIA Y LA CALIDAD ARQUITECTÓNICA DEL EDIFICIO POR UNA PARTE Y SU RELACIÓN CON LAS INNOVACIONES PROPUESTAS Y LOS MATERIALES A UTILIZAR EN ELLAS.

3. MEJORA U OBRA CONTRARIA AL REGLAMENTO

COMO PRINCIPIO GENERAL, LA REALIZACIÓN DE CUALQUIER OBRA, INNOVACIÓN O MEJORA QUE IMPLIQUE LA VIOLACIÓN DEL REGLAMENTO, NO DEBE SER MANTENIDA.

LA OBRA NUEVA QUE SE REALICE SEA EN PARTES PRIVATIVAS O EN LUGARES CO-

MUNES MODIFICA EN LOS HECHOS LA DESCRIPCIÓN DEL INMUEBLE QUE EFECTÚA OBLIGATORIAMENTE EL REGLAMENTO DE PROPIEDAD HORIZONTAL, YA SEA TRANSFORMANDO UNA PARTE DESCUBIERTA EN CUBIERTA O UNA PARTE COMÚN EN EXCLUSIVA. ESTAS ALTERACIONES PUEDEN A SU VEZ PROVOCAR MODIFICACIONES EN LOS PORCENTUALES Y CON ELLO505 NO SÓLO AUMENTO O DISMINUCIÓN EN EL PAGO DE LAS EXPENSAS, SINO TAMBIÉN LA MODIFICACIÓN DE LA PARTE IDEAL SOBRE LOS BIENES COMUNES QUE INTEGRA EL DERECHO REAL DE PROPIEDAD HORIZONTAL.

ESTOS SERÁN ALGUNOS DE LOS EXTREMOS A INVOCAR EN SEDE JUDICIAL POR EL PROPIETARIO DISIDENTE CON LAS INNOVACIONES VOTADAS POR LA MAYORÍA. BASTARÁ LA DEMOSTRACIÓN DE LA VIOLACIÓN DEL REGLAMENTO, A DIFERENCIA DE LOS OTROS SUPUESTOS CONTEMPLADOS EN EL PÁRRAFO TERCERO DEL ARTÍCULO AL QUE NOS VENIMOS REFIRIENDO, EN LOS QUE HABRÁ QUE PROBAR EN CADA CASO LOS EVENTUALES PERJUICIOS.

EN TODOS LOS CASOS, EN FORMA SIMILAR A LA DISPUESTA EN EL RÉGIMEN ANTERIOR (ART. 8°, LEY 13.512), LA OBRA NO SE SUSPENDE SIN ORDEN JUDICIAL EXPRESA.

III. JURISPRUDENCIA

1. LAS RESTRICCIONES LEGALES O CONVENCIONALES ESTABLECIDAS EN EL SISTEMA CREADO POR LA LEY 13.512 DESEMPEÑAN UN PAPEL FUNDAMENTAL Y DEBEN SER ESTRICTAMENTE OBSERVADAS, TODA VEZ QUE EL ACATAMIENTO POR LOS COPROPIETARIOS ES CONDICIÓN ESENCIAL PARA ASEGURAR EL BUEN FUNCIONAMIENTO DEL RÉGIMEN COMUNITARIO ESTATUIDO POR DICHA LEY, EVITANDO QUE INDIVIDUALMENTE INTRODUZCAN INNOVACIONES QUE PUEDAN AFECTAR LOS DERECHOS DEL RESTO DE LOS COPROPIETARIOS (CNCIV., SALA G, 5/5/2011, LEXIS N° 1/811)

2. LA TRANSFORMACIÓN DE UN ESPACIO ABIERTO EN UN ESPACIO CUBIERTO DESTRUYE EL EQUILIBRIO DE LA TOTALIDAD DEL EDIFICIO, CUYA DIVISIÓN EN UNIDADES SE ESTRUCTURÓ Y ORGANIZÓ EN FUNCIÓN DE UNA ARMONÍA DE CONJUNTO Y DE UNA PROPORCIONALIDAD DE SITUACIONES QUE NO DEBE MODIFICARSE ARBITRARIA Y UNILATERALMENTE. DE LO CONTRARIO, EL RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL CORRE EL RIESGO DE DESNATURALIZARSE Y DE CONVERTIRSE EN UN SEMILLERO DE CONFLICTOS Y DE PLEITOS (CONF. CNCIV., SALA F, 11/6/1999. EN EL MISMO SENTIDO; CNCIV., SALA C, 16/11/2006, LEXIS N° 35010135).

ART. 2052.— MEJORA U OBRA NUEVA QUE REQUIERE UNANIMIDAD. SI LA MEJORA U OBRA NUEVA, REALIZADA POR UN PROPIETARIO O POR EL CONSORCIO SOBRE COSAS Y PARTES COMUNES, AUN CUANDO NO IMPORTE ELEVAR NUEVOS PISOS O HACER EXCAVACIONES, GRAVITA O MODIFICA LA ESTRUCTURA DEL INMUEBLE DE UNA MANERA SUSTANCIAL, DEBE REALIZARSE CON EL ACUERDO UNÁNIME DE LOS PROPIETARIOS.

TAMBIÉN REQUIERE UNANIMIDAD LA MEJORA U OBRA NUEVA SOBRE COSAS Y PARTES COMUNES EN INTERÉS PARTICULAR QUE SÓLO BENEFICIA A UN PROPIETARIO.

ART. 2053.— MEJORA U OBRA NUEVA EN INTERÉS PARTICULAR. SI LA MEJORA U OBRA NUEVA AUTORIZADA SOBRE COSAS Y PARTES COMUNES ES EN INTERÉS PARTICULAR, EL BENEFICIARIO DEBE EFECTUARLA A SU COSTA Y SOPORTAR LOS GASTOS DE LA MODIFICACIÓN DEL REGLAMENTO DE PROPIEDAD HORIZONTAL Y DE SU INSCRIPCIÓN, SI HUBIERA LUGAR A ELLOS.

I. RELACIÓN CON LA LEY 13.512. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

EL ART. 7°, LEY 13.512, PLANTEABA LOS SUPUESTOS DE SOBREELEVACIÓN Y DE EXCAVACIÓN RESPECTIVAMENTE, Y DISPONÍA QUE EL PROPIETARIO DEL ÚLTIMO PISO Y EL DE LA PLANTA BAJA, NO PUEDEN REALIZAR CONSTRUCCIONES O EXCAVACIONES SIN EL CONSENTIMIENTO DE LOS PROPIETARIOS DE LOS OTROS DEPARTAMENTOS O PISOS QUE PUEDAN PERJUDICAR LA SOLIDEZ DEL EDIFICIO.

ESTOS DOS EJEMPLOS QUE MENCIONA LA NORMA CITADA HAN SIDO CONSIDERADOS SIMPLEMENTE ENUNCIATIVOS DE LAS OBRAS REALIZADAS SOBRE PARTES COMUNES CUYA APROBACIÓN DEBE HACERSE POR UNANIMIDAD PUESTO QUE APAREJAN CONSECUENCIAS IMPORTANTES PARA TODOS, YA SEA POR EL PELIGRO QUE SIGNIFICAN PARA EL EDIFICIO O PORQUE PUEDEN MODIFICAR LOS PORCENTUALES IMPLICANDO UNA REFORMA AL REGLAMENTO DE COPROPIEDAD (GABAS).

FUENTE: PROYECTO DE CÓDIGO UNIFICADO DE 1998, ARTS. 1994 Y 1995.

CHII. COMENTARIO

LOS ARTS. 2051 Y 2052 SE REFIEREN A LAS OBRAS MATERIALES QUE SE REALICEN SOBRE LAS PARTES COMUNES DEL EDIFICIO. SIN EMBARGO, PARA SU REALIZACIÓN, ESTE ÚLTIMO EXIGE LA CONFORMIDAD DE TODOS LOS PROPIETARIOS O SEA LA UNANIMIDAD, MIENTRAS QUE EL ART. 2051 SUPONE QUE LA RESOLUCIÓN HA SIDO TOMADA POR LOS PROPIETARIOS POR SIMPLE MAYORÍA, DE ALLÍ LA IMPORTANCIA DE ESTABLECER QUE SITUACIONES DE HECHO QUEDAN ENCUADRADAS EN CADA UNO DE LOS ARTÍCULOS MENCIONADOS.

¿CUÁL ES LA DIFERENCIA ENTRE AMBAS CLASES DE OBRAS O MEJORAS?

EN PRIMER LUGAR, SI BIEN AMBAS SON REALIZADAS SOBRE PARTES COMUNES, LAS PREVISTAS EN EL ART. 2051 TIENDEN A MEJORAR, EMBELLECER, OTORGAR MAYOR CONFORT, MODERNIZAR EL EDIFICIO, EN TANTO QUE AQUELLAS CONTEMPLADAS EN EL ART. 2052 IMPLICAN MODIFICACIONES ESTRUCTURALES QUE ALTERAN EL "INMUEBLE DE UNA MANERA SUSTANCIAL", YA FUERA EN SU PLANIMETRÍA, DISTRIBUCIÓN O PORCENTUALES.

1. MEJORA EN INTERÉS PARTICULAR

UN SEGUNDO SUPUESTO CONTEMPLADO EN EL 2° PÁRRAFO DEL ARTÍCULO QUE COMENTAMOS ES AQUEL EN QUE LA OBRA NUEVA SE REALIZA SOBRE PARTES COMUNES PERO BENEFICIA SÓLO A UN PROPIETARIO, POR EJEMPLO: CONSTRUCCIÓN EN UNA TERRAZA DE USO EXCLUSIVO. AÚN CUANDO EL REGLAMENTO CONSIGNE QUE LA AZOTEA CONFORMA UNA PARTE PRIVATIVA, EL CUBO O ESPACIO AÉREO INTEGRA LOS BIENES COMUNES DE UN EDIFICIO DIVIDIDO EN PROPIEDAD HORIZONTAL, POR LO TANTO CUALQUIER ACTO DE DISPOSICIÓN MATERIAL QUE EL PROPIETARIO DE LA UNIDAD FUNCIONAL

REALICE SOBRE LA TERRAZA ES SUSCEPTIBLE DE AFECTAR LA SOLIDEZ, SEGURIDAD O SALUBRIDAD DEL EDIFICIO, OCASIONAR MOLESTIAS A LOS OTROS OCUPANTES, DESVALORIZAR LAS UNIDADES CONTIGUAS A LAS OBRAS EFECTUADAS Y ALTERAR LA PROPORCIONALIDAD DE LOS PORCENTUALES Y DISTRIBUCIÓN DE EXPENSAS.

LA OBRA REALIZADA EN INTERÉS PARTICULAR, APROBADA POR UNANIMIDAD EN LA ASAMBLEA CONVOCADA AL EFECTO, AL PRODUCIR MODIFICACIONES MATERIALES Y JURÍDICAS EN EL EDIFICIO SUJETO AL RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL, DEMANDARÁ TAMBIÉN LA REFORMA DEL REGLAMENTE DE PROPIEDAD HORIZONTAL. LOS COSTOS QUE INVOLUCRE DICHO TRÁMITE SERÁN SOPORTADOS POR EL PROPIETARIO BENEFICIADO CON LA MEJORA.

2. CONSTITUCIÓN DE UN DERECHO DE SUPERFICIE

UN SUPUESTO QUE NO ESTÁ CONTEMPLADO ESPECIALMENTE EN EL ARTÍCULO QUE COMENTAMOS ES EL DE LA CONSTITUCIÓN DE UN DERECHO REAL DE SUPERFICIE. ENTENDEMOS QUE EL CASO QUEDA SUBSUMIDO EN ESTA NORMA.

EL ART. 2114 CREA EL DERECHO REAL DE SUPERFICIE QUE PUEDE SER EMPLAZADO SOBRE CONSTRUCCIONES YA EXISTENTES "AÚN DENTRO DEL RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL" (ART. 2116), QUEDANDO LEGITIMADOS PARA CONSTITUIRLO LOS TITULARES DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL (ART. 2118). SI ESE FUERA EL CASO, A LOS EFECTOS DE LA TOMA DE DECISIONES AL RESPECTO DEBERÁ EVALUARSE EN QUÉ GRADO LA OBRA PROYECTADA PUEDE AFECTAR LA SOLIDEZ, SEGURIDAD, SALUBRIDAD, ETC. DEL EDIFICIO Y LA RESOLUCIÓN QUE SE TOME DEBE SER UNÁNIME.

III. JURISPRUDENCIA

1. LA PROHIBICIÓN DE ELEVAR PISOS O EFECTUAR CONSTRUCCIONES POR EL PROPIETARIO SIN EL CONSENTIMIENTO UNÁNIME DE LOS DEMÁS CONSORTES SE REFIERE NO SÓLO A TRABAJOS EN PARTES COMUNES SINO TAMBIÉN A LOS REALIZADOS EN PARTES EXCLUSIVAS (CNCIV., SALA L, 17/7/1992, JA 1994-IV-SÍNTESIS), O SEA QUE LOS PRESUPUESTOS QUE CONDICIONAN LA POSIBILIDAD DE CONCRETAR CONSTRUCCIONES COMO LAS AQUÍ ANALIZADAS SON APLICABLES EN CUALESQUIERA DE LOS ESPACIOS LIBRES O SUPERFICIES DESCUBIERTAS DEL INMUEBLE, YA FUERAN JARDINES O TERRAZAS (CNCIV., SALA E, 13/3/1995, LA LEY, 1996-B, 114).

2. EL CERRAMIENTO DE BALCONES, POR EL TIPO DE ELEMENTOS UTILIZADOS, PRODUCE UNA SOBRECARGA NO PREVISTA EN EL CÁLCULO DE LA ESTRUCTURA ORIGINAL QUE AFECTA NO SÓLO LA ESTÉTICA DEL EDIFICIO SINO TAMBIÉN LA SEGURIDAD DEL MISMO, LO CUAL HACE LEGÍTIMA LA PRETENSIÓN DEL CONSORCIO QUE PERSIGUE SU DEMOLICIÓN; MÁXIME SI SE HIZO SIN SU AUTORIZACIÓN (CNCIV., SALA F, 2/9/1999, JA, 2001-IV-SÍNTESIS, LEXIS N° 1/53213).

ART. 2054.— REPARACIONES URGENTES. CUALQUIER PROPIETARIO, EN AUSENCIA DEL ADMINISTRADOR Y DE LOS INTEGRANTES DEL CONSEJO DE PROPIETARIOS PUEDE REALIZAR REPARACIONES URGENTES EN LAS COSAS Y PARTES COMUNES, CON CARÁCTER DE GESTOR DE NEGOCIOS. SI EL GASTO RESULTA INJUSTIFICADO, EL CONSORCIO PUEDE NEGAR EL REINTEGRO TOTAL O PARCIAL Y EXIGIR, SI CORRESPONDE, LA RESTITUCIÓN DE LOS BIENES A SU ESTADO ANTERIOR, A COSTA DEL PROPIETARIO.

I. RELACIÓN CON LA LEY 13.512. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

EL TERCER PÁRRAFO DEL ART. 8°, LEY 13.512 CONTENÍA EL SUPUESTO DE GASTOS REALIZADOS, NO POR EL ADMINISTRADOR, SINO POR UNO O ALGUNOS PROPIETARIOS, ORIGINADOS EN TRABAJOS DE REPARACIÓN O CONSERVACIÓN DE BIENES COMUNES O EN REPARACIONES URGENTES.

EN LA PRIMERA DE LAS SITUACIONES: GASTOS DE CONSERVACIÓN O REPARACIÓN, CUALQUIERA DE LOS PROPIETARIOS QUEDABA HABILITADO PARA REALIZAR ESAS EROGACIONES SIEMPRE QUE SE DEN LOS REQUISITOS QUE LA LEY ESTABLECÍA: AUSENCIA DEL ADMINISTRADOR (RENUNCIA, ENFERMEDAD, VACACIONES, ETC.), AVISO O CONSULTA CON EL RESTO DE LOS PROPIETARIOS Y FALTA DE OPOSICIÓN DE ALGUNO DE ELLOS.

EL SEGUNDO SUPUESTO QUE PLANTEABA DICHA NORMA SE REFIERE A DESEMBOLSOS DE DINERO ORIGINADOS EN REPARACIONES INDISPENSABLES Y URGENTES REALIZADOS POR UN PROPIETARIO EN CUYO CASO, SIN CUMPLIR NINGUNO DE LOS REQUISITOS ANTES MENCIONADOS (AUSENCIA DEL ADMINISTRADOR, NOTIFICACIÓN AL RESTO DE LOS PROPIETARIOS Y FALTA DE OPOSICIÓN DE ALGUNO DE ELLOS) PODRÁ RECLAMAR EL REEMBOLSO EN LA MEDIDA QUE DICHOS GASTOS RESULTAREN ÚTILES. SE APLICAN AL CASO LAS NORMAS SOBRE GESTIÓN DE NEGOCIOS.

EL NUEVO TEXTO LEGAL, QUE AHORA COMENTAMOS, UNIFICA AMBOS SUPUESTOS.

FUENTES: PROYECTO DE CÓDIGO UNIFICADO DE 1998, ART. 1996.

II. COMENTARIO

EL ARTÍCULO CONTEMPLA AQUELLAS SITUACIONES DE ACEFALÍA DEL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN Y DE SU EVENTUAL SUSTITUTO, EL CONSEJO DE PROPIETARIOS POR UNA PARTE, Y POR LA OTRA LA NECESIDAD DE EFECTUAR REPARACIONES URGENTES EN LAS PARTES COMUNES.

NÓTESE QUE, A DIFERENCIA DE LO NORMADO EN LA LEY 13.512, NO SE CONTEMPLA AQUÍ LA REALIZACIÓN DE EROGACIONES CORRESPONDIENTES A GASTOS ORDINARIOS DE CONSERVACIÓN (SERVICIOS DE ELECTRICIDAD, GAS, SUELDOS DEL PERSONAL, PAGO DE LAS PRIMAS DE SEGURO, PAGO DE CUOTAS CONVENIDAS POR TRABAJOS YA REALIZADOS), SINO DE GASTOS DE REPARACIÓN (OBSTRUCCIÓN DE UNA CAÑERÍA, DESPERFECTOS DE LA BOMBA DE AGUA).

LA LEY HA PREVISTO AQUELLAS SITUACIONES DE HECHO EN LAS CUALES DADA LA NATURALEZA DE LOS DETERIOROS, HUBIERA SIDO IMPOSIBLE EFECTUAR UNA CONSULTA CON LOS DEMÁS PROPIETARIOS Y MENOS AÚN CONVOCAR A UNA ASAMBLEA CON LA TARDANZA PREVISIBLE Y EL POTENCIAL PELIGRO DE AGRAVAMIENTO DE LOS DAÑOS Y AUMENTO DE LOS COSTOS, SIENDO NECESARIA UNA ACTITUD RÁPIDA Y EFECTIVA.

EN ESTOS CASOS EL PROPIETARIO QUE HIZO EL GASTO TIENE DERECHO A SER REEMBOLSADO POR EL CONSORCIO, CONTRA QUIEN DEBERÁ DIRIGIR LA ACCIÓN JUDICIAL EN CASO DE NEGATIVA AL PAGO, PROBANDO QUE SE HAN CUMPLIDO LOS RECAUDOS LEGALES, QUE EL GASTO HA SIDO JUSTIFICADO Y QUE EL PRECIO QUE PAGÓ ERA JUSTO Y RAZONABLE.

1317 EL CONSORCIO DE COPROPIETARIOS NO TIENE LEGITIMACIÓN PARA EFECTUAR EL RECLAMO POR REINTEGRO DE LO QUE HABRÍA ABONADO UNO DE LOS COPROPIETARIOS DEL EDIFICIO, YA QUE LA EVENTUAL ACCIÓN DEBE SER EJERCIDA POR SU TITULAR, ESTO ES, QUIEN HABRÍA REALIZADO LAS EROGACIONES, POR LA VÍA CORRESPONDIENTE (CCIV. Y COM. MAR DEL PLATA, SALA 2ª, 30/8/1988, BA, B1400424).

ART. 2055.— GRAVE DETERIORO O DESTRUCCIÓN DEL EDIFICIO. EN CASO DE GRAVE DETERIORO O DESTRUCCIÓN DEL EDIFICIO, LA ASAMBLEA POR MAYORÍA QUE REPRESENTE MÁS DE LA MITAD DEL VALOR, PUEDE RESOLVER SU DEMOLICIÓN Y LA VENTA DEL TERRENO Y DE LOS MATERIALES, LA REPARACIÓN O LA RECONSTRUCCIÓN.

SI RESUELVE LA RECONSTRUCCIÓN, LA MINORÍA NO PUEDE SER OBLIGADA A CONTRIBUIR A ELLA, Y PUEDE LIBERARSE POR TRANSMISIÓN DE SUS DERECHOS A TERCEROS DISPUESTOS A EMPRENDER LA OBRA. ANTE LA AUSENCIA DE INTERESADOS, LA MAYORÍA PUEDE ADQUIRIR LA PARTE DE LOS DISCONFORMES, SEGÚN VALUACIÓN JUDICIAL.

I. RELACIÓN CON LA LEY 13.512. FUENTE DEL NUEVO TEXTO

EN LOS SUPUESTOS DE DESTRUCCIÓN QUE PLANTEABA EL ART. 12, LEY 13.512, HAY UNA DESAPARICIÓN MATERIAL DEL EDIFICIO QUE PUEDE HABER SUCEDIDO POR UN TERREMOTO, INCENDIO, ATENTADO CON EXPLOSIVOS, DERRUMBE DEBIDO AL ESTADO DE DETERIORO DEL INMUEBLE O POR HABER CEDIDO SUS CIMIENTOS POR MOVIMIENTOS DEL SUELO, ETC. CUANDO ESA DESTRUCCIÓN TOTAL O PARCIAL REPRESENTA MÁS DE DOS TERCERAS PARTES DEL VALOR CUALQUIERA DE LOS PROPIETARIOS PODÍA PEDIR LA VENTA DEL TERRENO Y MATERIALES.

LA SEGUNDA PARTE DEL ART. 12 ANTES REFERENCIADO CONTEMPLA EL SUPUESTO DE DESTRUCCIÓN MENOR A ESAS DOS TERCERAS PARTES. SI EL ESTADO DEL INMUEBLE PERMITE INCLUIRLO EN ESTA ÚLTIMA HIPÓTESIS LEGAL ES POSIBLE LA RECONSTRUCCIÓN DEL EDIFICIO, DECISIÓN QUE DEBÍA SER TOMADA EN ASAMBLEA Y POR LA MAYORÍA QUE SEÑALADA EN EL REGLAMENTO PARA EL CASO.

EL NUEVO TEXTO LEGAL (ART. 2055) MANTIENE LOS DOS SUPUESTOS: A) GRAVE DETERIORO, B) DESTRUCCIÓN DEL EDIFICIO, PERO UNIFICA EL TRATAMIENTO.

FUENTES: PROYECTO DE CÓDIGO UNIFICADO DE 1998, ART. 1997.

II. COMENTARIO

EN EL CASO DE DESTRUCCIÓN TOTAL, EL INMUEBLE HA DESAPARECIDO COMO OBJETO DEL DERECHO DE PROPIEDAD HORIZONTAL, EN TANTO QUE SI LA DESTRUCCIÓN ES PARCIAL NO SÓLO SUBSISTE EL SISTEMA DE PROPIEDAD HORIZONTAL, SINO QUE TAMBIÉN ES POSIBLE QUE EL EDIFICIO PUEDA LLEGAR A SER FUNCIONALMENTE APTO, UNA VEZ EFECTUADAS LAS OBRAS QUE LA SITUACIÓN REQUIERE.

LA VIGENCIA DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL Y LA OBLIGATORIEDAD DEL REGLAMENTO DE PROPIEDAD HORIZONTAL MARCAN LA NECESIDAD DE LA DELIBERACIÓN PREVIA A LA TOMA DE DECISIONES, PERO EN ESTE SUPUESTO, A DIFERENCIA DE LO QUE ACONTECE EN LA VIDA CONSORCIAL, LA RESOLUCIÓN QUE TOME LA MAYORÍA NO SIEMPRE OBLIGA A LA MINORÍA.

EN ESTE SENTIDO, LA NORMA QUE COMENTAMOS HA SEGUIDO LOS LINEAMIENTOS DE LA LEY 13.512, APARTÁNDOSE DEL PROYECTO DE 1998 QUE ESTABLECÍA QUE LA MINORÍA ESTÁ OBLIGADA A CONTRIBUIR (ART. 1977).

1. MAYORÍA NECESARIA*50*

EN LA ASAMBLEA LLAMADA A DECIDIR LAS ACCIONES A LLEVAR A CABO, DADA LA DESTRUCCIÓN O DETERIORO DEL EDIFICIO COMÚ7 N, SE PODRÁ DECIDIR: A) SU DEMOLICIÓN Y POSTERIOR VENTA DEL TERRENO Y MATERIALES DE DEMOLICIÓN; B) SU RECONSTRUCCIÓN.

CABE TENER EN CUENTA QUE EN EL SUPUESTO DE DESTRUCCIÓN TOTAL DEL EDIFICIO, EN LOS HECHOS DESAPARECE LA PROPIEDAD HORIZONTAL Y SUBYACE UN DERECHO REAL DE CONDOMINIO QUE AUTORIZA A CUALQUIERA DE LOS PROPIETARIOS A PEDIR LA DIVISIÓN POR VENTA DEL TERRENO Y LOS MATERIALES. POR EL CONTRARIO, EN EL CASO DE VETUSTEZ, EL EDIFICIO ESTÁ EN PIÉ POR LO CUAL EL RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL SUBSISTE Y SU EXTINCIÓN SE PRODUCIRÁ EN LA MEDIDA QUE LO DECIDA LA MAYORÍA.

AMBAS DECISIONES DEBEN SER TOMADAS EN ASAMBLEA POR UNA MAYORÍA QUE REPRESENTE MÁS DE LA MITAD DEL VALOR, ES DECIR QUE NO SERÁ SUFICIENTE LA MAYORÍA DE VOTOS SINO QUE AÚN EN EL CASO QUE EL REGLAMENTO DIJERA LO CONTRARIO, ÉSTOS DEBEN COMPUTARSE POR PORCENTUAL.

2. GASTOS DE RECONSTRUCCIÓN

DECIDIDA LA RECONSTRUCCIÓN, NO MEDIANDO OPOSICIÓN DE LA MINORÍA, TODOS LOS PROPIETARIOS QUEDARÁN OBLIGADOS AL INGRESO DE LAS SUMAS RESULTANTES SEGÚN SUS RESPECTIVOS PORCENTUALES, Y LOS GASTOS QUE SE REALICEN QUEDARÁN INCLUIDOS EN EL CONCEPTO DE EXPENSAS COMUNES Y COMO TALES SU PAGO ES OBLIGATORIO PARA TODOS LOS PROPIETARIOS PUDIENDO PROCEDERSE A LA EJECUCIÓN EN CASO DE RETARDO EN EL CUMPLIMIENTO (HIGHTON). LOS GASTOS DE RECONSTRUCCIÓN DE LAS PARTES PRIVATIVAS ESTÁN A CARGO DE SUS RESPECTIVOS DUEÑOS (ART. 2048), SALVO CASOS ESPECIALES EN LOS CUALES LOS TRABAJOS Y LAS EROGACIONES CONSIGUIENTES SON REALIZADOS POR EL CONSORCIO PARA LUEGO LIQUIDARLO CON LAS EXPENSAS COMUNES.

3. DERECHO DE LA MINORÍA

CUANDO LA MAYORÍA RESUELVE LA RECONSTRUCCIÓN DEL EDIFICIO, LA MINORÍA NO PUEDE SER OBLIGADA A CONTRIBUIR EN LOS COSTOS DE REPARACIÓN, QUEDANDO OBLIGADA A CEDER SUS DERECHOS DE PROPIEDAD HORIZONTAL A TERCEROS O A LOS OTROS PROPIETARIOS.

EN CUANTO AL PRECIO POR EL CUAL SE EFECTÚA LA CESIÓN DEL DERECHO DE PROPIEDAD HORIZONTAL DE LA MINORÍA, NO ES NECESARIO EFECTUAR SIEMPRE UNA VALUACIÓN JUDICIAL, SINO QUE SE ACUDIRÁ A ESTA SOLUCIÓN EN CASO DE

DESACUERDO ENTRE LOS INTERESADOS EN CUANTO A LOS VALORES A PAGAR (GABAS).

CAPÍTULO 4

REGLAMENTO DE PROPIEDAD HORIZONTAL

POR LILIAN N. GURFINKEL DE WENDY

BIBLIOGRAFÍA CLÁSICA: HUMPHREYS, ETHEL - TANZI, SILVIA Y., "LA PROPIEDAD HORIZONTAL Y LA TENENCIA DE ANIMALES DOMÉSTICOS", JA, 2003-IV-814; ZAGO, JORGE, "NORMAS QUE RIGEN LA VIDA CONSORCIAL. RELACIÓN CORRECTA ENTRE EL REGLAMENTO Y LA NORMA CONSTITUCIONAL", JA, 1996-II-603.

rarsid3021317 ***

ENP11274 ART. 2056.— CONTENIDO. EL REGLAMENTO DE PROPIEDAD HORIZONTAL DEBE CONTENER:

A) DETERMINACIÓN DEL TERRENO;

B) DETERMINACIÓN DE LAS UNIDADES FUNCIONALES Y COMPLEMENTARIAS;

C) ENUMERACIÓN DE LOS BIENES PROPIOS;

D) ENUMERACIÓN DE LAS COSAS Y PARTES COMUNES;

E) COMPOSICIÓN DEL PATRIMONIO DEL CONSORCIO;

F) DETERMINACIÓN DE LA PARTE PROPORCIONAL INDIVISA DE CADA UNIDAD;

G) DETERMINACIÓN DE LA PROPORCIÓN EN EL PAGO DE LAS EXPENSAS COMUNES;

H) USO Y GOCE DE LAS COSAS Y PARTES COMUNES;

I) USO Y GOCE DE LOS BIENES DEL CONSORCIO;

J) DESTINO DE LAS UNIDADES FUNCIONALES;

K) DESTINO DE LAS PARTES COMUNES;

L) FACULTADES ESPECIALES DE LAS ASAMBLEAS DE PROPIETARIOS;

M) DETERMINACIÓN DE LA FORMA DE CONVOCAR LA REUNIÓN DE PROPIETARIOS, SU PERIODICIDAD Y SU FORMA DE NOTIFICACIÓN;

N) ESPECIFICACIÓN DE LIMITACIONES A LA CANTIDAD DE CARTAS PODERES QUE PUEDE DETENTAR CADA TITULAR DE UNIDAD FUNCIONAL PARA REPRESENTAR A OTROS EN ASAMBLEAS;

Ñ) DETERMINACIÓN DE LAS MAYORÍAS NECESARIAS PARA LAS DISTINTAS DECISIONES;

O) DETERMINACIÓN DE LAS MAYORÍAS NECESARIAS PARA MODIFICAR EL REGLAMENTO DE PROPIEDAD HORIZONTAL;

P) FORMA DE COMPUTAR LAS MAYORÍAS;

Q) DETERMINACIÓN DE EVENTUALES PROHIBICIONES PARA LA DISPOSICIÓN O LOCACIÓN DE UNIDADES COMPLEMENTARIAS HACIA TERCEROS NO PROPIETARIOS;

R) DESIGNACIÓN, FACULTADES Y OBLIGACIONES ESPECIALES DEL ADMINISTRADOR;

S) PLAZO DE EJERCICIO DE LA FUNCIÓN DE ADMINISTRADOR;

T) FIJACIÓN DEL EJERCICIO FINANCIERO DEL CONSORCIO;

U) FACULTADES ESPECIALES DEL CONSEJO DE PROPIETARIOS.

I. RELACIÓN CON LA LEY 13.512. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

*EL ART. 9°, LEY **13.512**, CONSIGNABA NO SÓLO LA OBLIGATORIEDAD DE LA REDACCIÓN E INSCRIPCIÓN DEL REGLAMENTO DE COPROPIEDAD, SINO TAMBIÉN SU CONTENIDO BÁSICO: A) DESIGNACIÓN DE UN REPRESENTANTE DE LOS PROPIETARIOS, B) DETERMINACIÓN DE LAS BASES DE SU REMUNERACIÓN, REMOCIÓN Y DESIGNACIÓN DEL REEMPLAZANTE, C) FORMA Y PROPORCIÓN EN LA CONTRIBUCIÓN DE EXPENSAS COMUNES, D) CONVOCATORIA A ASAMBLEAS Y MAYORÍAS, CONCEPTOS QUE LUEGO COMPLETÓ EL DECRETO REGLAMENTARIO **18.734/1948**, AL ENUMERAR LAS CLÁUSULAS QUE INELUDIBLEMENTE DEBE CONTEMPLAR EL REGLAMENTO (ART. 3°).*

DENTRO DE LOS PARÁMETROS ALLÍ MENCIONADOS LOS OTORGANTES DEL REGLAMENTO PODRÁN EJERCER LA REGLA DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD, QUE INCLUSIVE SE EXTIENDE A LA INCLUSIÓN DE CLÁUSULAS QUE POR LEY NO SON OBLIGATORIAS, QUE PODRÁN VARIAR DE EDIFICIO EN EDIFICIO, DE MODO TAL QUE CADA INMUEBLE SUJETO AL RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL PODRÁ TENER SU PROPIA ORGANIZACIÓN.

*FUENTES: PROYECTO DE CÓDIGO UNIFICADO DE **1998**, ART. **1998**.*

II. COMENTARIO

*EN PRIMER TÉRMINO CABE SEÑALAR EL CAMBIO DE NOMINACIÓN CON RELACIÓN AL RÉGIMEN ANTERIOR. EN LA LEY **13.512** SE LO SEÑALABA COMO REGLAMENTO DE COPROPIEDAD, EN TANTO ESE ERA EL RÉGIMEN JURÍ7 DICO QUE SE ENTENDÍA APLICABLE A LAS PARTES Y COSAS COMUNES; EN ESTE CAPÍTULO QUEDA IDENTIFICADO COMO REGLAMENTO DE PROPIEDAD HORIZONTAL, TENIENDO EN CUENTA QUE LA PROPIEDAD HORIZONTAL ES UN DERECHO REAL AUTÓNOMO INTEGRADO QUE ABARCA LA UNIDAD FUNCIONAL QUE INCLUYE LAS COMPLEMENTARIAS Y LAS PARTES COMUNES.*

1. CLÁUSULAS OBLIGATORIAS

EL REGLAMENTO DE PROPIEDAD HORIZONTAL TIENE NATURALEZA CONTRACTUAL Y COMO TAL QUEDA REGIDO POR EL PRINCIPIO DE LIBERTAD DE LAS CONVENCIONES, SIN EMBARGO, ES IMPOSIBLE DEROGAR DETERMINADAS DISPOSICIONES DE LA LEY O APARTARSE DE AQUELLAS QUE CONSTITUYEN LA TRAMA BÁSICA DEL SISTEMA DE PROPIEDAD

HORIZONTAL.

EL ARTÍCULO QUE COMENTAMOS ENUMERA LAS CUESTIONES QUE DEBEN SER CONTEMPLADAS OBLIGATORIAMENTE EN EL REGLAMENTO, PUESTO QUE EL ORDENAMIENTO LEGAL LAS CONSIDERA INDISPENSABLES PARA EL FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA.

SI COMPARAMOS LA ENUMERACIÓN CONTENIDA EN EL ART. 2056, CON SU ANTECEDENTE (ART. 9°, LEY 13.512) Y CON EL ART. 1998 DEL PROYECTO UTILIZADO COMO FUENTE, QUEDA EN EVIDENCIA EL INCREMENTO EN LA CANTIDAD DE CLÁUSULAS OBLIGATORIAS, PRODUCTO DE LA EXPERIENCIA ACUMULADA EN LOS AÑOS DE VIGENCIA DEL RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL.

EN ESE SENTIDO SE HAN INCORPORADO LOS INCS. K) DESTINO DE LAS PARTES COMUNES; M) DETERMINACIÓN DE LA FORMA DE CONVOCAR LA REUNIÓN DE PROPIETARIOS Y SU PERIODICIDAD; Ñ) DETERMINACIÓN DE LAS MAYORÍAS NECESARIAS PARA LAS DISTINTAS DECISIONES; S) PLAZO DE EJERCICIO DE LA FUNCIÓN DE ADMINISTRADOR; T) FIJACIÓN DEL EJERCICIO FINANCIERO DEL CONSORCIO; U) FACULTADES ESPECIALES DEL CONSEJO DE PROPIETARIOS.

CLARO ESTÁ QUE

LOCH LA OBLIGATORIEDAD DE INCORPORAR EN EL REGLAMENTO DE PROPIEDAD HORIZONTAL LAS CLÁUSULAS ENUMERADAS EN EL ART. 2056, SERÁ RECIÉN A PARTIR DEL AÑO 2016, FECHA DE ENTRADA EN VIGENCIA DEL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL. ENTRETANTO, ES DESEABLE QUE LOS NUEVOS REGLAMENTOS SE REDACTEN DE CONFORMIDAD CON LAS DIRECTIVAS DE ESA NORMA.

2. CLÁUSULAS FACULTATIVAS

CUMPLIDA LA LEY EN ESTE ASPECTO, DADA LA NATURALEZA CONTRACTUAL DEL REGLAMENTO, LAS PARTES PUEDEN INSERTAR OTRAS CUESTIONES QUE TIENDEN A REGLAMENTAR ASPECTOS QUE HACEN AL MEJOR APROVECHAMIENTO DE LAS PARTES COMUNES O A FIJAR PAUTAS DE CONVIVENCIA. LA TERMINOLOGÍA UTILIZADA NO SIGNIFICA QUE LAS DISPOSICIONES FACULTATIVAS CAREZCAN DE LA MISMA FUERZA OBLIGATORIA QUE LAS ANTERIORES, DADO QUE UNAS Y OTRAS, UNA VER INCLUIDAS EN EL REGLAMENTO CONFIGURAN LA LEY PARA LAS PARTES QUE A ÉL SE ADHIRIERON.

ENTRE LAS CLÁUSULAS FACULTATIVAS PUEDEN CITARSE: LAS QUE FIJAN EL PROCEDIMIENTO EXTRAJUDICIAL PARA PERSEGUIR EL COBRO DE EXPENSAS ATRASADAS; LOS INTERESES MORATORIOS QUE SE APLICARÁN EN EL SUPUESTO DE RETARDO EN EL CUMPLIMIENTO; MULTAS EN CASO DE DISTINTAS VIOLACIONES AL REGLAMENTO; FACULTAD O PROHIBICIÓN DE HACER PUBLICIDAD Y LÍMITES EN EL CASO DE LOCALES COMERCIALES, ENTRE OTRAS.

III. JURISPRUDENCIA

1. EN LOS SUPUESTOS EN LOS QUE DEBA INTERPRETARSE UNA CLÁUSULA DE UN REGLAMENTO DE COPROPIEDAD CUYOS TÉRMINOS PUEDAN DAR MARGEN DE DUDA, CORRESPONDE QUE LA MISMA SEA COMPRENDIDA A FAVOR O EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD, ES DECIR, CONFORME AL INTERÉS GENERAL DE LOS COPROPIETARIOS Y NO PARTICULAR DEL COMUNERO (CNCIV., SALA H, 27/6/2008, LEXIS N° 1/70046982-2).

2. EN EL REGLAMENTO DE COPROPIEDAD Y ADMINISTRACIÓN SE DEBE FIJAR EL PORCENTAJE QUE CORRESPONDE A CADA UNIDAD Y EN FUNCIÓN DE ESE PORCENTUAL SE DEBEN PAGAR LAS EXPENSAS COMUNES; DICHO VALOR SE PUEDE ESTABLECER POR ACUERDO DE PARTES, POR EL AFORO INMOBILIARIO, O BIEN POR UNA DETERMINACIÓN BASADA EN LA PROPORCIÓN QUE REPRESENTA LA SUPERFICIE PROPIA DE CADA UNIDAD EN LA SUMA DE SUPERFICIES PROPIAS DE TODAS LAS UNIDADES QUE COMPONEN EL EDIFICIO, DE MODO QUE NO SIEMPRE RESPONDERÁ EN FORMA EXACTA A LA COMPARACIÓN DE LAS SUPERFICIES (CNCIV., SALA H, 7/10/2009, LEXIS N° 1/70057906-6).

ART. 2057.— MODIFICACIÓN DEL REGLAMENTO. EL REGLAMENTO SÓLO PUEDE MODIFICARSE POR RESOLUCIÓN DE LOS PROPIETARIOS, MEDIANTE UNA MAYORÍA DE DOS TERCIOS DE LA TOTALIDAD DE LOS PROPIETARIOS.

I. RELACIÓN CON LA LEY 13.512. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

EL ART. 9°, LEY 13.512, AL MISMO TIEMPO QUE ESTABLECÍA LA OBLIGATORIEDAD DE ACORDAR Y REDACTAR UN REGLAMENTO DE COPROPIEDAD Y ADMINISTRACIÓN, PREVEÍA QUE DICHO REGLAMENTO SÓLO PODRÁ MODIFICARSE POR RESOLUCIÓN DE LOS PROPIETARIOS, MEDIANTE UNA MAYORÍA NO MENOR DE DOS TERCIOS.

LA DECISIÓN AL RESPECTO DEBERÍA TOMARSE EN ASAMBLEA, CONVOCADA EN EL TIEMPO Y FORMA QUE EN CADA CASO ESTABLEZCA EL REGLAMENTO DEL EDIFICIO Y LOS VOTOS COMPUTARSE POR UNIDAD O POR PORCENTUAL SEGÚN LO EXPRESAMENTE DISPUESTO EN EL MISMO REGLAMENTO.

EL PROYECTO DE 1998 NO CONTENÍA DISPOSICIÓN AL RESPECTO, NI TAMPOCO INTRODUCÍA ESTA CUESTIÓN COMO CLÁUSULA OBLIGATORIA DEL REGLAMENTO.

II. COMENTARIO

1 EL TEXTO DEL ART. 2057 MANTIENE LO NORMADO EN LA LEY 13.512.

EN CUANTO AL MÍNIMO DE DOS TERCIOS CONSIGNADO EN LA LEY CABE EFECTUAR DOS ACLARACIONES: 1°) LA MAYORÍA SEÑALADA ES LA MÍNIMA ACEPTADA, LO CUAL IMPLICA QUE CADA REGLAMENTO PUEDE ESTABLECER UNA MAYORÍA MAYOR, POR EJEMPLO UNANIMIDAD; 2°) CUANDO LA MODIFICACIÓN QUE SE PRETENDE ALTERA CLÁUSULAS ESTATUTARIAS Y CON ELLO DERECHOS ADQUIRIDOS DE CONTENIDO PATRIMONIAL, LA MAYORÍA REQUERIDA DEBE SER UNANIMIDAD.

ELLO ASÍ POR CUANTO, CUANDO UN COPROPIETARIO INGRESA EN EL RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL ADQUIERE UN DERECHO AL STATU QUO QUE SOLO PUEDE SER ALTERADO CON SU CONSENTIMIENTO (CNCIV., SALA L, 12/19/1997, LA LEY, 1998-C, 753).

EN CONSECUENCIA, LA MAYORÍA DE DOS TERCIOS SERÍA INSUFICIENTE PARA ALTERAR EL PORCENTUAL DE LOS PROPIETARIOS PARA EL PAGO DE LAS EXPENSAS (CNCIV., SALA E, 3/2/1993. JA, 1993-IV-SÍNTESIS); O PARA ALTERAR O MODIFICAR EL DESTINO DE LAS UNIDADES FUNCIONALES (CNCIV., SALA C, 24/5/1994); O PARA CONVERTIR PARTES COMUNES EN PRIVATIVAS; CRITERIO QUE SE JUSTIFICA PUESTO QUE, DE LO CONTRARIO, LA MAYORÍA ESTARÍA FACULTADA PARA DISPONER A SU ARBITRIO DE DERECHOS PATRIMONIALES DE LA MINORÍA EN DETRIMENTO DE LA NATURALEZA CONTRACTUAL DEL REGLAMENTO DE COPROPIEDAD.

FORMA E INSCRIPCIÓN

A PESAR QUE EL ART. 2057 NADA DICE AL RESPECTO, SIGUIENDO LOS LINEAMIENTOS DE SU ANTECEDENTE (ART. 9°, LEY 13.512), LA MODIFICACIÓN DEL REGLAMENTO DE PROPIEDAD Y ADMINISTRACIÓN DEBERÁ INSTRUMENTARSE EN ESCRITURA PÚBLICA E INSCRIBIRSE EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD.

LA ESCRITURA PÚBLICA QUE CONTIENE LA MODIFICACIÓN DEL REGLAMENTE DEBERÁ SER INSCRIPTA COMO MANDA LA LEY EN LA MATRÍCULA CORRESPONDIENTE, TENIENDO EN CUENTA QUE ESTE ACTO HACE A LA OPONIBILIDAD A TERCEROS. ELLO NO QUITA QUE LA FALTA DE INSCRIPCIÓN PUEDA EXCUSAR EL INCUMPLIMIENTO DE LOS PROPIETARIOS QUE VOTARON LA MODIFICACIÓN (CNCIV., SALA C, 10/11/1966, ED, 17-553; CNCIV., SALA B, 10/5/1967, ED, 19-122).

III. JURISPRUDENCIA

AUNQUE EN LA ESCRITURA DE ADQUISICIÓN POR EL RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL SE HIZO CONSTAR QUE LA ADQUIRENTE CONOCÍA Y ACEPTABA EL REGLAMENTO DE COPROPIEDAD Y ADMINISTRACIÓN, ELLO SÓLO PUEDEN ENTENDERSE REFERIDO A LO INSCRIPTO EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD, CUMPLIÉNDOSE ASÍ CON AL DEBIDA PUBLICIDAD. SI CON POSTERIORIDAD SE MODIFICÓ EL REGLAMENTO SIN LOS REQUISITOS EXIGIDOS POR LA LEY, ESTO NO PUEDE SERLE OPUESTO A UN ADQUIRENTE A QUIEN NO SE HA ACREDITADO LE FUERA EXPRESAMENTE NOTIFICADA LA REFORMA EN CUESTIÓN; ESTO, POR CUANTO EL OTORGAMIENTO DE LA ESCRITURA ES, SIN DUDA ALGUNA, UNA EXIGENCIA SUSTANCIAL HASTA EL MOMENTO DE SU OTORGAMIENTO; LA REFORMA NO PASA DE SER UNA DECISIÓN DEL CONSORCIO QUE NO SE HA CONCRETADO LEGALMENTE Y QUE, POR CONSIGUIENTE, CARECE DE EFECTO (CNESP. CIV. Y COM., SALA IV, 14/11/1980, JA, 1981-II-785).

CAPÍTULO 5

ASAMBLEAS

POR LILIAN N. GURFINKEL DE WENDY

HICHBIBLIOGRAFÍA SOBRE LA REFORMA: CONSTANTINO, "LA PROPIEDAD HORIZONTAL EN EL PROYECTO DE CÓDIGO", LA LEY, 2013-A, 591; MARIANI DE VIDAL, MARINA, "LA PROPIEDAD HORIZONTAL EN EL PROYECTO DE CÓDIGO", LA LEY, 2013-A, 591.

BIBLIOGRAFÍA CLÁSICA: ALTERINI, JORGE H., "ASAMBLEAS. NULIDAD. MANDATO. (UN NUEVO PLANTEAMIENTO SOBRE UN TEMA POLÉMICO)", JA, 4-1969-394; BENDERSKY, MARIO, "LAS ASAMBLEAS DE PROPIETARIOS EN EL RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL", LA LEY, 92-880; CAUSSE, JORGE RAÚL Y OTROS, "EL SISTEMA DE PROPIEDAD HORIZONTAL COMO RÉGIMEN DE EXCEPCIÓN: LA ASAMBLEA Y LA VÍA CONSORCIAL", LA LEY, 1995-E, 450; CONSTANTINO, JUAN, "LAS ASAMBLEAS EN EL RÉGIMEN DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL. ASPECTOS PUNTUARLES, TÉCNICOS Y TÁCTICOS DE SU FUNCIONAMIENTO", DJ, 1991-IV-715; GERSTNER, JUAN, "NULIDAD DE LA ASAMBLEA DE COPROPIETARIOS: EL PROBLEMA DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN", JA, 1991-I-985; MARIANI DE VIDAL, MARINA - ABELLA, ADRIANA, "ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LAS ASAMBLEAS EN LA PROPIEDAD HORIZONTAL" SJA 24/11/2010; VALIENTE NOAILLES, LUIS M. (H.), "LA CONVOCATORIA JUDICIAL A ASAMBLEA EN LA LEY DE PROPIEDAD HORIZONTAL", JA 1984-II-708).

* * *

ART. 2058.— FACULTADES DE LA ASAMBLEA. LA ASAMBLEA ES LA REUNIÓN DE PROPIETARIOS FACULTADA PARA RESOLVER:

A) LAS CUESTIONES QUE LE SON ATRIBUIDAS ESPECIALMENTE POR LA LEY O POR EL REGLAMENTO DE PROPIEDAD HORIZONTAL;

B) LAS CUESTIONES ATRIBUIDAS AL ADMINISTRADOR O AL CONSEJO DE PROPIETARIOS CUANDO LE SON SOMETIDAS POR CUALQUIERA DE ÉSTOS O POR QUIEN REPRESENTA EL CINCO POR CIENTO DE LAS PARTES PROPORCIONALES INDIVISAS CON RELACIÓN AL CONJUNTO;

C) LAS CUESTIONES SOBRE LA CONFORMIDAD CON EL NOMBRAMIENTO Y DESPIDO DEL PERSONAL DEL CONSORCIO;

D) LAS CUESTIONES NO CONTEMPLADAS COMO ATRIBUCIONES DEL ADMINISTRADOR O DEL CONSEJO DE PROPIETARIOS, SI LO HUBIERE.

I. RELACIÓN CON LA LEY 13.512. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

ENTRE LAS MUCHAS CARENCIAS DE LA LEY 13.512, TAMBIÉN ESTE TEMA HA QUEDADO SIN LEGISLAR, ESTO ES: TODO LO REFERIDO A CONVOCATORIA, MAYORÍAS, ASISTENCIA, DERECHO A VOTO, CONSIGNANDO SÓLO QUE "EL REGLAMENTO DEBE PROVEER OBLIGATORIAMENTE POR LO MENOS A LOS SIGUIENTES PUNTOS: ...D) LA FORMA DE CONVOCAR LA REUNIÓN DE PROPIETARIOS EN CASO NECESARIO, LA PERSONA QUE PRESIDIRÁ LA REUNIÓN, LAS MAYORÍAS NECESARIAS PARA MODIFICAR EL REGLAMENTO Y ADOPTAR OTRAS RESOLUCIONES, NO TRATÁNDOSE DE LOS CASOS EN 7 QUE EN ESTA LEY SE EXIGE UNA MAYORÍA ESPECIAL".

ESE VACÍO LEGAL TAMBIÉN SE PONE DE MANIFIESTO EN EL ART. 10, LEY 13.512, QUE PARECE DAR FUNDAMENTO SUFICIENTE A LA POSTURA SEGÚN LA CUAL LA FUNCIÓN DE LA ASAMBLEA ES RESIDUAL, ES DECIR: TOMA A SU CARGO Y TIENE PODER DE DECISIÓN EN TODAS AQUELLAS CUESTIONES NO ATRIBUIDAS AL ADMINISTRADOR (LAJE).

FUENTES: PROYECTO DE CÓDIGO UNIFICADO DE 1998, ART. 1999.

II. COMENTARIO

PENSANDO AL CONSORCIO COMO PERSONA JURÍDICA Y A LA ASAMBLEA COMO SU ÓRGANO DELIBERATIVO Y DE TOMA DE DECISIONES, DEBE CONCLUIRSE QUE NO HAY MATERIA QUE PUEDA SERLE AJENA, AUNQUE EN PRINCIPIO LA LEY HAYA ASIGNADO DETERMINADAS FUNCIONES AL ADMINISTRADOR (HIGHTON). EN ESTE SENTIDO LAS ASAMBLEAS DE PROPIETARIOS CONSTITUYEN EL ÓRGANO MÁXIMO DE REPRESENTACIÓN DE LA VOLUNTAD DE LA COMUNIDAD, A CUYO CARGO SE HALLA EL CUIDADO DE LA BUENA MARCHA Y NORMAL FUNCIONAMIENTO DE LOS INTERESES DE ÉSTA. EN MATERIA RELACIONADA CON LOS BIENES COMUNES, MIENTRAS OBREN DENTRO DE LOS LÍMITES FIJADOS POR LA LEY Y DE SUS ATRIBUCIONES REGLAMENTARIAS, SUS PODERES SON SOBERANOS

Y SUS RESOLUCIONES IMPERATIVAS AÚN PARA LOS PARTÍCIPES DISIDENTES (RACCIATTI).

ENTRE LAS FUNCIONES ESPECÍFICAS DE LA ASAMBLEA CABE ENUMERAR: A) NOMBRAR Y REMOVER AL ADMINISTRADOR Y AL CONSEJO DE PROPIETARIOS; B) APROBAR EL PLAN DE GASTOS E INGRESOS PREVISIBLES Y LAS CUENTAS CORRESPONDIENTES; C) APROBAR LOS PRESUPUESTOS Y LA EJECUCIÓN DE TODAS LAS OBRAS DE REPARACIÓN DE LA FINCA, SEAN ORDINARIAS O EXTRAORDINARIAS, , QUE NO FUERAN DE INCUMBENCIA DIRECTA DEL ADMINISTRADOR; D) APROBAR O REFORMAR LOS ESTATUTOS Y DETERMINAR LAS NORMAS DE RÉGIMEN INTERNO; E) DECIDIR LA REALIZACIÓN DE OBRAS NUEVAS O MEJORAS EN PARTES COMUNES (ARTS. 2051, 2052); F) RESOLVER LA DEMOLICIÓN DEL EDIFICIO O SU RECONSTRUCCIÓN (ART. 2055); G) CONOCER Y DECIDIR EN LOS DEMÁS ASUNTOS DE INTERÉS GENERAL PARA LA COMUNIDAD, ACORDANDO LAS MEDIDAS NECESARIAS O CONVENIENTES PARA EL MEJOR SERVICIO COMÚN.

EL INC. B) DE LA NORMA BAJO ANÁLISIS PLANTEA UN SUPUESTO INTERESANTE Y DE GRAN UTILIDAD EN LA VIDA CONSORCIAL: HAY FUNCIONES QUE EN PRINCIPIO LE SON ATRIBUIDAS AL ADMINISTRADOR, POR EJEMPLO, DESPEDIR AL PERSONAL DEL CONSORCIO; SIN EMBARGO TAL DECISIÓN PUEDE ORIGINAR UNA EROGACIÓN MUY IMPORTANTE PARA LOS PROPIETARIOS. CONFORME CON EL TEXTO CITADO CUALQUIERA DE ÉSTOS PUEDE SOLICITAR QUE LA ASAMBLEA SE ABOQUE AL CONOCIMIENTO Y DECISIÓN DE LA CUESTIÓN PLANTEADA.

III. JURISPRUDENCIA

CONFORME EL RÉGIMEN INSTAURADO POR LA LEY 13.512, QUE REGULA LA PROPIEDAD HORIZONTAL, LA ASAMBLEA ES EL ÓRGANO MÁXIMO DE REPRESENTACIÓN DE LA VOLUNTAD DE LA COMUNIDAD, A CUYO CARGO SE ENCUENTRA LA RESOLUCIÓN DE LOS ASUNTOS DE INTERÉS COMÚN, SIENDO SUS PODERES SOBERANOS Y OBLIGANDO A TODOS —AUN A LA MINORÍA DISIDENTE Y A LOS AUSENTES EN EL ACTO—, LAS DECISIONES TOMADAS DENTRO DEL MARCO DE LAS PREVISIONES LEGALES Y REGLAMENTARIAS (CNCIV., SALA G, 13/11/2009, LEXIS N° 1/70057717-1).

ART. 2059.— CONVOCATORIA Y QUÓRUM. LOS PROPIETARIOS DEBEN SER CONVOCADOS A LA ASAMBLEA EN LA FORMA PREVISTA EN EL REGLAMENTO DE PROPIEDAD HORIZONTAL, CON TRANSCRIPCIÓN DEL ORDEN DEL DÍA, EL QUE DEBE REDACTARSE EN FORMA PRECISA Y COMPLETA; ES NULO EL TRATAMIENTO DE OTROS TEMAS, EXCEPTO SI ESTÁN PRESENTES TODOS LOS PROPIETARIOS Y ACUERDAN POR UNANIMIDAD TRATAR EL TEMA.

LA ASAMBLEA PUEDE AUTOCONVOCARSE PARA DELIBERAR. LAS DECISIONES QUE SE ADOPTEN SON VÁLIDAS SI LA AUTOCONVOCATORIA Y EL TEMARIO A TRATAR SE APRUEBAN POR UNA MAYORÍA DE DOS TERCIOS DE LA TOTALIDAD DE LOS PROPIETARIOS.

SON IGUALMENTE VÁLIDAS LAS DECISIONES TOMADAS POR VOLUNTAD UNÁNIME DEL TOTAL DE LOS PROPIETARIOS AUNQUE NO LO HAGAN EN ASAMBLEA.

I. RELACIÓN CON LA LEY 13.512. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

LA LEY 13.512 NO ENUNCIA DISTINTAS CLASES DE ASAMBLEAS, SALVO LA JUDICIAL, DEJANDO LIBRADO AL REGLAMENTO DE COPROPIEDAD LA FORMA DE CONVOCAR LA REUNIÓN DE PROPIETARIOS (ART. 9°, INC. D); POR SU PARTE, EL DECRETO REGLAMENTARIO 18.734/1949 (ART. 3°) ENUMERA LAS DISTINTAS MATERIAS A LAS QUE DEBE REFERIRSE EL REGLAMENTO DE COPROPIEDAD Y ADMINISTRACIÓN Y ENTRE ELLAS SEÑALA: "FORMA Y TIEMPO DE CONVOCACIÓN A LAS REUNIONES ORDINARIAS O Y EXTRAORDINARIAS DE PROPIETARIOS...".

FUENTES: PROYECTO DE CÓDIGO UNIFICADO DE 1998, ART. 2000.

II. COMENTARIO

EN PRINCIPIO, LA NORMA QUE COMENTAMOS MANDA REALIZAR DETERMINADO PROCEDIMIENTO PARA LOGRAR LA REUNIÓN DE LOS PROPIETARIOS, LA DELIBERACIÓN RESPECTO DE CADA UNO DE LOS TEMAS Y LA POSTERIOR VOTACIÓN; INCUMPLIDOS LOS PASOS PRECEDENTES, LA DECISIÓN CARECE DE VALIDEZ, SALVO LAS EXCEPCIONES CONTEMPLADAS EN LOS PÁRRAFOS 2° Y 3°.

NO SE TRATA DEL CUMPLIMIENTO DE ACTOS MERAMENTE FORMALES, ES NECESARIO QUE CADA UNO DE LOS TITULARES DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL NO SÓLO CONOZCA EL ORDEN DEL DÍA, SINO QUE SE INTERIORICE DE LAS DISTINTAS CIRCUNSTANCIAS DE LA SITUACIÓN A RESOLVER, PRESUPUESTOS, COSTOS FINALES, INCIDENCIA EN EL MONTO FINAL DE EXPENSAS A PAGAR, ETC. ANTES DE PRESTAR SU CONSENTIMIENTO —O DISENTIR— CON LA MEDIDA PROPUESTA (CNCIV., SALA D, 7/2/1964, LA LEY, 113-631).

1. CONVOCATORIA

EL REGLAMENTO DE COPROPIEDAD DEBE CONTENER, OBLIGATORIAMENTE, CLÁUSULAS REFERIDAS A LA FORMA DE CONVOCAR LA REUNIÓN DE PROPIETARIOS Y SU PERIODICIDAD (ART. 2056, INC. M). POR LO GENERAL LAS ASAMBLEAS ORDINARIAS SON AQUELLAS QUE SE CELEBRAN PERIÓDICAMENTE Y EN ELLA SE TRATA LA RENDICIÓN DE CUENTAS PRESENTADA POR EL ADMINISTRADOR QUE CORRESPONDE AL EJERCICIO FINANCIERO CONCLUIDO, EL PRESUPUESTO DE GASTOS PARA EL SIGUIENTE PERÍODO, LAS OBRAS A REALIZAR, LA REELECCIÓN DEL ADMINISTRADOR CUANDO ÉSTE TUVIERA FIJADO UN PERÍODO PARA SU GESTIÓN, LA RENUNCIA DEL ADMINISTRADOR, Y EN GENERAL TODOS AQUELLOS ASUNTOS QUE —DEBIDAMENTE INCLUIDOS EN EL ORDEN DEL DÍA— TENGAN RELACIÓN CON EL NORMAL FUNCIONAMIENTO DEL EDIFICIO.

TENIENDO EN CUENTA QUE LA OBLIGATORIEDAD DE LA NORMA SEÑALADA RIGE PARA LOS REGLAMENTOS QUE SE REDACTEN A PARTIR DEL AÑO 2016 (ENTRADA EN VIGENCIA DEL NUEVO CÓDIGO)), PARA LOS REGLAMENTOS EXISTENTES, AUNQUE NADA PREVEAN RESPECTO A LA FORMA DE REALIZARSE LA CITACIÓN A ASAMBLEA, LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA HAN ESTABLECIDO QUE DICHA CITACIÓN DEBE SER HECHA EN FORMA FEHACIENTE Y CON ESPECIFICACIÓN DEL ORDEN DEL DÍA (CCIV. Y COM. CÓRDOBA, 4°, 5/12/2006, AP, 1/70035331-1-3).

SIN PERJUICIO DE LA ESTIPULACIÓN QUE CONTENGA EL REGLAMENTO DE PROPIEDAD RESPECTO DE LA FORMA EN QUE DEBE HACERSE LA CONVOCATORIA, EL ART. 2059 (1ER. PÁRRAFO) MANDA QUE LA CITACIÓN SE EFECTÚE CON TRANSCRIPCIÓN DEL ORDEN DEL DÍA, QUE ES EL TEMARIO A TRATAR EN LA ASAMBLEA. EL ORDEN DEL DÍA DEBE SER

CLARO, PRECISO Y COMPLETO PORQUE DELIMITA LA COMPETENCIA DE LA ASAMBLEA, LO CUAL NO EXCLUYE LAS DECISIONES QUE SE TOMEN RESPECTO DE LOS ASUNTOS QUE GUARDEN ESTRICTA RELACIÓN CON EL TEMARIO DEL DÍA POR EJEMPLO: CUANDO LA MEDIDA INCLUIDA IMPLICA LOS MEDIOS PARA REALIZARLA —OBTENCIÓN DE RECURSOS— O CUANDO SE ADOPTAN RESOLUCIONES INCIDENTALES A LA PRINCIPAL CONSIDERADA (CCIV. Y COM. BAHÍA BLANCA, SALA 1ª, 8/9/1994, JA, 1996-I-519).

LA DELIBERACIÓN Y VOTACIÓN DE UN TEMA NO INCLUIDO EXPRESAMENTE EN EL ORDEN DEL DÍA ÚNICAMENTE ES VÁLIDA SI ESTUVIERAN PRESENTES TODOS LOS PROPIETARIOS Y EN FORMA UNÁNIME HUBIERAN EMITIDO SU OPINIÓN EN EL SENTIDO DE TRATAR ESE TEMA, CUMPLIÉNDOSE LUEGO LAS MAYORÍAS QUE SEÑALA EL REGLAMENTO DEL EDIFICIO PARA TOMAR LA DECISIÓN AL RESPECTO.

2. AUTOCONVOCATORIA

ENTRE LAS OBLIGACIONES DEL ADMINISTRADOR SE INCLUYE LA DE CONVOCAR A LA ASAMBLEA Y REDACTAR EL ORDEN DEL DÍA (ART. 2066, INC. A). SIN EMBARGO, PODRÍA SUCEDER, POR EJEMPLO, QUE LA RENUNCIA DEL ADMINISTRADOR SE PRODUJERA EN FORMA INTEMPESTIVA, SE HUBIERAN DETECTADO GRAVES IRREGULARIDADES EN EL DESEMPEÑO DE SU FUNCIÓN, O QUE FRENTE A LA REALIZACIÓN DE CONSTRUCCIONES ANTIRREGLAMENTARIAS NO HUBIERA ACTUACIÓN DILIGENTE POR PARTE DEL A ADMINISTRADOR, SITUACIONES ÉSTAS QUE REQUIEREN SOLUCIONES URGENTES.

EL 2º PÁRRAFO DE LA NORMA BAJO ANÁLISIS AUTORIZA LA REALIZACIÓ N DE LA ASAMBLEA, YA NO CONVOCADA POR EL ADMINISTRADOR, SINO RESUELTA POR LOS MISMOS PROPIETARIOS, VALIDANDO LAS RESOLUCIONES QUE EN ELLA SE TOMEN, BAJO DOS CONDICIONES:

AF31505A) LA AUTOCONVOCATORIA DEBE SER ACORDADA POR TODOS LOS PROPIETARIOS, Y

B) EL TEMARIO (ORDEN DEL DÍA) DE LA ASAMBLEA APROBADO POR UNA MAYORÍA DE DOS TERCIOS DEL TOTAL DE ELLOS. ESTO NO SIGNIFICA QUE LA DECISIÓN DEBA TOMARSE POR ESA MAYORÍA, SINO QUE LA MAYORÍA REQUERIDA DEPENDERÁ DEL TEMA A RESOLVER, QUE PUEDE SER MAYORÍA ABSOLUTA, LOS DOS TERCIOS O UNANIMIDAD.

LA NORMA NO ACLARA SI EN ESTE SUPUESTO DE AUTOCONVOCATORIA LA CITACIÓN A ASAMBLEA DEBE HACERSE RESPETANDO LAS PAUTAS QUE FIJA AL EFECTO EL REGLAMENTO DE PROPIEDAD HORIZONTAL O ES SUFICIENTE QUE LOS PROPIETARIOS SE REÚNAN AL EFECTO SIN CUMPLIR NINGUNA FORMALIDAD PREVIA.

3. DECISIÓN SIN ASAMBLEA

EN EL RÉGIMEN DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL, LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA NACIONAL SOSTENÍA QUE NO RESULTABAN VÁLIDAS LAS EXPRESIONES VERTIDAS FUERA DEL ÁMBITO ASAMBLEARIO Y MUCHO MENOS LOS VOTOS QUE SE EMITIERAN EN UN MOMENTO DISTINTO AL DE LA REALIZACIÓN DE LA REUNIÓN DE PROPIETARIOS. ELLO ASÍ PORQUE LA REUNIÓN EN ASAMBLEA PARA TOMAR DECISIONES NO ES UN RECAUDO PURAMENTE FORMAL QUE PUEDA SUPLIRSE CON LA ADHESIÓN INDIVIDUAL DE CADA UNO DE AQUÉLLOS (BENDERSKY) (CNCIV., SALA D, 19/3/1981, LA LEY, 1982-A, 298).

EN SENTIDO CONTRARIO, EL 3º PÁRR. DEL ARTÍCULO QUE COMENTAMOS, VALIDA LA TOMA DE DECISIONES FUERA DEL ÁMBITO DE LA ASAMBLEA, CON LA CONDICIÓN QUE SE EXPRESE LA VOLUNTAD DEL TOTAL DE LOS PROPIETARIOS.

DE TAL MANERA SE SIMPLIFICA LA CONVOCATORIA Y SE AGILIZA LA TOMA DE DECISIONES, TAL COMO SE HACÍA EN EL ART. 2000 DEL PROYECTO DE 1998.

CLARO ESTÁ QUE ESTA SOLUCIÓN NO ES FÁCIL DE IMPLEMENTAR EN LOS CONSORCIOS INTEGRADOS POR GRAN NÚMERO DE PROPIETARIOS.

III. JURISPRUDENCIA

SI LA NOTIFICACIÓN CUMPLE SU COMETIDO, ES IRRELEVANTE QUE NO SE HAGA COMO ESTIPULA EL REGLAMENTO; POR EJEMPLO, LA CARTA CERTIFICADA PUEDE SUPLIRSE POR LA NOTIFICACIÓN PERSONAL BAJO FIRMA DEL PROPIETARIO O PERSONA INDIVIDUALIZADA QUE VIVA EN SU DOMICILIO.

NO PUEDE DECLARARSE LA NULIDAD DE LA ASAMBLEA SI PESE A CONSIDERARSE QUE NO HA EXISTIDO COMUNICACIÓN POR PARTE DEL CONSORCIO A LA NUEVA PROPIETARIA EN EL DOMICILIO QUE CONSTITUYERA EN LA ESCRITURA DE ADQUISICIÓN DE LA UNIDAD FUNCIONAL, ÉSTA HA ACEPTADO EL PROCEDIMIENTO RESPECTO DE LA CONVOCATORIA PARA ASAMBLEAS ANTERIORES Y LOS VOLANTES DEJADOS EN SU DEPARTAMENTO, POR LO CUAL DEBE ENTENDERSE QUE HA SIDO NOTIFICADA DEL ACTO IMPUGNADO (CCIV. Y COM. CÓRDOBA, SALA 4ª; 5/12/2006, LEXIS Nº 1/70035331-1-3).

ART. 2060.— MAYORÍA ABSOLUTA. LAS DECISIONES DE LA ASAMBLEA SE ADOPTAN POR MAYORÍA ABSOLUTA COMPUTADA SOBRE LA TOTALIDAD DE LOS PROPIETARIOS DE LAS UNIDADES FUNCIONALES Y SE FORMA CON LA DOBLE EXIGENCIA DEL NÚMERO DE UNIDADES Y DE LAS PARTES PROPORCIONALES INDIVISAS DE ÉSTAS CON RELACIÓN AL CONJUNTO.

LA MAYORÍA DE LOS PRESENTES PUEDE PROPONER DECISIONES, LAS QUE DEBEN COMUNICARSE POR MEDIO FEHACIENTE A LOS PROPIETARIOS AUSENTES Y SE TIENEN POR APROBADAS A LOS QUINCE DÍAS DE NOTIFICADOS, EXCEPTO QUE ÉSTOS SE OPONGAN ANTES POR IGUAL MEDIO, CON MAYORÍA SUFICIENTE.

EL DERECHO A PROMOVER ACCIÓN JUDICIAL DE NULIDAD DE LA ASAMBLEA CADUCA A LOS TREINTA DÍAS CONTADOS DESDE LA FECHA DE LA ASAMBLEA.

ART. 2061.—H CONFORMIDAD EXPRESA DEL TITULAR. PARA LA SUPRESIÓN O LIMITACIÓN DE DERECHOS ACORDADOS A LAS UNIDADES QUE EXCEDAN DE MERAS CUESTIONES DE FUNCIONAMIENTO COTIDIANO, LA MAYORÍA DEBE INTEGRARSE CON LA CONFORMIDAD EXPRESA DE SUS TITULARES.

I. RELACIÓN CON LA LEY 13.512. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

La ley 13.512 establece que el reglamento de copropiedad debe disponer, entre otras cuestiones, las mayorías necesarias para modificar el reglamento y adoptar otras resoluciones, no tratándose de los casos en que en esta ley se exige una mayoría especial. Esas mayorías especiales que menciona la ley están referidas a los supuestos de los arts. 7° (sobreelevar o excavar) y 14 (hipoteca del terreno), en los que se requiere unanimidad, y el del art. 9° (modificación del reglamento) en el cual se resuelve con una mayoría de dos tercios.

Fuentes: Proyecto de Código Unificado de 1998, arts. 2002, 2003.

II. COMENTARIO

Las distintas mayorías: unanimidad, mayoría de dos tercios y mayoría absoluta, se obtienen computando los votos de diversas maneras. En este sentido la ley 13.512 establecía que los votos "se computarán en la forma que prevea el reglamento y, en su defecto, se presumirá que cada propietario tiene un voto" (art. 10).

Conviene recordar que el voto no tiene relación con la persona sino con la unidad funcional de la que es titular.

1. DOBLE MAYORÍA

En el régimen de la propiedad horizontal hay dos formas posibles de efectuar dicho cómputo: por porcentual o por unidad. En el primer caso, cada voto tendrá un valor equivalente al porcentaje que a cada unidad le asigna el reglamento de copropiedad y que representa la parte ideal que le corresponde sobre las partes comunes, por ejemplo: 7,8 %; 2,4 %, etc.; la unanimidad se alcanza cuando, sumados los votos de las distintas unidades se obtiene el 100 % del valor. El segundo método considera un voto por unidad.

También existe un sistema mixto, que ha incluido la ley 13.512 para el caso de vetustez del edificio, en el cual se requería la doble mayoría que combina el número de los votos con el valor de los pisos o departamentos con relación al conjunto del edificio y que, en ocasiones, adopta la legislación extranjera (ley uruguaya 10.771).

Con esta metodología, el nuevo texto dispone en su 1er. párrafo que la mayoría se forma con la doble exigencia del número de unidades y de las partes proporcionales indivisas con relación al conjunto.

Las mayorías siempre se computan sobre la totalidad de los propietarios de las unidades funcionales y no sólo sobre los asistentes a la asamblea.

2. PROPIETARIOS AUSENTES

En principio, la normativa emanada de la nueva ley, al referirse a las mayorías, no se refiere a los propietarios presentes en la asamblea, sino al total de los miembros del consorcio; sin embargo, el 2° párrafo del artículo que analizamos plantea un supuesto distinto: realizada la convocatoria en legal forma, no se ha reunido el quórum suficiente para declarar válidamente constituida la asamblea, los propietarios presentes pueden deliberar y decidir por mayoría de ellos.

Para que esa decisión quede aprobada será necesario un segundo paso: notificación a los propietarios ausentes y adhesión tácita de éstos, unida al silencio, con la salvedad de las hipótesis en que es necesaria la conformidad expresa (art. 2061). Por este camino se pretende evitar el despliegue jurisdiccional que implica resolver las cuestiones consorciales por vía judicial, adoptando el régimen del consentimiento presunto para evitar las consecuencias de la falta de asistencia de los propietarios a las asambleas.

3. NULIDAD DE LA ASAMBLEA

A este esquema: propietario ausente —notificación fehaciente de las decisiones— aprobación tácita a los 15 días, se suma otra medida tendiente a dar validez y estabilidad a las decisiones asamblearias: se establece un plazo de caducidad para promover acción judicial de invalidez de la asamblea.

La asamblea, como todo acto jurídico, cuenta con la presunción de legitimidad, por lo cual las decisiones que en ella se tomen tienen fuerza ejecutoria y el administrador debe actuar en consecuencia realizando los trabajos o poniendo en práctica las medidas votadas.

La ley y el reglamento de propiedad establecen las normas que rigen la forma de convocatoria a asamblea, la reunión de los propietarios, su competencia, constitución, deliberación y votación. Toda desviación en cualquiera de estos estadios permite, en principio, tachar de inválida la asamblea, situación que no se modifica en el nuevo texto.

La novedad, ya incorporada en el Proyecto de 1998, es que, a fin de facilitar la ejecución de las decisiones tomadas por la asamblea, se establece el plazo de caducidad de treinta (30) días corridos para el ejercicio de la acción judicial de nulidad.

Teniendo en cuenta lo exiguo del plazo señalado, con el agravante que éste se cuenta desde la fecha de la asamblea y no desde que el propietario ausente ha tomado conocimiento de la resolución que pretende impugnar, no serán pocos los planteos de indefensión que habrán de intentarse en consonancia con la magnitud del perjuicio que se invoca. En ese sentido coincidimos con Constantino ("La propiedad horizontal en el Proyecto de Código", LA LEY 2013-A, 591, AR/DOC/4632/2012) que un plazo mayor brindaría más seguridad.

Con relación al comienzo del cómputo del plazo de impugnación Mariani de Vidal ("Propiedad horizontal. Asambleas. Nulidad. Plazo para deducirla", LA LEY, 2014-B, 485) entiende que "no podría comenzar a correr sino desde que el impugnante hubiera conocido o debido conocer —según las circunstancias del caso y a través del régimen de notificación convencionalmente adoptado o en el previsto por el art. 28, dec. 18.734/1949 (que reproducen, reitero, gran número de Reglamentos de Copropiedad y Administración)— la

RESOLUCIÓN QUE ATACA".

4. CONFORMIDAD EXPRESA

EN OCASIONES, LAS RESOLUCIONES QUE TOMA LA ASAMBLEA AFECTAN A UNA O ALGUNAS UNIDADES FUNCIONALES EN PARTICULAR; ESOS SON LOS SUPUESTOS PREVISTOS EN EL ART. 2061.

A LOS EFECTOS DEL CÓMPUTO DE LAS MAYORÍAS DEBE DISTINGUIRSE SEGÚN CUALES FUERAN LOS DERECHOS QUE SE SUPRIMEN O LIMITAN. NO ES LO MISMO LIMITAR EL HORARIO DE CALEFACCIÓN O SUPRIMIR EL SERVICIO DE CERRADURA ELÉCTRICA QUE LIMITAR EL USO DE LAS UNIDADES O LA POSIBILIDAD DE DARLAS EN LOCACIÓN (SITUACIÓN QUE SUELE DARSE RESPECTO DE LAS COCHERAS CON EL ARGUMENTO DE QUE NO INGRESE GENTE EXTRAÑA AL EDIFICIO). SÓLO EN ESTOS ÚLTIMOS CASOS SE DEBE CONTAR CON LA CONFORMIDAD EXPRESA DE LOS TITULARES DE LAS UNIDADES AFECTADAS.

III. JURISPRUDENCIA

LA DECISIÓN ASAMBLEARIA ACERCA DE LA DISPOSICIÓN Y/O ASIGNACIÓN DE ESPACIOS FIJOS PARA EL ESTACIONAMIENTO ENTRE LOS DISTINTOS PROPIETARIOS —EN TANTO IMPLICA LA CONVERSIÓN DE UN ESPACIO QUE ES COMÚN, EN ESPACIO COMÚN DE USO PRIVATIVO—, IMPORTA UNA DECISIÓN DE GRAN MAGNITUD, QUE REQUIERE LA UNANIMIDAD DE LAS VOLUNTADES DE LOS PROPIETARIOS, PUES ES UN CASO EN QUE SE AFECTA SU DERECHO DE PROPIEDAD, AUNQUE NO EN LA TITULARIDAD, Y EN LA POSIBILIDAD DE SU USO Y GOCE (CNCIV., SALA A, 8/7/2010, LEXIS N° 1/70065551-2).

ART. 2062.— ACTAS. SIN PERJUICIO DE LOS RESTANTES LIBROS REFERIDOS A LA ADMINISTRACIÓN DEL CONSORCIO, ES OBLIGATORIO LLEVAR UN LIBRO DE ACTAS DE ASAMBLEA Y UN LIBRO DE REGISTRO DE FIRMAS DE LOS PROPIETARIOS.

DEBE LABRARSE ACTA DE CADA ASAMBLEA EN EL LIBRO RESPECTIVO, EN EL QUE LOS PRESENTES DEBEN FIRMAR COMO CONSTANCIA DE SU ASISTENCIA. LAS FIRMAS QUE SUSCRIBEN CADA ASAMBLEA DEBEN SER COTEJADAS POR EL ADMINISTRADOR CON LAS FIRMAS ORIGINALES REGISTRADAS.

LAS ACTAS DEBEN CONFECCIONARSE POR UN SECRETARIO DE ACTAS ELEGIDO POR LOS PROPIETARIOS; ÉSTAS DEBEN CONTENER EL RESUMEN DE LO DELIBERADO Y LA TRANSCRIPCIÓN DE LAS DECISIONES ADOPTADAS O, EN SU CASO, PROPUESTAS POR LA MAYORÍA DE LOS PRESENTES, Y SER FIRMADAS POR EL PRESIDENTE DE LA ASAMBLEA Y DOS PROPIETARIOS. AL PIE DE CADA ACTA, EL ADMINISTRADOR DEBE DEJAR CONSTANCIA DE LAS COMUNICACIONES ENVIADAS A LOS AUSENTES, DE LAS OPOSICIONES RECIBIDAS Y DE LAS EVENTUALES CONFORMIDADES EXPRESAS.

I. RELACIÓN CON LA LEY 13.512. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

EL ART. 5°, DECRETO 18.734/1949, ESTABLECÍA QUE LAS DECISIONES TOMADAS POR LA ASAMBLEA DEBÍAN CONSTAR EN ACTAS, FIRMADAS POR TODOS LOS PRESENTES, EN UN LIBRO DE ACTAS RUBRICADO; Y AGREGABA "TODO PROPIETARIO PODRÁ IMPONERSE DEL CONTENIDO DEL LIBRO Y HACERSE EXPEDIR COPIA DE LAS ACTAS, LA QUE SERÁ CERTIFICADA POR EL REPRESENTANTE DE LOS PROPIETARIOS O POR LAS PERSONAS QUE ÉSTOS DESIGNEN. LAS ACTAS PODRÁN SER PROTOCOLIZADAS...".

FUENTES: PROYECTO DE CÓDIGO UNIFICADO DE 1998, ART. 2004.

II. COMENTARIO

EL ACTA LABRADA EN OCASIÓN DE CELEBRARSE LA ASAMBLEA DEBERÁ CONTENER: LUGAR, FECHA Y HORA DE REALIZACIÓN, LOS NOMBRES DE LOS PROPIETARIOS PRESENTES, EL ORDEN DEL DÍA, LA DESCRIPCIÓN DEL DEBATE ACERCA DE CADA UNO DE ELLOS, LAS MOCIONES PRESENTADAS, LA VOTACIÓN, LAS MAYORÍAS OBTENIDAS. POR MANDATO LEGAL ESA ACTA DEBERÁ REDACTARSE EN EL LIBRO DE ACTAS DEL CONSORCIO.

FIRMAS DE LOS PROPIETARIOS

LA LEY 3254, MODIFICATORIA DE LA LEY 941 (CABA) EN EL CAPÍTULO DE LAS OBLIGACIONES DEL ADMINISTRADOR (ART. 9° INC. E) DISPONE: "LLEVAR ACTUALIZADO UN LIBRO DE REGISTRO DE FIRMAS DE LOS COPROPIETARIOS, EL QUE ES EXHIBIDO AL COMIENZO DE CADA ASAMBLEA A FIN QUE LOS COPROPIETARIOS PRESENTES PUEDAN VERIFICAR LA AUTENTICIDAD DE LOS PODERES QUE SE PRESENTEN".

EN EL 2DO. PÁRR. DEL ARTÍCULO QUE COMENTAMOS SE LEE QUE "LAS FIRMAS QUE SUSCRIBEN CADA ASAMBLEA DEBEN SER COTEJADAS POR EL ADMINISTRADOR CON LA FIRMAS ORIGINALES REGISTRADAS", QUE EN EL ÁMBITO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES DEBEN CORRESPONDERSE CON AQUELLAS REGISTRADAS EN EL LIBRO DE PROPIETARIOS A QUE HICIMOS REFERENCIA SUPRA, Y A NIVEL NACIONAL, A PARTIR DE LA ENTRADA EN VIGENCIA DEL CÓD. CIV. Y COM. CON EL LIBRO DE REGISTRO DE PROPIETARIOS Y EL REGISTRO DE FIRMAS QUE OBLIGATORIAMENTE DEBERÁ LLEVAR EL ADMINISTRADOR (ART. 2067, INC. I).

ART. 2063.— ASAMBLEA JUDICIAL. SI EL ADMINISTRADOR O EL CONSEJO DE PROPIETARIOS, EN SUBSIDIO, OMITEN CONVOCAR A LA ASAMBLEA, LOS PROPIETARIOS QUE REPRESENTAN EL DIEZ POR CIENTO DEL TOTAL PUEDEN SOLICITAR AL JUEZ LA CONVOCATORIA DE UNA ASAMBLEA JUDICIAL. EL JUEZ DEBE FIJAR UNA AUDIENCIA A REALIZARSE EN SU PRESENCIA A LA QUE DEBE CONVOCAR A LOS PROPIETARIOS. LA ASAMBLEA JUDICIAL PUEDE RESOLVER CON MAYORÍA SIMPLE DE PRESENTES. SI NO LLEGA A UNA DECISIÓN, DECIDE EL JUEZ EN FORMA SUMARÍSIMA. ASIMISMO, Y SI CORRESPONDE, EL JUEZ PUEDE DISPONER MEDIDAS CAUTELARES PARA REGULARIZAR LA SITUACIÓN DEL CONSORCIO.

I. RELACIÓN CON LA LEY 13.512. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

EL ART. 10, LEY 13.512, CONTENÍA UN REMEDIO DE CARÁCTER EXCEPCIONAL, PORQUE EL SISTEMA DE PROPIEDAD HORIZONTAL SUPONE LA EXISTENCIA DEL ENTE CONSORCIAL DOTADO DE LOS ÓRGANOS NECESARIOS PARA ATENDER SU PROPIO FUNCIONAMIENTO, SIN NECESIDAD DE ACUDIR A LA DECISIÓN JUDICIAL.

DE ALLÍ QUE LA ASAMBLEA JUDICIAL SE CONSIDERABA UNA MEDIDA EXTREMA DESTINADA A EVITAR QUE POR DIVERSAS CIRCUNSTANCIAS, ANTE LA IMPOSIBILIDAD DE CELEBRAR LA ASAMBLEA, N QUEDEN SIN SOLUCIÓN PROBLEMAS URGENTES O NECESARIOS PARA ASEGURAR EL GOBIERNO DE LOS INTERESES COMUNES.

FUENTES: PROYECTO DE CÓDIGO UNIFICADO DE 1998, ART. 2005.

II. COMENTARIO

1. PROCEDENCIA

LA ASAMBLEA JUDICIAL, EN EL ESQUEMA ACTUAL, SIGUE SIENDO UN RECURSO DE EXCEPCIÓN; TENIENDO EN CUENTA QUE EL ADMINISTRADOR TIENE COMO UNA DE SUS FUNCIONES PRINCIPALES CONVOCAR A ASAMBLEA, EN SUBSIDIO PUEDE HACERLO EL CONSEJO DE PROPIETARIOS, EL ART. 2059 ADMITE LA AUTOCONVOCATORIA Y DECLARA VÁLIDAS LAS DECISIONES UNÁNIMES AUNQUE NO SE HUBIERAN TOMADO EN ASAMBLEA, TIENEN QUE HABER FALLADO TODOS ESTOS MECANISMOS LEGALES Y NO SE HA PODIDO OBTENER DECISIÓN VÁLIDA, SEA POR FALTA DE QUÓRUM O DE MAYORÍA.

EN ESTE PUNTO LA JURISPRUDENCIA HA EXIGIDO EN TODOS LOS CASOS, PARA DEJAR EXPEDITA LA VÍA JUDICIAL, LA PRUEBA FEHACIENTE DE HABER AGOTADO LOS RECURSOS PREVISTOS EN EL REGLAMENTO DE COPROPIEDAD Y EN LA LEY DE LA MATERIA PARA LOGRAR EL TRATAMIENTO Y SOLUCIÓN DE LOS PROBLEMAS COMUNES POR EL ÓRGANO MÁXIMO DE REPRESENTACIÓN DE LA VOLUNTAD DE LA COMUNIDAD (CNCIV., SALA G, 4/12/97, LA LEY, 1998-F, 666, ENTRE OTROS).

2. LEGITIMACIÓN ACTIVA

EL ART. 2063 LEGITIMA PARA PETICIONAR UNA ASAMBLEA JUDICIAL A LOS PROPIETARIOS QUE REPRESENTAN EL DIEZ POR CIENTO (10 %) DEL TOTAL. EN ESTE PUNTO SE APARTA TANTO DE LA LEY 13.512 COMO DEL PROYECTO DE 1998 QUE AUTORIZABA A CUALQUIERA DE ELLOS A SOLICITAR AL TRIBUNAL LA CONVOCATORIA A ASAMBLEA.

LOS PETICIONANTES PROPIETARIOS DEBERÁ ADJUNTAR EL INSTRUMENTO PORTANTE DE SU DERECHO REAL, EL REGLAMENTO DE COPROPIEDAD Y TODOS LOS DEMÁS ELEMENTOS QUE ACREDITEN LA IMPOSIBILIDAD DE REALIZAR LA ASAMBLEA POR LAS VÍAS NORMALES Y LA URGENCIA EN RESOLVER LA CUESTIÓN.

3. PROCEDIMIENTO

pararsid3021317 *JUNTAMENTE CON LA SOLICITUD DE CONVOCATORIA JUDICIAL SE AGREGARÁ UN LISTADO DE PROPIETARIOS Y SUS DIRECCIONES A FIN DE QUE SE CURSEN LAS CITACIONES PERTINENTES. DICHAS NOTIFICACIONES PODRÁN EFECTUARSE POR ALGUNOS DE LOS MEDIOS PREVISTOS EN EL CÓDIGO PROCESAL (CÉDULA, EDICTOS, ETC.) O DE CONFORMIDAD CON LA FORMA ESTABLECIDA EN EL REGLAMENTO DE COPROPIEDAD DEL EDIFICIO (CARTA DOCUMENTO, NOTIFICACIÓN PERSONAL, ETC.). EN ELLAS SE DEJARÁ CONSTANCIA DE LOS TEMAS A TRATAR Y DEL APERCIBIMIENTO DE REALIZARSE LA ASAMBLEA JUDICIAL CUALQUIERA SEA EL NÚMERO DE PROPIETARIOS PRESENTES (HIGHTON).*

EL DÍA Y HORA SEÑALADOS PARA LA ASAMBLEA JUDICIAL Y PREVIA COMPROBACIÓN DE QUE SE EFECTUARON LAS NOTIFICACIONES A LOS PROPIETARIOS, LA REUNIÓN SE CELEBRA CON LA CANTIDAD DE ASISTENTES, SIN TOMAR EN CUENTA EL QUÓRUM O LAS MAYORÍAS ESTABLECIDAS EN EL REGLAMENTO.

4. FUNCIÓN DEL JUEZ

EN LA ASAMBLEA JUDICIAL EL JUEZ DESEMPEÑA EL ROL DE PRESIDIR LA REUNIÓN CON LAS FACULTADES PROPIAS DE TODO PRESIDENTE, PERMITIENDO QUE LA MISMA SE DESARROLLE DE ACUERDO A LAS PAUTAS REGLAMENTARIAS, VIGILANDO LA LEGALIDAD DEL PROCEDIMIENTO. SIN EMBARGO, CUANDO UN TEMA NO PUEDA RESOLVERSE, POR EJEMPLO POR NO HABERSE REUNIDO LA MAYORÍA SUFICIENTE, Y LA GRAVEDAD DEL CASO LO ACONSEJE, EL JUEZ PUEDE TOMAR LA DECISIÓN QUE MEJOR CONVENGA A LOS INTERESES DEL CONSORCIO POR ENCIMA DE LA VOLUNTAD DE LOS PRESENTES (CNCIV., SALA A, 31/10/1994, LA LEY, 1995-D, 363). TAMBIÉN PUEDE DISPONER MEDIDAS CAUTELARES.

III. JURISPRUDENCIA

LA ASAMBLEA JUDICIAL DE QUE DA CUENTA EL ART. 10 CITADO CONSTITUYE EL RECURSO JURISDICCIONAL ANTE LA IMPOSIBILIDAD DE PRODUCIR UNA RESOLUCIÓN ASAMBLEARIA. SE TRATA DE UNA DEMANDA PARA QUE SE CITE A LA ASAMBLEA, QUE EN CONSECUENCIA SE REALIZARÁ EN EL JUZGADO; Y UNA VEZ QUE EL JUEZ FIJE LA FECHA DE LA REUNIÓN, SE NOTIFICARÁ POR CÉDULA A TODOS LOS COPROPIETARIOS. PRIMERO DEBE EL JUEZ RESOLVER SI LA CONVOCATORIA A ASAMBLEA ES O NO PROCEDENTE, TENIENDO EN CUENTA PARA ELLO LA URGENCIA DEL TEMA A TRATAR Y EL HABERSE AGOTADO PREVIAMENTE LA VÍA EXTRAJUDICIAL. Y SI RESOLVIERA ADMITIR LA CONVOCATORIA A ASAMBLEA, DESPUÉS SÍ CORRESPONDERÁ DETERMINAR TODO LO RELATIVO A LAS CITACIONES (CCIV. Y COM. SAN ISIDRO, SALA 2ª, 29/4/2005, LEXIS N° 14/136207).

CAPÍTULO 6

CONSEJO DE PROPIETARIOS

POR LILIAN N. GURFINKEL DE WENDY

BIBLIOGRAFÍA CLÁSICA: GURFINKEL DE WENDY, LILIAN - MARTÍNEZ, NORY B., "¿POSEE EL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN EN LA PROPIEDAD HORIZONTAL FUNCIONES RESOLUTIVAS Y/O EJECUTIVAS, O ÉSTAS LE CORRESPONDEN EN FORMA EXCLUYENTE A LOS ÓRGANOS DE DECISIÓN Y EJECUCIÓN?", SJA, 28/6/2006 - JA, 2006-II-684.

****1317*

ART. 2064.— ATRIBUCIONES. LA ASAMBLEA PUEDE DESIGNAR UN CONSEJO INTEGRADO POR PROPIETARIOS, CON LAS SIGUIENTES ATRIBUCIONES:

128

A) CONVOCAR A LA ASAMBLEA Y REDACTAR EL ORDEN DEL DÍA SI POR CUALQUIER CAUSA EL ADMINISTRADOR OMITE HACERLO;

B) CONTROLAR LOS ASPECTOS ECONÓMICOS Y FINANCIEROS DEL CONSORCIO;

C) AUTORIZAR AL ADMINISTRADOR PARA DISPONER DEL FONDO DE RESERVA, ANTE GASTOS IMPREVISTOS Y MAYORES QUE LOS ORDINARIOS;

D) EJERCER LA ADMINISTRACIÓN DEL CONSORCIO EN CASO DE VACANCIA O AUSENCIA DEL ADMINISTRADOR, Y CONVOCAR A LA ASAMBLEA SI EL CARGO ESTÁ VACANTE DENTRO DE LOS TREINTA DÍAS DE PRODUCIDA LA VACANCIA.

EXCEPTO LOS CASOS INDICADOS EN ESTE ARTÍCULO, EL CONSEJO DE PROPIETARIOS NO SUSTITUYE AL ADMINISTRADOR, NI PUEDE CUMPLIR SUS OBLIGACIONES.

I. RELACIÓN CON LA LEY 13.512. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

La ley de propiedad horizontal no establece la obligación de conformar organismos de control de las funciones del administrador, sin embargo en la mayoría de los reglamentos de copropiedad se introduce como cláusula facultativa la creación de un consejo de administración, compuesto por un número razonable de propietarios, al que se le asignan funciones consultivas y de vigilancia.

Fuentes: Proyecto de Código Unificado de 1998, art. 2006.

II. COMENTARIO

A diferencia de lo propuesto en el Proyecto de 1998, en el nuevo Código el Consejo de propietarios es obligatorio y constituye uno de los órganos del consorcio, junto con la asamblea y el administrador.

En cuanto a su designación, dado que las funciones del consejo de propietarios se refieren a cuestiones internas que nadan tienen que ver con la representación del consorcio y su relación con terceros, la designación de sus miembros efectuada en asamblea deberá constar en el acta respectiva, no siendo necesaria su instrumentación en escritura pública, ni la protocolización del acta de designación.

Este órgano de control y vigilancia es siempre colegiado, es decir: integrado por un número de propietarios que generalmente guarda relación con la cantidad de unidades del edificio (a mayor número de departamentos, más integrantes del consejo de administración). Sin embargo el número de consejeros no debe ser excesivo pues ello atenta contra la rapidez en la resolución de las cuestiones que le son sometidas a consideración.

La duración en sus funciones suele ser por tiempo determinado y periódicamente se produce su reelección o la renovación de sus integrantes, elección que —por lo general— se lleva a cabo en la asamblea anual ordinaria.

A diferencia de lo que sucede con el cargo de administrador, que puede ser un propietario o una persona ajena al edificio y aún una persona jurídica encargada de la administración de consorcios, los miembros del consejo de administración deben ser siempre propietarios, siendo esta función gratuita, salvo los casos en los cuales el propio reglamento o la asamblea resuelvan otorgar viáticos o algún otro tipo de reembolso de gastos a los integrantes de dicho consejo.

Es importante destacar que ese órgano no puede atribuirse las funciones que son propias del administrador, excepto el supuesto de vacancia previsto en el inc. d) del artículo en análisis, sino que su tarea es de asesoramiento y consulta (Gabas), sin que ello implique que en todos los casos y frente a cada una de las acciones a desarrollar por el administrador éste deba

AF31505efectuar consultas permanentes.

En este aspecto el consejo de administración cumple una función de contralor del manejo de los fondos del consorcio por parte del administrador, ya sea examinando las rendiciones de cuentas y balances anuales y exponiendo su dictamen en la asamblea ordinaria que debe aprobarlos, revisando los trabajos efectuados en el edificio y su concordancia con los presupuestos aprobados, o autorizando la disposición de los fondos depositados en cuentas bancarias a la orden del consorcio provenientes del fondo de reserva, intereses moratorios u otros rendimientos.

Una cuestión que suele plantearse respecto del consejo de administración es aquella relacionada con su legitimación para representar al consorcio.

En principio, el consejo de administración no puede arrogarse tal representación, sólo podría ser dejado de lado en caso de acefalía por cualquier motivo que fuere, es decir: renuncia, ausencia temporaria, remoción o muerte del administrador. Claro está que esa función, extraordinaria para un consejo de administración será desarrollada hasta que la asamblea designe al nuevo administrador.

A ese efecto el art. 2064 dispone que la convocatoria a asamblea debe hacerse dentro de los treinta días de producida la vacancia.

III. JURISPRUDENCIA

1. El consejo de administración es un órgano colegiado que no tiene legitimación activa para pedir judicialmente la rendición de cuentas del administrador, y tampoco puede cualquiera de sus integrantes individualmente ejercer la representación legal del cuerpo (CNCiv., sala D, 16/11/2010, Lexis N° 1/70068447-4).

2. Dado que el órgano natural de representación de un consorcio de propiedad horizontal es el administrador (arts. 9°, incs. 2 y 11 de la ley 13.512), si el apoderamiento fue otorgado por el Consejo de Administración,

REGULARMENTE ÓRGANO ASESOR DEL ADMINISTRADOR, SIN QUE CONSTEN EN EL EXPEDIENTE LAS FACULTADES ESPECÍFICAS DE DICHO CONSEJO, DEBE ADMITIRSE LA FALTA DE PERSONERÍA ATRIBUIDA A LA REPRESENTACIÓN DEL CONSORCIO ACCIONADO (CNCIV., SALA D; 11/8/1997, LEXIS N° 10/1120).

CAPÍTULO 7

ADMINISTRADOR

POR LILIAN N. GURFINKEL DE WENDY

BIBLIOGRAFÍA CLÁSICA: *ALTERINI, JORGE, "UN NUEVO PLANTEAMIENTO SOBRE UN TEMA POLÉMICO" JA, 4-1969-594; COSTANTINO, JUAN A. - RODRÍGUEZ ARAUCO, GERARDO J., "RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ADMINISTRADOR DE CONSORCIOS POR MALA PRAXIS", JA, 2000-III-764; GURFINKEL DE WENDY, LILIAN, "HACIA LA PROFESIONALIZACIÓN DEL ADMINISTRADOR DE CONSORCIOS EN LA PROPIEDAD HORIZONTAL. LA LEGISLACIÓN VIGENTE EN LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES", SJA, 24/11/2010; HUMPHREYS, ETHEL, "LA OBLIGACIÓN DE RENDIR CUENTAS DEL ADMINISTRADOR DEL CONSORCIO", JA, 2008-III-476 – SJA, 13/8/2008; LAMBOIS, SUSANA, RESPONSABILIDAD CIVIL. RESPONSABILIDAD DEL ADMINISTRADOR DE UN EDIFICIO HORIZONTAL, AD HOC; LAQUIS, "LA VALIDEZ DE LAS ASAMBLEAS Y EL MANDATO TÁCITO EN LA LEY 13.512", LA LEY, 33-650.*

***

ART. 2065.— REPRESENTACIÓN LEGAL. EL ADMINISTRADOR ES REPRESENTANTE LEGAL DEL CONSORCIO CON EL CARÁCTER DE MANDATARIO. PUEDE SERLO UN PROPIETARIO O UN TERCERO, PERSONA HUMANA O JURÍDICA.

I. RELACIÓN CON LA LEY 13.512. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

LA ACTUACIÓN QUE CUMPLE EL ADMINISTRADOR EN NOMBRE DEL CONSORCIO ESTÁ IMPUESTA POR LA LEY 13.512 [ARTS. 9°, INC. A) Y 11]; EN CONSECUENCIA, SI AQUELLA ES LLEVADA A CABO DENTRO DEL PODER DE REPRESENTACIÓN QUE LE CORRESPONDE, ES EFICAZ PARA Y CONTRA AQUÉL Y LA GESTIÓN QUE REALIZA DENTRO DE LOS LÍMITES DE LAS FACULTADES CONFERIDAS NO COMPROMETEN SU RESPONSABILIDAD PERSONAL.

FUENTES: PROYECTO DE CÓDIGO UNIFICADO DE 1998, ART. 2007.

II. COMENTARIO

LA ACEPTACIÓN DE LA PERSONALIDAD DEL CONSORCIO NO SÓLO CONLLEVA LA AFIRMACIÓN QUE EL ADMINISTRADOR ES SU REPRESENTANTE, SINO TAMBIÉN, POR APLICACIÓN DE LA TEORÍA ORGANICISTA, LA CARACTERIZACIÓN DEL MISMO COMO ÓRGANO DEL CONSORCIO. ASÍ LO HA ENTENDIDO EL NUEVO CÓDIGO AL DISPONER EN SU ART. 2044, QUE EL CONSORCIO CONSTITUYE UNA PERSONA JURÍDICA CUYOS ÓRGANOS SON LA ASAMBLEA, EL CONSEJO DE PROPIETARIOS, Y EL ADMINISTRADOR.

EL ART. 2065 DEFINE AL ADMINISTRADOR COMO REPRESENTANTE LEGAL DEL CONSORCIO, DOCTRINA A LA QUE ADHERIMOS PLENAMENTE, PERO AGREGA "CON EL CARÁCTER DE MANDATARIO".

HEMOS ADELANTADO OPINIÓN (GURFINKEL DE WENDY, LILIAN, LA PROPIEDAD HORIZONTAL) EN EL SENTIDO DE QUE EL ADMINISTRADOR NO ES REPRESENTANTE VOLUNTARIO DEL CONSORCIO, SINO REPRESENTANTE LEGAL O ESTATUTARIO, POR LO QUE EL EJERCICIO DE ESA REPRESENTACIÓN FUNCIONAL RESULTA SIMILAR A LA QUE CORRESPONDE A LOS REPRESENTANTES NECESARIOS DE OTRAS PERSONAS DE EXISTENCIA IDEAL Y NO A LAS REGLAS DEL MANDATO EN CUANTO REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA.

EN ESTE ASPECTO, LA NUEVA NORMATIVA ESTABLECE EN SU ART. 358 QUE "LA REPRESENTACIÓN ES VOLUNTARIA CUANDO RESULTA DE UN ACTO JURÍDICO, ES LEGAL CUANDO RESULTA DE UNA REGLA DE DERECHO Y ES ORGÁNICA CUANDO RESULTA DEL ESTATUTO DE UNA PERSONA JURÍDICA", REGULANDO LUEGO SEPARADAMENTE LA REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA.

EN SU FUNCIÓN DE ÓRGANO DE REPRESENTACIÓN, EL ADMINISTRADOR ACTUARÁ VÁLIDAMENTE Y OBLIGARÁ AL CONSORCIO EN TANTO ACTÚE DENTRO DE LOS LÍMITES DEL OBJETO CONSORCIAL, QUE ES EL MANTENIMIENTO DE LAS PARTES COMUNES DEL EDIFICIO.

A DIFERENCIA DE LO PRESCRIPTO PARA LA FORMACIÓN DEL CONSEJO DE PROPIETARIOS, QUE DEBE ESTAR INTEGRADO POR TITULARES DE UNIDADES FUNCIONALES DEL EDIFICIO, EL ADMINISTRADOR PUEDE O NO SER PROPIETARIO; GENERALMENTE LA FUNCIÓN DE ADMINISTRACIÓN RECAE SOBRE UN TERCERO O EMPRESA ESPECIALIZADA EN LA ADMINISTRACIÓN DE CONSORCIOS, TAREA QUE REQUIERE CADA VEZ MÁS CONOCIMIENTOS ESPECÍFICOS.

CUANDO LA DESIGNACIÓN DE ADMINISTRADOR RECAE EN UNA PERSONA JURÍDICA ES DE SUMA IMPORTANCIA QUE EN EL ACTA DE LA ASAMBLEA RESPECTIVA SE CONSIGNE CON TODA CLARIDAD EL NOMBRE O RAZÓN SOCIAL Y, EN SU CASO, EL NOMBRE DE SU REPRESENTANTE.

III. JURISPRUDENCIA

EL ADMINISTRADOR DEL CONSORCIO RESULTA SER MANDATARIO DE LOS CO-PROPIETARIOS CUYA RELACIÓN SE ENCUENTRA REGIDA POR LAS DISPOSICIONES DE LA LEY 13.512 Y POR LO TANTO NO ENCUADRA EN EL TIPO CONTRACTUAL DE LA LOCACIÓN DE SERVICIOS. ASÍ SE HA ESTABLECIDO EN LA JURISPRUDENCIA, COMO LO CITA EL CÓDIGO CIVIL ANOTADO DE SALAS-TRIGO-REPRESAS. EL ADMINISTRADOR DE UN CONSORCIO DE COPROPIETARIOS ES UN "MANDATARIO LEGAL EN EL SENTIDO DE QUE SU EXISTENCIA APARECE IMPUESTA POR LA LEY (ART. 9° INC. C) COMO REQUISITO PARA TENER POR LEGALMENTE CONSTITUIDO EL CONSORCIO, SIENDO REPRESENTANTE DE ESTE ÚLTIMO, Y NO DE LOS COPROPIETARIOS. A ESA RELACIÓN LE SON APLICABLES LAS NORMAS QUE RIGEN EL MANDATO (CONF. T. 3, P. 492) (CCIV. Y COM. TUCUMÁN, SALA 2ª, 5/3/2002, LEXIS N° 25/6899).

ART. 2066.— DESIGNACIÓN Y REMOCIÓN. EL ADMINISTRADOR DESIGNADO EN EL REGLAMENTO DE PROPIEDAD HORIZONTAL CESA EN OPORTUNIDAD DE LA PRIMERA ASAMBLEA SI NO ES RATIFICADO EN ELLA. LA PRIMERA ASAMBLEA DEBE REALIZARSE DENTRO DE LOS NOVENTA DÍAS DE CUMPLIDOS LOS DOS AÑOS DEL OTORGAMIENTO DEL REGLAMENTO O DEL MOMENTO EN QUE SE ENCUENTREN OCUPADAS EL CIN-

CUENTA POR CIENTO DE LAS UNIDADES FUNCIONALES, LO QUE OCURRA PRIMERO.

LOS ADMINISTRADORES SUCESIVOS DEBEN SER NOMBRADOS Y REMOVIDOS POR LA ASAMBLEA, SIN QUE ELLO IMPORTE LA REFORMA DEL REGLAMENTO DE PROPIEDAD HORIZONTAL. PUEDEN SER REMOVIDOS SIN EXPRESIÓN DE CAUSA.

I. RELACIÓN CON LA LEY 13.512. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

SEGÚN LO DISPONÍA EL ART. 9°, LEY 13.512, EL REGLAMENTO DE COPROPIEDAD Y ADMINISTRACIÓN DEBÍA CONTENER, COMO CLÁUSULA OBLIGATORIA, LA DESIGNACIÓN DEL ADMINISTRADOR DEL EDIFICIO QUE SE SOMETÍA AL RÉGIMEN DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL.

SOLÍA SUCEDER QUE, CONFORME LO AUTORIZABA EL ART. 1° DEL DECRETO REGLAMENTARIO DE LA LEY 13.512, EL REGLAMENTO ERA REDACTADO POR EL Ú

F47 NICO PROPIETARIO DEL EDIFICIO, YA SEA ÉSTE PERSONA FÍSICA O JURÍDICA, QUIEN DESIGNABA UN ADMINISTRADOR DE SU CONFIANZA; EN EL SUPUESTO QUE EL PROPIO REGLAMENTO NO PREVIERA UN PLAZO DE DURACIÓN DEL EJERCICIO DE LAS FUNCIONES DEL ADMINISTRADOR, ÉSTE SE ETERNIZADA EN DICHO CARGO, EN OCASIONES CAUSANDO SERIOS PERJUICIOS A LOS PROPIETARIOS.

A FIN DE EVITAR TALES ABUSOS, EN EL ÁMBITO DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES, LA LEY 941 Y SU MODIFICATORIA 3254, ESTABLECIÓ QUE EL ADMINISTRADOR EJERCERÁ SUS FUNCIONES POR EL PLAZO DE UN AÑO, SALVO DISPOSICIÓN EN CONTRARIO DEL REGLAMENTO DE PROPIEDAD Y ADMINISTRACIÓN DEL CONSORCIO.

FUENTES: PROYECTO DE CÓDIGO UNIFICADO DE 1998, ART. 2008.

II. COMENTARIO

ALANG1025 EL REGLAMENTO DE PROPIEDAD Y ADMINISTRACIÓN, DEBE CONTENER, COMO CLÁUSULA OBLIGATORIA, LA DESIGNACIÓN, FACULTADES Y OBLIGACIONES ESPECIALES DEL ADMINISTRADOR (ART. 2056, INC. R), SIGUIENDO EN ESTE PUNTO EL ESQUEMA DE LA LEY 13.512. PERO ESTE PRIMER ADMINISTRADOR DURA EN SUS FUNCIONES UN PLAZO MÁS O MENOS BREVE: HASTA LA REALIZACIÓN DE LA PRIMERA ASAMBLEA.

ESTA DISPOSICIÓN PRETENDE ACOTAR LAS PRERROGATIVAS DEL PROPIETARIO VENDEDOR QUIEN, AL CONSTITUIR EL RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL, DESIGNÓ EL PRIMER ADMINISTRADOR POR TIEMPO ILIMITADO. Y PARA RESTRINGIR AÚN MÁS ESTA POSIBILIDAD EL ART. 2066 ESTABLECE QUE ESA PRIMERA ASAMBLEA DEBE LLEVARSE A CABO "DENTRO DE LOS NOVENTA DÍAS DE CUMPLIDOS LOS DOS AÑOS DEL OTORGAMIENTO DEL REGLAMENTO O DEL MOMENTO EN QUE SE ENCUENTREN OCUPADAS EL CINCUENTA POR CIENTO DE LAS UNIDADES FUNCIONALES, LO QUE OCURRA PRIMERO".

EN ESA OCASIÓN LOS PROPIETARIOS, REUNIDOS EN ASAMBLEA, DECIDIRÁN SI LO CONFIRMAN O PRESCINDEN DE ÉL.

1. ADMINISTRADORES POSTERIORES

LOS ADMINISTRADORES POSTERIORES A AQUEL DESIGNADO EN EL REGLAMENTO DE PROPIEDAD, DEBEN SER NOMBRADOS Y REMOVIDOS EN ASAMBLEA, Y DURARÁN EN SUS FUNCIONES POR EL PLAZO QUE FIJE DICHO REGLAMENTO (ART. 2056, INC. S).

LA NORMA EN ANÁLISIS NO FIJA PUNTUALMENTE LA MAYORÍA NECESARIA PARA LA ELECCIÓN DEL NUEVO ADMINISTRADOR, PERO OBLIGA AL REGLAMENTO A DETERMINAR LAS MAYORÍAS REQUERIDAS PARA LAS DISTINTAS DECISIONES, DE MODO QUE HABRÁ QUE ATENERSE A LO QUE EN DICHO ESTATUTO SE ESTABLEZCA. EN CUALQUIER CASO LA MAYORÍA SERÁ COMPUTADA EN LA FORMA ESTATUIDA EN EL ART. 2060 YA COMENTADO.

ESTA FORMA DE COMPUTAR LAS MAYORÍAS, APLICADA ESPECÍFICAMENTE A LA DESIGNACIÓN DE NUEVO ADMINISTRADOR, PONE FIN A UNA ANTIGUA DISCUSIÓN DOCTRINAL; RACCIATTI Y LAQUIS, PARTIENDO DEL SUPUESTO QUE ESTE NOMBRAMIENTO IMPLICABA MODIFICACIÓN DEL REGLAMENTO DE PROPIEDAD Y ADMINISTRACIÓN, INTERPRETABAN QUE ESE ACTO REQUERÍA UNA MAYORÍA DE DOS TERCIOS; HIGHTON Y PALMIERO, SOSTENÍAN QUE ERA NECESARIA LA PRESENCIA EN LA ASAMBLEA DE LA MITAD MÁS UNO DE LOS PROPIETARIOS, EN TANTO QUE EN UNA POSICIÓN DE MÍNIMA GABAS, VALIDA LA DECISIÓN QUE EN ESE SENTIDO SE TOME POR SIMPLE MAYORÍA.

EN ESE SENTIDO, TAMBIÉN CLARIFICA LA NORMA QUE LA DESIGNACIÓN DE ADMINISTRADOR NO IMPLICA MODIFICACIÓN DEL REGLAMENTO DE PROPIEDAD Y ADMINISTRACIÓN.

EN CUANTO A LA INSTRUMENTACIÓN DE LA NUEVA DESIGNACIÓN, ÉSTA, COMO TODA RESOLUCIÓN DE LA ASAMBLEA DE PROPIETARIOS, DEBERÁ CONSIGNARSE EN ACTA. NÓTESE AL RESPECTO QUE, A DIFERENCIA DE LO NORMADO EN EL ART. 9°, LEY 13.512 QUE ORDENABA QUE EL ACTO DE DESIGNACIÓN DE ADMINISTRADOR DEBÍA CONSTAR EN ESCRITURA PÚBLICA, EL ART. 2066 NADA DICE AL RESPECTO, POR LO CUAL RESULTA APLICABLE EL ART. 2062, A CUYO ANÁLISIS REMITIMOS.

2. REMOCIÓN

EN VIRTUD QUE EL ADMINISTRADOR ES UN ÓRGANO DEL CONSORCIO ES ÉSTE, A TRAVÉS DE LA ASAMBLEA, QUIEN DEBE PROCEDER A SU REMOCIÓN.

NO SIENDO EL ADMINISTRADOR REPRESENTANTE DE LOS PROPIETARIOS, NO ES FACULTAD DE ÉSTOS, INDIVIDUALMENTE, SOLICITAR SU REMOCIÓN; SIN EMBARGO, ANTE LA IMPOSIBILIDAD DE OBTENER LA CONVOCATORIA A ASAMBLEA Y LA CONSIGUIENTE DELIBERACIÓN ACERCA DE LA CONTINUIDAD O NO DEL ADMINISTRADOR EN SU FUNCIÓN, LOS PROPIETARIOS PUEDEN ACUDIR A LA ASAMBLEA JUDICIAL, SIEMPRE QUE SE REÚNAN LOS REQUISITOS DEL ART. 2063.

POR OTRA PARTE, EL AVANCE QUE IMPLICA EL NUEVO TEXTO EN ESTE TEMA ES HABER INCORPORADO, EN EL ÚLTIMO PÁRRAFO DEL ART. 2066, QUE EL ADMINISTRADOR PUEDE SER REMOVIDO SIN EXPRESIÓN DE CAUSA, PONIENDO FIN A PLANTEOS JUDICIALES TENDIENTES A RECLAMAR INDEMNIZACIONES AL CONSORCIO.

III. JURISPRUDENCIA

SI LA DESIGNACIÓN DEL ADMINISTRADOR FUE REALIZADA SIN LA MAYORÍA NECESARIA CONFORME LO ESTABLECE EL REGLAMENTO DE COPROPIEDAD, EL SILENCIO DE LOS

CONSORCISTAS, LUEGO DE TRANSCURRIDO EL TIEMPO SIN OBSERVACIÓN ALGUNA, OBRA COMO CONSENTIMIENTO Y, POR ENDE, NO SE PUEDE CONTROVERTIR TAL CARÁCTER (CNCIV., SALA K; 29/4/2009, LEXIS N° 1/70052758-1).

CHART. 2067.— DERECHOS Y OBLIGACIONES. EL ADMINISTRADOR TIENE LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES IMPUESTOS POR LA LEY, EL REGLAMENTO Y LA ASAMBLEA DE PROPIETARIOS. EN ESPECIAL DEBE:

A) CONVOCAR A LA ASAMBLEA Y REDACTAR EL ORDEN DEL DÍA;

B) EJECUTAR LAS DECISIONES DE LA ASAMBLEA;

C) ATENDER A LA CONSERVACIÓN DE LAS COSAS Y PARTES COMUNES Y A LA SEGURIDAD DE LA ESTRUCTURA DEL EDIFICIO Y DAR CUMPLIMIENTO A TODAS LAS NORMAS DE SEGURIDAD Y VERIFICACIONES IMPUESTAS POR LAS REGLAMENTACIONES LOCALES;

D) PRACTICAR LA CUENTA DE EXPENSAS Y RECAUDAR LOS FONDOS NECESARIOS PARA SATISFACERLAS. PARA DISPONER TOTAL O PARCIALMENTE DEL FONDO DE RESERVA, ANTE GASTOS IMPREVISTOS Y MAYORES QUE LOS ORDINARIOS, EL ADMINISTRADOR DEBE REQUERIR LA AUTORIZACIÓN PREVIA DEL CONSEJO DE PROPIETARIOS;

E) RENDIR CUENTA DOCUMENTADA DENTRO DE LOS SESENTA DÍAS DE LA FECHA DE CIERRE DEL EJERCICIO FINANCIERO FIJADO EN EL REGLAMENTO DE PROPIEDAD HORIZONTAL;

F) NOMBRAR Y DESPEDIR AL PERSONAL DEL CONSORCIO, CON ACUERDO DE LA ASAMBLEA CONVOCADA AL EFECTO;

G) CUMPLIR CON LAS OBLIGACIONES DERIVADAS DE LA LEGISLACIÓN LABORAL, PREVISIONAL Y TRIBUTARIA;

H) MANTENER ASEGURADO EL INMUEBLE CON UN SEGURO INTEGRAL DE CONSORCIOS QUE INCLUYA INCENDIO, RESPONSABILIDAD CIVIL Y DEMÁS RIESGOS DE PRÁCTICA, APARTE DE ASEGURAR OTROS RIESGOS QUE LA ASAMBLEA RESUELVA CUBRIR;

I) LLEVAR EN LEGAL FORMA LOS LIBROS DE ACTAS, DE ADMINISTRACIÓN, DE REGISTRO DE PROPIETARIOS, DE REGISTROS DE FIRMAS Y CUALQUIER OTRO QUE EXIJA LA REGLAMENTACIÓN LOCAL. TAMBIÉN DEBE ARCHIVAR CRONOLÓGICAMENTE LAS LIQUIDACIONES DE EXPENSAS, Y CONSERVAR TODOS LOS ANTECEDENTES DOCUMENTALES DE LA CONSTITUCIÓN DEL CONSORCIO Y DE LAS SUCESIVAS ADMINISTRACIONES;

J) EN CASO DE RENUNCIA O REMOCIÓN, DENTRO DE LOS QUINCE DÍAS HÁBILES DEBE ENTREGAR AL CONSEJO DE PROPIETARIOS LOS ACTIVOS EXISTENTES, LIBROS Y DOCUMENTOS DEL CONSORCIO, Y RENDIR CUENTAS DOCUMENTADAS;

K) NOTIFICAR A TODOS LOS PROPIETARIOS INMEDIATAMENTE, Y EN NINGÚN CASO DESPUÉS DE LAS CUARENTA Y OCHO HORAS HÁBILES DE RECIBIR LA COMUNICACIÓN RESPECTIVA, LA EXISTENCIA DE RECLAMOS ADMINISTRATIVOS O JUDICIALES QUE AFECTEN AL CONSORCIO;

L) A PEDIDO DE PARTE INTERESADA, EXPEDIR DENTRO DEL PLAZO DE TRES DÍAS HÁBILES EL CERTIFICADO DE DEUDAS Y DE CRÉDITOS DEL CONSORCIO POR TODO CONCEPTO CON CONSTANCIA DE LA EXISTENCIA DE RECLAMOS ADMINISTRATIVOS O JUDICIALES E INFORMACIÓN SOBRE LOS SEGUROS VIGENTES;

M) REPRESENTAR AL CONSORCIO EN TODAS LAS GESTIONES ADMINISTRATIVAS Y JUDICIALES COMO MANDATARIO EXCLUSIVO CON TODAS LAS FACULTADES PROPIAS DE SU CARÁCTER DE REPRESENTANTE LEGAL.

I. RELACIÓN CON LA LEY 13.512. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

EL ART. 9°, LEY 13.512, ESTABLECE LOS CONTENIDOS MÍNIMOS DEL REGLAMENTO DE COPROPIEDAD Y ADMINISTRACIÓN, ENUMERANDO EN EL INC. A) LA OBLIGATORIEDAD DE DESIGNAR AL ADMINISTRADOR Y CUÁLES SON SUS FACULTADES: ADMINISTRAR LAS COSAS DE APROVECHAMIENTO COMÚN, PROVEER A LA RECAUDACIÓN DE LOS FONDOS NECESARIOS PARA EL MANTENIMIENTO, PROVEER AL EMPLEO DE LOS FONDOS RECAUDADOS, ELEGIR AL PERSONAL DE SERVICIO DE LA CASA Y DESPEDIRLO. POR SU PARTE, EL ART. 11 DE LA LEY CITADA INCORPORA: ACTUAR ANTE LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS DE CUALQUIER CLASE Y ASEGURAR EL EDIFICIO CONTRA INCENDIO. ALGUNAS TAREAS, CASI ADMINISTRATIVAS SON LUEGO INCORPORADAS EN EL DECRETO REGLAMENTARIO 18.734/1949.

EN LA CIUDAD DE BUENOS AIRES, LA LEY 941 Y SU MODIFICATORIA 3254, CREAN EL REGISTRO PÚBLICO DE ADMINISTRADORES DE CONSORCIOS Y PONEN A CARGO DE LOS ADMINISTRADORES UNA SERIE DE OBLIGACIONES, TALES COMO: EXHIBIR LOS PAGOS DE LOS APORTES Y CONTRIBUCIONES PROVISIONALES, LOS CORRESPONDIENTES A LA SEGURIDAD SOCIAL, APORTES CONVENCIONALES DE CARÁCTER OBLIGATORIO Y LA CUOTA SINDICAL SI CORRESPONDIESE, POR LOS TRABAJADORES DE EDIFICIOS PERTENECIENTES A LOS CONSORCIOS QUE ADMINISTRAN; PAGO DE SERVICIOS, IMPUESTOS, TASAS Y CONTRIBUCIONES PARA LAS PARTES COMUNES Y PARA LAS UNIDADES FUNCIONALES CUYOS MONTOS SE RECAUDEN JUNTAMENTE CON LAS EXPENSAS; ADOPCIÓN DE MEDIDAS DE SEGURIDAD CORRESPONDIENTES AL EDIFICIO (CONSERVACIÓN DE ASCENSORES, MATAFUEGOS Y TODA OTRA MEDIDA DE SEGURIDAD QUE CORRESPONDA), ENTRE OTRAS.

A SU VEZ LAS LEYES LOCALES SON REGLAMENTADAS POR DISPOSICIONES DE LA

DIRECCIÓN DE DEFENSA Y PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR, QUE ES EL ORGANISMO DE APLICACIÓN.

FUENTES: PROYECTO DE CÓDIGO UNIFICADO DE 1998, ART. 2010.

SCAPSII. COMENTARIO

UNO DE LOS GRANDES AVANCES QUE INTRODUCE EL NUEVO TEXTO DEL ART. 2067 ES EL DE ORDENAR Y SISTEMATIZAR LOS DERECHOS Y FACULTADES DEL ADMINISTRADOR DEL CONSORCIO, ANTES DISPERSAS EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL Y NORMAS DE ORDEN LOCAL, COMO ENUNCIAMOS SUPRA.

EN SEGUNDO TÉRMINO, AL ESTAR INSERTAS EN EL CÓDIGO DE FONDO LES DA ALCANCE NACIONAL, SUPERANDO EL ESCOLLO QUE SIGNIFICABA QUE CADA JURISDICCIÓN ACATABA LOS CONTENIDOS MÍNIMOS DE LA LEY 13.512 Y PODÍA TENER (O NO) SUS PROPIAS REGULACIONES.

DADO QUE EL OBJETO DEL CONSORCIO, EN TANTO PERSONA JURÍDICA, ES EL DE MANTENER, CONSERVAR Y REPARAR LAS COSAS COMUNES, EL ADMINISTRADOR COMO SU ÓRGANO DE EJECUCIÓN, LLEVARÁ A CABO TODAS LAS TAREAS TENDIENTES A CUMPLIR TALES FINES, YA SEA COMO PARTE DE LAS FUNCIONES QUE LE SON PROPIAS O POR EXPRESA DISPOSICIÓN DE LA ASAMBLEA (VER ART. 2058).

DADA LA BREVEDAD DE ESTE COMENTARIO ES IMPOSIBLE DESARROLLAR CADA UNO DE LOS INCISOS DEL ART. 2067, SIN EMBARGO, ANOTAREMOS ALGUNOS AGREGADOS DE INTERÉS:

1. CUMPLIMIENTO DE NORMAS DE SEGURIDAD

EN EL INC. C) SE HA AGREGADO, RESPECTO DEL PROYECTO DE 1998, LA OBLIGACIÓN DE CUMPLIR CON "TODAS LAS NORMAS DE SEGURIDAD Y VERIFICACIONES IMPUESTAS POR LAS REGLAMENTACIONES LOCALES". EN EFECTO, CADA VEZ SON MÁS LOS CONTROLES QUE EJERCEN LOS GOBIERNOS MUNICIPALES, EN USO DE LAS FACULTADES QUE SU PODER DE POLICÍA LE OTORGA, SOBRE LOS EDIFICIOS SOMETIDOS AL RÉGIMEN DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL, ESTABLECIENDO OBLIGACIONES CUYO INCUMPLIMIENTO GENERA SEVERAS MULTAS A CARGO DEL CONSORCIO.

2. DISPOSICIÓN DEL FONDO DE RESERVA

LA FUNCIÓN PRIMERA DEL ADMINISTRADOR ES RECAUDAR LOS FONDOS NECESARIOS PARA EL MANTENIMIENTO DEL EDIFICIO Y HACER LAS EROGACIONES PERTINENTES QUE CORRESPONDEN A LOS GASTOS CORRIENTES, SIN EMBARGO, CUANDO SE TRATA DE DISPONER DEL FONDO DE RESERVA, DEBE PEDIR AUTORIZACIÓN AL CONSEJO DE PROPIETARIOS. CABE RECORDAR QUE DICHO ÓRGANO ES OBLIGATORIO Y FORMA PARTE DEL CONSORCIO (ART. 2044) POR LO CUAL NO RESULTA NECESARIO RECURRIR A LA ASAMBLEA, ABREVIANDO LOS PLAZOS Y SIMPLIFICANDO EL PROCESO NECESARIO PARA LIBERAR LOS FONDOS.

3. PERSONAL DEL CONSORCIO

EL INC. F) DEL ARTÍCULO EN ANÁLISIS MANTIENE LA FACULTAD DEL ADMINISTRADOR DEL CONSORCIO DE NOMBRAR Y DESPEDIR AL PERSONAL.

AL RESPECTO CABE CONSIGNAR QUE EN EL PROYECTO DE CÓD. CIV. Y COM. OPORTUNAMENTE ELEVADO AL PODER EJECUTIVO, SE ESTABLECÍA QUE LA CITADA FUNCIÓN DEBÍA EJERCERLA CON ACUERDO DEL CONSEJO DE PROPIETARIOS, DISPOSICIÓN QUE FUE SUSTITUIDA EN EL CÓDIGO SANCIONADO POR "EL ACUERDO DE LA ASAMBLEA CONVOCADA AL EFECTO".

TENIENDO EN CUENTA QUE EL DESPIDO DEL PERSONAL, MÁS ALLÁ DE LAS CAUSAS QUE PUEDAN JUSTIFICARLO, IMPLICA UNA EROGACIÓN IMPORTANTE PARA EL CONSORCIO, RESULTA ADECUADO QUE SUS INTEGRANTES TENGAN LA OPORTUNIDAD DE EVALUAR LAS CONSECUENCIAS DE DICHA DETERMINACIÓN Y DECIDIR AL RESPECTO, CONFORMANDO, SI FUERA NECESARIO, UN FONDO ESPECIAL PARA AFRONTAR LAS INDEMNIZACIONES QUE PUDIERAN CORRESPONDER.

4. RENDICIÓN DE CUENTAS

RSID3021317 EL ARTÍCULO QUE COMENTAMOS HA INCORPORADO EN EL INC. E) LA OBLIGACIÓN DEL ADMINISTRADOR DE RENDIR CUENTAS, QUE HASTA AHORA SE REGÍA POR LAS NORMAS DEL MANDATO, FIJANDO UN PLAZO PARA SU CUMPLIMIENTO.

5. REPRESENTACIÓN DEL CONSORCIO

EL INC. M) DE LA NORMA QUE ANALIZAMOS PONE FIN A UNA LARGA DISPUTA JURISPRUDENCIAL ORIGINADA EN LA INTERPRETACIÓN DEL ART. 11, LEY 13.512, EN CUANTO AL ALCANCE DE LAS FACULTADES DE REPRESENTACIÓN DEL ADMINISTRADOR DEL CONSORCIO. A PARTIR DEL NUEVO TEXTO, Y AL MARGEN DE LO QUE CONSIGNE EL REGLAMENTO DE PROPIEDAD AL RESPECTO, EL ADMINISTRADOR DEL CONSORCIO ES SU REPRESENTANTE LEGAL EN CUALQUIER INSTANCIA Y JURISDICCIÓN, ADMINISTRATIVA Y JUDICIAL.

NOS PARECE IMPORTANTE DESTACAR QUE LA CLÁUSULA QUE USUALMENTE SE INSERTA EN EL REGLAMENTO DE PROPIEDAD Y QUE AUTORIZA LA SUSTITUCIÓN DE FACULTADES JUDICIALES OTORGADAS AL ADMINISTRADOR NO IMPLICA QUE ELLAS PUEDAN SER DELEGADAS. EN ESE SUPUESTO, EL REPRESENTANTE DEL CONSORCIO SÓLO QUEDA FACULTADO PARA APODERAR A UNA PERSONA EXTRAÑA AL CONSORCIO PARA QUE LA REPRESENTE EN JUICIO, EN LAS CONDICIONES ESTABLECIDAS EN LOS ARTS. 1° Y 2° DE LA LEY 10.996.

6. EXPEDICIÓN DE CERTIFICADOS

EL INC. L) DEL ARTÍCULO QUE COMENTAMOS OBLIGA AL ADMINISTRADOR A EMITIR UN CERTIFICADO DE DEUDAS DEL CONSORCIO QUE INCLUYA LA EXISTENCIA DE RECLAMOS ADMINISTRATIVOS O JUDICIALES.

UNA CUESTIÓN QUE CAUSA PREOCUPACIÓN TANTO EN LA DOCTRINA CUANTO EN LA JURISPRUDENCIA, CONSISTE EN DESLINDAR LA OBLIGACIÓN QUE PUEDE CABERLE AL ADQUIRENTE DE UNA UNIDAD FUNCIONAL EN UN EDIFICIO EN EL CUAL EL CONSORCIO RESULTA CONDENADO EN UNA ACCIÓN POR RESPONSABILIDAD. NO CABE DUDA ALGUNA QUE EL ADQUIRENTE DEBE SOPORTAR LAS DEUDAS POR EXPENSAS COMUNES; SIN EMBARGO TAMPOCO ADMITE DISCUSIÓN QUE LAS SUMAS A LAS QUE HUBIERA SIDO CONDENADO A PAGAR EL CONSORCIO, Y SUBSIDIARIAMENTE LOS PROPIETARIOS, EN UN JUICIO POR RESPONSABILIDAD, NO INTEGRAN EL CONCEPTO DE EXPENSAS COMUNES. POR ELLO LA NORMATIVA APLICABLE NO SERÁ LA QUE RIGE LA PROPIEDAD HORIZONTAL. DE ALLÍ LA IMPORTANCIA QUE SURJA CLARAMENTE DEL CERTIFICADO EXPEDIDO POR EL

ADMINISTRADOR LA NATURALEZA Y EL MONTO DE LAS DEUDAS DEL CONSORCIO CUANDO SE TRANSFIERE EL DERECHO REAL.

III. JURISPRUDENCIA

1. EL ADMINISTRADOR, EN SU CARÁCTER DE REPRESENTANTE LEGAL, LO ES INEXORABLEMENTE DE LA PERSONA JURÍDICA "CONSORCIO", CON LA JERARQUÍA PROPIA DE UN "ÓRGANO" DE ESE ENTE, SIN PERJUICIO DE QUE, EN LO PERTINENTE, SEAN APLICABLES EN SUBSIDIO LAS REGLAS DEL MANDATO (CNCIV., SALA G, 22/2/2011, LEXIS N° 1/70068470-1).

2. LA PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN INTERPUESTA POR EL ADMINISTRADOR DEL CONSORCIO PARA SOLICITAR LA DEMOLICIÓN DE LA CONSTRUCCIÓN DE UN AMBIENTE SOBRE UNA PARTE COMÚN DE USO EXCLUSIVO POR PARTE DE UNA COPROPIETARIA, NO REQUIERE LA ACREDITACIÓN DE PERJUICIO ALGUNO, YA QUE LA SOLA VIOLACIÓN DEL REGLAMENTO LEGITIMA A AQUÉL PARA OBRAR EN DEFENSA DEL INTERÉS COMÚN QUE IMPLICA EL MANTENIMIENTO DE LAS NORMAS QUE REGULAN LA VIDA CONSORCIAL (CNCIV., SALA H; 14/5/2010, LEXIS 1/70064876-2).

CAPÍTULO 8

NP1034SUBCONSORCIOS

POR HENDYW URFINKEL DEG .N ILIANL

Art. 2068.— Sectores con independencia. En edificios cuya estructura o naturaleza lo haga conveniente, el reglamento de propiedad horizontal puede prever la existencia de sectores con independencia funcional o administrativa, en todo aquello que no gravita sobre el edificio en general.

Cada sector puede tener una subasamblea, cuyo funcionamiento y atribuciones deben regularse especialmente y puede designarse a un subadministrador del sector. En caso de conflicto entre los diversos sectores la asamblea resuelve en definitiva.

Frente a terceros responde todo el consorcio sin tener en cuenta los diversos sectores que lo integran.

I. RELACIYN CON LA LEY 13.512. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

La ley 13.512 no contenна en su articulado disposiciones similares al texto de la norma bajo comentario.

Fuente: Proyecto de Cydigo Unificado de 1998, art. 2013.

II. COMENTARIO

El reconocimiento legal de los subconsorcios responde a una realidad edilicia cada vez mбs compleja. En un mismo terreno pueden coexistir edificios con diversa cantidad de unidades funcionales y complementarias, espacios destinados a cocheras y/o guardacoches, espacios recreativos comunes y espacios destinados a comercios y oficinas. Mбs аъn, en un mismo edificio coexisten galernas comerciales, diversos niveles de subsuelos para cocheras y departamentos para viviendas u oficinas.

En situaciones como las descriptas es muy compleja la administraciyn de todo el consorcio, tarea que se simplifica administrando la comunidad por sectores: viviendas, cocheras, comercios, бreas recreativas, etc.

Para poder implementar este sistema de subconsorcios es necesario reunir ciertos requisitos: a) que las caracterнsticas del edificio lo permitan, b) que resulte administrativamente conveniente, c) que sea posible identificar claramente los diversos sectores por su independencia funcional y econymica, d) que sea factible identificar los gastos que posibiliten la administraciyn separada.

Reunidas estas condiciones fбcticas, la existencia de subconsorcios debe estar prevista en el reglamento de propiedad y administraciyn.

Cabe tener en cuenta que esta fragmentaciyn administrativa del consorcio es sylo interna, a los fines de facilitar el manejo de consorcios muy complejos, pero frente a terceros el consorcio responde unificadamente.

CAPHTULO 9

INFRACCIONES

Por LILIAN N. GURFINKEL DE WENDY

Bibliografna clбsica:

AF47COSSARI, NELSON, "La acciyn del art. 15, Ley de Propiedad Horizontal. Anбlisis y necesidad de reformas", SJA, 8/9/2010; HUMPHREYS, ETHEL, "iDebe admitirse una violaciyn al reglamento de copropiedad frente al obrar malicioso de un copropietario?", JA, 2003-I-754; RACCIATTI, HERNBN, Ejercicio de las acciones tendientes a obtener la supresiyn de obras nuevas efectuadas sobre bienes comunes en propiedad horizontal, JA, 28-1975-330.

* * *

Art. 2069.— Rйgimen. En caso de violaciyn por un propietario u ocupante de las prohibiciones establecidas en este Cydigo o en el reglamento de propiedad horizontal, y sin perjuicio de las demбs acciones que corresponden, el consorcio o cualquier propietario afectado tienen acciyn para hacer cesar la infracciyn, la que debe sustanciarse por la vна procesal мбs breve de que dispone el ordenamiento local. Si el infractor es un ocupante no propietario, puede ser desalojado en caso de reiteraciyn de infracciones.

I. RELACIYN CON LA LEY 13.512. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

340El art. 15, ley 13.512, habilitaba la vна judicial en caso de violaciyn por parte de cualquiera de los propietarios u ocupantes de las normas del art. 6° (destino distinto al prescripto en el reglamento o contrario a la moral y a las buenas costumbres, depysito de mercaderнas peligrosas o perjudiciales, etc.) e imprimна a esa acciyn el

trбmite sumarнsimo. Ese remedio procesal se aplicaba tambiйn a la prohibiciyn de realizar obras nuevas, innovaciones o mejoras sancionadas en los arts. 5ε y 7ε de la ley citada.

Fuente: Proyecto de Cydigo Unificado de 1998, art. 2014.

II. COMENTARIO

Tanto la normativa inserta en el Cyd. Civ. y Com., que hemos analizado, como el reglamento de propiedad horizontal, ponen en cabeza de los titulares del derecho de propiedad horizontal el cumplimiento de ciertas obligaciones y la abstenciyn de determinados actos, cuya violaciyn debe ser sancionada.

1. Legitimaciyn activa

La ley otorga *legitimaciyn activa* al consorcio de propietarios por ser йste quien tiene a su cargo el mantenimiento y la conservaciyn de los bienes comunes, siendo asimismo el encargado de velar por el cumplimiento del reglamento de copropiedad y administraciyn.

En este sentido, cuando la acciyn es iniciada por el consorcio de propietarios, no es requisito para su progreso la prueba de un perjuicio real derivado de la violaciyn de la prohibiciyn de edificar o de toda otra pretensiyn que haga valer dicho ente en resguardo de la observaciyn de las normas estatutarias o legales.

En cambio la doctrina no es uniforme cuando se trata de admitir la legitimaciyn de uno o algunos de los propietarios considerados individualmente.

Algunos autores admiten la posibilidad de cada dueco de actuar por sн no sylo en defensa de sus intereses personales, sino tambiйn cuando la actividad antifuncional afecta sus prerrogativas comunitarias (Racciatti, Bendersky).

En una posiciyn diferente, se considera legitimado a un solo propietario cuando invoca y prueba que las obras realizadas le ocasionan un perjuicio directo; en este sentido el art. 2069 se refiere a "cualquier propietario afectado" como legitimado para formular denuncia ante el juez correspondiente.

2. Legitimaciyn pasiva

En el supuesto de violaciones que contempla la norma bajo anбlisis corresponde dirigir la acciyn contra el titular del derecho real o contra el ocupante.

Es frecuente el caso de unidades funcionales dadas en locaciyn por sus propietarios que, en los hechos, cambian el destino fijado para ellas en el reglamento de copropiedad, ya fueran departamentos para vivienda o locales comerciales en los que rigen determinadas prohibiciones en cuanto a las actividades a desarrollar en ellos. En tales supuestos la acciyn se dirige contra el locatario y йste podrб oponer las defensas que le competen al propietario.

Los terceros ocupantes estбn obligados a respetar todas las normas reglamentarias que constituyen el contrato al que ha adherido el locador por lo cual йste, en el contrato de locaciyn respectivo, debe establecer claramente las limitaciones al uso y goce que derivan del estatuto.

faauto3. Vнas procesales

A fin de evitar conflictos procesales posteriores nominando las acciones judiciales que corresponden en estos supuestos de infracciyn a la ley o al reglamento de propiedad, el art. 2069 manda utilizar la vнa procesal mбs breve que disponga el ordenamiento local.

III. JURISPRUDENCIA

1. Se ha entendido que los propietarios afectados deben invocar un interйs legнtimo, el que debe presumirse cuando un copropietario demanda al titular del departamento contiguo para que cese en el uso indebido de una unidad que debe ser destinada a vivienda y donde tiene instalado un estudio jurнdico (CNCiv., sala M, 25/11/97, LA LEY, 1998-C, 676; CNCiv., sala G, 2/3/1995, ED, 166-214).

2. Se ha estimado que no es suficiente como perjuicio el incumplimiento del reglamento por el reglamento mismo (CNCiv., sala F, 16/7/2002, AJ 3-29/02; CNCiv., sala B, 18/3/97, LA LEY, 1998-D, 642).

CAPHTULO 10

PREHORIZONTALIDAD

Por LILIAN N. GURFINKEL DE WENDY

Bibliografнa clбsica: HIGHTON, ELENA, "Algunos intentos de burlar la ley de prehorizontalidad", JA, 1985-I-670; *Propiedad horizontal y prehorizontalidad*, Hammurabi, 2000; MOREIRA, LAUREANO, "La ley de prehorizontalidad y las clбusulas especiales de los boletos de compraventa", LA LEY, 149-897; MOSSET ITURRASPE, JORGE, "Acerca de la ley de prehorizontalidad", JA, 1973-614.

***

Art. 2070.— Contratos anteriores a la constituciyn de la propiedad horizontal. Los contratos sobre unidades funcionales celebrados antes de la constituciyn de la propiedad horizontal estбn incluidos en las disposiciones de este Capнtulo.

Art. 2071.— Seguro obligatorio. Para poder celebrar contratos sobre unidades construidas o proyectadas bajo el rйgimen de propiedad horizontal, el titular del dominio del inmueble debe constituir un seguro a favor del adquirente, para el riesgo del fracaso de la operaciyn de acuerdo a lo convenido por cualquier razyn, y cuya cobertura comprenda el reintegro de las cuotas abonadas con mбs un interйs retributivo o, en su caso, la liberaciyn de todos los gravбmenes que el adquirente no asume en el contrato preliminar.

s1El incumplimiento de la obligación impuesta en este artículo

priva al titular del dominio de todo derecho contra el adquirente a menos que cumpla íntegramente con sus obligaciones, pero no priva al adquirente de sus derechos contra el enajenante.

ol. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto

El Código de Vélez no preveía un régimen de esta naturaleza, pero tengamos presente que tampoco aceptaba la propiedad horizontal,

La ley 19.724, llamada de prehorizontalidad, vino a llenar este vacío con la finalidad de proteger al adquirente de futuras unidades a comercializarse durante la etapa constructiva, para luego afectar el edificio al régimen de la ley 13.512. En este sistema la afectación a prehorizontalidad y la posterior inscripción de los boletos tienden a impedir que el propietario frustre los derechos en expectativa enajenando o gravando el inmueble, impidiendo los abusos a que dio lugar este tipo de negocios inmobiliarios en detrimento de los compradores de futuras unidades funcionales.

La ley 20.276 complementó el régimen de prehorizontalidad estableciendo excepciones similares a las hoy contenidas en el art. 2072.

Fuente: Proyecto de Código Unificado de 1998, arts. 2015, 2016.

II. Comentario

1. Seguro obligatorio

En el régimen de la ley 19.724, su finalidad tuitiva se cumplía mediante la publicidad, a los efectos de su oponibilidad, de los derechos creditorios de los adquirentes de las futuras unidades destinadas a ser sometidas al régimen de la propiedad horizontal, con la reglamentación del contenido de los boletos, su cesión, rescisión o resolución, la publicidad comercial, la constitución de hipotecas sobre el inmueble general y su ejecución.

En los hechos, la afectación importaba una reserva del inmueble a fin de que, trabado el propietario en su libre disponibilidad, se garantice el derecho de quienes contrataron la adquisición de unidades funcionales. ¿Cómo se garantiza el derecho de los compradores de futuras unidades? Fundamentalmente mediante la publicidad previa a la contratación, y la registración tanto de la afectación al régimen de prehorizontalidad como de los boletos de compraventa.

En el actual régimen de prehorizontalidad el fin tuitivo es el mismo: proteger a los compradores de edificios aún no construidos, en construcción o terminados pero indivisos, que luego habrán de ser sometidos a propiedad horizontal (ver comentario art. 2038).

El sistema cambia en la forma de instrumentar esa protección; en tanto la ley 19.724 lo hacía mediante la publicidad registral y la consiguiente oponibilidad a terceros, el Código actual pone en cabeza del titular dominical la obligación de contratar un seguro a favor del adquirente para el supuesto de no obtener el resultado convenido: adquirir el derecho de propiedad horizontal sobre la unidad funcional prometida en venta.

En el supuesto que dicha prestación resulte de imposible cumplimiento (obra inacabada, hipotecas u otros gravámenes, embargos, etc.), por tratarse de una obligación personal, el contrato deberá resolverse mediante la devolución de las sumas pagadas a cuenta y sus intereses. En este sentido el art. 2071 prevé que el seguro obligatorio que instituye también deberá cubrir el pago de lo adeudado por esos conceptos.

9 2. Incumplimiento

El incumplimiento de contratar el seguro obligatorio a que hace referencia el 1ehr. párrafo de la norma que comentamos, conlleva la sanción establecida en la segunda parte del mismo artículo, que sigue los lineamientos del art. 12, ley 19.724.

Hay que tener en cuenta que la falta de cumplimiento en la contratación del seguro expone a los compradores a riesgos que no se evitan con el mero sometimiento a la ley 13.512; los derechos del adquirente quedarán a salvo cuando el enajenante esté en condiciones de transferir la titularidad del derecho real de propiedad horizontal, esto es: escriturar la unidad y hacer tradición de ella. En una etapa previa pueden existir intereses contrapuestos de acreedores del vendedor, con o sin garantía real, o de otros compradores que menoscaben los derechos del adquirente, situaciones que no se oponen a la circunstancia fáctica de que el inmueble esté terminado y en condiciones de habitabilidad.

Es más, puede suceder que se haga tradición de las unidades funcionales, los compradores vivan en ellas y aún así no accedan al derecho real de propiedad horizontal por cuanto la escrituración se ve dificultada por la existencia de ejecuciones o embargos provenientes del estado falencial del vendedor.

Ello no obsta que el comprador deba asumir su cuota de responsabilidad en la operatoria requiriendo información respecto del cumplimiento de la obligación que venimos analizando; cuando tome conocimiento que ésta no ha sido cumplida, corresponde que intime su cumplimiento a fin de constituirlo en mora (Highton).

III. Jurisprudencia

1. El propietario enajenante que no ha cumplido con la afectación del inmueble al régimen de la prehorizontalidad *no puede* efectuar reclamo a los adquirentes; Los derechos que confiere al adquirente la ley 19.724 son irrenunciables (CNCiv., en pleno, 28/2/1979, ED, 82-171).

2. La posterior inscripción del reglamento de copropiedad y administración en los términos de la ley 13.512 no hace inaplicables los efectos de la falta de afectación del bien al régimen de prehorizontalidad e inscripción de los respectivos boletos en el Registro de la Propiedad que prevé la ley 19.724, salvo que el enajenante ofreciere contemporáneamente la entrega de la posesión y escrituración, estas prestaciones estuvieren expeditas y el comprador no tuviese derecho a resolver el contrato (CNCiv., en pleno, 26/3/1985, ED, 113-264).

3. El propietario que no ha cumplido con la afectación del inmueble al régimen y, en su caso, con la inscripción registral del contrato, no puede reclamar a los adquirentes el cumpl8miento de sus obligaciones o la resolución del contrato (CNCiv., sala A, 8/5/1997, LA LEY, 1997-F, 173).

Art. 2072.— Exclusiones. Están excluidos los contratos si-

guientes:

a) aquellos en los que la constitución de la propiedad horizontal resulta de la partición o liquidación de comuniones de cosas o bienes, o de la liquidación de personas jurídicas;

b) los que versan sobre inmuebles del dominio privado del Estado;

c) los concernientes a construcciones realizadas con financiamiento o fideicomiso de organismos oficiales o de entidades financieras especialmente calificadas por el organismo de control, si de sus cláusulas resulta que los contratos definitivos con los adquirentes deben ser celebrados por el ente financiador o fiduciario, a quien los propietarios deben otorgarle poder irrevocable a ese fin.

I. Relación con la ley 19.714. Fuentes del nuevo texto

nowidctlparLa ley 20.276 introdujo excepciones en el régimen de la ley 19.724 que tuvieron por objeto eliminar de las disposiciones de esta última aquellas adjudicaciones o enajenaciones de unidades particulares que por la naturaleza del acto, el carácter del enajenante o las modalidades de la operación, no justifican el cumplimiento de las normas de la mencionada ley.

Fuente: Proyecto de Código Unificado de 1998, art. 2017.

II. Comentario

En forma similar a la prevista en la ley 20.276 antes referenciada, la norma que comentamos excluye de la obligación de contratar seguros los supuestos que enumera:

a) partición o división del condominio, comunidad hereditaria, sociedad o asociación. En efecto, si se considera que la ley tiene por finalidad proteger al comprador a fin de impedir que el propietario del terreno desbarate sus derechos, en la división del condominio y adjudicación de unidades a los comuneros, éstos aparecen suficientemente garantizados por cuanto el derecho real del bien ya está inscripto a su favor de manera que no podría ser gravado o enajenado sin su conformidad (CNCiv., sala F, 31/3/1989, sum. 4831; CNCiv., sala G, 9/4/1981, ED, 94-329);

b) contratos que versen sobre inmuebles del dominio privado del Estado;

c) la adjudicación o enajenación de unidades particulares en inmuebles cuya construcción se realice con financiamiento o fideicomiso de organismos oficiales y los propietarios otorguen poder irrevocable a favor de dicho ente. Si bien en principio, los supuestos contenidos en este inciso coinciden con los incorporados en la ley 20.276, se actualiza con la mención al fideicomiso y al financiamiento por entidades especialmente calificadas por el organismo de control.

Título VI

Conjuntos inmobiliarios

Capítulo 1

Conjuntos inmobiliarios

Por Ricardo Javier Saucedo

Bibliografía sobre la reforma: Alterini, Jorge H. "Primeras consideraciones sobre los derechos reales en el Proyecto de Código Civil", LA LEY, 4/9/2012; íd., "Los shopping centers en el llamado Código Único Civil y Comercial de la República Argentina", Revista Notarial 902, p. 32; Cura Grassi, H. D., "Derechos reales: algunas reflexiones en torno a los denominados 'conjuntos inmobiliarios' por el pretendido Proyecto de Unificación Civil y Comercial", ED, 28/10/2013; Colman Lerner, Horacio, "Los conjuntos inmobiliarios en el nuevo Código Civil y Comercial", Revista de las Sociedades y Concursos, 2013-5; De Hoz, Marcelo, "Conjuntos inmobiliarios, cementerios privados y tiempo compartido", en F47Rivera, Julio C. - Medina, Graciela, *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012; Farina, Myriam, "Las urbanizaciones privadas en el Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial", JA, 9/1/2013; Mariani de Vidal, Marina - Abella, Adriana N., "Conjuntos inmobiliarios en el Proyecto de 2012", ED, 3/5/2013; Pratesi, Juan C., "Conjuntos inmobiliarios, tiempo compartido y cementerios privados en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", elDial, suplemento julio 2012; Tranchini, Marcela H., "Consideraciones sobre los conjuntos inmobiliarios, tiempo compartido y cementerios privados en el Proyecto de Código Civil y Comercial 2012 ¿Nuevos derechos reales para pocos?", JA, 17/10/2012.

Bibliografía clásica: Acquarone, María T, *Las nuevas urbanizaciones y aspectos del tiempo compartido*, Ábaco, Buenos Aires, 1998; íd., *Los emprendimientos inmobiliarios*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2005; Adrogué, Manuel I., *El derecho de propiedad en la actualidad*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1991; Alterini, Jorge H. "Nuevas formas de propiedad", Revista del Notariado 811, 1637; Andorno, Luis O., Luna, Daniel G y Fricks, Norberto O., *Clubes de campo. Countries*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2002; Bellotti, Mirta L., *Urbanizaciones cerradas residenciales. Perspectivas de derecho urbanístico y de derecho civil*, Advocatus, Córdoba, 2006; Calegari de Grosso, Lydia E., *Urbanizaciones cerradas: countries, barrios privados y cerrados, parques industriales, pueblos y ciudades cerrados*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009; Castro Hernández, Manuel H. y Clerici, Luis S., "Nuevas formas de urbanización. Clubes de campo y barrios cerrados", ED, 193-842; Causse, Jorge R., *Urbanizaciones privadas: barrios cerrados y clubes de campo*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2005; Del Castillo, Francisco J. "Barrio cerrado y clubes de campo. Experiencia de su regulación y convivencia", Revista del Notariado 856, p. 56; Gregorini Clusellas, Eduardo I., *Emprendimientos inmobiliarios*, La Ley, Buenos Aires, 2006; Highton, Elena I., Álvarez Juliá, Luis, Lambois, Susana, Wierzba, Sandra M. y 47 De Hoz, Marcelo, *Nuevas formas de dominio*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1993; Mariani de Vidal, Marina y Abella, Adriana N., *Clubes de campo y barrios cerrados*, Heliasta, Buenos Aires, 2009; íd., "Tratamiento de algunas cuestiones en las urbanizaciones privadas, Clubes de campo y barrios cerrados", JA, 2007-I-1072; Molina Quiroga, Eduardo, "Barrios privados y propiedad horizontal", LA LEY, 2002-A-344; Pratesi, Juan C., "Nuevas urbanizaciones y propiedad horizontal. Derechos y responsabilidades", LA LEY, 2000-E, 1198; Puerta de Chacón, Alicia, "El shopping center, ¿una comunidad de intereses?", RDPyC, 2002-2-81; Pujol de Zizzias, Irene y Linares de Urrutigoity, Martha, "Los complejos urbanísticos privados: hacia una interpretación dinámica de la ley 13.512, JA, 2009-IV-1168; Saucedo, Ricardo J., "El difícil encuadre jurídico de los clubes de campo", JA, 2011-II-140; íd., "Las formas de comercializar las urbanizaciones cerradas con fines residenciales y sus consecuencias", JA,

2012-II-38; íd., "Los clubes de campo como urbanizaciones cerradas con fines residenciales", JA, 2010-IV-356; VILA, ANA M. y ORFILA, BARTOLOMÉ A., "Clubes de campo bajo el régimen de la ley 13.512", RDPyC, 2002-2-128.

***

Art. 2073.— Concepto. Son conjuntos inmobiliarios los clubes de campo, barrios cerrados o privados, parques industriales, empresariales o náuticos, o cualquier otro emprendimiento urbanístico independientemente del destino de vivienda permanente o temporaria, laboral, comercial o empresarial que tenga, comprendidos asimismo aquellos que contemplan usos mixtos, con arreglo a lo dispuesto en las normas administrativas locales.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

No existen disposiciones equivalentes en la legislación de fondo sobre el tema pues se trata de una problemática que se ha considerado hasta ahora a nivel local por las provincias y los municipios en ejercicio del poder de policía inmobiliario y la facultad de regular lo atinente a la división y uso racional del suelo, el planeamiento urbano y el emprendimiento y desarrollo de urbanizaciones abiertas y cerradas, a partir de la iniciativa no sólo del Estado, sino también de inversores privados.

El reconocimiento de los conjuntos inmobiliarios en el Código Civil y Comercial como un fenómeno preexistente implica un importante avance legislativo, pero en modo alguno la derogación del derecho público provincial o comunal vigente sobre la materia (al que reconoce y remite de modo expreso el precepto de marras), que deberá ajustarse al marco regulatorio general que se deriva del derecho de fondo, común y obligatorio para la República Argentina.

La fuente de inspiración es, en parte, el art. 2029 del Proyecto de Código Civil de 1998.

Ello así, en la medida que esta propuesta designa al derecho real nuevo, como "las propiedades especiales", una de cuyas variantes la configuran precisamente los conjuntos inmobiliarios, a los que se sujeta al régimen de la propiedad horizontal.

Hasta aquí, las similitudes.

A continuación se remarcan las diferencias.

En rigor, dicha propuesta no plantea para los conjuntos inmobiliarios una regulación acabada y completa que derive en un derecho real de propiedad horizontal especial, adaptado a las exigencias de la figura.

Tampoco consagra un esquema diferenciado para los cementerios privados, que quedan sumidos en ese Proyecto en el régimen general de los conjuntos inmobiliarios.

Respecto del tiempo compartido, se lo sujeta al régimen del condominio con indivisión forzosa (art. 2030), criterio que tampoco es seguido por el Código Civil y Comercial.

De aquí que las soluciones que presenta el Código Civil y Comercial en la materia excedan el esquema propuesto por el Proyecto de 1998, que por este motivo no se citará en los comentarios a los preceptos que integran este título.

II. COMENTARIO

Los conjuntos inmobiliarios

Los conjuntos inmobiliarios son manifestaciones modernas del derecho de propiedad, relativas a uno o más inmuebles determinados, que tienden a satisfacer diversas finalidades, que sus múltiples titulares (personas físicas o jurídicas por igual) no pueden obtener de manera aislada e individual, por la imposibilidad material o jurídica que presentan a estos efectos, las cosas que constituyen su objeto, en todo o en parte, o por resultar en los hechos su aprovechamiento exclusivo, excesivamente oneroso para los interesados.

Las notas generales de esta figura son, por ende: la pluralidad de sujetos; la unidad del objeto inmobiliario (que se subdividirá en fracciones, parcelas o unidades funcionales que permitirán el uso exclusivo de los participantes del proyecto); la existencia de uno o más intereses comunes a los que se subordinan las apetencias particulares y la necesaria organización del complejo para alcanzar los objetivos fijados al momento de la instalación del emprendimiento.

El precepto en análisis opta por definir al instituto de manera extensiva, indicando algunas de sus expresiones más comunes, pero denotando su carácter no taxativo, en atención a los más diversos fines e intereses que se persigan con la instalación de estas urbanizaciones, que se pueden combinar y sumar en algún caso concreto.

Así, están los proyectos orientados a brindar una respuesta exclusiva a problemas estrictamente habitacionales y de vivienda (barrios cerrados).

Otros armonizan la vivienda con el esparcimiento de sus ocupantes y la práctica de actividades deportivas en contacto con la naturaleza (clubes de campos o *countries,* clubes náuticos o *marinas* —ambos radicados habitualmente en zonas rurales o suburbanas, en el segundo caso con espejos de aguas o lindantes con ríos que permiten la navegación y los deportes acuáticos—; las *torres jardín* —que son los *countries* instalados en las ciudades, que cuentan con amplios sectores para el esparcimiento o *amenities*—; los clubes de chacras —que permiten recrear la vida de campo y resaltan los valores ecológicos—).

En otros casos, lo que prepondera son los intereses productivos (parques y agrupamientos industriales), que también pueden conjugarse con las cuestiones habitacionales (como sucede con los *countries* de viñas, orientados a la producción vitivinícola, pero que cuentan con sectores para el alojamiento permanente o temporario de sus propietarios).

Otra posibilidad está dirigida a los fines estrictamente comerciales (la expresión más común la constituyen los centros de compras o *shopping centers*).

Nada impide que todos y cada uno de estos objetivos pueden confluir al momento de la radicación del proyecto inmobiliario, incluso con el apoyo y financiación del Estado local, que pueden concluir así en la erección de un verdadero pueblo

"privado", donde se advierten condiciones de infraestructura y servicios equivalente a los de las ciudades públicas o " abiertas".

Estos megaemprendimientos se componen así por subconjuntos inmobiliarios que se van desarrollando paulatinamente y se interconectan unos a otros, generando un entramado donde se aprecian por igual, viviendas, comercios, fábricas, industrias, centros médicos y asistenciales, establecimientos educativos y áreas de uso común, donde se instalan los servicios esenciales para todos los habitantes del conglomerado (usinas eléctricas, plantas potabilizadoras de agua, generadoras y distribuidoras de gas) o se destinan al esparcimiento y la práctica de distintos deportes y actividades en contacto con el entorno natural.

Por ende, el criterio seguido por el legislador en la materia es correcto, al no ceñir la iniciativa e impulso privados (secundados, controlados y supervisados siempre por el poder público local) a uno o má47 s emprendimientos determinados, que a la postre ponga en duda su naturaleza jurídica de conjunto inmobiliario, por no haber sido designado (ni encuadrarse) en la norma de base.

Respecto del tiempo compartido y los cementerios privados, pese a estar englobados bajo el rótulo de los conjuntos inmobiliarios con que se denomina el Título VI del Código, cuich*ENTAN CON UNA REGULACIÓN ESPECÍFICA QUE LOS DISTINGUE DEL GÉNERO (CON EL CUAL PRESENTAN ALGUNOS ASPECTOS COMUNES) Y SE LOS ERIGE EN SENDOS DERECHOS REALES AUTÓNOMOS (CONF. INCS. F) Y G) DEL ART. 1887).*

Art. 2074.— Características. Son elementos característicos de estas urbanizaciones, los siguientes: cerramiento, partes comunes y privativas, estado de indivisión forzosa y perpetua de las partes, lugares y bienes comunes, reglamento por el que se establecen órganos de funcionamiento, limitaciones y restricciones a los derechos particulares y régimen disciplinario, obligación de contribuir con los gastos y cargas comunes y entidad con personería jurídica que agrupe a los propietarios de las unidades privativas. Las diversas partes, cosas y sectores comunes y privativos, así como las facultades que sobre ellas se tienen, son interdependientes y conforman un todo no escindible.

I. COMENTARIO

Los elementos de los conjuntos inmobiliarios

El precepto en estudio indica de manera no taxativa, cuáles son los elementos que integran los conjuntos inmobiliarios (el epígrafe se refiere a sus "características", las que en rigor, se han indicado en el comentario al art. 2073), a saber:

a) El cerramiento perimetral, que puede ser con muros o cercos vivos, y que cumple dos funciones primordiales, como son, por un lado, marcar los límites físicos de la urbanización o emprendimiento inmobiliario y por el otro, controlar el ingreso y egreso de las personas a éste;

b) La existencia de partes privativas (y por ende, de uso y goce exclusivo de sus titulares, en atención al destino que se haya fijado al instalarse el complejo: vivienda, comercio, oficina, industria, etc.) y comunes
(a las que pueden acceder todo los miembros de la urbanización en pie de igualdad, en tanto contribuyan a su mantenimiento y conservación: *club house*, plazas, canchas para la práctica de deportes, caballerizas, piscinas, amarraderos, garitas de vigilancia, las vías de circulación interna del complejo, etc.),

c) Las partes comunes se encuentran sometidas a un estado de indivisión forzoso y perpetuo, de manera que no es menester efectuar pacto alguno en la materia (sea para prolongar dicha indivisión o para derogarla);

d) La relación de inescindibilidad e interdependencia jurídico funcional a que se hallan sometidas las partes comunes, con respecto a las de uso privado, de forma tal que no se puedan transferir las unas sin las otras, ni quepa la posibilidad de excusarse de abonar los gastos que irrogue la conservación y el mantenimiento de las primeras, alegando que se hará abandono de éstas o que no se las va a usar en el caso concreto;

e) La creación de una entidad con personería jurídica que agrupe a todos los propietarios de las partes privativas, que se ocupará de gestionar el desarrollo y funcionamiento del complejo, y en su caso, de su administración efectiva y de aplicar las sanciones a quienes infrinjan las reglas de convivencia dentro de éste;

f) La sanción de un reglamento que establezca los derechos y obligaciones de quienes acceden al sistema como titulares de derechos reales o personales sobre las partes privativas y de uso particular, las restricciones de los derechos de éstos, la estructura orgánica de aquél (alusiva al régimen de la administración, a los órganos con potestad disciplinaria, a las comisiones asesoras o de contralor del desempeño del administrador, etc.) que permitan su funcionamiento;

g) La obligatoriedad por parte de quienes se sumen al complejo de contribuir con los gastos y cargas comunes que se fijen en el reglamento y en su caso, por la administración del complejo.

Cada uno de estos aspectos tipificantes merecen un trato especial en los distintos preceptos que componen el capítulo de los conjuntos inmobiliarios (donde se remarcan sus diferencias con las directivas consagradas para el derecho real de propiedad horizontal) y que serán estudiados *infra*.

Art. 2075.— Marco legal. Todos los aspectos relativos a las zonas autorizadas, dimensiones, usos, cargas y demás elementos urbanísticos correspondientes a los conjuntos inmobiliarios, se rigen por las normas administrativas aplicables en cada jurisdicción.

Todos los conjuntos inmobiliarios deben someterse a la normativa del derecho real de propiedad horizontal establecida en el Título V de este Libro, con las modificaciones que establece el presente Título, a los fines de conformar un derecho real de propiedad horizontal especial.

Los conjuntos inmobiliarios preexistentes que se hubiesen establecido como derechos personales o donde coexistan derechos

reales y derechos personales se deben adecuar a las previsiones normativas que regulan este derecho real.

I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto

ch *Ya se ha señalado que como se trata de un derecho real nuevo, no existen normas de referencia en el Código Civil.*

No obstante ello, cabe destacar que para su configuración se ha tenido muy en cuenta al derecho real de propiedad horizontal (al que se rotula como especial), solución que se admite también en las legislaciones de corte local.

En efecto, los barrios privados se gestionan bajo la cobertura de ese derecho real, en el ámbito de la provincia de Buenos Aires (conf. decreto 27/1998) y es una de las alternativas que se consagran para organizar los clubes de campo en esa jurisdicción (conf. decretos 2489/1963 y 9404/1986).

Otro tanto sucede con los anteriores proyectos de reforma al Código Civil de 1987, 1993 y 1998, que brindan la opción al desarrollista de sujetarlos a la propiedad horizontal, o bien, al esquema flexible de los derechos personales.

La fuente parcial de inspiración es el art. 2029 del Proyecto de Código Civil de 1998 (con la prevención que en esta propuesta no se consagra un derecho real de propiedad horizontal especial para regir a los conjuntos inmobiliarios).

II. Comentario

1. El derecho real sobre las partes privativas de los conjuntos inmobiliarios

Se consagra un nuevo derecho para los adquirentes de los sectores de uso exclusivo en los conjuntos inmobiliarios.

He aquí una primera precisión a realizar: el objeto del derecho real no es el conjunto inmobiliario, sino sus sectores o partes de uso privativo y común que se transfieran en propiedad al adquirente.

Así, se obtiene una potestad real no sólo sobre el sector exclusivo sino también sobre las partes de uso común a las que el primero está indisolublemente unido como ya se destacó en el comentario al artículo anterior.

Se trata así de un derecho real sobre cosa propia, registrable, principal y que se ejerce por la posesión.

Se sujeta también a lo dispuesto en el Título V del Código, con lo cual, en los hechos, se trata de un derecho real de propiedad horizontal, pero proyectado o aplicado sobre las partes privativas y comunes que componen o integran el conjunto inmobiliario (el precepto lo designa como "derecho real de propiedad horizontal especial").

Esa peculiaridad objetiva es lo que justifica, a criterio del legislador, la instauración en estas circunstancias de una nueva potestad real.

Por ende, a falta de regulación expresa en algún aspecto de la figura, habrá de acudirse por vía supletoria a lo dispuesto para el derecho real de propiedad horizontal común, en el cual se ha inspirado el legislador para consagrarla.

El precepto destaca también, la necesidad del conjunto inmobiliario de ajustarse a las normas locales (provinciales y municipales), que disponen sobre los distintos usos y división del suelo, la localización de estos complejos en las áreas respectivas (v.gr. suburbanas o rurales) y demás normas administrativas dictadas en ejercicio del poder de policía inmobiliario.

2. La imposibilidad de gestionar los conjuntos inmobiliarios bajo la cobertura de los derechos personales

El precepto no admite que puedan organizarse estos proyectos inmobiliarios también bajo el régimen de los derechos personales, e incluso sujetarlos a un esquema combinado de derechos personales y reales. Así, la subordinación del complejo al esquema del derecho real antes apuntado es obligatoria.

Respecto de la primera alternativa (los derechos personales), se ha utilizado en nuestro medio con algún éxito, y supone transferir la propiedad del complejo a una persona jurídica (asociación, sociedad), de manera que quienes se incorporen al régimen pasen a detentar una porción del capital de dicho sujeto, cuyas utilidades y beneficios se traducen en el uso exclusivo de determinadas áreas del conjunto, con fines residenciales, comerciales o industriales, y en el uso común de las restantes.

I En la segunda variante, en cambio, la conjunción del derecho personal con el real supondría aplicar alguna de las otras potestades reales admitidas (v.gr. dominio o condominio) a los derechos creditorios.

Ambas posibilidades quedan definitivamente descartadas, atento a la imperatividad que dimana de la norma en análisis, que no puede ser derogada por acuerdo expreso en contrario entre el desarrollista y el consumidor final de estos emprendimientos, generando una potestad real distinta, lo que además es claramente violatorio del orden público que rige en esta materia.

Nada obsta, en cambio, a que el derecho real sobre la parte privativa del conjunto inmobiliario pueda secundarse con otras potestades equivalentes sobre predios vecinos (v.gr. servidumbres).

3. Los complejos inmobiliarios preexistentes al Código Civil y Comercial

Cabe reparar, finalmente, en la suerte de los conjuntos inmobiliarios que ya estén radicados en el país bajo un esquema jurídico diferente al dispuesto por la norma prevista (esto es, que no se hayan gestionado por el régimen de la propiedad horizontal).

A mi entender, el respeto al derecho de propiedad incorporado al patrimonio de los particulares y al *status quo* imperante determinan que ellos seguirán funcionando bajo el sistema que hayan escogido inicialmente, incluso aunque se trate de derechos reales diferentes al aquí estudiado, en la medida que estén reconocidos en el ordenamiento jurídico vigente a ese momento.

Así, si se siguió el esquema del decreto bonaerense 9404/1986 para organizar un club de campo que supone combinar los derechos de dominio (o condominio) sobre las partes de uso residencial y de recreación y esparcimiento en cabeza de distintos sujetos de derecho (en el último caso, forzosamente será una persona

jurídica aunque del tipo que escoja el propietario del inmueble general) que se entrelazan con servidumbres activas para justificar la cohesión interna e indisoluble de la totalidad de las parcelas que integran el complejo.

O también si se implementó bajo el derecho real de dominio sobre las partes de uso exclusivo complementado con un condominio de indivisión forzosa a favor de todos los participantes del complejo, sin la creación de interpósita persona jurídica.

Sin embargo, en todos los casos deberán ajustar y adecuar su normativa al régimen que dispone el Código Civil y Comercial en este título, para dar cumplimiento a lo dispuesto en la parte final del precepto en análisis.

Art. 2076.— Cosas y partes necesariamente comunes. Son necesariamente comunes o de uso común las partes y lugares del terreno destinadas a vías de circulación, acceso y comunicación, áreas específicas destinadas al desarrollo de actividades deportivas, recreativas y sociales, instalaciones y servicios comunes, y todo otro bien afectado al uso comunitario, calificado como tal por el respectivo reglamento de propiedad horizontal que regula el emprendimiento.

Las cosas y partes cuyo carácter de comunes o propias no esté determinado se consideran comunes.

I. Relación con la ley 13.512. Fuentes del nuevo texto

trch yel al ed °2 sta la nmina de partes comunes que contiene el art.Se aju a la realidad edilicia y funcional de un conjunto inmobiliario, suprimiendo el ,13.512 culo para la aplicacin de las reglas del derecho real de propiedad principal obst royectos, como es la exigencia de que el terreno donde se horizontal a estos p .asienta aquéchl sea cosa comn

I. Comentario

Las cosas y partes necesariamente comunes
de los conjuntos inmobiliarios

Se plantea, como primera directiva que no todo el terreno donde se desarrolla el conjunto inmobiliario serб comъn sino solamente aquellos sectores o partes que sean de uso indefectible por todos sus partнcipes, como son las vнas de acceso y circulaciyn interna.

En cambio, serбn privadas aquellas partes del predio donde se asienten las construcciones de las viviendas, locales comerciales u oficinas para uso exclusivo de los integrantes del complejo.

La nymina de cosas comunes por razones de necesidad, seguridad o conveniencia, que contempla la norma en anбlisis se adapta asн a las particularidades de estas urbanizaciones.

Por eso no se indican como tales a los cimientos, muros maestros, techos, ascensores, montacargas, escaleras o vestнbulos.

En cambio, sн lo son las instalaciones ubicadas en las бreas de esparcimiento dedicadas a actividades deportivas, sociales y culturales del complejo (*club house*, canchas de polo, pileta de nataciyn, etc.), y aquellos sectores donde se sitъen servicios de uso comъn.

Todas las cosas o partes de uso comъn estarбn asн identificadas en el correspondiente reglamento de propiedad y administraciyn que se sancione por el propietario inicial del predio para someterlo al rйgimen del conjunto inmobiliario.

A falta de previsiyn expresa en la materia (esto es, si la parte es de uso comъn o privativo), el ъltimo pбrrafo de la norma dispone que se la reputarб comъn.

Mбs aъn, en el rйgimen de la propiedad horizontal, las unidades funcionales se erigen en lo principal o esencial del sistema, siendo las cosas comunes, lo accesorio.

En los conjuntos inmobiliarios, suele suceder a la inversa (especialmente en aquellos complejos donde se puede acceder a las instalaciones de uso comъn sin detentar unidad alguna, o bien, teniйndola sin construir), influyendo el equipamiento y las comodidades en el valor de las unidades funcionales que lo integran.

Art. 2077.— Cosas y partes privativas. La unidad funcional que constituye parte privativa puede hallarse construida o en proceso de construcciyn, y debe reunir los requisitos de independencia funcional segъn su destino y salida a la vнa pъblica por vнa directa o indirecta.

I. Relaciyn con la ley 13.512. Fuentes del nuevo texto

Se adapta la soluciyn del art. 1є de la ley 13.512 a los conjuntos inmobiliarios.

Asн, se designan a las partes privativas como unidades funcionales y no "departamentos", (expresiyn que denota su destino de vivienda) y se admiten que puedan estar construidas o no, a los efectos de someterlas al rйgimen previsto por el Cydigo Civil y Comercial.

Asн, el derecho real de propiedad horizontal especial que se confiere a los titulares de las unidades funcionales que integran un conjunto inmobiliario no supone la preexistencia de edificio ni construcciyn alguna.

Se mantienen en cambio, las notas de independencia funcional en atenciyn a su destino (que puede ser mъltiple) y la salida a la vнa pъblica de modo directo o indirecto.

Las partes privativas o unidades funcionales
de los conjuntos inmobiliarios

El objeto del derecho real lo constituye bбsicamente la unidad funcional y su estado constructivo resulta indiferente para la adquisiciyn de la potestad de marras.

Asн, una vez obtenida la factibilidad del proyecto inmobiliario por la autoridad administrativa competente (municipio o provincia, segъn disponga la reglamentaciyn local vigente), el objeto de la contrataciyn puede ser un terreno donde a futuro habrбn

de erigirse las viviendas de uso transitorio (o definitivo), los locales comerciales o los establecimientos industriales que utilizarбn de manera exclusiva los particulares que ingresen al complejo, o bien un inmueble ya construido y adaptado a los fines o destinos a los que se lo someterб, segъn disponga el reglamento de propiedad y administraciyn.

Por ende, estбn incluidas en las diversas operatorias jurнdicas y en el trбfico inmobiliario, las unidades funcionales construidas y concluidas como tales (con independencia de su destino: vivienda, oficina, local comercial, cochera, industria, etc.), las unidades funcionales "a construir" (es decir, las que estбn meramente proyectadas en un plano aprobado de subdivisiyn por el rйgimen de los conjuntos inmobiliarios, pero que no existen en los hechos, como bienes raнces, figura comъnmente conocida como *venta de cubos de aire*) y las unidades funcionales "en construcciyn" (o sea, las que aъn no cuentan con el "final de obra", que las dй de alta, de manera definitiva, y las equipare con las primeras).

Esta soluciyn ya estaba vigente en algunas demarcaciones locales para la comercializaciyn no sylo de los conjuntos inmobiliarios sino tambiйn de las unidades funcionales sujetas al rйgimen de la propiedad horizontal comъn (como sucede en el бmbito de la provincia de Buenos Aires, conforme al decreto 2489/1963 y sus modificatorios, que siguen vigentes por no contradecir la normativa de fondo, comъn y obligatoria para toda la Repъblica Argentina).

Las unidades funcionales para ser tales, por ende, dependen de dos aspectos esenciales como son su independencia y salida obligada a la vнa pъblica.

El primer aspecto se ajustarб al destino que se haya fijado en el reglamento y que determinarб, en la prбctica, las dimensiones, instalaciones y comodidades mнnimas con las cuales habrб de contar (aspectos que serбn merituados a la hora de proyectar el complejo, diagramar su divisiyn interna y aprobar los planos de subdivisiyn y obra de dichos objetos).

Asн, una unidad funcional con destino a local comercial en un centro de compras puede carecer de cuarto de baco, lo mismo que una cochera, sin que ello afecte su autonomнa.

Una unidad con destino de vivienda en un barrio privado, un club de campo, nбutico o de chacras, en cambio, requerirб de instalaciones mнnimas indispensables (sala de estar o comedor, cocina, dormitorios, bacos, etc.).

La segunda exigencia determina que los propietarios puedan acceder a la vнa pъblica, sea de modo directo, o a travйs de partes comunes (vнas de circulaciyn interna, puertas de acceso al complejo, etc.), sin que sea menester a estos fines establecer servidumbres de paso.

Art. 2078.— Facultades y obligaciones del propietario. Cada propietario debe ejercer su derecho dentro del marco establecido en la presente normativa, con los lнmites y restricciones que surgen del respectivo reglamento de propiedad horizontal del conjunto inmobiliario, y teniendo en miras el mantenimiento de una buena y normal convivencia y la protecciyn de valores paisajнsticos, arquitectynicos y ecolygicos.

I. Relaciyn con la ley 13.512. Fuentes del nuevo texto

Se ajustan los derechos y obligaciones de los integrantes de los conjuntos inmobiliarios que estбn sensiblemente mбs acotados que en el rйgimen de la ley propiedad horizontal (conf. arts. 3°, 6°, 7° y 8° de la norma citada).

LANG1034II. Comentario

Los derechos y obligaciones de los propietarios
de las unidades funcionales en los conjuntos inmobiliarios

Los derechos y obligaciones de los integrantes de estos complejos estбn tasados en los reglamentos de propiedad y administraciyn, en los reglamentos internos y los que indican la manera cymo puede accederse a las cosas comunes.

Respecto de las partes privativas, la principal restricciyn estб fijada por el destino al cual se someten, el que no se puede variar de modo unilateral e inconsulto por su propietario (especialmente aquellas disposiciones que exigen de los adquirentes, la edificaciyn de viviendas, locales o establecimientos industriales en sus predios, con los parбmetros que se hayan predeterminado para la admisiyn de la instalaciyn del complejo, como tambiйn la ejecuciyn de tareas de mantenimiento y conservaciyn de esas edificaciones, el parquizado y cuidado de jardines, la tenencia de animales domйsticos, etc.).

En cuanto a las бreas o zonas de uso comъn, estarбn determinadas en los aludidos reglamentos que serбn consentidos de modo expreso por los interesados en oportunidad de suscribir los negocios jurнdicos por los cuales se adquieran en propiedad las unidades funcionales en que se subdivida el complejo.

En verdad, no se puede alegar el desconocimiento de esta normativa pues se la transcribe en los respectivos tнtulos de propiedad.

Todas estas directivas estбn encaminadas a lograr la armynica convivencia en el complejo, el acceso de todos sus miembros a las instalaciones y servicios comunes, el respeto a las normas edilicias, los valores paisajнsticos, arquitectynicos y ecolygicos.

Ello no obsta a que si alguna de estas exigencias resulta inicua en el caso concreto, se la pueda impugnar en la asamblea de propietarios y eventualmente llegar a la instancia judicial para lograr su derogaciyn o no aplicaciyn.

La infracciyn a estas pautas conocidas por los interesados, provocarб la apertura de sumarios administrativos internos, por los yrganos de contralor y disciplina previstos por los reglamentos, con la eventual aplicaciyn de las sanciones que en el caso se juzguen pertinentes, las que siempre pueden ser revisadas *a posteriori* en sede judicial.

Cabe destacar que respecto de las бreas de uso comъn, los integrantes del complejo, tienen derecho de acceso a ellas en la medida que aporten a los gastos para su construcciyn, conservaciyn y mantenimiento, las que como tales no pueden

ser modificadas ni suprimidas, salvo que medie acuerdo de los interesados.

Empero, no se trata de un derecho absoluto, ya que la administraciyn del complejo puede resolver, con la anuncia de la mayorна de los componentes del predio, el reemplazo de unas actividades por otras o la ejecuciyn de obras que optimicen o hagan mбs cymodo su uso y goce por aquйllos.

III. JURISPRUDENCIA

1. Corresponde hacer lugar a la demanda entablada contra un club de campo a fin de que se declare la inconstitucionalidad de la decisiyn que prohibiy la circulaciyn de cuatriciclos dentro del бmbito de dicho club, pues tal restricciyn carece de razonabilidad en tanto impide la circulaciyn de determinados vehнculos por las arterias de un barrio privado aunque no hace lo propio con otros medios de locomociyn de mayor peligrosidad. (CNCiv., sala A, 9/8/2007, LA LEY, 2007-E, 662).

2. Es inadmisible la acciyn de amparo ambiental promovida por el habitante de un barrio cerrado contra la decisiyn del directorio de la sociedad anynima administradora del consorcio en cuanto resolviy construir canchas de tenis en el predio, pues las molestias q

f47 ue derivan al accionante de tales obras (mayor afluencia de personas y vehнculos, reduccion de la playa de estacionamiento, molestias por el cerrado de puertas, etc.) no conforman aisladamente ni en conjunto, ninguno de los supuestos definidos en el art. 27 de la ley 25.675, ya que no se trata de alteraciyn relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos. (CApel. Civ. del Neuquйn, sala I, 28/2/2008, La Ley Online).

3. Resulta inadmisible la acciyn de amparo impetrada contra un barrio privado a fin de que se abstenga de proyectar o ejecutar obras de edificaciyn en el predio colindante al lote del actor (donde se pretendна construir la sede del *club house)* desde que, la eventual limitaciyn al disfrute de una vista panorбmica desde su residencia, no puede erigirse en un acto con aptitud para afectar derechos esenciales de la persona (TS Cyrdoba, 30/8/2007, LLC, 2007-1130).

Art. 2079.— Localizaciyn y lнmites perimetrales. La localizaciyn de los conjuntos inmobiliarios depende de lo que dispongan las normas provinciales y municipales aplicables.

Los lнmites perimetrales de los conjuntos inmobiliarios y el control de acceso pueden materializarse mediante cerramientos en la forma en que las reglamentaciones locales, provinciales o municipales establecen, en funciyn de aspectos urbanнsticos y de seguridad.

I. RELACIYN CON EL CYDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El precepto se refiere a dos cuestiones como son la localizaciyn y el derecho a encerrarse.

El primero estб sujeto a la normativa de corte local dictada en ejercicio del poder de policна inmobiliario que indica los trбmites a cumplir para la instalaciyn definitiva del complejo en uno o mбs predios determinados.

De aquн que a este respecto no se pueda establecer relaciyn alguna con el Cydigo Civil, por tratarse de un tema ajeno a la normativa de fondo.

En cuanto al derecho a encerrarse estб admitido por los arts. 2508 y 2516 del Cydigo velezano y por ende, debe aplicarse por vна extensiva a las urbanizaciones privadas.

El rйgimen jurнdico de las vнas internas del complejo es equivalente al dispuesto por el artнculo 2348 de ese cuerpo legal, respecto de los caminos y construcciones efectuados en predios privados a costo de sus titulares, a quienes corresponden en propiedad, aunque permitan su uso y goce a terceros.

II. COMENTARIO

1. La localizaciyn del complejo

Se trata de todas las directivas de corte administrativo que indican cymo debe llevarse a cabo la urbanizaciyn de la tierra, fijбndose zonas, condiciones de infraestructura y servicios mнnimos bajo las cuales deban efectuarse, cuando estйn a cargo de inversores y promotores privados.

Entre estas reglas se destacan las que aluden a la localizaciyn de industrias, clubes de campo y demбs complejos evaluando el impacto ambiental y las implicancias que sobre la salud y bienestar de la poblaciyn tendrб su instalaciyn en бreas contiguas a nъcleos densamente poblados; las que fijan las condiciones bajo las cuales se pueda instalar un cementerio parque en determinado sector de un municipio o las que estudian las consecuencias que tendrб la apertura de un centro de compras sobre los comercios y la actividad econymica de una localidad.

Se trata en todos los casos de restricciones y condicionamientos para la instalaciyn de estos complejos en miras del interйs pъblico o comъn y se sustentan en el poder de policна inmobiliario, que han retenido las provincias (y municipios) y que, por ende, no han delegado al gobierno central (arg. art. 1970 Cyd. Civ. y Com.).

Por ende, estas limitaciones fijadas en miras al bienestar de la comunidad toda, son propias del derecho pъblico provincial o comunal (leyes, decretos, reglamentos, ordenanzas y resoluciones sobre divisiyn y uso racional del suelo, urbanizaciones y planeamiento urbano, radicaciyn de industrias, etc.), existiendo en cada demarcaciyn soluciones expresas en la materia.

2. El derecho a encerrarse

Los derechos reales inmobiliarios sobre cosas propias conceden a sus titulares la posibilidad de cerrar sus heredades con muros, fosos o cercos de manera de impedir el acceso a ellos de terceros contra o sin su voluntad, en tanto se cumplan las directivas comunales o provinciales vigentes en la materia.

Por ende, otro tanto habrб de suceder cuando se trata de los conjuntos inmobiliarios, sin necesidad de realizar convenio alguno con la autoridad pъblica local (el municipio), y pudiendo asн, controlar el acceso al бrea cerrada por personas ajenas al complejo.

En cuanto a la forma como habrб de materializarse el cerramiento del predio, ello sн quedarб sujeto al control del poder administrador local, como sucede respecto de cualquier propiedad privada.

Empero, si el hecho de cerrar el perнmetro del complejo provoca que queden comprendidas en la zona ahora recluida distintas calles de uso hasta entonces comъn, que por regla, pertenecнan inicialmente al dominio pъblico municipal, se impone un convenio entre la entidad jurнdica que agrupe a los integrantes del conjunto inmobiliario y el municipio, a fin de satisfacer las necesidades de privacidad y seguridad inherentes al derecho en juego, y con el compromiso, por parte de quien asume la administraciyn y manejo de aquйl, de prestar los servicios que usualmente estбn a cargo de los autoridades comunales.

3. El rйgimen jurнdico de las vнas internas

De lo antes expuesto se sigue que las calles y espacios de circulaciyn interna del complejo son de su exclusiva propiedad (en rigor, de los propietarios de las unidades funcionales que lo integran).

Sin embargo, si el cerramiento exigiera en el caso un acuerdo previo con el municipio, por referirse a calles inicialmente pъblicas, con su concreciyn se habrб provocado la desafectaciyn de esas vнas de circulaciyn del uso pъblico, por lo que pasarбn del dominio pъblico municipal al dominio privado del conjunto. Y con ello, por vна de consecuencia, la posibilidad de ser utilizadas exclusivamente por los integrantes del complejo inmobiliario, generбndose a su respecto, un derecho subjetivo en tal sentido, que no podrб ser desconocido unilateralmente por la comuna.

Esta es una soluciyn provisoria, puesto que la definitiva se concretarнa reciйn con la compra de dichas calles por parte del conjunto inmobiliario, debiendo convenir su precio con el municipio, pasando entonces estos bienes definitivamente, del dominio privado comunal, al dominio privado del complejo.

Empero, entiendo que aun cuando esa adquisiciyn no se concrete en los ъltimos tйrminos indicados, la autorizaciyn concedida por el municipio a la urbanizaciyn privada para encerrarse, determina que las otrora calles pъblicas existentes er su trama (ahora) interna, queden sustraнdas del uso pъblico, en tanto y en cuanto el complejo inmobiliario conserve el carбcter que justifica tal cerramiento.

Ahora bien, de estos acuerdos (sea que impliquen la venta de las calles pъblicas, sea que supongan su sola desafectaciyn a los fines comunes) no puede seguirse, en los hechos, la lesiyn de derechos subjetivos previamente adquiridos por terceros, que puedan tener interйs en transitar por esas arterias, por ejemplo, para acceder mбs fбcilmente a los predios de su propiedad.

hich4. El control del ingreso al conjunto inmobiliario

Dadas las facultades de cerramiento y control de la circulaciyn por las vнas internas del complejo por parte de quienes desarrollen y gestionen su instalaciyn y funcionamiento, de ellas se sigue, igualmente, el control del acceso a sus instalaciones por parte de personas ajenas a йl.

En rigor, uno de los servicios que se prestan en el conjunto inmobiliario es el de seguridad (privada), que implica que solamente puedan ingresar los propietarios de las unidades funcionales, sus parientes e invitados y las personas que desarrollen diversas tareas en aquйl.

Asн, serб menester contar en principio con la autorizaciyn de un miembro del complejo, o de quien lo administre y controle, para poder acceder.

Ello no obsta, sin embargo, a que pueda ingresar la autoridad pъblica (policial, sanitarias, etc.), cuando estй en ejercicio de funciones, aъn cuando no medie orden judicial previa en tal sentido.

III. JURISPRUDENCIA

1. Se dispone que hasta tanto sea concluida y habilitada al trбnsito la Avenida Costanera, que pasa por frente a su propiedad, deberб el "Club de Campo Los Pingьinos S.A." permitirle a la actora el acceso por la entrada principal del mismo, sin poner obstбculo alguno que impida ello, sin perjuicio de las medidas de seguridad que dicho Club imponga, la cual no deberб ser distinta de la que tienen los socios y usuarios de dicha entidad (en el caso, se trataba de un particular que por recurso de amparo pidiy se le permitiera transitar por las calles internas de un club de campo que aъn no habнan sido enajenadas por el municipio a dicha entidad, para de ese modo acceder mбs fбcilmente al predio de su propiedad., lindero con el citado complejo. Ello asн, pues la otra vна de acceso posible era, por el momento, intransitable) (Juzg. 1Є Inst., Cont. Adm. San Martнn, 4/8/2004, LA LEY, Sup. Derecho Administrativo, mayo 2005, p. 52).

2. Si bien el consentimiento de uno de los habitantes de un barrio privado puede resultar relevante para determinar el ingreso de personas ajenas, aquйl por sн mismo, no se encuentra facultado para excluir el ingreso de quien desee de los espacios comunes y, menos aъn de la autoridad policial, cuando aquellas personas han sido autorizadas por otros consorcistas o por el administrador del consorcio de propietarios (CNPenal Econymico, sala B, 31/5/2006, LA LEY, 2006-E, 397).

Art. 2080.— Limitaciones y restricciones reglamentarias. De acuerdo a las normas administrativas aplicables, el reglamento de propiedad horizontal puede establecer limitaciones edilicias o de otra нndole, crear servidumbres y restricciones a los dominios particulares, como asн tambiйn fijar reglas de convivencia, todo ello en miras al beneficio de la comunidad urbanнstica. Toda limitaciyn o restricciyn establecida por el reglamento debe ser transcripta en las escrituras traslativas del derecho real de propiedad horizontal especial. Dicho reglamento se considera parte integrante de los tнtulos de propiedad que se otorgan sobre las unidades funcionales que componen el conjunto inmobiliario, y se presume conocido por todo propietario sin admitir prueba en contrario.

I. Relaciyn con la ley 13.512. Fuentes del nuevo texto

Se dispone la necesidad de transcribir en los tнtulos de propiedad de las unidades funcionales, todas aquellas clбusulas del reglamento que impongan restricciones y limitaciones al ejercicio de los derechos reales sobre esos bienes, aspecto que no se exige en ninguno de los preceptos de la ley 13.512 de propiedad horizontal.

Ello asн, aunque en modo alguno se condicione la vigencia de dichas limitaciones a su constancia expresa en los documentos aludidos.

d3021317 II. Comentario

La vigencia de las limitaciones y restricciones reglamentarias

El precepto en estudio pone el acento en las restricciones y limitaciones que se le imponen al adquirente de una unidad funcional de un conjunto inmobiliario, para el ejercicio efectivo de su derecho, las que se justifican, como ya se ha dicho en el comentario al art. 2078, en el hecho de hacer posible la convivencia armynica de sus integrantes y permitir el funcionamiento y desarrollo del complejo, atendiendo a los fines para los cuales fue instaurado.

Dichas restricciones constan en el reglamento de propiedad y administraciyn por el cual se sometiy el inmueble general al rйgimen de los conjuntos inmobiliarios.

De aquн que hagan a la naturaleza misma del derecho real en estudio e integren indefectiblemente su tнtulo de propiedad.

Por tanto, se prescribe que el notario autorizante del acto por el cual se transfiera el derecho real sobre la parte privativa del conjunto inmobiliario (derecho de propiedad horizontal especial, como lo designa la norma), deba transcribirlas en la correspondiente escritura pъblica, para cabal conocimiento y observancia del interesado.

En rigor, si el reglamento de marras (que contiene las aludidas limitaciones) forma parte del tнtulo de propiedad de cada una de las unidades funcionales del complejo, la exigencia apuntada es redundante, toda vez que la adquisiciyn de aquйllas, implнcitamente supone la aceptaciyn del primero. En la prбctica, por ende, bastarнa con que en el texto de la escritura el comprador manifestara "que conoce y acepta el reglamento de propiedad y administraciyn que rige al conjunto en su totalidad".

Mбs aъn, aunque nada se diga en el documento notarial sobre este aspecto, eso no obsta a la plena vigencia y eficacia de las restricciones y limitaciones apuntadas, que se presumen *iuris et de iure*, conocidas y admitidas por toda persona que ingrese al emprendimiento, sin admitir prueba en contrario.

De esto se sigue que el adquirente en estas lides no puede escudarse en su desconocimiento alegando la falta de transcripciyn en la escritura pъblica que documenty la transmisiyn en propiedad de la unidad funcional a su favor.

La conducta deficiente del notario del caso no empece a la operatividad de esas restricciones, que rigen desde el momento en que se sanciony el reglamento de propiedad y administraciyn y se tomy razyn en el Registro de la Propiedad Inmueble.

Esto asн, sin perjuicio de un eventual juicio de reproche al escribano por no asesorar debidamente al interesado en esta instancia, falta que no conmueve la vigencia de las aludidas clбusulas, que deben observarse desde el instante mismo en que se consume la adquisiciyn del derecho real, con tнtulo y modo suficientes.

En cuanto al deber de transcripciyn, no recae sobre todas y cada una de las clбusulas del reglamento, sino solamente respecto de aquellas que dispongan restricciones concretas, de cumplimiento indefectible para la vigencia del conjunto (v.gr. obligaciyn de edificar la vivienda o local en el predio, pautas y tiempo mбximo para hacerlo, obligaciyn de forestar y parquizar las бreas que la circunden, etc.).

Art. 2081.— Gastos y contribuciones. Los propietarios estбn obligados a pagar las expensas, gastos y erogaciones comunes para el correcto mantenimiento y funcionamiento del conjunto inmobiliario en la proporciyn que a tal efecto establece el reglamento de propiedad horizontal. Dicho reglamento puede determinar otras contribuciones distintas a las expensas legalmente previstas, en caso de utilizaciyn de ventajas, servicios e instalaciones comunes por familiares e invitados de los titulares.

I. Relaciyn con la ley 13.512. Fuentes del nuevo texto

Se fija un rйgimen de expensas que sigue, en esencia el esquema previsto por los arts. 8°, 17 y 18 de la ley 13.512, con todas las garantнas allн indicadas para asegurar su cobro.

Asimismo, se acade la posibilidad de imponer contribuciones especiales para el caso en que se sirvan de las instalaciones de uso comъn, familiares e invitados de los propietarios de las unidades funcionales.

II. Comentario

El rйgimen de las expensas en los conjuntos inmobiliarios

El rйgimen de expensas (que involucra por igual, las erogaciones derivadas del mantenimiento, administraciyn y conservaciyn de las cosas de uso y goce en comъn; las que surjan de la ejecuciyn de obras nuevas para beneficio de todos los participantes del sistema; los gastos derivados de la prestaciyn de servicios comunes, como son la iluminaciyn del predio, la seguridad y vigilancia, la recolecciyn de residuos, la reparaciyn y aseo de la red de circulaciyn interna, etc.) permite fijar pautas comunes para recaudar las sumas de dinero que resulten necesarias para el sostenimiento y eficaz desarrollo del complejo y sus sectores de uso comъn.

Se trata de una obligaciyn que pesa sobre todos y cada uno de los propietarios de las unidades funcionales, que deben afrontarlas en tiempo y forma, de acuerdo al porcentaje o proporciyn que se haya fijado en el reglamento de propiedad y administraciyn (que puede coincidir con el porcentual que indica la manera cymo el titular de la parte privativa participa en las бreas y sectores de uso comъn, o bien por una pauta o cifra distinta).

El pago de las expensas es de vital importancia para la existencia y funcionamiento efectivos del conjunto, razyn por la cual el Cydigo Civil y Comercial ha ro-

deado a este crйdito de una serie de garantнas orientadas a lograr dicho fin (conf. arts. 2048 a 2050, que se aplican al derecho real de propiedad horizontal especial sobre los sectores de uso privativo de estos complejos).

Asн, el procedimiento para reclamar su cobro es la vнa ejecutiva (el certificado de deuda emitido por el administrador es tнtulo suficiente a estos fines).

Las unidades funcionales estбn afectadas al pago de la deuda por expensas, lo que significa que el deudor responde por ellas, con todos los activos que conformen su patrimonio, amйn de aquйllas.

Y el hecho de disponer jurнdicamente de las partes de uso privativo no lo libera de afrontarlas, pues en esta ъltima hipytesis el acreedor no podrб cobrarse con la unidad (que ya no estб en poder del deudor), pero sн con sus restantes bienes.

Y el tercer adquirente de la parte exclusiva con saldo deudor en la materia, responderб por ese dйbito con el inmueble asн obtenido.

Asimismo, se consagra la imposibilidad de abandonar las unidades funcionales para no afrontar el pago de lo adeudado en tal concepto.

En verdad, el abandono de la propiedad horizontal especial no estб prohibido y por ende, es un medio eficaz para la extinciyn del derecho real de marras. Sin embargo, este acto de disposiciyn jurн7 dica, realizado sobre una unidad funcional que registre deuda por expensas no libera al interesado de afrontarlas, respondiendo por ellas, como ya se dijo, no sylo con dicho bien, sino tambiйn con los restantes activos de su patrimonio.

El crйdito por expensas es privilegiado, de acuerdo a lo dispuesto por el inc. a) del art. 2582.

A todo esto se suma la consagraciyn en los reglamentos de propiedad y administraciyn, de pactos sobre intereses a tasas sensiblemente superiores a las comъnmente admitidas, como medio de estimular su pago en tiempo y forma, permitiendo con ello, el normal funcionamiento del sistema.

El precepto contempla la posibilidad de fijar otras contribuciones distintas de las expensas, como asн tambiйn de imponer a los miembros del complejo y a otros sujetos (sus familiares, amigos o invitados), el pago por el uso de los bienes, servicios y cosas comunes de aquйl.

III. JURISPRUDENCIA

1. Si en el reglamento se estableciy que los gastos, cargas y expensas comunes de los propietarios serнan soportados en proporciyn con el porcentual de sus unidades, pero a su vez se fijaron distintas pautas respecto de unidades construidas, en construcciyn y a construir —es decir un rйgimen transitorio y otro definitivo que comenzarнa a regir finalizada la construcciyn de las faltantes— y por tal motivo se sujety la modificaciyn de los porcentuales a la rectificaciyn del plano de propiedad horizontal (incorporaciyn de unidades y cambios en superficies cubiertas o descubiertas) y si ninguno de los copropietarios cuestionaron los coeficientes ni sus posteriores alteraciones para el cбlculo de expensas —metodologнa adoptada por acos— hasta tiempo despuйs en el que comenzaron los desacuerdos, es improcedente el reintegro de las sumas percibidas en ese concepto. Mбxime que las sucesivas modificaciones respondieron a las exigencias de la vida consorcial y tendieron a mantener la proporcionalidad entre el valor de las unidades y la contribuciyn a los gastos comunes (CNCiv., sala M, 2/6/2010, Lexis 10/10345).

2. Las deudas por expensas generadas por los gastos necesarios para el mantenimiento y conservaciyn de las partes comunes de un club de campo, revisten el carбcter de gastos hechos para afrontar las cargas de la cosa comъn, en los tйrminos del art. 2686 Cyd. Civil y gozan del privilegio del 3901 Cyd. Civil, quedan comprendidas en el concepto genйrico de conservador de la cosa establecido en el art. 241 de la ley de concursos y quiebras (Dictamen del Fiscal de CNCom., 30/6/1998, cit. por Mariani de Vidal y ot., "Clubes de campo...", p. 203).

3. La tasa de interйs punitorio del 24 % anual no resulta exorbitante cuando se trata de una deuda por expensas comunes —en el caso, relativas a un club de campo— pues respecto de ellas no pueden utilizarse las mismas pautas que regulan los intereses en otro tipo de crйditos, ya que de su pago puntual y exacto depende el sostenimiento del consorcio de propietarios (CNCom., sala A, 17/5/2004, LA LEY, 2004-D, 209).

Art. 2082.— Cesiyn de la unidad. El reglamento del conjunto inmobiliario puede establecer condiciones y pautas para el ejercicio del derecho de uso y goce de los espacios e instalaciones comunes por parte de terceros en los casos en que los titulares del dominio de las unidades particulares ceden temporariamente, en forma total o parcial, por cualquier tнtulo o derecho, real o personal, el uso y goce de su unidad funcional.

Art. 2083.— Rйgimen de invitados y admisiyn de usuarios no propietarios. El reglamento puede establecer la extensiyn del uso y goce de los espacios e instalaciones comunes a aquellas personas que integran el grupo familiar del propietario de la unidad funcional y prever un rйgimen de invitados y admisiyn de usuarios no propietarios de dichos bienes, con las caracterнsticas y bajo las condiciones que, a tal efecto, dicte el consorcio de propietarios.

7 El uso de los bienes comunes del complejo por terceras personas puede ser pleno, parcial o limitado, temporario o permanente, es siempre personal y no susceptible de cesiyn ni transmisiyn total o parcial, permanente o transitoria, por actos entre vivos ni mortis causa. Los no propietarios quedan obligados al pago de las contribuciones y aranceles que a tal efecto determine la normativa interna del conjunto inmobiliario.

I. COMENTARIO

El derecho de admisiyn en los conjuntos inmobiliarios

Las clбusulas del reglamento pueden aludir al derecho de admisiyn que se re-

serva el Consorcio para el acceso a sus instalaciones y partes comunes no sylo de quienes pretendan incorporarse como propietarios de las unidades funcionales en que se subdivida el predio general (caso en el cual, se conjuga con el derecho de preferencia regido por el art. 2085), sino tambiйn respecto de terceros inicialmente ajenos al complejo, a quienes se transfieran sendos derechos personales (locatarios, comodatarios) o reales (usufructuarios, usuarios, habitadores, acreedores anticresistas) sobre los sectores de uso exclusivo, o que circunstancialmente los ocupen (acompacantes, huйspedes o invitados de los propietarios), o que sin detentar la propiedad de ninguna parte de uso exclusivo, tengan intenciyn de utilizar los primeros (v.gr. canchas para la prбctica de diversas actividades deportivas, piscinas, muelles y lugares de amarre de embarcaciones, caballerizas, etc.), es decir, usuarios no propietarios, categorнa que suele contemplarse en varios complejos.

Estas disposiciones son legнtimas en tanto y en cuanto no impliquen tratos discriminatorios hacia los particulares (fundados en razones de raza, religiyn, ideas polнticas, orientaciyn sexual, el padecimiento de enfermedades o discapacidades, la condiciyn social, la posiciyn econymica o el ejercicio de determinadas profesiones u ocupaciones), o que en los hechos estйn recidas con la moral y las buenas costumbres.

Si bien es cierto que la comunidad privada puede pretender legнtimamente que los integrantes del complejo tengan afinidades e intereses comunes (la prбctica de determinados deportes, la convivencia armynica con la naturaleza, el cuidado del medio ambiente, etc.), ello no puede derivar en prбcticas discriminatorias vedadas por la Constituciyn Nacional (que proclama la igualdad de todas las personas ante la ley) y las disposiciones dictadas en consecuencia, como la ley 23.592 o que menoscaben derechos humanos reconocidos en convenciones internacionales que estбn por encima de aquйllas (v.gr. el Pacto de San Josй de Costa Rica).

En rigor, el Comitй de Admisiyn u organismo que en el caso deba resolver la solicitud de ingreso de un nuevo participante o invitado al complejo, debe expedirse en un tйrmino prudencial, y dar las razones y fundamentos de su resoluciyn, de manera que el particular pueda verificar que no haya sido objeto, en el caso concreto, de discriminaciones o arbitrariedades penadas por las normas fundamentales antes citadas, y en caso contrario, incoar la revisiyn judicial de tal decisiyn.

En todos estos casos, amйn de requerirse la previa autorizaciyn, el Consorcio puede fijar a dichas personas, el pago de contribuciones especiales para su acceso al complejo y el uso de sus instalaciones y servicios comunes y las condiciones en que se ejercitarбn tales prerrogativas (parcial o total, permanente o temporaria).

Ademбs, la conformidad prestada por la autoridad competente, es estrictamente personal y por ende, intransferible a sujetos distintos a los que se concediy, ni por actos *inter vivos*, ni por medio de testamentos, y no obsta a su posterior revocaciyn, si por ejemplo, se suceden conductas que infrinjan las normas que hacen a la convivencia y desarrollo armynico del complejo.

Esto denota, por tanto, que el poder disciplinario del Consorcio de los conjuntos inmobiliarios se aplica no sylo respecto de los propietarios de las unidades funcionales, sino tambiйn sobre los usuarios no propietarios y cualquier otra persona que pueda acceder por distintas circunstancias a las instalaciones y бreas de uso comъn (sobre este tema, se remite al comentario al art. 2086).

II. JURISPRUDENCIA

fc112741. La legislaciyn matrimonial argentina habilita las nuevas nupcias de personas divorciadas... Es legнtimo conforme con la ley civil, que existan lo que se llame descriptivamente "nuevos cynyuges"; quienes son en verdad simplemente c

'f3nyuges (presentes) de cada persona que haya contrajdo nuevo matrimonio. Es pues aspiraciyn previsible del residente o asociado a un "barrio cerrado" o country, el incorporar allн a su presente cynyuge. El impedimento reglamentario de esta previsible tendencia, derivada de la habilitaciyn normativa de mъltiples nupcias, constituye en sustancia un impedimento al usual acontecer de una sociedad civil sujeta a la actual legislaciyn de familia de nuestra Repъblica. La civilidad del trato estб implнcita en la normativa que requiere de la consideraciyn respetuosa del prуjimo como presupuesto de la convivencia en sociedad. Es previsible el embarazo y hasta disgusto que pueda suscitar acaso, a otros residentes en ese "barrio" o country el cruzarse o tratarse con quien ha sido cynyuge de la misma persona que incorpory a esa comunidad a su "presente cynyuge"; o cruzarse o tratarse con el "nuevo cynyuge". Alguna soluciyn habrб de darse a esa situaciyn, en el supuesto de que derivaran en ella molestias, mortificaciones y quizбs hasta asperezas sociales. Pero la previsiyn de esa posible dificultad por enfrentar no resulta susceptible de reglamentarse del modo restrictivo en que fue establecido por el directorio de la sociedad en que estб organizado ese "barrio" o country. Porque la limitaciyn desatendiy, por ser apriorнstica y genйrica, la existencia y legitimidad de las nupcias sucesivas; y porque esa reglamentaciyn fue rнgida cuando los hechos y contingencias de la vida social son variados y sutiles. Acaso conviniese no aceptar la incorporaciyn, en una comunidad urbanнstica, del "presente cynyuge" de un socio cuando permaneciese allн quien hubiera sido antes cynyuge de ese mismo socio. Pero ello no puede ser prescripto como un mandato absoluto, global; y que resulta infundado en tanto fue genйrico, pues ello implica exigir a los integrantes de la urbanizaciyn, de manera indirecta, mantenerse en un determinado estado civil (CNCom., sala D, 30/6/1999, LA LEY, 2000-D, 94; JA, 2000-III-864; ED, 185-234).

2. No se encuentra lygico que si los integrantes de la pareja en convivencia no matrimonial, por el motivo que sea, deciden ponerle fin a dicha convivencia, meses despuйs uno de ellos postule ser tratada como si fuera la cynyuge de quien fuera su compacero a efectos de evitar el pago de la cuota de ingreso al "Club de Campo Aranzazu" donde ha decidido comprar una propiedad. Y en el caso, no sylo que no ha sido su cynyuge, sino que tampoco existe —al momento de comprar la propiedad en el Club— la convivencia que se pretende equiparar al vнnculo matrimonial. Aъn aceptando que puede acudirse al principio de analogнa y sostener la aplicaciyn de los preceptos que regulan relaciones nacidas del matrimonio cuando se trata de una situaciyn semejante, lo cierto es que de la misma manera que serнa inaplicable la excepciyn al pago de la cuota de ingreso en el caso de que el vнnculo conyugal entre el socio y el nuevo adquirente ya no existiera (por ejemplo, si hubiera mediado divorcio), tampoco la excepciyn podrнa hacerse valer cuando la convivencia alegada se ha terminado. En conclusiyn, la regla del art. 1197 Cyd. Civil, en cuanto dispone que las convenciones a las que las partes se someten voluntariamente, son a su respecto obligatorias como la ley misma, es plenamente aplicable al caso, debiendo

la demandada cumplimentar las disposiciones del estatuto social, dado que su situaciyn personal —por las razones expuestas— no le permite utilizar la excepciyn de pago de la cuota de ingreso al club (CCiv., Com. y de Garantнas en lo Penal, Zбrate Campana, 8/8/2006, cit. por Mariani de Vidal M. y ot. "Clubes de campo...", ps. 165-166).

Art. 2084.— Servidumbres y otros derechos reales. Con arreglo a lo que dispongan las normas administrativas aplicables, pueden establecerse servidumbres u otros derechos reales de los conjuntos inmobiliarios entre sн o con terceros conjuntos, a fin de permitir un mejor aprovechamiento de los espacios e instalaciones comunes. Estas decisiones conforman modificaciyn del reglamento y deben decidirse con la mayorнa propia de tal reforma, segъn la prevea el reglamento.

I. Comentario

La constituciyn de servidumbres y demбs derechos reales para optimizar el desarrollo del conjunto inmobiliario

El precepto contempla la posibilidad de gravar con derechos reales (usualmente servidumbres) determinados sectores de uso comъn de estos complejos, para su mejor aprovechamiento.

Esto puede verificarse a nivel interno, o bien respecto de otras urbanizaciones vecinas, que pueden generar asн megaemprendimientos inmobiliarios que suministren a sus integrantes diversas opciones no sylo en lo atinente al esparcimiento y recreaciyn, sino igualmente respecto de las actividades productivas y comerciales que se desarrollen en los sectores de uso privativo o exclusivo que las conformen.

Estas decisiones suponen la modificaciyn del reglamento de propiedad y administraciyn de cada uno de los conjuntos involucrados, lo que exige contar con las mayorнas previstas para estos casos, que no puede ser inferior a los dos tercios (conforme art. 2057).

En todos los casos, deben respetarse las normas de corte local que en ejercicio del poder de policнa inmobiliario dicten las autoridades comunales o provinciales, en orden a la localizaciyn, factibilidad de los proyectos y sus modificaciones.

Art. 2085.— Transmisiyn de unidades. El reglamento de propiedad horizontal puede prever limitaciones pero no impedir la libre transmisiyn y consiguiente adquisiciyn de unidades funcionales dentro del conjunto inmobiliario, pudiendo establecer un derecho de preferencia en la adquisiciyn a favor del consorcio de propietarios o del resto de propietarios de las unidades privativas.

I. Relaciyn con el Cydigo Civil y la ley 19.550. Fuentes del nuevo texto

El precepto ha tomado el pacto de preferencia de la compraventa, previsto por los arts. 1392 a 1396 del Cyd. Civil.

Tambiйn se hace eco de la posibilidad de restringir la transmisiyn de las acciones que integran el capital de las sociedades anynimas (art. 214 de la ley 19.550).

En la ley 13.512, en cambio, no existe ninguna disposiciyn que restrinja los actos de disposiciyn de las unidades funcionales a favor de terceros, ni consagre preferencia alguna, en tal sentido, respecto de los restantes consorcistas.

II. Comentario

El rйgimen de la transmisiyn de las unidades funcionales que integran el conjunto inmobiliario

El precepto en estudio consagra la posibilidad de restringir la transmisiyn de las unidades funcionales que componen el inmueble general a terceros, lo que permite en los hechos, la operatividad del derecho de admisiyn (ver comentario a los arts. 2082 y 2083) y en su caso, el de preferencia a favor de otros propietarios o del mismo consorcio.

En este ъltimo sentido se suele disponer en los reglamentos, el derecho de tanteo a favor del consorcio y sus integrantes, para el caso en que el titular de una unidad funcional del complejo, pretenda enajenarla por actos *inter vivos* y a tнtulo oneroso. Ello asн, como medio de efectuar indirectamente un control sobre los terceros que eventualmente se incorporen en estas circunstancias al complejo.

Para ello se fija en ese acto el procedimiento a cumplir cada vez que se pretenda disponer en esas condiciones del bien, el que lucirб tambiйn en el correspondiente tнtulo de propiedad y que por ende, serб de conocimiento ineludible del eventual adquirente.

Sin embargo, el hecho de no ajustarse a las exigencias previstas en el pacto de marras, no invalida el acto de disposiciyn, debiendo el infractor resarcir al consorcio los dacos provocados por dicha inobservancia.

Pretender instaurar otras restricciones orientadas al mismo fin (bajo pena de nulidad de lo actuado ante su incumplimiento), a la hora de enajenar las unidades funcionales, implican no sylo la alteraciyn de la esencia misma del derecho real de propiedad horizontal especial consagrado (que lo es sobre cosa propia), sino tambiйn una clara lesiyn al derecho de propiedad.

No en vano, el precepto en estudio remarca que los aludidos pactos de preferencia no pueden significar, en los hechos, un obstбculo o cercenamiento a derecho de disponer libremente de los bienes.

Art. 2086.— Sanciones. Ante conductas graves o reiteradas de los titulares de las unidades funcionales violatorias del reglamento de propiedad horizontal, el consorcio de propietarios puede aplicar las sanciones previstas en ese instrumento.

I. Relaciyn con la ley 13.512. Fuentes del nuevo texto

Se admite que el reglamento consagre la posibilidad de aplicar sanciones a los miembros que incumplan con los deberes y obligaciones allн pautados, soluciyn que excede el esquema planteado por el art. 15 de la norma citada, donde se dispone la necesaria intervenciyn de la autoridad judicial para la resoluciyn de estos conflictos.

II. Comentario

El poder sancionador en cabeza del Consorcio de propietarios que gestione el conjunto inmobiliario

El Cydigo Civil y Comercial admite que los reglamentos fijen un sistema de justicia autoimpuesta, con intervenciyn del Consejo de Administraciyn u otro organismo creado a tales efectos con atribuciones disciplinarias, a los cuales deben someterse todos los que se incorporen al complejo.

En cuanto a la calidad y graduaciyn de las penas por las infracciones cometidas por los consorcistas, sea en sus unidades funcionales (obras nuevas no permitidas, actividades que redunden en perjuicios o molestias a los propietarios de los bienes linderos, etc.) o en las cosas de uso y aprovechamiento comъn del complejo, no caben dudas respecto de la procedencia y eventual aplicaciyn de las de нndole menor y media, en cuanto a sus consecuencias (v.gr. apercibimientos, amonestaciones, llamados de atenciyn, multas y suspensiones temporarias en el uso de las instalaciones de esparcimiento y recreaciyn).

En cambio, la cuestiyn se torna harto compleja cuando por la нndole de la transgresiyn cometida, se plantee como ъnica alternativa al yrgano de disciplina, la suspensiyn definitiva en el uso de las cosas comunes o lisa y llanamente la prohibiciyn al infractor de acceder al complejo, y con ello, impedir el ejercicio de las facultades inherentes a la calidad de titular del derecho real de propiedad horizontal especial sobre su unidad funcional.

En ambos casos, las sanciones impuestas por el yrgano de justicia interna de la urbanizaciyn, por mбs que se funden en los reglamentos y disposiciones internas a las que el transgresor adhiriy al incorporarse, estбn afectando y alterando la esencia misma del derecho real conferido sobre los sectores privativos, por lo que difнcilmente puedan resultar operativas y de aplicaciyn efectiva en el caso concreto. O, lo que es lo mismo, es improbable que el sujeto pasivo de la pena impuesta, la acate voluntariamente, sin acudir a la instancia jurisdiccional.

En rigor, el precepto en estudio no indica cuбles son los alcances del poder sancionador del Consorcio, pero denota que esta potestad se activa frente a inconductas "graves" o "reiteradas", lo que tбcitamente denota la eventual rigurosidad de las penas que confluyan en la soluciyn drбstica antes apuntada. De otro modo, el legislador hubiera acotado de modo expreso el poder punitivo del consorcio a las sanciones de grado menor antes mencionadas.

Por ello (y aunque el precepto no lo indique de modo expreso), en todos los casos se impone respetar la garantнa del debido proceso y el derecho de defensa del consorcista implicado en las infracciones que den origen a las actuaciones sumariales, asegurбndose siempre su posterior revisiyn en sede judicial pues ello hace a las mentadas prerrogativas admitidas por el art. 18 de la Constituciyn Nacional.

Esto determina que el proceso disciplinario debe ajustarse de manera estricta a las reglas fijadas en el reglamento, de modo tal que quien aplique la sanciyn sea el yrgano materialmente competente y no un grupo de personas que forme parte del complejo, pero que no ostente representaciyn o personerнa algunas a estos fines.

Igualmente que la pena impuesta no sea notoriamente injusta y/o irracional en atenciyn a la infracciyn cometida.

Cabe destacar por ъltimo, que en los reglamentos se suele disponer, para el caso de aplicarse la sanciyn extrema de la exclusiyn del consorcista por causas graves que lo justifiquen, un procedimiento especial para transferir la unidad funcional (suerte de venta forzada), con derecho de preferencia a favor de otro integrante del complejo, o de este ъltimo.

III. Jurisprudencia

1. En materia de poder disciplinario, una vez agotado el procedimiento interno ante los yrganos competentes del complejo inmobiliario y que haya quedado firme la sanciyn a aplicar, siempre estб expedita la vнa judicial (CNCiv., sala A, 4/9/2001, LA LEY, 2002-C-116; mismo tribunal, sala E, 21/9/2004, LA LEY, 2005-A, 143).

2. El ejercicio del poder disciplinario por parte de las asociaciones a cargo de un club de campo, para ser legнtimo, tiene que ser regular y correcto, al punto de que corresponde una eventual revisiyn judicial de lo actuado por organismos corporativos, bien se trate de los aspectos meramente formales que condujeron a la decisiyn o bien sobre el fondo mismo de la decisiyn, cuando ўsta resulta inmotivada, arbitraria e irrazonablemente dispuesta (CNCiv., sala A, 1/4/2005, LA LEY, 2005-D, 153).

3. Resulta improcedente que quien dice ser propietario de ciertos lotes de un country, solicite una medida de no innovar de suspensiyn preventiva de la decisiyn adoptada por la asamblea ordinaria y extraordinaria, por la cual fue sancionado por el tribunal de ўtica y disciplina con una suspensiyn indefinida como socio, hasta que cumpla con la orden de reducir la altura de cierta medianera, cuando —como en el caso—, no se advierte acreditada la verosimilitud en el derecho que invocy. En tal sentido cabe precisar que, toda vez que las decisiones emanadas de los yrganos de gobierno de una entidad como la accionada —en uso de su poder disciplinario— gozan de una presunciyn de legalidad y legitimidad y, que tales atribuciones le competen con arreglo a los estatutos para hacer efectivos los deberes de los miembros de la misma en tanto tales, las medidas precautorias que inciden sobre dichos actos sylo pueden adoptarse, cuando se acredite *prima facie* que son arbitrarios, irregulares o antiestatutarios; mбxime aun, encontrбndose tipificada la sanciyn aplicada (CNCom., sala A, 23/2/2001, Lexis 11/33285).

CAPHTULO 2

TIEMPO COMPARTIDO

Por RICARDO JAVIER SAUCEDO

Bibliografha de la reforma: MARIANI DE VIDAL, MARINA - ABELLA, ADRIANA N., "El tiempo compartido en el Proyecto de Cydigo", LA LEY, 29/4/2013.

Bibliografha clδsica: ABREUT DE BEGHER, LILIANA Ech., "El derecho de tiempo compartido inmobiliario con destino turhstico: un nuevo derecho real", ED, 23/4/2008; ΒLVAREZ JULIδ, LUIS, "Multipropiedad o tiempo compartido", RDPyC, 2002-2-63; IchCOSSARI, NELSON G. A., "Tiempo compartido. Impacto de la ley 26.356 sobre el sistema de derechos reales", LA LEY, 2008-F, 1266; DI FILIPPO, MARÍA I., *Tiempo compartido. Un condominio especial*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1987; FLAH, LILY R. y AGUILAR, ROSANA I., "Tiempo compartido. ¿Un nuevo derecho real?", JA, 2009-III-1117; GATTARI, CARLOS N., *Práctica notarial*, vol. 12, Depalma, Buenos Aires, 1997; MARIANI DE VIDAL; MARINA, ABELLA; ADRIANA N., "La ley 26.356 sobre tiempo compartido y el acreedor hipotecario", LA LEY, 2009-B, 889; PUERTA DE CHACÓN, ALICIA, "Sistemas turísticos de tiempo compartido", JA, 2009-IV-1159 y "Cuestiones procesales del adquirente del sistema turístico de tiempo compartido. Carga de la prueba", JA, 2011-III-406; SILVESTRE, NORMA O. y LUBINIECKI, RAQUEL A., "Regulación legal del tiempo compartido. Aspectos salientes de la nueva ley 26.356", JA, 2008-II-907; TRANCHINI, MARCELA H., "Sistemas turísticos de tiempo compartido. Ley 26.356", LA LEY, 2008-C, 1171.

***

Art. 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.

Art. 2088.— Bienes que lo integran. Con independencia de la naturaleza de los derechos que se constituyen o transmiten, y del régimen legal al que los bienes se encuentren sometidos, el tiempo compartido se integra con inmuebles y muebles, en tanto la naturaleza de éstos sea compatible con los fines mencionados.

I. RELACIÓN CON LA LEY 26.356. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Si bien todo el capítulo está influenciado por el esquema previsto por la ley 26.356, el régimen del Código excede dicho marco regulatorio que se circunscribe, en sentido estricto, a considerar una de las posibles aplicaciones del tiempo compartido, como es la que se proyecta sobre inmuebles destinados a usos vacacionales o turísticos, que es la hipótesis más difundida en el medio, pero no la única.

De aquí el acierto de legislar la figura de manera general, sin acotar sus posibles ámbitos de aplicación ni por la naturaleza de los objetos sobre los que recae, ni por los fines o destinos a los cuales éstos quedan sujetos.

Esto es, entonces, lo que hace el Código Civil y Comercial cuya normativa se analiza en esta parte.

II. COMENTARIO

1. La noción de tiempo compartido y sus caracteres

ault Esta figura se puede concebir como el derecho que atribuye a una persona la facultad de usar y gozar con exclusividad de determinados bienes aplicándolos a fines o destinos preestablecidos, de manera sucesiva y alternadamente, por períodos o plazos también fijados, de duración perpetua o temporal y transmisible por actos entre vivos o por causa de muerte.

He aquí sus aspectos relevantes:

a) Se trata de un derecho que el Código tipifica como real en los arts. 1887 inc. e) y 2101. Pero a renglón seguido el art. 2088, siembra dudas en torno a esa caracterización al aludir a la "independencia de la naturaleza de los derechos que se constituyen o transmiten".

En tren de armonizar dichos preceptos, considero que el Código deja abierta la vía para la regulación del tiempo compartido, sea como derecho real o personal, según lo decida, el desarrollista que acometa el emprendimiento.

Cabe advertir que si el tiempo compartido se aplica sobre cosas registrables (inmuebles, muebles), su sujeción a las normas de los derechos reales, será más simple que si afecta derechos u otros bienes, donde su gestión bajo la órbita de los derechos personales o creditorios parecerá más atractiva.

Empero, cualquiera sea la índole del derecho concedido sobre esos bienes, lo que sí queda claro es que éste se sujeta al esquema jurídico previsto por este capítulo, al que habrá de sumarse la normativa propia de los contratos de consumo que contiene el mismo cuerpo legal, y las demás disposiciones vigentes en la materia (v.gr. leyes 24.240 y 26.356).

Respecto del sistema turístico de tiempo compartido (en adelante STTC) consagrado por la última de las leyes citadas, de acuerdo a lo expresado queda claro que se lo puede encausar ahora bajo la cobertura de los derechos reales inmobiliarios, supliéndose así el silencio que sobre este aspecto guarda la ley 26.356.

b) Tal prerrogativa, concedida a una o más personas en particular, tiene una finalidad específica, cual es la de transmitirle la posibilidad de usar y gozar de determinados bienes, conforme a su destino (v.gr. alojamiento, hospedaje, comercio, turismo, industria).

La cobertura y el sustento jurídicos de esa facultad puede ser tanto real (si recae sobre cosas) como personal, según lo indicado en el inciso anterior.

c) Respecto de la identidad del objeto de esta prerrogativa, corresponde hacer algunas precisiones.

En primer término, de la noción expuesta se desprende que el tiempo compartido puede aplicarse sobre cosas o bienes por igual.

Por ende, además de los inmuebles, puede proyectarse a yates y embarcaciones deportivas, aeronaves, automotores, equipos y sistemas informáticos, diseños industriales, marcas y patentes, aparatos e instrumentales para tratamientos médicos, infraestructuras e instalaciones de diversa índole.

En el caso especial del STTC, el instituto recae en inmuebles equipados con fines vacacionales y de esparcimiento.

Es decir, se trata de complejos localizados en puntos turísticos de relevancia, por sus atractivos naturales o por obras ejecutadas en esos parajes por el hombre (v.gr. playas, costas de ríos, sierras, montañas, parques de diversiones, estancias, castillos, etc.), que están acondicionados de manera óptima en los aspectos edilicios (chalets, departamentos, *bungalows*, cabañas), de instalaciones (v.gr. piscinas, canchas para la práctica de distintos deportes, gimnasios, restaurantes, discotecas, *playrooms*) y servicios (limpieza, vigilancia, proveeduría, lavandería, instructores en distintos deportes y actividades, niñeras) de modo de hacer más placentera la estadía de los huéspedes.

d) Respecto de las calidades de los derechos de uso y goce concedidos se ejercerán de manera exclusiva sobre el bien afectado al sistema. Ello supone que su titular, no está obligado a compartirlo con otros.

Sin embargo, a renglón seguido, se previene que esa exclusividad está acotada, a un período de tiempo determinado, que se ajusta al número de semanas que comprende cada año calendario (nada obsta a que se fije como unidad de medida temporal, a los días, aunque no es lo usual).

Esto es: el uso y goce exclusivo de los bienes se circunscribe a una o más semanas, que se erigen en el parámetro o unidad para medir el derecho en juego.

De ello se sigue, por tanto, que las mentadas prerrogativas, en su ejercicio efectivo sobre el objeto son sucesivas y alternadas, toda vez que el titular no puede servirse de aquel todo el tiempo que desee, sino solamente por los períodos que haya adquirido, debiendo respetar iguales prerrogativas en otras personas, con las que deberá así, compartirlo.

En suma, se trata de un derecho que fija turnos para su ejercicio efectivo (y exclusivo) por parte de sus posibles titulares.

Ajustando este aspecto con el estudiado en el inciso anterior, las semanas (o días) adquiridas pueden ser "fijas" o "flotantes".

Las semanas son fijas, si están expresamente determinadas en el contrato de adquisición (por ejemplo: la primera semana del mes de enero de cada año), o flotantes, cuando no existe esa precisión inicial, en el sentido que se las identifica por el plazo de tiempo (una o más semanas o días), pero si en ciertas estaciones del año, sin otras precisiones (por ejemplo, dos semanas durante la época estival) o bien, sin ninguna especificación.

e) Respecto de la duración del derecho concedido, puede ser perpetua o temporaria, pero en ambos casos, respetando las unidades de medida (las semanas o días del año) que fijan la forma cómo se ejercerá en la práctica.

En este sentido, corresponde distinguir según la índole del derecho que se le confiera al inversor.

Si se trata de un derecho real, puede ser perpetuo o temporario.

Si es un derecho personal, comúnmente derivado de la participación del adquirente como accionista, en la sociedad anónima propietaria del bien sometido al régimen, la duración será equivalente a la del último sujeto de derecho mentado (generalmente, noventa y nueve años computados desde la fecha de su inscripción en el registro correspondiente).

f) Finalmente, como es un derecho que se incorpora al patrimonio de su titular, puede ser transmitido por actos *inter vivos* o *mortis causa*, respetándose por igual, la calidad de la potestad conferida (real o personal) y las reglamentaciones que se hayan dictado al respecto.

2. Los sujetos involucrados en la gestión del tiempo compartido

La gestión y funcionamiento del tiempo compartido, provoca la existencia de distintas relaciones jurídicas entre los sujetos involucrados.

El art. 3° de la ley 26.356 consagra a esos fines, sendas caracterizaciones de todos y cada uno de los sujetos implicados, ajustadas a la especificidad de su objeto (los STTC).

El Código Civil y Comercial se sirve de algunas de estas categorías subjetivas a las que cita en varios artículos del presente capítulo (2090, 2091, 2094, 2095, 2096 y 2097), como son las de usuario, propietario, emprendedor, comercializador y administrador, aunque aplicándolas a todos los casos donde se consagre el tiempo compartido, con independencia de la naturaleza de su objeto y el destino o fin al que se sujete.

He aquí, por ende, tipificados, los distintos sujetos que pueden interactuar en dicho régimen:

a) El usuario, que es quien adquiere el derecho de uso periódico en el sistema, sea por sí mismo o por terceros, o quien accede momentáneamente al sistema ostentando un derecho personal.

b) El propietario, que es el titular de los objetos afectados al sistema de tiempo compartido.

c) El emprendedor, que es el desarrollista o inversor, que acomete la instalación del sistema de tiempo compartido sobre uno o más objetos determinados, lo financia y eventualmente también lo comercializa.

Si no coincide con el propietario, lo asesorará en las distintas etapas que insume el desarrollo y gestión del proyecto.

d) El comercializador, que existirá cuando el emprendedor delegue la promoción, publicidad y colocación en el mercado de los períodos de tiempo compartido en otras personas.

Se colige que en la práctica es posible que propietario, emprendedor y comercializador confluyan en un mismo y único sujeto de derecho.

e) El administrador es la persona que tiene a su cargo la gestión y coordinación del mantenimiento y uso de los bienes que integran el tiempo compartido.

Éste podrá coincidir también con el emprendedor y el propietario.

Más aún, en la práctica puede resultar que la administración esté preestablecida

de manera que los usuarios no puedan participar en ella ni solicitar la remoción de quien la ejerce, como sucede en circunstancias normales con cualquier persona que desempeñe tal función.

Ello dependerá también del régimen jurídico bajo el cual se estructure el sistema y la naturaleza del derecho que se les acuerden a los usuarios.

Todos estos sujetos pueden revestir por igual, la condición de personas físicas o jurídicas.

III. JURISPRUDENCIA

1. Debe confirmarse la sanción de apercibimiento que la Dirección Nacional de Comercio Interior impuso a la propietaria de un complejo de tiempo compartido, por haber infringido los arts. 7° y 19 de la ley 24.240 por incumplimiento en los términos de la oferta emitida tal cual quedara plasmada en el contrato por no respetar el derecho de uso adquirido correspondiente a la semana de la reclamante y por haber alquilado sin la expresa autorización de su titular la unidad (CNCiv., Trib. de Superint., 24/9/1998, Lexis 10/401).

2. La modalidad más conocida y difundida del contrato de tiempo compartido, es la utilizada en el alojamiento vacacional, cuyo objeto es el uso en forma exclusiva, por un período determinado, de una unidad habitacional de un inmueble ubicado en una zona turística, más los bienes muebles que integran la unidad habitacional, los espacios comunes del inmueble y los servicios que en él se proporcionan al usuario; es un contrato comercial, carácter otorgado por la realización de la actividad con carácter empresario por el sujeto desarrollista, quien asume los riesgos jurídicos y económicos de su actividad y, es indudablemente un contrato de consumo, siéndole, por ende, aplicable la legislación del sistema de defensa del consumidor. Siendo ello así, a la interpretación de este tipo de contratos le resulta de aplicación el principio *in dubio pro consumidor* (ley 24.240 art. 3°) (CNCom., sala C, 21/11/2006, Lexis 11/42781).

317 Art. 2089.— Afectación. La constitución de un tiempo compartido requiere la afectación de uno o más objetos a la finalidad de aprovechamiento periódico y por turnos, la que, en caso de tratarse de inmuebles, debe formalizarse por escritura pública, que debe contener los requisitos establecidos en la normativa especial.

Art. 2090.— Legitimación. El instrumento de afectación de un tiempo compartido debe ser otorgado por el titular del dominio. En el supuesto en que dicho titular no coincida con la persona del emprendedor, éste debe comparecer a prestar su consentimiento a la afectación instrumentada.

Art. 2091.— Requisitos. Los bienes deben estar libres de gravámenes y restricciones.

El emprendedor, el propietario, el administrador y el comercializador no deben estar inhibidos para disponer de sus bienes.

El propietario puede constituir hipoteca u otro gravamen con posterioridad a la inscripción de la escritura de afectación, con los efectos previstos en el artículo 2093.

Art. 2092.— Inscripción. El instrumento de afectación debe ser inscripto en el respectivo Registro de la Propiedad y en el Registro de Prestadores y Establecimientos afectados a Sistemas de Tiempo Compartido previsto en la ley especial, previo a todo anuncio, ofrecimiento o promoción comercial.

Art. 2093.— Efectos del instrumento de afectación. La inscripción del instrumento de afectación en el respectivo Registro de la Propiedad determina:

a) la prohibición al propietario y al emprendedor de modificar el destino previsto en el instrumento; sin embargo, el emprendedor puede comercializar los periodos de disfrute no enajenados, con otras modalidades contractuales;

b) la oponibilidad de los derechos de los usuarios del tiempo compartido, que no pueden ser alterados o disminuidos por sucesores particulares o universales, ni por terceros acreedores del propietario o del emprendedor, ni siquiera en caso de concurso o quiebra.

I. RELACIÓN CON LA LEY 26.356. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Se sigue, en esencia, el esquema previsto por los arts. 8° a 13 de la ley citada, para la afectación de uno o más inmuebles al régimen del STTC, solución que el Código expande a cualquier otro objeto (cosa o bien), que puede ser sometido a este régimen especial de uso y goce.

Además, se ajusta la normativa de la ley 26.356, de manera tal de corregir sus imprecisiones.

En efecto, en ese régimen, la sujeción de los inmuebles debe otorgarla el emprendedor (o desarrollista), con la conformidad del propietario, si no existe identidad de personas.

El Código dispone, en cambio, que el sometimiento de los objeto al esquema del tiempo compartido, debe realizarlo siempre el propietario, con la eventual conformidad del emprendedor, cuando no coincida con aquél.

En la ley 26.356, se exige además, para la celebración de ese acto jurídico, la inexistencia de anotaciones personales por el propietario y el emprendedor.

El Código Civil y Comercial extiende ese recaudo respecto del administrador y el comercializador.

II. Comentario

21. El procedimiento a seguir para afectar uno o más bienes al sistema de tiempo compartido

En los cinco preceptos agrupados se consagran todos lo recaudos a observar para someter distintos bienes, sean o no cosas, al régimen del tiempo compartido (es decir, su uso y goce por períodos de tiempo preestablecidos y de manera alternada), con expresa mención de los efectos que dicho resultado produce.

1.1. El acto de afectación al esquema del tiempo compartido

El punto de partida del régimen lo constituye el sometimiento de uno o más bienes al sistema, a través del otorgamiento del acto de afectación.

Se trata de un acto de disposición jurídica, y solamente está legitimado para celebrarlo el propietario de los objetos en juego.

Si son cosas, están por ende facultados los titulares de derechos reales sobre cosa propia (dominio, condominio, propiedad horizontal y superficie, respecto de la propiedad superficiaria).

Ello así, aunque el art. 2090 solamente mencione en estas lides al titular de dominio.

Empero, también se exige la participación y conformidad expresa del emprendedor, cuando no se identifique con el propietario de las cosas afectadas.

Adviértase que el emprendedor presta su consentimiento para la afectación que, como acto jurídico, emana privativamente del propietario.

En cuanto a la forma de este negocio dependerá de la naturaleza del objeto.

Si se trata de inmuebles, corresponderá su formalización por escritura pública (se trata de un acto formal solemne pero relativo, de acuerdo a lo dispuesto por el art. 285).

Si son muebles registrables, bastará con la celebración del acto bajo la forma de instrumento privado con firmas autenticadas.

Tratándose de bienes raíces, el notario interviniente deberá cumplir con los actos previos usuales cuando se celebran negocios jurídicos reales inmobiliarios. Lo mismo sucede respecto de las cosas muebles registrables (buques, aeronaves o automotores).

Por tanto, corresponderá la solicitud de los certificados registrales de rigor, de dominio (con reserva de prioridad) y de anotaciones personales.

En el primer caso, del despacho registral debe surgir que esos objetos están libres de toda clase de gravámenes y restricciones, pues en caso de existir, ello obstará a la celebración del acto.

En cuanto al certificado de anotaciones personales, la exigencia debe cumplirse no sólo respecto de los comparecientes al acto de afectación (el propietario y el emprendedor, en el supuesto que se trate de sujetos distintos), sino igualmente sobre las personas del comercializador y administrador, en su caso.

La existencia de despachos desfavorables en este último sentido, también impedirá la concreción del acto.

El funcionario autorizante también deberá recabar los certificados de catastro y municipales para verificar el valor fiscal del inmueble a afectar, y la inexistencia de deudas por impuestos y tasas comunales.

Lo mismo sucederá respecto de las cosas muebles registrables (certificado de bienes registrables, libre deuda por patentes y tasas varias).

El Código no indica el contenido del acto de afectación, remitiendo a esos efectos, a lo dispuesto en la legislación específica.

A modo de ejemplo, se cita a continuación el posible contenido del acto por el cual se someten uno o más inmuebles al régimen del STTC.

Así, el documento notarial a extenderse deberá versar por igual sobre el objeto (el o los inmuebles donde funcionará el establecimiento vacacional); los derechos que sobre éste obtendrán los usuarios y el régimen de administración a que se someterá.

Respecto del inmueble con destino turístico deberán consignarse: su descripción física e identificación catastral, la enumeración y detalle de las unidades vacacionales que lo integren, con mención de su ubicación, capacidad, destino y comodidades; igualmente la indicación de los sectores o áreas comunes o con destinos específicos (v.gr. *solarium, playroom*, gimnasio, salones de usos múltiples, escaleras, ascensores, etc.); los porcentuales de las unidades y demás aspectos que sirvan para su correcta determinación (v.gr. si el complejo está en construcción), las reglas que se seguirán para adicionar unidades vacacionales o sectores de uso y goce común y la manera como ello influirá en la descripción física y definitiva del bien y los porcentuales y las soluciones para los casos de destrucción total o parcial del complejo o vetustez.

En cuanto a los derechos de los usuarios es de capital importancia la indicación de la naturaleza de ellos, su plazo de duración, los períodos de uso que se concederán y sus distintas modalidades (períodos de tiempo fijos, flotantes o por puntos, posibilidad o no de canjearlos y forma de hacerlo, etc.); los modos de transmitirlos por actos *inter vivos*d3021317 o *mortis causa*; las reglas de utilización de las unidades vacacionales y los servicios y áreas de uso común y el reglamento de uso y administración del complejo inmobiliario.

Asimismo, y respecto de los derechos de los usuarios, deberá indicarse de manera expresa si están condicionados a que el emprendedor comercialice un número determinado de períodos de uso y disfrute sobre las unidades del complejo en un plazo de tiempo también prefijado. En este caso, se dispone que el mínimo de períodos de tiempo a negociar no podrá ser superior al cincuenta por ciento del total de ellos y el lapso exceder de un año.

En cuanto al régimen de la administración, el acto jurídico de marras deberá referirse a la designación y remoción del administrador, sus deberes, facultades y remuneración; los gastos del establecimiento, su distribución entre todos los usuarios, indicándose los parámetros objetivos para su determinación; el tiempo y forma

en que deberán abonarse por parte de los usuarios; la previsión de la formación de fondos de reserva u operativos; la posibilidad de fijarse aportes extraordinarios y la manera cómo se contribuirá a su pago; la indicación de aquellos servicios que requerirán de pagos adicionales al momento de su utilización; el régimen de la mora en el pago de los gastos que genere el complejo y las sanciones para quienes no contribuyan en tiempo y forma a ellos; el procedimiento para la modificación de la afectación al STTC y la constancia de encontrarse asegurados contra riesgo de incendio u otros siniestros el inmueble general y cada uno de sus sectores o bienes sometidos al régimen.

1.2. Los efectos de la toma de razón del acto de afectación en los registros pertinentes

Una vez otorgado el acto de afectación por el legitimado activo y bajo la forma que legalmente corresponda, el paso siguiente será la rogación de su toma de razón en el Registro que corresponda por la naturaleza del objeto así gravado, como así también en el Registro de Prestadores y Establecimientos afectados a Sistemas de Tiempo Compartido que disponga la legislación especial (para los STTC, de acuerdo a la ley 26.356 y su reglamentación por decreto 760/2014 es el Registro de Prestadores y Establecimientos Vacacionales afectados a Sistemas Turísticos de Tiempo Compartido, dependiente del Ministerio de Turismo de la Nación).

Así, tratándose de bienes raíces dicho acto deberá se inscripto en el Registro Inmobiliario, en los plazos y con las formalidades que contemplen las disposiciones pertinentes (v.gr. la ley. 17.801 y las reglamentaciones locales).

Si son muebles registrables, corresponderá hacer lo propio en el Registro Nacional de Buques, de Aeronaves o de la Propiedad del Automotor, cumpliendo siempre con los plazos especiales que cada normativa disponga a esos efectos.

Respecto de muebles registrables, no registrables y bienes, deberá crearse el mentado ente registral, a fin de poder cumplir con la exigencia apuntada, o bien, ampliarse la competencia material del organismo administrativo antes mencionado (el Registro de Prestadores y Establecimientos Vacacionales afectados a Sistemas Turísticos de Tiempo Compartido) para que pueda intervenir y entender en estos casos distintos.

La anotación en este Registro administrativo es común a todos los actos de afectación con independencia de la naturaleza del objeto sobre el cual recaiga.

Ahora bien, la inscripción del acto en cuestión en la matrícula, ficha, legajo o folio de los objetos involucrados tiene un claro efecto constitutivo, como es el de generar respecto de aquellos el "estado jurídico de tiempo compartido" que será el punto de partida para la posterior comercialización de los períodos de uso y disfrute sobre los distintos sectores en que se subdivida.

A esta consecuencia primordial se suman:

a) La "inhibición" del emprendedor y del propietario para apartarse de la destinación comprometida (salvo, por supuesto, que su verifique la desafectación de los bienes del sistema de tiempo compartido).

No obstante, se admite que el emprendedor pueda comercializar los períodos de disfrute no enajenados, por otros sistemas o modalidades contractuales que no sean los del capítulo en análisis.

b) La oponibilidad *erga omnes* de los derechos adquiridos por los usuarios sobre esos bienes.

Aunque los preceptos en análisis no lo indiquen, va de suyo que para gozar de dicha protección se impone la toma de razón de los actos de adquisición del derecho de tiempo compartido en los registros mobiliarios e inmobiliarios actualmente en funcionamiento, pues éste es el medio por el cual, los eventuales terceros interesados podrán saber de su existencia y obrar en consecuencia.

c) La intangibilidad de los derechos adquiridos por los usuarios, que no podrán ser alterados o disminuidos por los sucesores particulares o universales, ni por terceros acreedores del propietario o del emprendedor, ni siquiera en caso de concurso o quiebra.

Como se advierte, la cobertura de los derechos de los usuarios es completa, de forma que no podrán ser modificados *a posteriori* de su adquisición por sucesivas enajenaciones o cambios en la situación patrimonial del propietario o emprendedor del complejo afectado al sistema.

1.3. La posibilidad de propietario de constituir derechos reales de garantía

Se contempla la facultad del propietario de gravar los bienes afectados con derechos reales de garantía, luego de ese evento.

En rigor de verdad, corresponde destacar que podrían constituirse derechos reales de hipoteca o prenda con registro, puesto que la anticresis y la prenda con desplazamiento, por suponer la entrega de la cosa al acreedor impedirían en los hechos, el ejercicio de los derechos de los usuarios sobre los bienes oportunamente adquiridos. A lo sumo, podrían aplicarse dichos gravámenes sobre las unidades aún sin comercializar, y que están en poder efectivo del propietario.

Pero amén de eso, el art. 2093 consagra la oponibilidad a dichos acreedores de los derechos oportunamente adquiridos por los usuarios (y añado, debidamente asentados en los registros pertinentes), lo que a todas luces desalentará la constitución de dichos gravámenes, pues en el mejor de los casos, la posibilidad de ejecutarlos ante el incumplimiento del deudor, solamente se aplicará respecto de aquellas unidades que no hayan sido aún comercializadas.

1.4. La sanción del reglamento de uso y administración de los bienes afectados al tiempo compartido

Aunque el conjunto de normas en estudio no lo mencione, junto con el acto de afectación se impone la sanción de un reglamento de uso y administración de los bienes afectados al uso periódico y temporario, que podrá revestir la forma de instrumento público o privado (en este último caso, con las firmas autenticadas) y que indicará los derechos y deberes a los que sujetarán los usuarios y toda otra persona que se incorpore al sistema, como también los que asume el emprendedor, el régimen de su administración y las atribuciones y facultades de quien la ejerza, los destinos de los sectores de uso privativo y los afectados a instalaciones de servicios y áreas comunes (si se trata de inmuebles), y todo otro aspecto de interés que haga

el normal desarrollo del emprendimiento.

Su sanción queda a cargo del emprendedor.

Cada vez que se transfiera una unidad de tiempo del sistema, junto con el contrato de adquisición se entregará al usuario una copia de dicho reglamento, a cuyo acatamiento se obligará de manera expresa en ese acto.

Art. 2094.— Deberes del emprendedor. Son deberes del emprendedor:

a) establecer el régimen de utilización y administración de las cosas y servicios que forman parte del tiempo compartido y controlar el cumplimiento de las obligaciones a cargo del administrador;

b) habilitar un Registro de Titulares, que debe supervisar la autoridad de aplicación, en el que deben asentarse los datos personales de los usuarios y su domicilio, períodos de uso, el o los establecimientos a los que corresponden, tipo, extensión y categoría de las unidades, y los cambios de titularidad;

c) garantizar el ejercicio del derecho de los usuarios, en la oportunidad y condiciones comprometidas;

49 d) abonar las cuotas por gastos del sistema de las unidades no enajenadas.

BCH. RELACIÓN CON LA LEY 26.356. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Se replica, en esencia lo dispuesto por el art. 19 de la norma citada, que ha servido de fuente de inspiración del precepto en estudio.

II. COMENTARIO

Los deberes del emprendedor

Respecto del emprendedor, el artículo en análisis indica algunos de sus deberes esenciales, como son:

a) Establecer el régimen de utilización y administración de las cosas y servicios que forman parte del tiempo compartido y controlar el cumplimiento de las obligaciones a cargo del administrador (generalmente, el contrato por el cual se adquiere el derecho de tiempo compartido constará de un anexo donde se reproduzca el reglamento interno de funcionamiento del complejo o conjunto de bienes afectados, al cual el usuario prestará su conformidad y adhesión);

b) La habilitación de un registro de transacciones supervisado por la autoridad de contrajor, en el cual se anotarán los datos de los distintos adherentes al sistema y los derechos adquiridos, como así también los posteriores cambios de titularidad (de esta manera se evita la doble enajenación de los mismos períodos de tiempo y se individualiza con certeza, quiénes son los usuarios del sistema, en un momento determinado, y a los cuales se podrá responsabilizar, por ejemplo, por el mal uso de las instalaciones);

c) Garantizar a los usuarios el uso y disfrute de las instalaciones en los plazos y condiciones prometidos en los contratos (esto supone, entregar en uso los inmuebles, como también los muebles y demás accesorios que correspondan, suministrar los servicios prometidos en dichas instalaciones en el tiempo y forma establecidos en los contratos de comercialización de las unidades —limpieza, aseo, conservación, vigilancia, etc.—);

d) Abonar las cuotas por gastos del sistema de las unidades que no sean comercializadas pero que por cualquier título sean cedidas en su uso y disfrute, de manera temporaria, a terceros y en suma, afrontar cualquier otro gasto derivado del funcionamiento del complejo y su administración.

Sus derechos surgirán del contrato por el cual se transmitan las unidades del tiempo compartido, siendo el más importante el de percibir el precio convenido por la adquisición de los períodos de uso y disfrute.

Art. 2095.— Deberes de los usuarios del tiempo compartido. Son deberes de los usuarios del tiempo compartido:

a) ejercer su derecho conforme a su naturaleza y destino, sin alterarlos ni sustituirlos y sin impedir a otros usuarios disfrutar de los turnos que les corresponden;

b) responder por los daños a la unidad, al establecimiento, o a sus áreas comunes, ocasionados por ellos, sus acompañantes o las personas que ellos autorizan, si tales daños no son ocasionados por su uso normal y regular o por el mero transcurso del tiempo;

c) comunicar a la administración toda cesión temporal o definitiva de sus derechos, conforme a los procedimientos establecidos en el reglamento de uso;

d) abonar en tiempo y forma las cuotas por gastos del sistema y del fondo de reserva, así como todo gasto que pueda serle imputado particularmente.

PARDI. RELACIÓN CON LA LEY 26.356. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

widctlpar Se reitera lo dispuesto por el art. 20 de la ley 26.356 que ha servido de fuente de inspiración para este precepto.

Empero, el Código no condiciona el ejercicio del derecho de tiempo compartido al hecho de estar al día en el pago de las expensas y los gastos de conservación y mantenimiento del objeto del sistema, como sí lo hace el inc. d) del artículo citado).

II. COMENTARIO

Los deberes de los usuarios en el sistema de tiempo compartido

De manera no taxativa se fijan cuatro deberes básicos en cabeza de los usuarios, a saber:

a) Ejercitar su derecho conforme a la naturaleza y destino de los objetos afectados, sin alterarlos ni sustituirlos y sin impedir a otros usuarios disfrutar de los turnos que les correspondan.

Esto es, debe ajustarse el uso y goce de los bienes en cuestión, a lo dispuesto en el reglamento de administración y uso, absteniéndose de realizar las actividades que a esos fines hayan sido expresamente prohibidas o que excedan la normal tolerancia de los demás usuarios (v.gr. no puede extraer muebles o accesorios, modificar su disposición o emplazamiento ni efectuar otras alteraciones en la unidad que alteren o menoscaben, a la postre, los derechos equivalentes de sus congéneres).

Se trata, en suma de cumplir con la obligación de custodia y conservación por tratarse de cosas o bienes que no son totalmente propios.

Igualmente, debe ejercitar sus prerrogativas en el plazo de tiempo que se le haya transferido, desocupando las instalaciones de modo oportuno, para que pueda ingresar el titular del siguiente turno.

b) Responder por los daños a la unidad, al establecimiento o a sus áreas comunes, ocasionados por él, sus acompañantes o las personas a las que hubiera autorizado el ingreso, en la medida que tales daños no fueran ocasionados por el uso normal y regular de las cosas o por el mero transcurso del tiempo.

c) Comunicar a la administración toda cesión temporal o definitiva de sus derechos, conforme a los procedimientos fijados en el reglamento de uso interno del complejo.

En rigor, el ejercicio del derecho de tiempo compartido es esencialmente cesible.

Esto determina que el usuario puede servirse de su unidad de manera personal, o junto con sus familiares, amigos o invitados, en tanto cumpla con las restricciones que para estos casos disponga en reglamento (v.gr. en establecimientos vacacionales, se fijan cupos o cantidades máximas de personas para cada unidad), puede ceder a estos últimos sus derechos en uno o más períodos, o puede intercambiarlos con otros usuarios del mismo o de otro sistema o complejo similares.

En todos estos casos, se impone la notificación al administrador, de manera que se sepa a ciencia cierta quién ocupa efectivamente las instalaciones o se sirve de los objetos afectados al sistema en un momento determinado.

d) Finalmente, abonar en tiempo y forma las cuotas por las expensas y gastos que irrogue el funcionamiento del sistema y el fondo de reserva, como así también cualquier otra contribución que le sea imputable.

El art. 2098 consagra a estos efectos que el certificado de deuda por dichos conceptos es un documento que habilita la vía ejecutiva para perseguir su cobro.

III. Jurisprudencia

Toda vez que la cláusula del Reglamento de Uso y Administración que faculta al administrador a adjudicarles a los usuarios del tiempo compartido el cumplimiento de obligaciones extraordinarias en forma intempestiva y sin la anuencia o ratificación de éstos resulta abusiva, corresponde disponer que el administrador no se encuentra facultado para imponer por sí expensas extraordinarias (CNCom., sala B, 21/10/2009, Lexis 1/70057330). csl

Art. 2096.— De la administraciyn. La administraciyn puede ser ejercida por el propio emprendedor, o por un tercero designado por йl. En tal caso, ambos tienen responsabilidad solidaria frente a los usuarios del tiempo compartido, por la debida gestiyn y coordinaciyn en el mantenimiento y uso de los bienes.

Art. 2097.— Deberes del administrador. El administrador tiene los siguientes deberes, sin perjuicio de los establecidos en los reghmenes legales especнficos:

a) conservar los establecimientos, sus unidades y los espacios y cosas de uso comъn, en condiciones adecuadas para facilitar a los usuarios el ejercicio de sus derechos;

b) preservar la igualdad de derechos de los usuarios y respetar las prioridades temporales de las reservaciones;

c) verificar las infracciones al reglamento de uso y aplicar las sanciones previstas;

bchd) interponer los recursos administrativos y acciones judiciales que corresponden;

e) llevar los libros de contabilidad conforme a derecho;

f) confeccionar y ejecutar el presupuesto de recursos y gastos;

g) cobrar a los usuarios las cuotas por gastos, fondos de reserva y todo otro cargo que corresponde;

h) rendir cuentas al emprendedor y a los usuarios, conforme a liquidaciones de ingresos y gastos certificadas por contador pъblico, excepto en el caso que se optara por aplicar el sistema de ajuste alzado relativo;

i) entregar toda la documentaciyn y los fondos existentes, al emprendedor o a quien йste indique, al cesar su funciyn;

j) comportarse tal como lo harнa un buen administrador de acuerdo con los usos y prбcticas del sector.

I. Relaciyn con la ley 26.356. Fuentes del nuevo texto

Se reproducen, en esencia, las soluciones consagradas en los arts. 22 y 23 de la ley citada.

II. Comentario

La administraciyn del tiempo compartido

Un aspecto esencial del rйgimen propuesto es el vinculado con la administraciyn

del sistema que estarб a cargo de una persona fнsica o jurнdica que designe el emprendedor y que podrб coincidir con alguno de los sujetos antes considerados (el mismo emprendedor o el propietario).

El primer administrador del complejo serб nominado por el emprendedor (pudiendo igualmente identificarse con йl) y podrб reservarse tambiйn la facultad de designar a quienes lo sucedan en ese cargo.

Los usuarios sylo podrбn participar en las posteriores elecciones y remociones de aquйl, en la medida que en los contratos por los cuales adhirieron al esquema se les haya reconocido esa facultad, y que el rйgimen jurнdico interno del complejo lo permita (v.gr. a travйs de asambleas de usuarios).

Se fija la responsabilidad solidaria de ambos (el emprendedor y el administrador), frente a los usuarios, por la debida gestiyn y coordinaciyn en el mantenimiento, funcionamiento y uso de los bienes afectados al sistema.

Las facultades y deberes del administrador son los siguientes: conservar el establecimiento y sus unidades en condiciones adecuadas para el ejercicio de los derechos de los usuarios en los tiempos y condiciones debidos (lo que supone, igualmente, el control de las prestaciones que deben realizarse a los usuarios en oportunidad de ejercitar sus derechos; preservar y asegurar el ejercicio igualitario de los derechos de todos ellos y respetar las prioridades temporales de las reservas y cesiones en el uso y goce efectivo de los bienes comprendidos en el sistema —para ello es que se impone a los usuarios la notificaciyn de toda cesiyn a la administraciyn—); verificar las infracciones al reglamento de uso y aplicar las sanciones que correspondan; instar los recursos y acciones administrativos y judiciales pertinentes contra los usuarios e invitados que infrinjan las disposiciones y reglas dispuestas en los reglamentos vigentes en el sistema, llevar los libros de contabilidad que correspondan en el caso, confeccionar y ejecutar el presupuesto de recursos y gastos, dentro del tйrmino fijado en el reg7 lamento de uso y administraciyn; realizar la cobranza a los usuarios de las cuotas y gastos del sistema, fondos de reserva y demбs cargos que se liquiden; abonar con los importes recaudados los gastos que se deriven del funcionamiento del complejo; rendir cuentas al emprendedor y los usuarios, si corresponde, respecto a las liquidaciones de ingresos y gastos certificadas por contador publico; entregar la documentaciyn y los libros de la administraciyn en debida forma, cuando cese en sus funciones.

En circunstancias comunes, los gastos de administraciyn y mantenimiento deberбn ser soportados por los usuarios en las proporciones que se hayan fijado en los respectivos contratos de adquisiciyn de derechos sobre el tiempo compartido.

Igualmente, el emprendedor deberб afrontar la parte proporcional de йstos por los perнodos de disfrute que no hayan sido comercializados, y en cambio, se hayan cedido para su uso temporario a favor de terceros.

Finalmente, se consagra un deber genйrico en abstracto para el administrador, que es el de comportarse como lo harнa alguien probo e idyneo, segъn los usos y prбcticas del sector.

III. JURISPRUDENCIA

Resulta competente la justicia civil en la acciyn entablada por la propietaria de una parte indivisa de una unidad funcional sometida al rйgimen de tiempo compartido, que persigue la reparaciyn de los dacos y perjuicios sufridos con motivo del incumplimiento de contrato por parte de la administradora del complejo al disponer en alquiler la unidad funcional del propietario, en la semana correspondiente a йl segъn el rйgimen convenido. Ello asн, dado que el reclamo se origina contra el administrador de un consorcio sometido al rйgimen de propiedad horizontal (CNCom., sa a B, 30/6/2004, Lexis 1/1036046).

Art. 2098.— Cobro ejecutivo. El certificado emanado del administrador en el que conste la deuda por gastos del sistema, los rubros que la componen y el plazo para abonarla, constituye tнtulo para accionar contra el usuario moroso por la vнa ejecutiva, previa intimaciyn fehaciente por el plazo que se estipula en el reglamento de administraciyn.

I. RELACIYN CON LA LEY 26.356. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Se reproduce, en esencia, lo dispuesto por el art. 25 de la ley 26.356.

II. COMENTARIO

El certificado de deuda por gastos del sistema es tнtulo ejecutivo

Como ya se adelanty, un aspecto importante a destacar es que el Cydigo, siguiendo el esquema previsto por la ley 26.356, reconoce el carбcter de tнtulo ejecutivo al certificado de deuda por gastos del sistema de tiempo compartido, en el entendimiento que esos ingresos son vitales para su funcionamiento y desarrollo.

El cuerpo legal, ha favorecido la tutela de este crйdito, dando asн fuerza ejecutiva al certificado emanado del administrador, en el que conste la deuda lнquida y exigible al usuario moroso, con expresa indicaciyn de los rubros que la componen (cuotas por ingreso al complejo, de mantenimiento y conservaciyn de las instalaciones comunes, sumas dinerarias por infracciones cometidas en el uso de la unidad, honorarios de la administraciyn, intereses punitorios de todos ellos, etc.) y el plazo que tenнa el sujeto accionado para abonarla.

Empero, para la apertura de la instancia judicial, debe cumplirse con la intimaciyn previa al deudor renuente, por el plazo que estipule a esos fines el reglamento de uso y administraciyn.

Art. 2099.— Extinciyn. La extinciyn del tiempo compartido se produce:

a) por vencimiento del plazo previsto en el instrumento de afectaciyn;

b) en cualquier momento, cuando no se han producido enajenaciones, o se han rescindido la totalidad de los contratos, cir-

cunstancia de la que se debe dejar constancia registral;

c) por destrucciyn o vetustez.

I. RELACIYN CON LA LEY 26.356. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Se reiteran las causales de extinciyn del sistema de tiempo compartido previstas por el art. 39 de la norma citada, a excepciyn de la condiciyn resolutoria a que se refiere su inc. c) y que debe lucir de modo expreso en el acto de afectaciyn, en el sentido de modalizar la vigencia del rйgimen a la enajenaciyn de un nъmero determinado de perнodos de uso y disfrute en un plazo de tiempo tambiйn preestablecido.

II. COMENTARIO

Las causales de extinciyn del sistema de tiempo compartido

Se consideran tres causales por las cuales concluye el rйgimen jurнdico del tiempo compartido, a saber:

a) El vencimiento del plazo previsto en la escritura de afectaciyn al rйgimen.

Esta primera hipytesis actъa de manera automбtica, sin perjuicio de lo cual corresponderб rogar de modo expreso de parte del propietario o emprendedor, la desafectaciyn de los bienes del sistema en los Registros donde se haya tomado razyn del acto de afectaciyn, para asн suprimir sus efectos y consecuencias.

A esos fines y aъn tratбndose de inmuebles serб suficiente, la extensiyn de dicha peticiyn bajo la forma de instrumento privado con la firma del solicitante autenticada, para cumplir con las exigencias formales previstas por los distintos entes registrales (v.gr. art. 3є de la ley 17.801).

Corresponde secalar que en el caso no es menester recabar conformidad alguna de parte de los usuarios, pues en los contratos respectivos lucirб de manera expresa el plazo fatal de marras, a partir del cual quedan concluidos los derechos de aquellos sobre el complejo y sus instalaciones o los bienes sometidos al sistema.

b) En cualquier momento (lo que implica que el emprendedor y en su caso, el propietario, no estбn constrecidos a respetar el plazo de vigencia inicialmente dispuesto para el proyecto), cuando no se hubieran producido enajenaciones o se hubieran rescindido la totalidad de los contratos celebrados con los usuarios del sistema.

Esta facultad deberб constar en el documento que contenga el acto de afectaciyn e igualmente lucir en el asiento o constancia registral que por su toma de razyn se practique en los entes y organismos pertinentes, de modo de contar con suficiente publicidad *erga omnes*.

A diferencia del supuesto anterior, aquн sн resulta necesario consignar la causal por la cual se verifica la extinciychn del sistema en un documento de forma equivalente al utilizado para someter los bienes al esquema jurнdico de marras (v.gr. escritura pъblica, instrumento privados autenticado), aportando los elementos de prueba que asн lo acrediten.

034 El documento del caso no se agota, en su contenido, con la menciyn de la causal extintiva prevista por la norma, sino que igualmente el compareciente (propietario o emprendedor), solicitarб de manera expresa, a consecuencia de la razyn apuntada, la desafectaciyn del bien del rйgimen de tiempo compartido, para su oportuna toma de razyn en el Registro que corresponda, con las consecuencias indicadas en el inciso anterior.

Tampoco es menester en este caso, recabar la participaciyn y conformidad de los usuarios de los perнodos de tiempo de uso y disfrute porque o no existen, o bien han sido debidamente desinteresados en oportunidad de rescindirse sus respectivos contratos.

c) Cuando se verifiquen los casos de destrucciyn o vetustez.

Esta causal extintiva es propia del tiempo compartido que recae sobre cosas y deben aplicarse por analogнa, las soluciones consagradas para la hipytesis de grave deterioro o destrucciyn del edificio a que se refiere el art. 2055 en materia de propiedad horizontal.

Por ende, deberб convocarse una asamblea de usuarios que decidirбn, junto con el emprendedor, la refacciyn o reconstrucciyn del inmueble o, en su caso, la conclusiyn del sistema, y por tanto, la desafectaciyn de la cosa del esquema del tiempo compartido.

Esta resoluciyn deberб reflejarse en la correspondiente escritura pъblica o documento autйntico equivalente, otorgados por el propietario o emprendedor, en los que se relacione, en lo sustancial, lo decidido en esa asamblea y que deberбn tambiйn acceder para su toma de razyn, a los Registros pertinentes.

Art. 2100.— Relaciyn de consumo. La relaciyn entre el propietario, emprendedor, comercializador y administrador del tiempo compartido con quien adquiere o utiliza el derecho de uso periydico se rige por las normas que regulan la relaciyn de consumo, previstas en este Cydigo y en las leyes especiales.

I. RELACIYN CON LAS LEYES 24.240 Y 26.356. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Se remarca la relaciyn de consumo que vincula al usuario con los demбs sujetos que intervienen en la gestiyn, comercializaciyn y desarrollo del tiempo compartido.

Esto determina la modificaciyn del art. 1є de la primera de las normas citadas, suprimiendo la menciyn de que quedan involucradas en su esquema tuitivo las adquisiciones de derechos en tiempos compartidos y conjuntos inmobiliarios.

En cambio, se mantienen vigentes las directivas sobre comercializaciyn y publicidad de los STTC consagradas en los arts. 26 a 31 de la ley 26.356 y el decreto 740/2014.

II. COMENTARIO

La protecciyn de los usuarios del tiempo compartido, como consumidores

Todas las relaciones jurнdicas que se traben entre los usuarios y los propietarios

de los objetos afectados, los emprendedores, los administradores y los que comercialicen el tiempo compartido, son de consumo y por ende, quedan sujetas a las directivas que consagra el propio Cydigo Civil y Comercial (en el Tнtulo III de su Libro III) y su normativa complementaria (las leyes 24.240 y 26.356).

dbch Esto es asн, con independencia del derecho que se conceda al usuario sobre los perнodos de tiempo que adquiera.

Es que el usuario es un consumidor por lo que la relaciyn que entabla con quienes gestionen, comercialicen y dirijan el sistema no puede tener otro rytulo.

Ello asн, sea que adquiera un derecho real sobre los objetos afectados, sea que se trate de un derecho personal, o bien, que acceda a las instalaciones en compacha de sus titulares, como pariente, amigo, invitado o en cualquier otro carбcter que lo habilite a servirse de aquйllos.

III. Jurisprudencia

1. Es abusiva la clбusula por la que la predisponente intenta tarifar anticipadamente todo perjuicio irrogado al consumidor. El abuso resulta de que el convenio entraca ventajas exclusivas para el empresario, desequilibrando los derechos y obligaciones de las partes. La posiciyn del usuario en el sistema de tiempo compartido es la prevista en el art. 1°, incs. b y c, ley 24.240, mбxime teniendo en cuenta que los contratos son celebrados por adhesiyn. Los diversos contratos individuales que conforman el sistema de tiempo compartido son celebrados entre: un grupo de personas que adquieren conjuntamente una cosa, dividiendo su uso alternativamente en perнodos de tiempo prefijados; una persona que comercializa, administra y/o gestiona los bienes afectados al negocio, que generalmente es un comerciante profesional y, eventualmente, una empresa de intercambio vacacional que concerta con los multipropietarios del bien un trueque de semanas de uso o de la unidad adquirida. En el sistema de tiempo compartido, el administrador del complejo debe responder ante el consumidor por los dacos originados en su incumplimiento contractual, porque lo transmitido es una porciyn indivisa del inmueble donde se prestan servicios inescindibles del bien afectado al sistema (CNCont. Adm. Fed., sala 5, 16/7/2001, Causa: 34.217/2000, Lexis 8/12205).

2. El contrato de tiempo compartido es un contrato comercial, carбcter otorgado por la realizaciyn de la actividad con carбcter empresario por el sujeto desarrollista. El contrato de tiempo compartido es un contrato de consumo, siйndole, por ende, aplicable la legislaciyn del sistema de defensa del consumidor. Se infiere la afectaciyn a la esfera нntima del accionante como consecuencia del incumplimiento contractual, al verse imposibilitado de vacacionar con su nъcleo familiar en el lugar contratado (CNCom., sala A, 15/2/2007, Lexis 1/1019419).

Art. 2101.— Derecho real del adquirente de tiempo compartido. Al derecho del adquirente de tiempo compartido se le aplican las normas sobre derechos reales.

I. Relaciyn con la ley 26.356. Fuentes del nuevo texto

La ley 26.356 no condiciona su aplicaciyn a los conjuntos inmobiliarios con destino vacacional y de esparcimiento a la naturaleza del derecho que se les confiera a los particulares (usuarios) en el caso concreto, sobre el complejo donde se ubiquen.

Es decir, se mantiene adrede en la nebulosa la нndole del derecho con que contarбn los usuarios sobre las unidades o sectores de usos especнficos (vacacionales), el que podrб ser tanto personal como real.

Tal directiva se advierte en el primer artнculo de la norma que dispone su aplicaciyn a los STTC con independencia de la naturaleza de los derechos que se constituyan o transmitan y del rйgimen legal al que se encuentren sometidos los bienes que los integran (expresiones que han servido de fuente de inspiraciyn al art. 2088 del Cydigo Civil y Comercial antes considerado).

Esa indefiniciyn se reitera a lo largo del articulado de esa ley de manera persistente (v.gr. arts. 3°, 4°, 10, 12, 14, 15, 26 y 28).

Otro tanto hace su decreto reglamento 740/2014.

Empero, como se regula de manera expresa y minuciosa el contrato de tiempo compartido, y se indican los derechos y obligaciones recнprocos de cada una de las partes, va de suyo que de dicho convenio se deriva, *ipso facto*47, un derecho de нndole personal. Ello asн, salvo que de modo expreso, las partes ajusten su actuaciyn a alguno de los tipos previstos por el art. 2503 del Cydigo velezano, para alumbrar asн un derecho real.

Ahora bien, el precepto que aquн interesa, se expide de modo expreso a favor de la creacip3n de un nuevo derecho real, el de tiempo compartido, pero por lo que antes se expuso (ver arts. 2087 y 2088) no impide su gestiyn bajo la yrbita de los derechos personales.

En consecuencia, esta soluciyn se aplica tambiйn al esquema legal propuesto por la ley 26.356, que por recaer sobre inmuebles, puede ajustarse fбcilmente al rйgimen de los derechos reales.

Esto es asн, pero solamente respecto de los complejos que se organicen y comercialicen con posterioridad a la entrada en vigencia del Cydigo Civil y Comercial.

II. Comentario

1. El derecho real de tiempo compartido

El precepto en estudio, de modo concomitante (pero no totalmente exacto) con el inc. e) del art. 1887, postula la incorporaciyn al sistema de un nuevo derecho real, el de tiempo compartido.

En rigor, el art. 1887 lo contempla en la nymina de los derechos reales admitidos en el sistema jurнdico argentino.

Ademбs, en las disposiciones generales se lo tipifica como un derecho real sobre cosa propia (en rigor, es parcialmente propia, pues debe compartir el uso y goce

del objeto afectado con otros consumidores y adherentes al sistema, respetando los turnos o perнodos de tiempo oportunamente adquiridos), principal (pues su existencia no estб condicionada a la vigencia de otra potestad, real o personal, a la cual accede, como sucede con los derechos reales de garantнa), se ejerce sobre cosas o bienes registrables (inmuebles, muebles registrables, derechos, en su caso) o no y por su posesiyn efectiva (se entiende, cuando se trata de cosas, de manera exclusiva en los perнodos o unidades de tiempo de su titularidad).

Sin embargo, en la norma en estudio se dice algo no totalmente coincidente: al derecho del adquirente de tiempo compartido (usuario), se le aplican las normas sobre derechos reales.

Luego, їes un derecho real o puede revestir otra cobertura jurнdica?

De las disposiciones generales (Tнtulo I del Libro IV) y de los Fundamentos del Cydigo, se deriva a las claras, que el tiempo compartido es un derecho real.

Pero del art. 2088 parecen derivarse otras posibilidades.

En tren de armonizar las normas en aparente pugna considero que del Cydigo Civil y Comercial se derivan dos alternativas para el tiempo compartido, organizarlo como derecho personal o como derecho real, tal como sucede en el derecho hasta ahora vigente.

Es cierto que la mentada opciyn no estб dispuesta de modo expreso, pero tampoco estб totalmente ausente en el capнtulo del tiempo compartido.

En efecto, amйn de la neutralidad que sobre este tema mantienen los arts. 2087, 2088 y 2101, cabe la posibilidad que el interesado, se incorpore circunstancialmente al sistema por una cesiyn temporal de las prerrogativas de uso y goce, realizadas por otro usuario (conf. inc. c) del art. 2095), o travйs de sendos contratos de locaciyn u otros similares concertados con el emprendedor o el propietario (conf. inc. a) del art. 2093).

En estos casos, es evidente que el "usuario" de marras detenta un derecho personal o creditorio, que le permite exigir del emprendedor y/o administrador la prestaciyn de los servicios prometidos sobre uno o mбs bienes determinados, en el perнodo de tiempo que le corresponda.

No es titular de un derecho real, pero sus facultades, prerrogativas y deberes se rigen por el esquema normativo en anбlisis.

Adviйrtase tambiйn que del art. 1° ley 26.356 sobre STTC (que sigue vigente), tambiйn se deriva la mentada opciyn.

De aquн que la elecciyn del derecho personal para organizar jurнdicamente un sistema de tiempo compartido tambiйn es posible en el esquema del Cydigo.

En suma, cualquiera sea la нndole del derecho concedido sobre esos bienes, lo que sн queda claro es que йste se sujeta al esquema jurнdico previsto por el capнtulo 2 del Tнtulo VI del Libro 4 del Cydigo Civil y Comercial, al que habrб de sumarse la normativa propia de los contratos de consumo que contiene el mismo cuerpo legal, y las demбs disposiciones vigentes en la materia.

47El derecho real de marras concede a su titular las facultades de poseer, usas y gozar de las cosas afectadas al sistema, de manera exclusiva, en los perнodos de tiempo oportunamente adquiridos.

Puede disponer jurнdicamente de su derecho por actos *inter vivos* y a tнtulo singular, e igualmente se transmite por vна sucesoria.

En cuanto a los actos de disposiciones material, estбn sensiblemente acotados, pues no puede introducir modificaciones en su exclusivo beneficio, ni alterar o sustituir el objeto de su derecho, ni comprometer de cualquier otra manera su persistencia en buenas condiciones, para que sea factible su posterior uso y goce por los restantes cotitulares, en el momento que les corresponda.

3. La suerte de los tiempos compartidos constituidos con anterioridad a la entrada en vigencia del Cydigo Civil y Comercial

Debe aplicarse el mismo criterio expuesto en oportunidad de considerar los conjuntos inmobiliario: el respeto al derecho de propiedad incorporado al patrimonio de los particulares y al *status quo* imperante determinan que ellos seguirбn funcionando bajo el rйgimen que hayan escogido inicialmente, incluso aunque se trate de derechos reales diferentes al aquн estudiado, en la medida que estйn reconocidos en el sistema jurнdico entonces vigente (condominios con pactos de indivisiyn forzosa renovables en el tiempo, propiedad horizontal).

En la yrbita de los derechos personales, se los ha organizado tambiйn por la incorporaciyn del adherente como accionista o asociado a la persona jurнdica que ostenta la propiedad de los bienes sujetos al rйgimen.

Las mismas soluciones han de aplicarse para los STTC preexistentes, considerados en la ley 26.356 aunque ajustados a dicha norma.

Art. 2102.— Normas de policна. El propietario, emprendedor, comercializador, administrador y usuario del tiempo compartido deben cumplir con las leyes, reglamentos y demбs normativas de нndole nacional, provincial y municipal relativas al funcionamiento del sistema.

I. COMENTARIO

El cumplimiento de las normas de policна

Todos los sujetos que participen en un emprendimiento del cual resulte el rйgimen del tiempo compartido, deben ajustarse a la normativa vigente en atenciyn no sylo a la нndole o calidad de los objetos afectados, sino tambiйn a los destinos o finalidades a los que se los sometan.

Asн, amйn del cumplimiento de la normativa del Cydigo y su legislaciyn complementaria, habrб que atender a las disposiciones vigentes a nivel provincial o comunal, dictadas en ejercicio del poder de policна y facultades no delegadas al gobierno central (v.gr. leyes de uso y divisiyn del suelo, ordenanzas y decretos que permitan la radicaciyn o no de complejos afectados al sistema, etc.).

CAPHTULO 3

CEMENTERIOS PRIVADOS

s1Por RICARDO JAVIER SAUCEDO

af47***Bibliografía sobre la reforma***: SAUCEDO, RICARDO J., "Los cementerios privados en el derecho vigente y en el proyectado", JA, 14/5/2014.

Bibliografía clásica: ABREUT DE BEGHER, LILIANA E., ESPINOSA DE BENINCASA, MARÍA C., "Régimen jurídico de los sepulcros en los cementerios públicos y privados", LA LEY, 1989-E,

973; ANDORNO, LUIS O., "Los cementerios privados", JA, 80° Aniversario, 1998-22; BOTASSI, ALFREDO, "Cementerios públicos y privados", LA LEY, 1981-C, 1056; KIPER, CLAUDIO M., "Acerca de la posibilidad de constituir derechos reales sobre los espacios destinados a sepultura en los cementerios privados", LA LEY, 1988-E, 937; LAMBOIS, SUSANA, "Cementerios privados", RDPyC, 2002-2-26; LORENZETTI, RICARDO L., "Notas para el régimen jurídico de los cementerios privados", LA LEY, 1991-E, 1132; REY DE RINESSI, ROSA N., "Cementerios privados", RDPyC, 2005-2-209; SCOTTI, EDGARDO O., "Régimen jurídico de los cementerios privados", LA LEY, 1987-A, 812; SPISSO, RODOLFO R., "Régimen de los cementerios y de los sepulcros", LA LEY, 1983-C, 924.

***

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

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

No existen disposiciones equivalentes en la legislación de fondo sobre el tema, pues se trata de una problemática que se ha considerado hasta ahora a nivel local por las provincias y los municipios en ejercicio del poder de policía inmobiliario y mortuorio, estableciendo qué clase de derecho (real o personal), se concederá al adquirente de una parcela en los predios afectados a esa finalidad.

La normativa de corte local, considera a estos proyectos como una especie de los conjuntos inmobiliarios y para su gestión y desarrollo se suelen aplicar por analogía, las soluciones que consagra la ley 13.512.

La consideración del derecho de sepultura como real, en el Código Civil y Comercial y el esquema general de su regulación provocará que la normativa de corte local, deberá ajustarse a las pautas que dimanan del texto en estudio.

Ello así, aunque la técnica legislativa seguida resulte deficiente, pues el primer precepto del capítulo no alude al nuevo derecho real que se incorpora al régimen jurídico, sino al inmueble general que una vez subdividido constituirá su objeto (lo propio sucede con el tiempo compartido, según lo indicado en el capítulo precedente).r En rigor, el derecho de sepultura se consagra como potestad real recién en el art. 2112, y previo a ello, se contemplan, las facultades y las obligaciones que del mismo se derivan para su titular.

II. COMENTARIO

Los cementerios y su clasificación

En un sentido general, los cementerios son los terrenos destinados a la inhumación de cadáveres.

En el país, siguiendo la tradición romano-cristiana y el derecho español, se les confirió a las autoridades eclesiásticas, la erección, consagración y mantenimiento de las necrópolis, que generalmente se instalaban en predios linderos con las iglesias y monasterios. El Estado, por su parte, se reservaba sobre ellos, el poder de policía mortuorio, indispensable para resguardar la salud pública, la seguridad y el debido respeto a la memoria y culto de los difuntos.

Sin embargo, en la primera mitad del siglo XIX comenzó un proceso de secularización, que culminó con el traspaso de los cementerios a la autoridad pública municipal.

De este modo, adquirieron el mote o calificativo de "públicos", en virtud de que la propiedad y gestión de ellos, quedó en manos del Estado comunal, quien también se reservó el poder de policía mortuorio.

Sin perjuicio de esto, de manera concomitante, se fueron autorizando en la Ciudad de Buenos Aires, y en las demás demarcaciones de la República, camposantos de carácter privado o particular.

Las primeras expresiones de esta modalidad, se plasmaron en los Cementerios Británico y Alemán, que reconocen su origen en sendos tratados celebrados con dichas potencias en 1825 y 1827, con el fin de mantener las costumbres y creencias religiosas de sus súbditos.

En estos casos, las necrópolis se organizaron bajo la forma de asociaciones de las respectivas comunidades, pero siempre respetando el poder de policía municipal en lo referente a inhumación y exhumación de cadáveres.

Igualmente, se verificaron otros casos de enterratorios privados en estancias y establecimientos agropecuarios alejados de las zonas urbanas, que estaban destinados a la sepultura de los integrantes de las familias que detentaban la propiedad de las tierras donde se instalaban, y por ende, quedaban fuera del tráfico comercial, exigiéndose en todos los casos, la previa autorización municipal.

Sin embargo, en las últimas décadas del siglo pasado, hace su irrupción en el medio, otra categoría de estos camposantos, cuya organización, gestión y desarrollo quedan en manos de simples particulares (generalmente, empresas que utilizan la forma de sociedades anónimas), con el fin de comercializar los distintos espacios en que se fracciona el fundo de su propiedad, para destinarlos a la sepultura de cadáveres.

Para ello, se ofrecen a los inversores determinados servicios y ventajas que los cementerios públicos (que en muchos casos por estar abarrotados, resultan insuficientes a la hora de inhumar cadáveres y no cuentan con posibilidades físicas de ampliación), no pueden prestar habitualmente a los particulares (predios retirados de los núcleos urbanizados, libres de construcciones, parquizados y forestados por expertos, con paisajes naturales, mantenimiento del entorno, vigilancia, etc.).

Esta opción, en un principio, quedó circunscripta a las clases de mayor poder adquisitivo, para luego extenderse también a los sectores medios, verificándose en los hechos, una "segunda secularización" de los camposantos, al permitirse estos emprendimientos en manos de desarrollistas y promotores privados.

La finalidad lucrativa con que se encaran estos proyectos, excede los modelos antes conocidos y se erige así en una nueva forma de expresión de los conjuntos inmobiliarios.

En suma, en la República Argentina se advierten dos clases de cementerios: los públicos y los privados.

En los primeros, su gestión y organización queda en poder del Estado municipal,

revistiendo el predio donde se instala la condición de un bien de dominio público.

En los segundos, en cambio, la estructuración, desarrollo y funcionamiento queda en manos de los promotores particulares, con sujeción a las directivas y controles que imponga en el caso concreto, el ente comunal, que no resigna por ello, el poder de policía mortuorio.

El terreno donde se erigen estas necrópolis, a diferencia del caso anterior, pertenece al dominio privado de quien encare el emprendimiento con fines lucrativos, que igualmente se reserva su administración.

Esta última es la noción que plantea el precepto en análisis.

Para la caracterización del derecho real de sepultura, se remite al comentario al art. 2112.

Art. 2104.— Afectación. El titular de dominio debe otorgar una escritura de afectación del inmueble a efectos de destinarlo a la finalidad de cementerio privado, que se inscribe en el Registro de la Propiedad Inmueble juntamente con el reglamento de administración y uso del cementerio. A partir de su habilitación por parte de la municipalidad local el cementerio no puede alterar su destino ni ser gravado con derechos reales de garantía.

Art. 2105.— Reglamento de administración y uso. El reglamento de administración y uso debe contener:

a) la descripción del inmueble sobre el cual se constituye el cementerio privado, sus partes, lugares, instalaciones y servicios comunes;

b) disposiciones de orden para facilitar a los titulares de los derechos de sepultura el ejercicio de sus facultades y que aseguren el cumplimiento de las normas legales, reglamentarias y de policía aplicables;

c) fijación y forma de pago del canon por administración y mantenimiento, que puede pactarse por períodos anuales o mediante un único pago a perpetuidad;

d) normativa sobre inhumaciones, exhumaciones, cremaciones y traslados;

e) pautas sobre la construcción de sepulcros;

f) disposiciones sobre el destino de los restos mortales en sepulturas abandonadas;

g) normas sobre acceso y circulación de titulares y visitantes;

h) constitución y funcionamiento de los órganos de administración.

I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto

La afectación del inmueble al régimen de los cementerios privados que consagra el Código, se asemeja a las directivas que emanan de las leyes 14.005, 19.724 y 26.356, en cuanto se refieren al sometimiento de un inmueble a un determinado régimen o finalidad, que inhibe a su propietario de disponer de éste de un modo distinto al fijado por aquéllas.

También, con la ley 13.512, en cuanto impone la sanción de un reglamento de administración y uso.

II. Comentario

1. La afectación del inmueble a la finalidad de cementerio privado

De los preceptos en estudio se derivan tres aspectos de interés, a saber: quiénes son los legitimados activos para sujetar el inmueble al destino de necrópolis; de qué manera se cumple con dicho objetivo y qué incidencia tiene en ese proceso la habilitación de la autoridad comunal.

1.1. Los legitimados activos

Si bien el artículo solamente se refiere al titular del derecho real de dominio, va de suyo que están facultados para cumplir también con este cometido, los condóminos de uno o más predios, en tanto y en cuanto exista acuerdo en someter la cosa común a la finalidad de cementerio privado.

1.2. La afectación del inmueble al destino indicado

Se dispone que el dueño (o los condóminos), debe(n) otorgar una escritura pública en la cual se exprese la decisión de afectarlo al destino de cementerio privado y también sancionar un reglamento de administración y uso.

Ambos actos tienen vocación registral, por lo que pese a que la forma notarial solamente se prescriba para el primero, nada obsta a que la escritura de afectación comprenda también al reglamento.

En caso de documentarse por separado, el susodicho reglamento deberá revestir por lo menos la forma de instrumento privado con firmas autenticadas (conf. art. 3° ley 17.801).

a) Para la confección de la escritura de afectación, el notario interviniente deberá cumplir con los actos previos usuales cuando se celebran negocios jurídicos reales inmobiliarios, dado que se está en presencia de un acto de disposición jurídica.

Por tanto, corresponderá la solicitud de los certificados registrales de rigor, de dominio (con reserva de prioridad) y de anotaciones personales por el propietario (o los condóminos, según sea el caso).

La existencia de gravámenes o restricciones respecto del inmueble (v.gr. hipotecas, anticresis, embargos, prohibiciones de innovar u otras medidas cautelares), impedirán la concreción de la afectación de marras, sucediendo lo propio si el propietario registra inhibiciones u otras anotaciones personales.

El funcionario autorizante también deberá recabar los certificados de catastro y municipales para verificar el valor fiscal del inmueble a afectar, y la inexistencia de deudas por impuestos y tasas comunales.

Amén de todo esto, y aunque la ley no lo disponga de manera expresa, el notario deberá tener a la vista el plano por el cual se subdivida el complejo en parcelas (destinadas a sepulturas) y se discriminen los sectores y áreas de uso común.

La norma impone al acto de afectación la forma de escritura pública, pero no indica como consecuencia de su inobservancia la nulidad de aquél. De aquí que se esté frente a un acto formal solemne pero relativo, de manera que su confección por instrumento privado provocará las consecuencias previstas por el art. 285 (v.gr. conversión del acto de afectación en otro por el cual, el propietario queda conminado a elevarlo a escritura pública).

En cuanto a su contenido y aunque el art. 2104 no se expide de modo expreso, va de suyo que en el documento lucirá, en primer término, la descripción del inmueble general, de acuerdo a título y/o plano, como así también la manifestación del interesado de someterlo al destino específico de enterratorio privado.

La toma de razón del acto de afectación en el Registro de la Propiedad Inmueble no provoca *ipso facto*, la erección del cementerio privado y con ello, la subdivisión interna del predio, la imposibilidad para el propietario de alterar el destino fijado, de constituir derechos reales de garantía (hipoteca, anticresis) o comercializarlo bajo un régimen distinto al previsto por el capítulo en estudio, sino que todos esos efectos se derivan, en sentido estricto, a partir de la obtención de la habilitación municipalidad pertinente.

Todo esto implica, que la mentada conformidad de la comuna se verificará de modo previo o simultáneo con el acto de afectación, so riesgo de fracasar el emprendimiento si aquélla no se obtiene en tiempo y forma.

b) El reglamento de administración y uso, por su parte, versará sobre el descripción física del inmueble, indicando sus partes privativas o parcelas, y las de uso común (destinadas a vías de circulación interna, instalaciones de uso común: oficinas administrativas, salas de espera y para la realización de exequias, crematorios, capilla para la celebración de oficios religiosos de los distintos credos, osario común; áreas reservadas para estacionamiento de vehículos y descanso de los visitantes , etc.); las disposiciones que establezcan la manera como los titulares de las parcelas en que se divida el predio podrán ejercer las facultades inherentes al derecho real de sepultura; las contribuciones o cánones que los propietarios de las parcelas deban abonar de manera anual (generalmente fraccionados en dos cuotas) o bien a perpetuidad, para el mantenimiento y desarrollo del complejo, las pautas para la construcción de sepulcros o bóvedas (si están admitidas en el complejo), el procedimiento a seguir respecto de los restos mortales frente al caso de sepulturas abandonadas, o cuando sus propietarios no paguen las tasas y cánones fijados en tiempo y forma; el régimen de las inhumaciones, exhumaciones, cremaciones; reducciones y traslados de restos humanos desde o hacia el cementerio; la creación y el funcionamiento de los órganos de administración del complejo, entre otros aspectos de interés (la nómina del art. 2105, en este sentido, no debe interpretarse de manera taxativa, sino ejemplificativa).

La eficacia de todas estas disposiciones, también queda sujeta, como el acto de afectación, a la aprobación municipal del proyecto.

1.3. La habilitación municipal del cementerio

En cada comuna existen ordenanzas que establecen los recaudos que deberán cumplirse para obtener el permiso para la instalación de un enterratorio privado, que debe reunir los caracteres de los cementerios parques o cementerios jardines.

Esta modalidad determina que en principio, no se admitan en estos camposantos, bóvedas, nichos u otras construcciones (que son comunes, en cambio, en los cementerios públicos).

Cada parcela ocupada deberá contar con una placa de forma y color uniformes, ubicada al ras del suelo, donde se indiquen los nombres de los difuntos que allí reposan y eventualmente, las fechas de sus nacimientos o decesos y los signos que denoten sus creencias religiosas.

El entorno general debe ser habitualmente el de un jardín, con abundante vegetación, que puede estar sectorizada por motivos o recursos naturales o artificiales (v.gr. zonas de bosques, de glorietas, de cofinas, de estanques, etc.).

El diagrama del cementerio (estableciendo los sectores de uso privativo y los de uso común) deberá ser presentado, como proyecto, con planos adjuntos por el interesado, ajustándose para ello, a los recaudos generales que cada municipio fije para esta clase de emprendimientos (v.gr. superficies mínimas y máximas para los terrenos, zonas en que pueden radicarse, Códigos de edificación).

Una vez verificada la observancia de las exigencias que anteceden, el municipio, a través de su Concejo Deliberante, dictará la ordenanza que permita la instalación del cementerio.

Ello así, sin perjuicio que la comuna se reserva el poder de policía mortuorio, fiscalizando e interviniendo por tanto, en todo lo relativo a inhumaciones, exhumaciones, reducciones o traslados de cadáveres, restos o cenizas, fijando igualmente las normas sobre higiene, salubridad y moralidad a cumplir.

Igualmente, es privativo del municipio autorizar las tarifas que se pretendan cobrar por los servicios que se presten en los cementerios.

Respecto de la oportunidad de comercializar las parcelas en que se divida el predio, resulta evidente entonces, que no corresponderá hacerlo hasta tanto no se haya dictado la ordenanza municipal que apruebe la radicación del cementerio en el radio de la comuna.

Art. 2106.— Registros de inhumaciones y sepulturas. El administrador de un cementerio privado está obligado a llevar:

a) un registro de inhumaciones con los datos identificatorios de la persona inhumada;

b) un registro de titulares de los derechos de sepultura, en el que deben consignarse los cambios de titularidad producidos.

I. COMENTARIO

La administración del cementerio privado

El cementerio privado será gestionado y dirigido por un administrador cuya designación constará en el reglamento de uso y administración (generalmente es una persona jurídica, que escoge el esquema organizativo de las sociedades anónimas), cuya actuación puede durar todo el tiempo que exista aquél, o bien, por períodos temporarios, aunque con la posibilidad de renovar su mandato.

En cambio, cuando se trata de cementerios públicos, quien lo dirige y administra es el propio municipio, a través del funcionario que por decreto u ordenanza se designe como director o encargado a esos fines.

En las necrópolis privadas la elección del primer administrador es privativa del propietario del predio, que puede asumir también esa función.

El reglamento puede consagrar que quienes lo sucedan sean designados en asambleas de propietarios que estén al día en el pago de las cuotas y cánones de mantenimiento y conservación del predio.

Sin embargo, en la práctica ello no sucede con frecuencia pues los adquirentes de las sepulturas no tienen interés en la gestión del emprendimiento, sino en que se les brinden los servicios prometidos, contra el pago del precio de compra y los cánones y contribuciones que se les exigen anualmente.

Así, el administrador tiene a su cargo lo referente a la conservación y mantenimiento de las instalaciones de uso común, el parquizado del predio de acuerdo a las estaciones del año, la reposición y renovación del césped, plantas, árboles y arbustos, la colocación de placas o monolitos en las sepulturas que se encuentren ocupadas, su refacción, aseo y mantenimiento; el cobro de las expensas y cánones anuales, la prestación de los servicios de vigilancia y control de ingreso y egreso de personas dentro y fuera de los horarios de visita, la ejecución de las actividades inherentes al servicio público mortuorio (v.gr. la inhumación, traslado, reducción o cremación de los restos mortales de los deudos de los propietarios de las parcelas), en los horarios y días que se fijen en el reglamento, y la percepción de las tasas que a estos efectos disponga la comuna.

En consonancia con esta última función, el precepto en análisis dispone que el regente del cementerio debe llevar un registro de inhumaciones, con los datos que permitan identificar a las personas sepultadas (manda común a los cementerios públicos, gestionados por las comunas locales).

Dicho registro hace el correcto desempeño de la potestad de policía mortuoria que al habilitarse el complejo se ha delegado en quien lo administra y gestiona, pero que siempre será supervisada y controlada en última instancia, por la autoridad comunal, pues ello hace al bienestar, la salud pública y la higiene de la población toda y al respeto a la memoria de los difuntos.

Asimismo, deberá llevarse un registro interno que indique a nombre de quién se encuentran las parcelas afectadas al derecho real de sepultura, su estado de ocupación (se suelen fijar en los reglamentos capacidades máximas según si la inhumación se verifica en ataúdes o féretros, urnas o ceniceros) e igualmente los cambios en su titularidad (lo que denota que el derecho real de sepultura se puede transferir por actos *inter vivos* o bien, *mortis causa*).

Art. 2107.— Facultades del titular del derecho de sepultura. El titular del derecho de sepultura puede:

a) inhumar en la parcela los restos humanos de quienes disponga, hasta la dimensión establecida en el reglamento, y efectuar las exhumaciones, reducciones y traslados, dando estricto cumplimiento a la normativa dictada al respecto;

b) construir sepulcros en sus respectivas parcelas, de conformidad a las normas de construcción dictadas al efecto;

c) acceder al cementerio y a su parcela en los horarios indicados;

d) utilizar los oratorios, servicios, parque e instalaciones y lugares comunes según las condiciones establecidas.

Art. 2108.— Deberes del titular del derecho de sepultura. El titular del derecho de sepultura debe:

a) mantener el decoro, la sobriedad y el respeto que exigen el lugar y el derecho de otros;

b) contribuir periódicamente con la cuota de servicio para el mantenimiento y funcionamiento del cementerio;

c) abonar los impuestos, tasas y contribuciones que a tales efectos se fijen sobre su parcela;

d) respetar las disposiciones y reglamentos nacionales, provinciales y municipales de higiene, salud p_fablica y policía mortuoria.

I. COMENTARIO

01. Las prerrogativas que el derecho de sepultura confiere a su titular

El nuevo derecho real que consagra el Código Civil y Comercial, confiere a su titular (sea éste persona física o jurídica), facultades acotadas a la índole o naturaleza de su objeto.

En efecto, dado el destino del predio general (cementerio privado), las parcelas que se transfieran en propiedad a los sucesivos adquirentes sólo pueden ser utilizadas para la inhumación de cadáveres, su reducción o traslado y eventual exhumación.

En torno a esta potestad esencial y básica (que sirve para definir al derecho real de marras), giran las otras prerrogativas a que alude el art. 2017, como son: la de acceder al predio por las vías de ingreso, en los horarios de visita y/o de inhumación de difuntos; utilizar las instalaciones comunes diagramadas a esos fines en el plano

general del inmueble (oratorios, capillas, estacionamientos, áreas de descanso y servicios sanitarios); rendir honras y culto a los fallecidos que allí reposen, ajustándose a las directivas que se establezcan en el reglamento; construir sepulcros u otros monumentos funerarios en las parcelas, si están autorizados y con las dimensiones y ornamentos que se hayan fijados al momento de crearse el cementerio.

En cuanto al derecho a inhumar restos mortales por el propietario de la parcela, no puede ser retaceado so pretexto de eventuales "cláusulas de admisión" consagradas en los respectivos reglamentos (v.gr. que solamente se puedan sepultar parientes —lo que obstaría a hacerlo respecto de amigos o conocidos—, o a quienes hayan profesado determinada religión o creencia —lo que impediría inhumar a personas agnósticas o ateas—) que si implican actitudes discriminatorias son claramente inconstitucionales (ver comentario a los arts. 2082 y 2083).

En cambio, es lícito regular fijando el límite máximo de ocupación de cada parcela, según la modalidad escogida para realizar la inhumación (v.gr. ataúdes, urnas, ceniceros), en atención a la normativa comunal o provincial vigente en la demarcación (se pueden establecer pautas diferentes a las que rigen en los cementerios públicos, pero en ningún caso se trata de un tema que caprichosamente decida unilateralmente el titular del predio general, o quien lo administre).

El propietario de la parcela, a su vez, puede optar también por reducir los restos de sus deudos a fin de recuperar espacio útil en las sepulturas, aunque no puede ser conminado a hacerlo por quien dirija el complejo (como sí puede suceder en los cementerios públicos).

Dado que la sepultura es un activo que se incorpora al patrimonio de su titular, va de suyo que puede poseer y usar de ella conforme a su destino, como también disponer de ésta sea por actos *inter vivos*, o bien por vía testamentaria.

Empero, en estas circunstancias, debe tratarse de sepulcros vacíos, sea porque nunca fueron ocupados o bien porque se verificó su desocupación de manera regular (por reducción de los restos, o su traslado a otro sitio).

Queda a salvo el caso de las sepulturas abandonadas o que son objeto de embargo y ejecución por deudas de expensas, tasas y contribuciones, que es contemplado en los reglamentos y permite al administrador, en última instancia, depositar los restos que allí se encuentren en el osario común (solución que se ha tomado por analogía, de lo que sucede en los cementerios públicos).

El titular del sepulcro no puede constituir sobre él derechos reales de uso y goce, ni de garantía (salvo las excepciones que se indican en el comentario al art. 2110) ni darlo en locación o arriendo, atento a su destino especial, que no puede ser modificado por la voluntad unilateral del primero, en abierta infracción a las directivas del reglamento.

2. Los deberes inherentes al derecho de sepultura

De manera refleja con lo expuesto en el apartado anterior, el derecho de sepultura sobre una o más parcelas de un cementerio privado genera para su titular el deber de respetar todas y cada una de las disposiciones que sobre el funcionamiento y desarrollo del complejo imponga el reglamento de administración y uso.

Por ende, el titular debe afrontar todas y cada una de las erogaciones que el ejercicio de su derecho real provoque (v.gr. pagos de las tasas por inhumación y exhumación de cadáveres, las expensas, impuestos y cánones que se fijen para el mantenimiento y conservación del predio en general y sus instalaciones de uso común); observar las normas de decoro, sobriedad y respeto que se establezcan en el reglamento para el culto y honra de los muertos; realizar en su parcela aquellas obras que hayan sido expresamente permitidas (v.gr. fijar placas o floreros, colocar túmulos o signos religiosos, al ras del suelo o hasta una determinada altura, etc.).

III. JURISPRUDENCIA

Está fuera de discusión y duda el derecho que tiene toda persona de honrar a sus muertos conforme a su libertad de conciencia y de religión. Tratándose de un derecho natural y humano que trasciende las geografías, los tiempos y las convenciones legales, reconociendo como único límite el orden y la moral pública (CCiv. y Com. 1ª Nominación Córdoba, 21/10/2004, LLC, 2005-179).

Art. 2109.— Dirección y administración. La dirección y administración del cementerio está a cargo del administrador, quien debe asegurar el correcto funcionamiento de las instalaciones y servicios comunes que permita el ejercicio de los derechos de sepultura, de acuerdo a las condiciones pactadas y reglamentadas.

I. COMENTARIO

Ver comentario al art. 2106.

Art. 2110.— Inembargabilidad. Las parcelas exclusivas destinadas a sepultura son inembargables, excepto por:

a) los créditos provenientes del saldo de precio de compra y de construcción de sepulcros;

b) las expensas, tasas, impuestos y contribuciones correspondientes a aquéllas.

I. RELACIÓN CON LOS CÓDIGOS DE PROCEDIMIENTOS. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

En los cementerios públicos los sepulcros son inembargables, salvo que el crédito que da origen a la cautela corresponda a su precio de venta, construcción o suministro de materiales, casos en que sí resultará procedente la traba solicitada.

Así lo dispone, por ejemplo, el inc. 2) del art. 219 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Corresponde advertir que como se trata de bienes de dominio público, no cuentan con la publicidad registral inmobiliaria común, razón por la cual, la medida cautelar, de resultar procedente, solamente se anotará en la Dirección del Municipio respectivo, y tendrá como exclusiva finalidad, impedir que el titular del sepulcro lo transfiera sin cancelar dicha deuda.

Respecto de la ejecuciónn, mayoritariamente se considera que ella no resulta procedente (aún en los casos excepcionales en que se admita su embargo), dado el especial carácter que tienen estos bienes.

El Código Civil y Comercial extiende la solución que antecede a los cementerios privados.

II. COMENTARIO

La inembargabilidad de las parcelas afectadas al derecho real de sepultura

Se siguen en el tema, los principios vigentes para los sepulcros en los cementerios públicos.

En rigor, tratándose de parcelas integrantes de un cementerio privado, en tanto y en cuanto se hayan adjudicado en propiedad al deudor, no procede su embargo y ejecución.

Ello así en el entendimiento que estos bienes, por su especial destino, deben quedar fuera de la garantía de los acreedores.

Sin embargo, corresponde considerar a renglón seguido las excepciones, a saber:

a) Cuando los créditos en cuestión se deriven del saldo del precio de su compra o de la construcción del sepulcro, ornamentos u otros monumentos fúnebres.

Cabe destacar en este sentido, que en la primera hipótesis, y atento a que el derecho de sepultura es de índole inmobiliaria, a mi entender es posible constituir derecho real de hipoteca en garantía del saldo adeudado por la adquisición de aquél, por lo que en estas lides es evidente que cuadra la posibilidad de embargar y ejecutar dicho objeto, aun cuando se encuentre ocupado.

b) Cuando sus titulares no abonen en estas condiciones, las expensas, tasas y contribuciones derivadas del mantenimiento y funcionamiento del cementerio parque.

De esto se colige que la parcela está afectada al pago de dicha deuda, con un esquema legal similar al vigente en el derecho real de propiedad horizontal común, y el especial que se aplica a los conjuntos inmobiliarios (conf. arts. 2048, 2081 y concs.).

Por ende, es lógico suponer que pueda ser embargada y ejecutada para cubrir la deuda, aplicándose para su percepción la vía ejecutiva, propia de las expensas.

No incide tampoco en este caso, el estado de ocupación de la sepultura.

La jurisprudencia ha contemplado también la posibilidad de trabar embargos sobre las sepulturas por otras deudas contraídas por sus titulares, en tanto y en cuanto ellas estén vacías, pues en caso contrario debe primar el respeto a los difuntos por sobre los intereses de los acreedores.

Este criterio no ha tenido favorable acogida en el Código Civil y Comercial, que de modo taxativo indica los casos en que procede el embargo, insisto, sin ponderar para ello su estado efectivo de ocupación.

III. JURISPRUDENCIA

En una quiebra, es procedente la ejecución de parcelas ubicadas en un cementerio privado, que no han sido utilizadas, pues en estas condiciones no se presentan los presupuestos que justifican la inembargabilidad del bien, que están relacionados —como es obvio— con el uso que se ha asignado a la porción de terreno, en tanto se cumpla efectivamente, sumado a que esos bienes generan gastos de mantenimiento a un deudor insolvente, por lo que carece de sentido proscribir su ejecución, excluyéndolos del desapoderamiento (CNCom., sala A 7/9/1996, cit. por Lambois, Susana, "Cementerios privados", p. 41).

Art. 2111.— Relación de consumo. La relación entre el propietario y el administrador del cementerio privado con los titulares de las parcelas se rige por las normas que regulan la relación de consumo previstas en este Código y en las leyes especiales.

I. RELACIÓN CON LA LEY 24.240. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El precepto en estudio presenta una clara vinculación con el artículo primero de la ley 24.240 (t.o. ley 26.361) que tiene por objeto la defensa del consumidor o usuario, entendiéndose por tal a toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, quedando comprendida en el caso la adquisición de derechos en tiempos compartidos, clubes de campo, cementerios privados y figuras afines.

El Código Civil y Comercial suprime de dicho precepto la mención a los conjuntos inmobiliarios y cementerios privados, pero al mismo tiempo regula de manera exhaustiva a los contratos de consumo en el Título III de su Libro III, cuyas soluciones se aplican por ende a todo aquel que adquiera la propiedad de una parcela en un cementerio privado y se incorpore a ese sistema.

II. COMENTARIO

Las relaciones jurídicas que se derivan de la adquisición de parcelas en un cementerio privado quedan sujetas a la normativa de protección al consumidor

Los cementerios privados, al igual que los públicos, brindan un servicio público, como es el atinente a la inhumación de cadáveres.

Ello así, aunque la gestión y desarrollo de estos emprendimientos se encuentren en manos de particulares, cuyo desempeño será siempre supervisado por el Estado local, en ejercicio del poder de policía mortuorio, que no puede resignar ni renunciar por el hecho de autorizar la instalación de una necrópolis privada en el radio de su jurisdicción.

En verdad, la autoridad pública tiene la obligación de proveer a la protección de los derechos de los particulares en estas lides, y a controlar de manera permanente la calidad y eficiencia de los servicios concedidos a los desarrollistas privados.

Por ende, todo aquel que se incorpore a estos complejos reviste la condición de consumidor y queda cubierto por toda la normativa vigente en la materia, a la que remite el precepto en cuestión (v.gr. las disposiciones del Título III del Libro III del Código Civil y Comercial, la ley 24.240 y demás disposiciones dictada a consecuencias de ellas).

Así, a los interesados en adquirir el derecho real de sepultura sobre una o más parcelas del complejo se les debe suministrar información clara, fidedigna y completa sobre su funcionamiento, los derechos y obligaciones que deberán afrontar a futuro, el régimen de la administración, la naturaleza del derecho que se les concederá, de manera que puedan decidir la concertación del negocio con total libertad de elección y en condiciones de trato digo y equitativo.

Art. 2112.— Derecho real de sepultura. Al derecho de sepultura sobre la parcela se le aplican las normas sobre derechos reales.

I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto

El derecho real de sepultura no está consagrado en el Código velezano, por la simple y sencilla razón que en ese cuerpo de normas no se admite la existencia de otros cementerios que no sean los de índole pública, gestionados por los municipios (conf. arts. 2340 y 2344).

Y éstos, a través de sendos actos administrativos, conceden el uso de distintos sectores del cementerio a los particulares, para la sepultura de sus deudos, con el permiso para la construcción de bóvedas o nichos, en su caso (derecho a sobreelevar), generándose así, a favor de los particulares, derechos reales administrativos, que se rigen por el derecho público y exceden por tanto, el esquema que presenta el Código Civil. Ello así, aunque las directivas del derecho privado, por vía de analogía y en subsidio, puedan resultar aplicables también a los casos concretos, frente al silencio u omisión de las disposiciones pertinentes.

El derecho real nace así del acto administrativo de concesión, que puede ser onerosa o gratuita, perpetua o temporaria y que le confiere a su titular la facultad de utilizar y servirse de la cosa, de acuerdo a los fines específicos que se le indican (v.gr. inhumación de cadáveres, posibilidad de efectuar las construcciones y mejoras que resulten procedentes de acuerdo a esos objetivos).

Respecto de la identidad del derecho real administrativo que se le concede al beneficiario, mayoritariamente se entiende que se trata de un derecho real de superficie, que por su origen público, no está alcanzado por las limitaciones del art. 2614 del Código Civil ni por la ley 25.509.

El Código Civil y Comercial, sin variar el régimen que antecede (el que por ende, sigue vigente por ser ajeno al derecho privado), cubre dicha laguna normativa y consagra un nuevo derecho real para los adquirentes de sepulturas en los cementerios privados.

II. Comentario

1. El derecho real de sepultura

Se incorpora al régimen jurídico un nuevo derecho real, el de sepultura sobre las parcelas en que se subdivida la necrópolis desarrollada y gestionada por iniciativa de los particulares.

En rigor, existe una imprecisión terminológica, si se conjuga este precepto con la nómina de los derechos reales admitidos por el art. 1887, que alude en su inc. f) a los "cementerios privados".

Se reitera que el nuevo derecho no recae sobre el cementerio como tal, sino sobre las parcelas que surjan de su fraccionamiento interno, destinadas a sepultura.

La sepultura, es un derecho real inmobiliario sobre cosa parcialmente propia (la parcela, pero no el resto del complejo y sus instalaciones comunes); es principal, y no accesorio, pues no depende de otra prerrogativa para existir como tal; es registrable, atento a lo dispuesto por los arts. 1890 y 2106 y se ejerce por la posesión (conf. art. 1891).

En cuanto a la adquisición del derecho real de sepultura se puede verificar por actos *inter vivos* y a título singular con título y modo (v.gr. compraventa y tradición) más su toma de razón en los Registros correspondientes (el de la Propiedad Inmueble y el interno que a estos fines debe llevar el administrador del complejo) para su oponibilidad a terceros; también por sucesión (testamentaria o intestada) en los derechos del causante y propietario inicial.

Teóricamente es posible la adquisición del derecho real de sepultura por usucapión, atento a su condición de potestad real que se ejerce por la posesión.

Empero, es difícil que este caso se verifique en la práctica en los cementerios privados, especialmente respecto de terceros totalmente ajenos al complejo, que practiquen inhumaciones en parcelas vacías a espaldas del propietario o administrador. En cambio, sí puede ser factible la prescripción adquisitiva que uno de los cotitulares del derecho real de marras pueda practicar contra los restantes, impidiéndoles el ejercicio de las facultades inherentes a esa prerrogativa, o cuando aquéllos se desentiendan de sus deudos y no asistan al camposanto ni participen en el pago de las expensas y demás erogaciones derivadas de su mantenimiento.

2. La suerte de los derechos reales concedidos sobre parcelas de cementerios privados preexistentes al Código Civil y Comercial

El respeto a los derechos adquiridos y a la propiedad privada exige reconocer la vigencia de los derechos que se hayan concedido a los adquirentes de sepulturas, aunque no se ajusten al esquema que plantea el Código.

De aquí que la operatividad de esta nueva figura en el espectro de los derechos reales rige para aquellos cementerios gestionados por manos privadas que se habiliten con posterioridad a la entrada en vigencia del Código (o que se encuentren en trámite de aprobación a ese momento).

Por ende, corresponde atender a las soluciones que en esta materia estaban en boga con anterioridad a la sanción del texto legal en análisis, sea que se hayan encausado en el ámbito de los derechos personales o en el de las potestades reales.

En el primer caso, una vez concluidos (v.gr. si se derivan de un contrato de lo-

cación), sí deberán ajustarse a las directivas de la normativa de fondo en vigencia, lo que implicará la adecuación de los reglamentos de estos complejos a las reglas del capítulo en análisis.

Si se tratara de derechos reales, la solución debe ser equivalente.

En esta órbita, las figuras más utilizadas han sido el derecho real de propiedad horizontal y el de uso.

En el primer supuesto, dada la perpetuidad de esa potestad real, entiendo que seguirá vigente sin cambio alguno, pero aplicando las soluciones consagradas en el presente capítulo a su ejercicio efectivo.

En el segundo, atento a la temporalidad del derecho, a su conclusión con la muerte del usuario, la administración del complejo sí deberá ajustar su normativa interna a las directivas del Código y por ende, conferir a los sucesores del titular inicial el derecho real de sepultura aquí estudiado.

Art. 2113.— Normas de policía. El administrador, los titulares de sepulturas y los visitantes deben cumplir con las leyes, reglamentos y demás normativas de índole nacional, provincial y municipal relativas a la policía mortuoria.

I. COMENTARIO

El respeto a las normas de policía mortuoria

El poder de policía mortuorio que, como ya se señaló, involucra todas las actividades orientadas a la inhumación, exhumación, reducción o traslado de cadáveres y restos humanos, reposa en manos de la autoridad comunal, por más que admita la instalación en el ámbito espacial donde gobierne, de uno o más emprendimientos privados que puedan cumplir con este servicio público, que a estos efectos serán permanente supervisados y controlados.

De aquí que todas y cada una de las personas involucradas en las distintas relaciones jurídicas que se derivan de la erección de estos camposantos, su funcionamiento y desarrollo y la comercialización de las parcelas que surjan de su división interna, están obligadas a acatar la normativa vigente en la materia, que en modo alguno pueden derogar o evadir en su efectivo cumplimiento por pactos privados en contrario, por ser éste un asunto de estricto orden público.

De manera no taxativa, el precepto en estudio alude al administrador del complejo, a los adquirentes de parcelas con destino a sepulturas y a los eventuales visitantes de aquél.

1505A esta nómina hay que incorporar obviamente al propietario del complejo general, y a cualquier persona que cumpla tareas o servicios temporarios o permanentes en él (personal de mantenimiento, aseo, seguridad y vigilancia, empleados administrativos, paisajistas y jardineros, etc.).

II. JURISPRUDENCIA

La explotación de los cementerios privados implica la prestación de un servicio público por autorización o concesión estatal, y queda por tanto sujeta al permanente ejercicio del poder de policía (SC Mendoza, 28/5/1999, LLGran Cuyo, 2000-738).

TÍTULO VII

SUPERFICIE

Por LILIAN N. GURFINKEL DE WENDY

Bibliografía sobre la reforma: CORNA, PABLO M. - FOSSACECA (H.), CARLOS A., "Comentario al derecho de superficie del Proyecto de Código Civil y Comercial Unificado", 14/11/2012, Rev. de Derechos Reales, IJ-LXVI-537; GURFINKEL DE WENDY, LILIAN, "Superficie", en RIVERA, JULIO CÉSAR (dir.) y MEDINA GRACIELA (coord.), *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012

Bibliografía clásica: ALLENDE, SALVADOR, *Derecho real de superficie*, Encuentro de Escribanos Noveles, Rosario, 1988; ALTERINI, JORGE, "Derecho real de superficie", Rev. del Notariado 850, 1977, p. 17; íd., ALTERINI, JORGE, "El derecho de superficie en el Proyecto de Código Civil de 1998", Rev. del Notariado, Nº 850, 1997, p. 10; ANDORNO, LUIS O., "Superficie forestal", JA, nro. esp., 27/8/2003; BARBERO, DOMÉNICO, *Sistema del derecho privado*505, t. II, Buenos Aires, 1967; CALEGARI DE GROSSO, LYDIA, "El derecho real de superficie forestal. Un microsistema dentro de la legislación forestal", JA, nro. esp., 2003-III-fasc. 9, p.38;

AF31505FLAH, LILY y SMAYEVSKY, MIRIAM, "Inclusión del derecho de superficie en el proyecto de unificación legislativa civil y comercial", LA LEY, 1988-C, 705; GOLDENBERG, ALICIA, "El derecho real de superficie: su aplicación a las actividades productivas en la República Argentina", LA LEY, 2003-C; GURFINKEL DE WENDY, LILIAN, "Derecho real de superficie forestal", en BUERES, ALBERTO - HIGHTON, ELENA cs1, *Cydigo Civil y normas complementarias*, t. 5C, 2Є ed.,Hammurabi; "Estado actual de debate acerca de la regulaciyn del derecho real de superficie", JA, 2001-I-973; HIGHTON, ELENA, *Hipoteca, la especialidad en cuanto al crŭdito*. Ariel, 1981; HD., *Ponencia presentada en la X Jornadas Nacionales de Derecho Civil*; KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA y PUERTA DE CHACYN, ALICIA, *Derecho real de superficie*, Astrea, 1989; MARIANI DE VIDAL, MARINA, "Derecho real de superficie forestal", LA LEY, nro. esp., 13/11/2002; PUJOL DE SIZZIA, IRENE, LINARES DE URRUGUITY, MARTHA, "Consideraciones en torno al derecho real de superficie", JA, 16/1/2002; HD., Ponencia en las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Libro de Ponencias, t. I; ROCA SASTRE, RAMYN, "Ensayo sobre el derecho de superficie", Rev. Crhtica de Derecho Inmobiliario, Madrid, 1961, p. 8.

***

Art. 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 disposiciyn material y jurнdica del derecho de plantar, forestar o construir, o sobre lo plantado, forestado o construido en el terreno, el vuelo o el subsuelo, segъn las modalidades de su ejercicio y plazo de duraciyn establecidos en el tнtulo suficiente para su constituciyn y dentro de lo previsto en este Tнtulo y las leyes especiales.

I. RELACIYN CON EL CYDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

La concepciyn del derecho de superficie tal como se lo consideraba en el derecho romano no sylo no ha sido receptada en el Cydigo de Vйlez, sino que йste prohibнa

expresamente la constituciyn de todo derecho de superficie (art. 2614). De allн que en la enumeraciyn del art. 2503 no figuraba el derecho de superficie, exclusiyn explнcita si se tiene en cuenta que en la nota respectiva se dejaba establecido que "No enumeramos el derecho del superficiario ni la enfiteusis, porque por este Cydigo no pueden tener lugar".

Actualmente admiten la superficie, entre otros paнses, Francia, Espaca, Italia, Portugal, Bйlgica, Alemania, Austria, Suiza, Japyn, Bolivia, Perъ, Cuba y los Cydigos de Quebec de 1991, de Holanda de 1992, el nuevo Cydigo Civil brasileco, y el Cydigo Civil catalбn.

La instituciyn de la superficie fue repetidamente recogida en nuestro paнs en los Proyectos de 1987, 1993 y de 1998. Por su parte la ley 25.509 introdujo la superficie forestal en forma limitada, es decir aplicada dentro del reducido marco del rйgimen de promociyn forestal.

Fuentes: Proyecto de Cydigo Unificado de 1998, art. 2018.

142Її. COMENTARIO

El derecho de superficie ha sido concebido de manera amplia, es decir: otorgando a su titular facultades para plantar, forestar o construir, a diferencia de algunas legislaciones extranjeras, que sylo contemplan la posibilidad de edificar. Ademбs esas construcciones o plantaciones pueden realizarse sobre lo ya construido o plantado, siguiendo el ejemplo del Cyd. Civil catalбn y el de Quebec.

1. їDerecho sobre cosa propia o ajena?

cfl En una primera etapa el titular de dominio del terreno concede a una persona —fнsica o jurнdica— la facultad de edificar o de plantar en ese inmueble. Mientras tal construcciyn no exista faltarб el objeto directo sobre el que se ejercerб el derecho real de superficie. De allн que la opiniyn autoral tanto nacional como extranjera se inclina por separar *el derecho de edificar* de la *propiedad superficiaria*.

Hay aquн una clara desmembraciyn del derecho real: en tanto que el dominio vacuo es conservado por el titular del terreno, el superficiario accede a su dominio ъtil. Por ello, el art. 2114 define el derecho de superficie como aquel que se constituye sobre inmueble ajeno.

Una vez efectuada la obra serб йsta el objeto inmediato del derecho real de superficie y es sobre esa construcciyn o plantaciyn que se ejercerбn las facultades que conforman el contenido de la propiedad superficiaria.

Este desdoblamiento del derecho real queda claramente explicada por Kemelmajer de Carlucci y Puerta de Chacyn cuando analizan el derecho de superficie en sus dos manifestaciones: el denominado *ius edificandi*, que es el derecho de usar un inmueble ajeno con un fin determinado (construir o plantar para hacerse dueco de su producido) y la *propiedad superficiaria* que es el derecho real a tener, mantener, gozar y disponer de lo edificado.

Como todos los derechos reales, el de superficie queda sujeto a las normas que lo regulan por aplicaciyn del principio del *numerus clausus* y de las leyes especiales.

2. Temporalidad del derecho

La distinciyn efectuada en el acбpite anterior entre el derecho de forestar y la propiedad superficiaria, ambos aspectos integrantes del concepto de derecho superficie, no sylo tiene importancia para establecer la naturaleza jurнdica de esta especie, sino que incide en su extensiyn y caracteres.

Se define el derecho de superficie como *derecho real temporario*, aspecto en el que coincide la doctrina y la legislaciyn comparada. Ahora bien, cuando se establece por ley el plazo mбximo de duraciyn se entiende que йste se computarб desde la adquisiciyn del derecho, esto es, desde que el superficiario, reunidos los requisitos de tнtulo y modo, tiene el uso del terreno y puede comenzar la construcciyn o la plantaciyn.

Art. 2115.— Modalidades. El superficiario puede realizar construcciones, plantaciones o forestaciones sobre la rasante, vuelo y subsuelo del inmueble ajeno, haciendo propio lo plantado, forestado o construido.

Tambiйn puede constituirse el derecho sobre plantaciones, forestaciones o construcciones ya existentes, atribuyendo al superficiario su propiedad.

En ambas modalidades, el derecho del superficiario coexiste con la propiedad separada del titular del suelo.

Art. 2116.— Emplazamiento. El derecho de superficie puede constituirse sobre todo el inmueble o sobre una parte determinada, con proyecciyn en el espacio aйreo o en el subsuelo, o sobre construcciones ya existentes aun dentro del rйgimen de propiedad horizontal.

La extensiyn del inmueble afectado puede ser mayor que la necesaria para la plantaciyn, forestaciyn o construcciyn, pero debe ser ъtil para su aprovechamiento.

I. RELACIYN CON LA LEY 25.509. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El art. 12ε, ley 25.509, modificp3 el art. 2614 del Cyd. Civil eliminando la prohibiciyn de constituir derechos de superficie, en tanto que el art. 13 agregy, como inciso 8ε, "La superficie forestal" como derecho real. Si bien este derecho real creado por la ley 25.509 se incorpory como tal a la legislaciyn civil no puede ser interpretado fuera del contexto de los regнmenes de promociyn, en el caso, forestal.

Esta interpretaciyn literal del art. 1ε de la ley citada lleva a sostener que el cumplimiento de los requisitos de la ley 25.080 (a la cual remite) es un presupuesto condicionante y necesario para la constituciyn del derecho real de superficie forestal (Mariani de Vidal). No serб suficiente la calificaciyn del inmueble como apto para forestaciyn, sino que serб necesaria la aprobaciyn del proyecto de inversiyn que se promueve, que deberб incluir un estudio del impacto ambiental, descripciyn de actividades, detalle de superficies forestadas por especie y por aco, tнtulos de propiedad

de los inmuebles afectados al emprendimiento, etc. (arts. 5ε ley 25.080 y 2ε decreto 133/1999).

Se ha pretendido ampliar el бmbito de aplicaciyn de la ley 25.509 mediante una interpretaciyn amplia en un doble aspecto: a) el derecho real de superficie forestal abarca no sylo la actividad maderera, sino que se extiende a toda explotaciyn forestal y en general del mundo agrario: trigo, маnz, sorgo, soja, algodyn, yerba mate, tabaco, vid o frutas; y b) el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley 25.080 sylo serб exigible a quienes pretendan aprovechar los beneficios fiscales que йsta brinda (Alterini, Puerta de Chacyn).

Sin embargo, en una u otra interpretaciyn, la modalidad legalmente admitida para la superficie es una sola: la forestaciyn.

Fuente: Proyecto de Cydigo Unificado de 1998, art. 2025.

II. Comentario

Como ya lo anotamos en el artнculo anterior, el nuevo texto otorga al derecho de superficie su mбxima extensiyn en cuanto al destino: no sylo forestaciyn (como en el rйgimen vigente) sino tambiйn plantaciones y construcciones.

En consonancia con lo propuesto en las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil corresponde otorgar al tйrmino forestar una interpretaciyn amplia, comprensiva de distintas plantaciones, y no circunscribirla a las especies arbyreas.

Cabe destacar que no sylo se podrб edificar sobre el suelo, sino tambiйn sobre construcciones ya existentes, y agrega el art. 2116 "aun dentro del rйgimen de propiedad horizontal". Claro estб que en esta ъltima situaciyn se deberб contar con la aprobaciyn unбnime de los consorcistas, previo cumplimiento de las normas que rigen el instituto.

Emplazamiento

El objeto del derecho real de superficie es un inmueble. A diferencia de lo normado en la ley 25.509, que imponнa restricciones respecto a la condiciyn del inmueble (debнa ser apto para forestaciyn o silvicultura), el art. 2115 no fija lнmites al respecto; sin embargo, si el derecho de superficie se constituye para construir, plantar o forestar, va de suyo que el inmueble debe ser apto para el destino fijado en el contrato a que se refiere el art. 2119.

Tomando el ejemplo del derecho espacol, el superficiario tiene la facultad de realizar construcciones o edificaciones en la rasante, en el vuelo y el subsuelo.

Teniendo en cuenta que la doctrina nacional admite la constituciyn de derechos reales sobre partes materialmente determinadas de un inmueble, el art. 2116 admite que coexistan sobre un mismo predio un derecho de superficie, con otros de la misma нndole u otros derechos reales de disfrute "que constituya el dueco del suelo en distintas partes materiales del inmueble. Lo que no es factible es la coexistencia de mбs de un derecho de superficie u otras desmembraciones del dominio sobre la misma parte material de un inmueble" por aplicaciyn del principio de concurrencia que rige en materia de derechos reales (art. 1913) (Puerta de Chacyn, Pujol, Linares, Bressan y Kemelmajer de Carlucci).

El art. 2116, que comentamos, autoriza la constituciyn del derecho sobre la totalidad del inmueble o sobre una parte de йl, medida que estarб relacionada con las necesidades de construcciyn o forestaciyn para la cual se destinarб la cosa. En ese sentido, el titular dominial podrб dividir materialmente el inmueble y aprovecharlo de distintas maneras, sea en forma directa o constituyendo diversos derechos reales sobre cada una de las partes del fundo.

Art. 2117.— Plazos. El plazo convenido en el tнtulo de adquisiciyn no puede exceder de setenta acos cuando se trata de construcciones y de cincuenta acos para las forestaciones y plantaciones, ambos contados desde la adquisiciyn del derecho de superficie. El plazo convenido puede ser prorrogado siempre que no exceda de los plazos mбximos.

I. Relaciyn con la ley 25.509. Fuentes del nuevo texto

El art. 6ε, ley 25.509, establece un plazo mбximo de cincuenta acos para el ejercicio del derecho real de superficie que se constituya para forestaciyn, teniendo en cuenta el tiempo de crecimiento de las especies cuya explotaciyn resulta productiva y la ecuaciyn costo beneficio, es decir en que tiempo la inversiyn realizada puede resultar productiva para el superficiario. La norma citada prevй que en caso de pactarse plazos mayores "el excedente no valdrб a los efectos de esta ley".

Fuente: Proyecto de Cydigo Unificado de 1998, art. 2018.

II. Comentario

El derecho de superficie es por definiciyn temporario, es decir, estб destinado a durar por un cierto tiempo que, en principio, es convenido por las partes. Sin embargo, a fin de garantizar ese carбcter esencial de la temporalidad, el artнculo que analizamos establece plazos mбximos: 70 acos si la superficie es utilizada para construcciones y 50 acos si es destinada a plantaciones o forestaciones, apartбndose del criterio de fijar un plazo ъnico como lo hacнa el Proyecto de 1998 y la ley 25.509.

En nuestra opiniyn, reiterando los fundamentos sociales y econymicos que ameritan la creaciyn de este derecho real, establecido legalmente el plazo mбximo dentro del cual deben realizarse las construcciones y/o plantaciones, йste no podrнa ser alterado ni ignorado por convenio entre partes, ya que en materia de derechos reales en general y en el de superficie en particular, estбn en juego intereses que van mбs allб de los meramente personales.

Por otra parte, la pyrroga podrнa perjudicar a terceros que ostenten derechos que se consolidarнan al extinguirse la superficie. Por ello, si bien el plazo originariamente convenido por las partes puede ser prorrogado por ellas, en ningъn caso las sucesivas pyrrogas (si las hubiere) pueden superar los mбximos legales estipulados en esta norma.

La fijaciyn de plazos mбximos diferenciados para la construcciyn por una parte (70 acos) y la plantaciyn y forestaciyn por la otra (50 acos), obedece a los distintos tiempos de vida ъtil y amortizaciyn para actividades tan diversas.

Art. 2118.— Legitimaciyn. Estбn facultados para constituir el derecho de superficie los titulares de los derechos reales de dominio, condominio y propiedad horizontal.

I. RELACIYN CON LA LEY 25.509. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Todo titular de un derecho sobre cosa propia: dominio, condominio, propiedad horizontal, puede desmembrarlo y constituir un derecho real de superficie a favor de una persona fнsica o jurнdica.

En la ley 25.509 el derecho de superficie forestal puede ser constituido a favor de un tercero por los titulares de dominio o condominio pero no se menciona si se refiere sylo a titulares regidos por el derecho privado o tambiйn comprende tierras del dominio pъblico; sin embargo, en el dec. 133/1999 cuando, entre los requisitos a cumplir para la aprobaciyn del proyecto de inversiyn, requiere presentar el permiso de ocupaciyn de propiedades fiscales, en caso de corresponder (art. 2є, 3, a), lo cual hace su

dbchponer que la ley de superficie forestal se aplica tambiйn a tierras fiscales.

Fuente: Proyecto de Cydigo Unificado de 1998, art. 2019.

II. COMENTARIO

El artнculo que comentamos se refiere a los legitimados para constituir el derecho de superficie sin aclarar si se describe ъnicamente a titulares de inmuebles de propiedad privada ъnicamente o incluye aquellos del dominio privado del Estado.

Entendemos que la interpretaciyn correcta es considerar incluidos tanto a los titulares particulares como a los inmuebles comprendidos en el dominio privado del Estado; por su parte, los inmuebles de dominio pъblico quedarнan excluidos, aun cuando pudiera existir alguna normativa de derecho administrativo que reglara esta instituciyn.

En este sentido, las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil proyectaron *de lege ferenda* que "el derecho de superficie puede tener por objeto los inmuebles de los particulares y del Estado. Estos ъltimos podrбn ser objeto de reglamentaciyn especial."

En nuestro paнs el "Proyecto de planeamiento urbano y acceso a la vivienda", del diputado nacional Marcelo Arabolaza, reglaba el derecho de superficie a constituir sobre inmuebles de dominio del Estado nacional, provincial o municipal, con fines urbanнsticos.

En tal sentido el Cydigo de Portugal (art. 1527) establece una regla que nos parece acertada, legislando que "el derecho de superficie constituido por el Estado o por personas colectivas pъblicas en terrenos de su dominio pъblico queda sujeto a legislaciyn especial y subsidiariamente, a las disposiciones de este Cydigo".

Art. 2119.— Adquisiciyn. El derecho de superficie se constituye por contrato oneroso o gratuito y puede ser transmitido por actos entre vivos o por causa de muerte. No puede adquirirse por usucapiyn. La prescripciyn breve es admisible a los efectos del saneamiento del justo tнtulo.

I. RELACIYN CON LA LEY 25.509. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El art. 5є de la ley 25.509 limita la adquisiciyn del derecho de superficie al contrato oneroso o gratuito, a pesar de lo cual alguna doctrina ha entendido que la transmisiyn por muerte, en tanto adquisiciyn derivada, no queda expresamente prohibida.

El contrato de constituciyn del derecho real de superficie forestal, sea oneroso o gratuito, instrumentado en escritura pъblica, configura el tнtulo suficiente a los fines legales, a lo que se suma la tradiciyn traslativa que cumpliera los requisitos de los arts. 2601, 2602 y 2603 del Cyd. Civil. La inscripciyn del derecho real de superficie forestal en el Registro de la Propiedad Inmueble es, como lo secala este art. 5є, ley 25.209, "a los efectos de su oponibilidad a terceros interesados", lo que ratifica el principio adoptado para la mayorнa de los derechos reales.

En este aspecto el art. 5є ordena al Registro de la jurisdicciyn correspondiente abrir un *nuevo folio correlacionado con la inscripciyn dominial precedente*, orden cuya implementaciyn queda sujeta a las normas locales. Es evidente que la ley ha querido independizar los avatares del derecho real de dominio en cabeza del nudo propietario, de los derechos que pudiera constituir el superficiario en el futuro.

Dado el carбcter mixto del derecho real de superficie forestal, una vez finalizada la etapa de forestaciyn se adquiere la propiedad superficiaria por conversiyn del derecho de forestar (Allende).

Fuente: Proyecto de Cydigo Unificado de 1998, art. 2026.

AF50II. COMENTARIO

El artнculo que comentamos mantiene la forma de adquisiciyn por contrato oneroso o gratuito ya normada en la ley 25.509 antes referenciado, pero aclara otros aspectos que habнan suscitado dudas a partir de la vigencia de aquella legislaciyn.

1. Transmisiyn por causa de muerte

Teniendo en cuenta que la ley 25.509 sylo prevй la constituciyn del derecho de superficie por contrato oneroso o gratuito, que el Proyecto de 1998 utilizaba la expresiyn genйrica adquisiciyn derivada (art. 2026) y las opiniones diversas que generaba ese lenguaje dudoso, el art. 2119 opty que expresar claramente que el derecho de superficie puede ser transmitido por causa de muerte.

En este punto se tomy en cuenta la conclusiyn 10) de las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil que lo caracterizy como un derecho que "el superficiario podrб transmitir por actos entre vivos o *mortis causa*".

El derecho de superficie podrб ser enajenado por actos entre vivos o por causa de muerte, sujeto al plazo mбximo de extinciyn fijado por la ley o al convenido en el acto de constituciyn de la superficie; en este sentido guarda relaciyn con el derecho

real de usufructo, en el cual el usufructuario puede transmitir su derecho limitado a la duraciyn de su propia vida (art. 2142).

2. Prescripciyn

Existнa un arduo debate doctrinal acerca de la posibilidad de adquirir este derecho real por prescripciyn. En este punto debe analizarse separadamente la usucapiyn de la prescripciyn breve. Con relaciyn a la primera, ya sea que se analice la adquisiciyn del derecho de forestar o del derecho sobre una plantaciyn existente, resulta claro que si no preexiste un derecho de superficie todo lo que se construya o plante sobre terreno o edificio ajeno corresponderб al titular de dominio por aplicaciyn del principio de accesiyn.

De allн que la norma que analizamos expresa claramente que el derecho de superficie no puede adquirirse por usucapiyn. En el mismo sentido el Proyecto de 1998 resolvнa la no usucapibilidad del derecho de construir o forestar al establecer que el mismo *sylo* se adquiere por adquisiciyn derivada (art. 2026) por lo que siendo la usucapiyn un modo originario de adquisiciyn el mismo quedaba excluido.

En el rйgimen de la ley 25.509 Areбn opina que no es aplicable la usucapiyn. En el mismo sentido se han expedido Papaco, Kiper, Dillon y Causse, descartando ella en cualquiera de sus versiones.

Por el contrario, tratбndose de la prescripciyn breve, en el caso que la superficie hubiera sido constituida por justo tнtulo y el superficiario ejerciera la posesiyn por diez acos, йsta podrн a ser admitida, jugando un importante papel en el saneamiento de los tнtulos (Andorno).

A fin de dar soluciyn legislativa a este tema, el art. 2119 consigna que la prescripciyn breve es admisible a los efectos del saneamiento del tнtulo.

Art. 2120.— Facultades del superficiario. El titular del derecho de superficie estб facultado para constituir derechos reales de garantнa sobre el derecho de construir, plantar o forestar o sobre la propiedad superficiaria, limitados, en ambos casos, al plazo de duraciyn del derecho de superficie.

El superficiario puede afectar la construcciyn al rйgimen de la propiedad horizontal, con separaciyn del terreno perteneciente al propietario excepto pacto en contrario; puede transmitir y gravar como inmuebles independientes las viviendas, locales u otras unidades privativas, durante el plazo del derecho de superficie, sin necesidad de consentimiento del propietario.

I. RELACIYN CON LA LEY 25.509. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

La ley 25.509 confiere al titular del derecho de superficie el uso, goce y disposiciyn jurнdica de la superficie de un inmueble ajeno con la facultad de realizar forestaciyn o silvicultura y hacer propio lo plantado o adquirir la propiedad de plantaciones ya existentes, pudiendo gravarla con derecho real de garantнa.

Tйngase presente al respecto que la forestaciyn o silvicultura a realizar debe serlo en el marco de la ley 25.080 (ver art. 1e apartado 3.3.). De tal modo la extensiyn de la facultad de *usar* queda restringida en un doble sentido: por el tipo de derecho de que se trata y del objeto sobre el que se ejerce, por las normas legales y por las clбusulas contractuales.

Fuente: Proyecto de Cydigo Unificado de 1998, art. 2026

II. COMENTARIO

En forma ampliamente mayoritaria se considera el derecho a construir o forestar como derecho sobre cosa ajena y el derecho sobre la propiedad superficiaria como un derecho sobre cosa propia, un dominio revocable. En consecuencia, nacida la propiedad separada, o adquirida la ya existente, el superficiario tiene sobre la misma los derechos de un dueco, incluyendo la disposiciyn material, claro estб que limitada al tiempo de duraciyn de su derecho.

1. Derecho de usar y gozar

En este punto resulta de especial importancia diferenciar los dos distintos estadios que configuran este derecho real: el derecho de construir, plantar o forestar y la propiedad superficiaria. El primero de ellos, tal como lo caracteriza la doctrina, es el derecho de usar un inmueble ajeno con un fin determinado.

Parece razonable sostener que durante esta etapa el contenido del derecho real de superficie no puede tener la misma extensiyn que el que se ejerce sobre la obra ya terminada. Estamos aquн en presencia de un derecho real que se ejerce sobre cosa ajena y que se ha constituido con un fin determinado, por lo que cabrнan las mismas limitaciones en cuanto al uso que le son aplicables a los titulares de derechos desmembrados como el *uso* o el *usufructo*, en los cuales la facultad de *usar* y *gozar* estб acotada no sylo por las disposiciones legales que rigen cada instituto, sino tambiйn por lo que las partes hubieran pactado al respecto en el acto constitutivo.

2. Derecho de constituir hipoteca

Dado que los bosques o montes son cosas inmuebles por su naturaleza el derecho real de superficie se ejerce siempre sobre un inmueble, por ello con referencia a la facultad de constituir derechos reales de garantнa hay que concluir —a pesar del silencio legal en este aspecto— que los ъnicos admitidos son hipoteca y anticresis.

Con relaciyn a la hipoteca tambiйn habrб que distinguir entre el derecho de construir o forestar y la propiedad superficiaria.

En el primer caso, cabe acotar que la soluciyn del art. 2120 resulta vбlida dentro del contexto general del nuevo Cydigo, teniendo en cuenta que, por una parte, el art. 1883 dispone que el objeto del derecho real "puede consistir en un bien taxativamente secalado por la ley" (en este caso el derecho de construir o forestar) y, por la otra que el art. 2206, al enumerar los legitimados para constituir hipoteca, incluye al titular del derecho de superficie.

Por el contrario, una vez efectuada la construcciyn o la plantaciyn o si el derecho de superficie se constituye sobre edificaciyn ya existente, el superficiario puede vбlidamente constituir hipoteca sobre el inmueble objeto de su derecho, que es ya cosa propia.

En todo caso entendemos que la hipoteca superficiaria no podrнa convenirse por un plazo mayor al que se hubiera estipulado en el contrato de superficie, o mбs alеn del plazo legal del art. 2117.

3. Afectaciyn al rйgimen de propiedad horizontal

El 2c pбrrafo del artнculo que comentamos fue tomado del derecho espacol, en cuanto faculta al superficiario para constituir, sobre la superficie construida, el rйgimen de propiedad horizontal con separaciyn del terreno y podrб transmitir y gravar, como fincas independientes, las viviendas resultantes de la divisiyn, durante el plazo de su derecho, sin consentimiento del propietario.

Art. 2121.— Facultades del propietario. El propietario conserva la disposiciyn material y jurнdica que corresponde a su derecho, siempre que las ejerza sin turbar el derecho del superficiario.

I. Relaciyn con la ley 25.509. Fuentes del nuevo texto

El art. 4c de la ley 25.509 impone severas restricciones al dueco del inmueble sobre el cual se constituye el derecho de superficie, al disponer que el propietario del inmueble afectado a derecho real de superficie forestal no podrб constituir sobre йl ningъn otro derecho real de disfrute o garantнa durante la vigencia del contrato, ni perturbar los derechos del superficiario. Si lo hace, el superficiario puede exigir el cese de la turbaciyn.

Fuente: Proyecto de Cydigo Unificado de 1998, art. 2020.

II. Comentario

La constituciyn del derecho de superficie hace que el titular de dominio hasta entonces pleno o perfecto, lo desmiembre a favor del superficiario y mantenga sylo un dominio imperfecto y como tal, limitado en su contenido.

La enajenaciyn que autoriza el artнculo que comentamos podrб serlo por actos entre vivos o *43mortis causae*, con la obligaciyn para el adquirente de respetar el derecho real constituido en todos sus tйrminos: plazo y condiciones legales y/o pactadas entre las partes. La soluciyn no es novedosa por cuanto en el derecho real de usufructo el Cydigo contiene previsiones anбlogas (conf. art. 2151).

En cuanto a las obligaciones del propietario son fundamentalmente de absteneiyn, no puede realizar acciones que dacen el goce o restrinjan el derecho de quien es titular del dominio desmembrado.

Constituir otros derechos reales de goce o garantнa

La doctrina ha formulado un severo llamado de atenciyn sobre lo que consiaera irrazonable limitaciyn respecto al cercenamiento de las facultades del propietario del suelo, secalando que resulta incomprensible la prohibiciyn de hipotecar que se proyecta de este modo sobre el nudo propietario, lo que —al vedarle que obtenga crйdito ofreciendo en garantнa el inmueble afectado por la superficie— seguramente harб que el propietario exija un canon elevado al superficiario (Andorno, Marian de Vidal).

En este aspecto el nuevo texto, siguiendo los lineamientos del Proyecto de 1998, limita los derechos del propietario ъnicamente en la medida que pudiera turbar los del superficiario, es decir que el primero no sylo conserva las facultades de disposiciyn jurнdica a que se refiere el art. 3c de la ley 25.509, sino que tambiйn mantiene la potestad de constituir otros derechos reales de usufructo o de garantнa, en la medida que no imposibiliten el ejercicio del derecho del superficiario.

Art. 2122.— Destrucciyn de la propiedad superficiaria. La propiedad superficiaria no se extingue, excepto pacto en contrario, por la destrucciyn de lo construido, plantado o forestado, si el superficiario construye, nuevamente dentro del plazo de seis acos, que se reduce a tres acos para plantar o forestar.

I. Relaciyn con la ley 25.509. Fuentes del nuevo texto

La doctrina y la legislaciyn comparada mencionan la pйrdida del objeto como causal de extinciyn del derecho de superficie. En sentido contrario la ley 25.509 dispone que el derecho real de superficie forestal no se extingue por la destrucciyn total o parcial de lo plantado, sujeto a la condiciyn que se plante nuevamente en un plazo no mayor de tres acos. Por lo tanto la causal de extinciyn no serнa ya la desapariciyn del objeto sino el no uso del derecho.

Fuente: Proyecto de Cydigo Unificado de 1998, art. 2028.

II. Comentario

En el mismo sentido que la ley 25.509 y el Proyecto de 1998, el nuevo texto no incluye la destrucciyn de la propiedad superficiaria entre las causales de extinciyn del derecho de superficie; sin embargo este principio estб sujeto a dos condiciones: a) que las partes no hubieran pactado en otro sentido y b) que el terreno no quede desaprovechado e inculto sino que sea reconstruido dentro del plazo de seis (6) acos y si su destino fuera forestaciyn o plantaciyn, que dentro de los tres (3) acos estй nuevamente forestado.

Con respecto del derecho de construir o plantar, la norma que analizamos otorga plazos mбs breves que el que marca el Proyecto de 1998, a los efectos que el titular del derecho de superficie realice sobre el inmueble ajeno las obras para las cuales lo adquiriy, teniendo en cuenta por una parte, las razones de orden econymico-social esgrimidas para legalizar el instituto de la superficie y, por la otra, que desde un punto de vista fбctico resulta razonable suponer que una construcciyn o un sembradho pueden llevarse a cabo en esos lapsos. El plazo de cinco acos a parchtir de la constituciyn del derecho de superficie fue recomendado por la X Jornadas Nacionales de Derecho Civil.

Art. 2123.— Subsistencia y transmisiyn de las obligaciones. La transmisiyn del derecho comprende las obligaciones del superficiario.

La renuncia del derecho por el superficiario, su desuso o abandono, no lo liberan de sus obligaciones legales o contractuales.

Art. 2124.— Extinciyn. El derecho de construir, plantar o forestar se extingue por renuncia expresa, vencimiento del plazo, cumplimiento de una condiciyn resolutoria, por consolidaciyn y por el no uso durante diez acos, para el derecho a construir, y de cinco, para el derecho a plantar o forestar.

I. RELACIYN CON LA LEY 25.509. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El art. 8ε, ley 25.509 establece como causales de extinciyn del derecho de superficie: renuncia expresa, vencimiento del plazo contractual, cumplimiento de una condiciyn resolutoria pactada, consolidaciyn en una misma persona de las calidades de propietario y superficiario, no uso durante tres acos.

Fuente: Proyecto de Cydigo Unificado de 1998, arts. 2021, 2022.

II. COMENTARIO

1. Renuncia

El texto legal (art. 2124) no establece condicionamiento alguno a la renuncia del derecho, sylo manda que ўsta debe ser expresa, en concordancia con el principio de que la intenciyn de renunciar derechos no se presume.

Menciona el art. 2123 que, producida la extinciyn del derecho de superficie por alguna de las causales que secala la ley (renuncia del derecho, no uso o abandono), el superficiario no queda desobligado.

Las obligaciones a cargo de ўste pueden ser de origen legal o contractual, es decir: dispuestas en el Cydigo, leyes especiales, leyes que fijen impuestos, tasas y contribuciones a su cargo relacionadas con la actividad desarrollada en la propiedad superficiaria, o las convenidas con el titular de dominio al momento de la celebraciyn del contrato de constituciyn del derecho real de superficie.

2. Vencimiento del plazo

Habiendo definido el art. 2114 el derecho real de superficie como *temporal*, va de suyo que una de las causas de su extinciyn es, por su naturaleza, el transcurso del plazo mбximo fijado por la ley o el previsto en el contrato.

A diferencia de lo que sucede con la extinciyn por el no uso, que habrб que demandarla y, en su caso, probar los hechos que acrediten la inacciyn del titular del derecho de edificar o forestar, el solo vencimiento del plazo pactado en el contrato produce la extinciyn del derecho de superficie con los efectos que mбs adelante analizaremos.

Otra de las causales contempladas en el art. 2124 se refiere al *cumplimiento de una condiciyn resolutoria,* en clara referencia a los principios generales establecidos en materia de obligaciones bajo condiciyn resolutoria.

523. Consolidaciyn

Por aplicaciyn de las reglas generales, se produce la extinciyn del derecho por consolidaciyn cuando la calidad de dueco del suelo y propietario de la superficie se confunden en una misma persona, sea por sucesiyn, por resoluciyn del contrato por el cual se constituyy el derecho de superficie o por ejercicio del derecho de tanteo.

Producida la extinciyn por consolidaciyn, los derechos y obligaciones del propietario y del superficiario continuarбn con sus mismos alcances y efectos (art. 10, ley 25.509) o como lo expresa mбs claramente la Ley del Suelo (Espaca): "Si por cualquier otra causa se reunieran los derechos de propiedad del suelo y los del superficiario, las cargas que recayeren sobre uno y otro derecho continuarбn gravбndolos separadamente hasta el transcurso del plazo del derecho de superficie" (art. 36, inc. 5).

Por lo tanto, si el derecho del superficiario se extingue por consolidaciyn los gravбmenes reales o personales constituidos tanto por el propietario cuanto por el superficiario subsistirбn, con sus mismos alcances, como si el derecho de superficie no se hubiera extinguido (Andorno). Esta es la soluciyn que recepta el art. 2125.

4. No uso

Teniendo en cuenta la finalidad social y de aprovechamiento econymico del suelo que sustenta la introducciyn de este instituto, la superficie tambiўn se extingue por el no uso durante diez (10) acos del derecho de construir y de cinco (5) acos del derecho de forestar o plantar.

Cabe secalar que el *no uso,* como causal de extinciyn, no sylo se darб por la inacciyn total del titular del derecho de forestar sino tambiўn cuando las obras realizadas se apartan de lo pactado en el acto de constituciyn, situaciyn ўsta que se relaciona con el derecho de uso que tiene el superficiario, que consiste en la utilizaciyn del terreno segъn los fines previstos, tal como sucede en los derechos reales que se ejercen sobre cosa ajena.

Respecto de este tema en las XXV Jornadas Notariales Argentinas (Mendoza, 2000) se analizy como conveniente "la incorporaciyn del no uso o el abandono tбcito, como causal de extinciyn de la propiedad superficiaria, justificando la necesidad socioeconymica del derecho proyectado".

Se ha entendido que la norma que contiene el plazo de extinciyn por no uso no es de orden pъblico, por lo cual admite pactos en contrario (Flah – Smayevsky). En nuestra opiniyn, reiterando los fundamentos sociales y econymicos que ameritan la creaciyn de este derecho real, establecido legalmente el plazo mбximo dentro del cual deben realizarse las plantaciones, ўste no podrнa ser alterado ni ignorado por convenio entre partes, ya que en materia de derechos reales en general y en el de superficie en particular, estбn en juego intereses que van mбs allб de los meramente personales.

En el derecho de dominio el no uso no constituye causal de extinciyn dada su calidad de perpetuo (art. 1942) segъn la cual el dominio subsiste independientemente del ejercicio que se pueda hacer de ўl, por consiguiente, el propietario no deja de serlo aunque no ejerza ningъn acto de propiedad; por el contrario, en el derecho de superficie estб especнficamente reglado que es un derecho temporal que se pierde, entre otras causales, por el no uso. їPodrнa pactarse lo contrario? Entendemos que no, dados los fundamentos que motivan la introducciyn de este nuevo derecho real y el carбcter de orden pъblico de las normas que regulan el funcionamiento de los derechos reales, entre ellas la de su extinciyn (art. 1884).

Art. 2125.— Efectos de la extinciyn. Al momento de la extinciyn del derecho de su505perficie por el cumplimiento del plazo convencional o legal, el propietario del suelo hace suyo lo construido, plantado o forestado, libre de los derechos reales o personales impuestos por el superficiario.

Si el derecho de superficie se extingue antes del cumplimiento del plazo legal o convencional, los derechos reales constituidos sobre la superficie o sobre el suelo continъan gravando separadamente las dos parcelas, como si no hubiese habido extinciyn, hasta el transcurso del plazo del derecho de superficie.

Subsisten tambiйn los derechos personales durante el tiempo establecido.

Art. 2126.— Indemnizaciyn al superficiario. Producida la extinciyn del derecho de superficie, el titular del derecho real sobre el suelo debe indemnizar al superficiario, excepto pacto en contrario. El monto de la indemnizaciyn es fijado por las partes en el acto constitutivo del derecho real de superficie, o en acuerdos posteriores.

En subsidio, a los efectos de establecer el monto de la indemnizaciyn, se toman en cuenta los valores subsistentes incorporados por el superficiario durante los dos ъltimos acos, descontada la amortizaciyn.

I. Relaciyn con la ley 25.509. Fuentes del nuevo texto

Los efectos que causa la extinciyn del derecho de superficie no pueden ser distintos de aquellos asignados a cualquier especie de dominio revocable y en especial la retroactividad, pero este principio cede cuando existe una estipulaciyn expresa en contrario contenida en el acto jurнdico que dio origen a la propiedad revocable o cuando exista una disposiciyn legal que establezca lo contrario, tal como sucede en el caso de extinciyn por consolidaciyn que previй el art. 10, ley 25.509.

El art. 11, ley 25.509, establece que, extinguido el derecho de superficie, se debe indemnizar al superficiario, salvo pacto en contrario, en la medida de su enriquecimiento.

Fuente: Proyecto de Cydigo Unificado de 1998, art. 2023.

II. Comentario

1. Cumplimiento del plazo

El efecto retroactivo de la extinciyn del derecho de superficie produce consecuencias tanto entre las partes como con relaciyn a terceros. Por aplicaciyn del art. 1969 del Cyd. Civ. y Com. actual, que replica el 1er. pбrrafo del art. 2125, el titular de dominio del suelo recobra su plenitud, resultбndole inoponibles las enajenaciones e hipotecas consentidas por el superficiario. De tal modo los actos de disposiciyn realizados por el titular del derecho de superficie quedan sin efecto.

Tratбndose de un derecho real constituido de conformidad con las normas legales e inscripto en el Registro de la Propiedad Inmueble para su oponibilidad, el plazo de su duraciyn goza de la publicidad necesaria para que cualquier tercero interesado en la propiedad superficiaria (acreedor hipotecario, otros acreedores) conozca o pueda fбcilmente conocer cuбl es el plazo de duraciyn del derecho y atenerse a йl.

En cuanto a los actos de administraciyn: contratos de locaciyn o arrendamiento que hubiera celebrado el superficiario, a diferencia de lo normado en el Cydigo de Vйlez (art. 2670) que establecнa que debнan ser respetados (art. 1498), en la normativa actual se invierte el principio y extinguida la superficie por vencimiento del plazo estipulado o el mбximo legal admitido, el inmueble debe ser restituido al titular de dominio libre de toda carga, sin que le sean oponibles los actos celebrados por el superficiario, sean йstos de enajenaciyn o de administraciy n, o en los tйrminos del art. 2125, "libre de los derechos reales o personales impuestos por el superficiario".

2. Otras causas

Si bien la extinciyn del derecho de superficie por el transcurso del plazo determina la de toda clase de derechos reales o personales impuestos por el superficiario, merece especial atenciyn legislativa el supuesto de extinciyn anticipada; en este caso no puede oponйrsele a los terceros, que obtuvieron derechos reales o personales del superficiario, la finalizaciyn del derecho de superficie antes del plazo previsto, segъn lo dispone el art. 2125, que ordena respetar los derechos personales establecidos a favor de los terceros.

En el supuesto que se produjera esta situaciyn, dado que tanto el propietario como el superficiario tenнan facultades de disposiciyn jurнdica y pudieron vбlidamente constituir derechos reales, el primero sobre la nuda propiedad y el segundo sobre lo construido o forestado, resuelve el art. 2125 que el objeto de los gravбmenes (de existir) se mantendrбn separados hasta el cumplimiento del plazo, legal o convencional, del derecho de superficie.

Durante ese mismo plazo subsisten los derechos personales.

3. Indemnizaciyn

El art. 2126 que comentamos establece que, extinguida la superficie, se debe indemnizar al superficiario, salvo pacto en contrario, con el fundamento que se trata de evitar un enriquecimiento injustificado del dueco del suelo o de la construcciyn que le sirviy de soporte. En tйrminos similares se expresaba el Proyecto de 1998 (art. 2023) y el Proyecto de 1987 (art. 2614).

Sin embargo, otras legislaciones adoptan la soluciyn opuesta, es decir que, extinguido el derecho de superficie, el propietario del suelo hace suya la propiedad de lo edificado o plantado sin que deba satisfacer indemnizaciyn alguna (Cyd. Civil catalбn, art. 564-6 pбrrafo 2e; Cyd. espacol, arts. 36/5; Recomendaciyn de las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil).

їCymo se fija la indemnizaciyn?

La regla es que las partes convengan libremente la indemnizaciyn, ya sea en el contrato de superficie o con posterioridad. Tambiйn cabe la opciyn para los contra-

tantes de eximir al nudo propietario del pago de suma alguna o estipular algъn otro tipo de retribuciyn para el superficiario.

Supletoriamente, para el caso que las partes no hubieran hecho previsiyn al respecto, la norma legal fija parбmetros objetivos destinados a valuar la indemnizaciyn: se cuantifican los valores incorporados por el superficiario durante los dos (2) ъltimos acos, y de allн se deduce la amortizaciyn.

En este aspecto la soluciyn legal se aparta del art. 2023 del Proyecto de 1998 en el que se prevй que, extinguido el derecho de superficie, el titular debe indemnizar al superficiario, "en la medida del enriquecimiento". Teniendo en cuenta que la *medida del enriquecimiento* puede ser una fuente de conflictos de difнcil soluciyn, la fyrmula introducida en el nuevo texto resulta a todas luces un avance legislativo.

Art. 2127.— Normas aplicables al derecho de superficie. Son de aplicaciyn supletoria las normas relativas a las limitaciones del uso y goce en el derecho de usufructo, sin perjuicio de lo que las partes hayan pactado al respecto en el acto constitutivo.

Art. 2128.— Normas aplicables a la propiedad superficiaria. Si el derecho de superficie se ejerce sobre una construcciyn, plantaciyn o forestaciyn ya existente, se le aplican las reglas previstas para el caso de propiedad superficiaria, la que a su vez queda sujeta a las normas del dominio revocable sobre cosas inmuebles en tanto sean compatibles y no estйn modificadas por las previstas en este Tнtulo.

NSRSID3021317 I. Relaciyn con la ley 25.509. Fuentes del nuevo texto

La ley 25.509 no contiene normas similares a los artнculos analizados en este apartado.

Fuente: Proyecto de Cydigo Unificado de 1998, arts. 2024 y 2027.

II. Comentario

1. Derecho de edificar, plantar o forestar

Hay que recordar que en el derecho de superficie es necesario visualizar dos planos: en una primera etapa, el titular de dominio del terreno concede a una persona —fнsica o jurнdica— la facultad de edificar o de plantar en ese inmueble. Mientras tal construcciyn no exista tampoco habrб *cosa* en el sentido del art. 1883 del nuevo Cydigo y por ende sylo existirб el derecho de edificar o plantar de la propiedad superficiaria.

De tal manera, en esta etapa en la que hay en cabeza del superficiario un derecho a construir o a plantar, existe un derecho real sobre cosa ajena. Hay aquн una clara desmembraciyn del derecho real: en tanto que el dominio vacuo es conservado por el titular del terreno, el superficiario accede a su dominio ъtil.

Por ello, dada la similitud con el derecho de usufructo, el art. 2127 declara aplicables, supletoriamente, las normas relativas a este instituto, salvo convenciyn en contrario.

2. Derecho sobre la propiedad superficiaria

Una vez efectuada la obra (o forestaciyn) serб йsta el objeto inmediato del derecho real de superficie y es sobre esa construcciyn o plantaciyn que se ejercerбn las facultades que conforman el contenido de la propiedad superficiaria.

En realidad, tanto el titular del suelo cuanto el superficiario ostentan un dominio imperfecto: el del suelo, porque lo ha desmembrado; el superficiario, por ser un dominio temporal y por tanto revocable; de allн que el art. 2128 aplique supletoriamente las normas del dominio revocable a la propiedad superficiaria.

Tнtulo VIII

Usufructo

par0Capнtulo 1

Disposiciones generales

Por Eliana Verynica Braidot

Bibliografнa sobre la reforma: Alterini, Jorge Horacio, *Primeras consideraciones sobre los Derechos reales en el Proyecto de Cydigo*, Academia Nacional de Derecho 2012 (septiembre); Cossari, Nelson, G.A., *Condominio y comuniyn de bienes en el Proyecto del Cydigo Civil de 1998*, ponencia presentada en las Jornadas de Anбlisis del Proyecto del Cydigo civil de 1998, celebradas en la Ciudad de Santa Fe; Luverб, Miguel Engel, "Objeto de los derechos reales. Ubicaciyn. Derecho comparado. Proyecto de Cydigo Civil de 1998", DJ, 2001-3, 931; Smayevsky, Miriam - Corna, Pablo - Vezquez, Marha Gabriela - Alterini, Jorge Horacio, "Derechos reales: objeto de los derechos reales", Revista del Notariado 865, 119.

Bibliografнa clбsica: Alterini, Jorge H., "Usufructo", Revista del Notariado, Nє 809 y 1987, p. 499; De Reina Tartiиre, Gabriel, "Usufructo: derechos y obligaciones del usufructuario antes y despuйs de entrar en el uso y goce", SJA 28/4/2010, Abeledo Perrot on line; Humphreys, Ethel, "Algunas vicisitudes del derecho real de usufructo", LA LEY, 2004-D, 202; Humphreys, Ethel; Righini, Marcelo J.; Mosquera, Celia, "їEs asimilable el usufructo gratuito y vitalicio a la donaciyn, LA LEY, 2006-B, 54"; Lloveras, Nora; Monjo, Sebastiбn; Eppstein, Constanza, "Eї usufructo constituido en vida їvulnera la leghtima? Una interseccіyn a resolver", SJA 31/3/2010; Pepe, Marcelo Antonio, "Usufructo de fondo de comercio". LA LEY 2007-C, 1103; Rodrhguez Saer, A., "Constituciyn del derecho real de usufructo en particiones judiciales", Zeus, t. 32, Nє 2275; Villanustre, C. A., "Ingratitud del donatario, su incidencia en la extinciyn del derecho real de usufructo", DJ, 1999-2-453; Vives, Luis M., ђ3Uso abusivo como causal de extinciyn del usufructo. їO existe otra soluciyn?", SJA 25/11/2009.

* * *

Art. 2129.— Concepto. Usufructo es el derecho real de usar, gozar y disponer jurнdicamente de un bien ajeno, sin alterar su sustancia.

Hay alteraciyn 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.

I. Relaciyn con el Cydigo Civil. Fuentes del nuevo texto

El derecho real de usufructo conserva la misma estructura bбsica que mantenнa el Cydigo sustituido, de manera que mantiene el concepto clбsico del Cydigo de Vйlez establecido en el art. 2807, en orden a la preservaciyn de la materia, forma o destino de la cosa, a excepciyn de una modificaciyn en relaciyn con el usufructo de derechos, al determinar que se altera la sustancia del derecho gravado, si se lo menoscaba.

Constituye su fuente el Proyecto de Cydigo Civil de 1998, arts. 2031 y ss.

II. Comentario

1. Çoncepto

El usufructo es un derecho real autynomo que recae sobre cosa ajena, se ejerce por la posesiyn, y otorga a su titular la facultad de usar y gozar de la cosa sin alterar su sustancia. Mantiene en la definiciyn legal el principio *salva rerum substantia* haciйndolo extensivo a los derechos cuando la ley lo autoriza como novedad. En este derecho real, existe el concurso de un doble derecho: por un lado, el derecho del usufructuario al uso y goce de la cosa; por otro, el derecho del propietario, que conserva la propiedad despojada de la mayor parte de sus ventajas, y, por consiguiente, poco menos que estйril: esta propiedad recibe por eso mismo el nombre de nuda propiedad (Salvat).

2. Caracterizaciyn del usufructo

2.1. *Derecho real sobre cosa ajena.* Recae sobre una cosa ajena, e importa una desmembraciyn de la propiedad pues el propietario sylo conserva la nuda propiedad.

2.2. *De uso y goce.* El usufructuario puede servirse del bien y obtener del mismo todos los frutos que el mismo sea susceptible de producir, es decir, tiene el *ius utendi* y el *ius fruendi* del derecho de propiedad, pero no puede enajenar la cosa, sino que por el contrario tiene el derecho de conservarla, para restituirla al nudo propietario (Salvat). Este uso y goce tiene gran amplitud ya que la ley prevй que puede realizarlo como el propietario mismo (Lafaille).

2.3. *Temporario.* Es un derecho esencialmente temporario, pues su mбxima duraciyn lo constituye la vida del usufructuario, en caso de usufructo a favor de personas fнsicas, o el de cincuenta acos cuando es constituido a favor de persona jurнdica (art. 2152 del Cyd. Civ. y Com.).

2.4. *Intransmisible por causa de muerte.* Nunca se permite que a la muerte de su titular el usufructo se transfiera a los herederos, ni dure por ninguna causa mбs allб de la vida del usufructuario.

2.5. *Carбcter divisible.* El usufructo es divisible, porque puede constituirse por partes separadas. Puede constituirse a favor de varias personas simultбneamente, pero no sucesivamente.

2.6. *¿Servidumbre personal?* Lafaille considera que es una servidumbre personal. La moderna doctrina, entre autores como Alterini y Borda han expresado que no tiene relevancia esta clasificaciyn.

2.7. *El principio "salva rerum substantia".* Este principio viene de los romanos y es receptado en el presente artнculo, tal cual lo hacнa el art. 2807 del Cydigo sustituido. Este principio debe estudiarse a la luz de dos matices distintos, aunque paralelos: no alterar la sustancia en el sentido de materia y tampoco en el sentido de destino (Alterini, J.) Es asн que la conservaciyn de la sustancia del derecho gravado, consiste en no poder modificar sus elementos sustanciales, como el objeto y la causa del objeto gravado y, en algunas situaciones, el cambio de sujetos (Pepe).

III. Jurisprudencia

Es el derecho real de usar y gozar de una cosa, cuya propiedad pertenece a otro, con tal que no altere su sustancia. Implica la desmembraciyn del dominio atribuyendo al usufructuario la posesiyn y el llamado dominio ъtil del bien, quedando para los propietarios —en tanto dure el usufructo— exclusivamente la nuda propiedad (CNCiv., sala A, 26/7/1985, LA LEY, 1985-D, 484).

Art. 2130.— Objeto. El usufructo puede ejercerse sobre la totalidad, sobre una parte material o por una parte indivisa de los siguientes objetos:

a) una cosa no fungible;

b) un derecho, sylo en los casos en que la ley lo prevй;

c) una cosa fungible cuando recae sobre un conjunto de animales;

d) el todo o una parte indivisa de una herencia cuando el usufructo es de origen testamentario.

I. Relaciyn con el Cydigo Civil. Fuentes del nuevo texto

La postura que asigna a la cosa el ъnico objeto posible de los derechos reales, ha sido reformulada por la doctrina, tanto en el Proyecto de Cydigo Civil de 1998, como en el artнculo que comentamos. Es asн que frente a la concepciyn clбsica que entendнa que los derechos reales sylo podнan tener por objeto a las cosas, el Cydigo vigente ampliy su objeto incluyendo a los derechos cuando la ley especialmente lo autoriza. La doctrina moderna y el espнritu del presente artнculo es considerar al derecho representado y no al documento donde йste se plasma como verdadero objeto del usufructo (Alterini) en oposiciyn a la doctrina clбsica que afirmaban que los derechos podнan ser objeto del usufructo, pero sylo cuando estuvieran representados por sus respectivos instrumentos.

Tanto el Proyecto de reforma de 1998 como el Cydigo vigente modificaron la metodologнa del Cydigo Civil sustituido estableciendo una remisiyn a la Parte General del Cydigo en lo referente a la regulaciyn de las "cosas, bienes y patrimonio", reduciendo en gran medida el articulado cuando trata el derecho en particular, en este caso el usufructo.

Fuente: Proyecto de Cydigo Unificado de 1998, art. 2032.

II. Comentario

1. Bienes comprendidos

Luego de la reforma, el usufructo se presenta con varias modificaciones en cuanto a su objeto. Por un lado, se amplнa el mismo, como hemos mencionado, incorporando la posibilidad de que los "derechos" puedan ser objeto del derecho real de usufructo, si estбn expresamente previstos en la ley. Se suprime el usufructo imperfecto o cuasiusufructo. Se permite el usufructo sobre "una parte material" de la cosa. Sylo se admite como excepciyn el usufructo sobre cosas fungibles "si el usufructo es sobre un conjunto de animales". Se elimina el usufructo de crйditos y se precisa que el usufructo sobre un patrimonio solamente puede constituirse por vнa testamentaria (y no contractual), al establecer: que puede ser objeto el todo o una parte de la herencia cuando el usufructo es de origen testamentario. Es asн, que el derecho real de usufructo puede tener como objeto tanto cosas (es decir, objetos materiales susceptibles de tener un valor), como bienes (objetos inmateriales susceptibles de valor).

Acertadamente la doctrina secala que fuera del Cydigo se ha legislado sobre el usufructo de bienes que no son cosas; asн, el usufructo de acciones de las sociedades anynimas (art. 218, ley 19.550) y el usufructo de cuotas de las sociedades de responsabilidad limitada (art. 156 ley 19.550) (Pepe).

2. Usufructo particular y usufructo universal

El usufructo es particular cuando comprende uno o muchos objetos ciertos o determinados, en cambio es universal cuando comprende una universalidad de bienes o una parte alнcuota de la universalidad. La universalidad de bienes sobre la que recae puede ser de hecho, como ejemplo, el usufructo de ganado o fondo de comercio, o bien de derecho que es el caso del usufructo de un patrimonio o de una parte alнcuota de йste.

El Cydigo Civil sustituido reconocнa en forma expresa como especies de usufructo universal, el de un patrimonio o de una parte alнcuota de йl, y el legado de usufructo; como universalidades de hecho, el usufructo de ganado, o el de un fondo de comercio. Ademбs mencionaba la posibilidad de constituir usufructo sobre bienes sin utilidad y por otro lado trana una serie de especificaciones sobre usufructos especiales, segъn la naturaleza del objeto, como el usufructo de bosques, de minas, de ganados, de mercaderна y el usufructo de derechos (arts. 2827, 2900, 2809, 2902, 2844, 2873, 2866, 2902 del Cyd. Civil).

En la actualidad, se han eliminado estos artнculos, debiendo remitirnos a las reglas generales del usufructo y a la parte general del Cydigo actual.

3. Bienes excluidos

El nuevo articulado nada dice acerca de los bienes excluidos, como lo establecнa el anterior Cydigo, remitiйndonos a la parte general. Es asн que no pueden ser objeto del derecho real de usufructo: a) los bienes de dominio pъblico del Estado, Provincias y Municipios, pues estбn fuera del comercio y los bienes del dominio privado salvo que una ley los autorice; b) los bienes dotales, habнan sido derogados taxitamente por las leyes 11.357 y 17.711, durante la vigencia del art. 2840 del Cydigo sustituido, que en el presente Cydigo directamente se eliminy; c) el propio usufructo, yа que implicarна una cesiyn o transferencia prohibida; d) los que recaen sobre el uso y habitaciyn, porque son bienes que no se transmiten personalнsimos; e) hipoteca, prenda, anticresis, separadas del crйdito al cual acceden (anterior art. 2842), por tratarse de derechos reales de garantнa accesorios del crйdito por ellos garantido (Lafaille). En estos casos el usufructo se constituirб en realidad sobre el crйdito, y no sobre el derecho real, que simplemente sigue la suerte del crйdito por su carбcter accesorio; f) servidumbres activas, separadas de los inmuebles a que fueren inherentes (anterior art. 2842). El usufructuario de la finca dominante podrб gozar de las servidumbres que le son ajenas, pero no resulta concebible el usufructo de ellas separadas del predio dominante (Gurfinkel de Wendy); g) Crйditos intransmisibles, como el de alimentos.

III. Jurisprudencia

1. No puede constituirse el derecho real de usufructo sobre bienes del dominio pъblico del Estado; pero sн puede establecerse sobre bienes de su dominio privado, siempre que una ley especial lo autorice (CNCiv., sala B, 7/7/1967, LA LEY, 128-823 - JA, 1967-VI-136 - ED, 21-148).

2. Los anticipos de herencia de acciones con reserva de usufructo y retenciyn de derechos polнticos encuentran como ънica limitaciyn que no fueran efectuados a travйs de una donaciyn entre vivos de ejecuciyn diferida al tiempo del deceso del donante (CNCom., sala F, 2/11/2010, LA LEY, 2011-B, 446 con nota de Iv6n G. Di Chiazza).

3. El pedido de embargo del usufructo del deudor recaerб sobre el "ejercicio del usufructo" y no sobre el usufructo mismo pues si bien es cierto que el usufructo en sн mismo no resulta embargable, el acreedor del usufructuario puede solicitar su embargo a fin de percibir el crйdito pues ello no implica que pase a ser el titular del derecho real de usufructo, el cual es intransmisible (CCiv. Com., Laboral y de Minerна de General Pico, 11/12/2007, La Ley Online).

Art. 2131.— Legitimaciyn. Sylo estбn legitimados para constituir usufructo el dueco, el titular de un derecho de propiedad horizontal, el superficiario y los comuneros del objeto sobre el que puede recaer.

Art. 2132.— Usufructo a favor de varias personas. El usufructo puede establecerse conjunta y simultбneamente a favor de varias personas. Si se extingue para una subsiste para las restantes, pero sin derecho de acrecer, excepto si en el acto constitutivo se prevй lo contrario.

No puede establecerse usufructo a favor de varias personas que se suceden entre sн, a menos que el indicado en un orden precedente no quiera o no pueda aceptar el usufructo.

I. Relaciyn con el Cydigo Civil. Fuentes del nuevo texto

Se mantiene la misma estructura que el Cydigo sustituido contenна en cuanto a

la pluralidad de sujetos, derecho de acrecer y constituciyn sucesiva. Sin embargo se menciona en forma expresa quiйnes estбn legitimados para ejercer este derecho, mencionando al titular de dominio, condominio, propiedad horizontal, y el superficiario.

Parte de la doctrina considera que existe un vacнo legislativo pues al enumerar taxativamente a los titulares de derechos reales legitimados para constituir el usufructo, este artнculo se olvida de incorporar a los derechos reales que el propio Proyecto de reforma del Cydigo Civil de 1998 habнa agregado a la enumeraciyn legal, pues nada se dice de los "conjuntos inmobiliarios", del "tiempo compartido" y del "cementerio privado" (Alterini, J.). En cuanto a la capacidad, el Cydigo actual redujo el articulado, remitiйndose a la parte general.

Fuentes: Proyecto de Cydigo Unificado de 1998, arts. 2033 y 2034.

RSCALEX98II. COMENTARIO

Legitimaciyn y sujetos del derecho real de usufructo: nudo propietario y usufructuario

1.1. El nudo propietario es el titular del derecho real de dominio, que podrб ser singular o plural indistintamente, y que reservбndose la nuda propiedad, otorgarб el uso y goce de la cosa al usufructuario. Nada modifica que йste sea uno o varios, que venda, done o transfiera por cualquier tнtulo su derecho residual, o incluso que muera y la nuda propiedad pase a los herederos testamentarios o *ab intestato*. El usufructo, eso sн, permanecerб inmutable (Gurfinkel de Wendy).

Siendo que el usufructo es una desmembraciyn de la propiedad, sylo el nudo propietario puede constituir el derecho de usufructo con todas las modalidades que juzgue convenientes, y puede establecerlo en forma conjunta o simultбnea en favor de muchas personas, por partes separadas o indivisas, pero no llamadas a gozarlo sucesivamente unas despuйs de otras, aunque estas personas existan al tiempo de la constituciyn del usufructo. Lo contrario serнa prolongar casi indefinidamente la separaciyn de la propiedad de la del usufructo.

1.2. El usufructuario puede ser persona fнsica o jurнdica. La doctrina expresa que pueden plantearse dos hipytesis: que cada uno ejerza su derecho sobre una parte determinada de la cosa, es lo que surge del art. 2132, que dice que puede establecerse conjunta o simultбneamente a favor de varias personas. En este caso no habrнa usufructo de sujeto activo mъltiple, sino tantos usufructos como titulares haya, usufructo que recae sobre las partes materialmente determinadas de la cosa (Alterini, J.), o que cada sujeto ejerza su derecho sobre una parte indivisa de la cosa, que tambiйn autoriza el art. 2132, caso en el cual habrнa una suerte de co-usufructo que se regirнa en gran parte por las reglas relativas al condominio (Borda), al carecer nuestro derecho de normas especнficas sobre comunidad de derechos en general y de la comuniyn de derechos reales en particular (Cossari).

No obstante estos principios generales, el Cydigo establece en el citado artнculo que no puede establecerse usufructo a favor de varias personas que se sucedan entre sн, a menos que el indicado en un orden precedente no quiera o no pueda aceptar el usufructo. Tambiйn establece que si se extingue para una persona, subsiste para las restantes, pero sin derecho de acrecer, excepto si se lo estipula expresamente, cuando uno de varios usufructuarios no puede o no quiere aceptarlo. En el caso que sean varios los usufructuarios y uno fallece, la parte de йste no acrece a los otros y es recuperada por el nudo propietario, a menos que por clбusula expresa se admita que los derechos del muerto pasen a los otros (Salvat, Borda).

Se prohнbe, para evitar la prolongaciyn indefinida de la desmembraciyn de la propiedad, los usufructos sucesivos. Sin embargo, dice el artнculo: "a menos que el indicado en un orden precedente, no quiera o no pueda aceptar el usufructo". Es decir, si el primero de los beneficiados no pudiere o quisiere aceptar el usufructo, podrнa hacerlo en su lugar el segundo de los llamados, pues quien entra en el usufructo serнa el ъnico aceptante hasta que йl muera. La regla es que no puede durar mбs allб de la muerte del usufructuario ni ser constituido a favor de una persona y sus herederos, pues es personal e intransmisible (Salvat, Segovia, Llerena, Machado).

La capacidad que se exige para constituir usufructo por contrato oneroso serб la exigida para vender; para constituir usufructo por contrato gratuito, la de donar, y si se efectъa por testamento se necesitarб capacidad para testar.

III. JURISPRUDENCIA

1. Es nulo de nulidad absoluta el acto por el cual una persona constituyy a favor de su cynyuge un usufructo gratuito y vitalicio de la porciyn indivisa que le corresponde respecto de un inmueble, pues la capacidad que se requiere para constituir dicho acto es la de donar y las donaciones mutuas estбn prohibidas entre esposos (CNCiv., sala F, 2/5/2008, LA LEY, 2008-D, 68 con nota de Eduardo A. Sambrizzi, JA, 2008-IV-496).

2. El propietario puede constituir el derecho de usufructo con todas las modalidades que juzgue convenientes, y puede establecerlo en forma conjunta o simultбnea en favor de muchas personas, por partes separadas o indivisas, pero no llamadas a gozarlo sucesivamente unas despuйs de otras, aunque estas personas existan al tiempo de la constituciyn del usufructo. Lo contrario serнa prolongar casi indefinidamente la separaciyn de la propiedad de la del usufructo, lo que juzgamos que en la Repъblica debe limitarse cuanto sea posible (CCiv. y Com., Lomas de Zamora, sala I, 2/6/2009).

Art. 2133.— Prohibiciyn de usufructo judicial. En ningъn caso el juez puede constituir un usufructo o imponer su constituciyn.

Art. 2134.— Modos de constituciyn. El usufructo puede constituirse:

a) por la transmisiyn del uso y goce con reserva de la nuda propiedad;

b) por la transmisiyn de la nuda propiedad con reserva del uso y goce;

c) por transmisiyn de la nuda propiedad a una persona y el uso y goce a otra.

Art. 2135.— Presunciyn de onerosidad. En caso de duda, la constituciyn del usufructo se presume onerosa.

I. Relaciyn con el Cydigo Civil. Fuentes del nuevo texto

Se prevйn diversos medios por los cuales puede constituirse el usufructo, aunque no de manera enunciativa como lo hacнa el anterior Cydigo en los arts. 2812, 2813 y 2814. Con buen criterio se mantiene la eliminaciyn de la instituciyn del usufructo judicial. Se prohнbe que los jueces de oficio puedan constituir usufructo, lo que no impide que los herederos, llegado el momento de la particiyn de bienes puedan convenir una divisiyn bajo esta modalidad, pero en tal caso, el usufructo serнa convencional. En cuanto a la onerosidad, se continъa con el criterio del Cydigo sustituido. Antes de la reforma, existнa la posibilidad de que nazca el usufructo por disposiciyn de la ley, siendo su ъnica expresiyn el usufructo de los padres sobre los bienes de los hijos, que fue eliminado en el texto vigente.

La presunciyn de onerosidad del art. 2135 reitera la que contiene el art. 2819, Cydigo de Vйlez, aunque no discrimina segъn la fuente del derecho real.

Fuentes: Proyecto de Cydigo Unificado de 1998: arts. 2035, 2036 y 2037.

II. Comentario

1. Constituciyn del usufructo

El usufructo puede constituirse por contratos onerosos o por contratos gratuitos, siendo aplicables las normas del contrato por el cual se instrumenty el mismo. La doctrina ha expresado que el contrato de usufructo es un contrato innominado que se regirб por las normas del contrato nominado al que mбs se asemeje (Alterini, J.).

Es asн que el usufructo se establece por contrato oneroso cuando es el objeto directo de una venta, de un cambio, de una particiyn, de una transacciyn, etc., o cuando el vendedor enajena solamente la nuda propiedad de un fundo, reservбndose su usufructo.

Por otra parte, el usufructo es establecido por contrato gratuito, cuando el donante no enajena sino la nuda propiedad de la cosa, reservбndose su goce; o cuando no da mбs que el usufructo, o cuando cede a uno el derecho de propiedad, y a otro el de goce de la cosa.

En caso de duda se presume oneroso el usufructo constituido por contrato; y gratuito, el que fuese constituido por disposiciyn de ъltima voluntad.

2. Usufructo por contrato

En cuanto a aquellos usufructos estatuidos por actos entre vivos, digamos que pueden constituirse por contrato oneroso o ser producto de una liberalidad, aunque siempre el usufructo convencional se presumirб oneroso (Borda), presunciyn que, por supuesto, admite prueba en contrario, por ser una presunciyn *iuris tantum*.

En caso de que el usufructo se constituyere por contrato oneroso, es susceptible de nacer de dos modos diferentes, que los romanistas llamaban *per traslationem* y *per deductionem*, segъn tuviera por fin crear el usufructo o transferir la nuda propiedad con reserva del uso y goce de la cosa (Gurfinkel de Wendy).

En cambio, si fuere producto de una liberalidad, pueden darse tres hipytesis: que el propietario done sylo la nuda propiedad, que done sylo el usufructo o que done el usufructo a uno y la nuda propiedad a otro; obrando *per deductionem* en el primer caso y *per traslationem* en los dos restantes (Garrido).

3. Usufructo por disposiciyn de ъltima voluntad

El usufructo tambiйn puede nacer por disposiciyn de ъltima voluntad. En el usufructo testamentario pueden darse las mismas hipytesis expuestas respecto de los actos entre vivos a tнtulo gratuito, ya que una disposiciyn testamentaria no es mбs que una donaciyn con caracterнsticas particulares (el hecho de que sus efectos sylo se producirбn despuйs de la muerte del testador) y, si bien el testador puede imponer cargos al usufructuario, el usufructo constituido por disposiciones testamentarias se presume gratuito (Mariani de Vidal).

En la constituciyn de usufructo a tнtulo gratuito tambiйn puede realizarse *per traslationem* (la donaciyn tiene por objeto constituir el usufructo) o *per deductionem*. Lo ъnico que varнa es el бnimo de liberalidad que tienen los contratos a tнtulo gratuito.

4. Usufructo nacido por prescripciyn

Existe tambiйn la posibilidad de que un usufructo pueda nacer por la prescripciyn adquisitiva, remitiendo en este supuesto a los requisitos que se establecen en las normas sobre la materia. (Ver comentario art. 1897).

5. Formalidades

En cuanto a las formalidades exigidas para su constituciyn son las mismas que para transmitir el derecho de propiedad de los bienes sobre los que se ha de constituir el usufructo; asн, para inmuebles se requiere la escritura pъblica y la tradiciyn —mбs la inscripciyn registral para su oponibilidad a terceros—; para automotores, la inscripciyn registral; para las cosas muebles, la simple tradiciyn; para los crйditos, la entrega del documento en que conste el mismo con notificaciyn de los deudores; etcйtera. (Ver comentario art. 1892).

III. Jurisprudencia

1. El usufructo gratuito es un contrato atнpico pero anбlogo al de donaciyn. En efecto, si bien el art. 2814 del Cyd. Civil no precisa la analogнa con la donaciyn, lo configura como tal, pues explнcitamente califica al constituyente del derecho real como donante. Las normas relativas a la revocatoria de las donaciones son aplicables, por analogнa, al usufructo gratuito. La aplicaciyn analygica al usufructo gratuito de las normas relativas a la revocatoria de las donaciones permite reconocer como hipytesis de extinciyn del mismo a la revocaciyn por ingratitud del beneficiario. De esta forma, no se conmueve el rйgimen de orden pъblico de los derechos reales, pues se aplica por vнa de semejanza la norma del art. 2667 del Cyd. Civil (CNCiv., sala I, 5/2/1998, LA LEY, 1999-B, 66).

2. Para que la constituciyn del usufructo pueda ser invocada frente a terceros se requiere que йste haya sido otorgado por escritura pъblica y que se encuentre inscripto en el Registro de la Propiedad Inmueble en los tйrminos exigidos por el art. 2505 del Cyd. Civil (CNCom., sala A, 22/4/2008, La Ley Online).

Art. 2136.— Modalidades. El usufructo puede ser establecido pura y simplemente, sujeto a condiciyn o plazo resolutorios, o con cargo. No puede sujetarse a condiciyn o plazo suspensivos y si asн se constituye, el usufructo mismo se tiene por no establecido. Cuando el testamento subordina el usufructo a una condiciyn o a plazo suspensivos, la constituciyn sylo es vбlida si se cumplen antes del fallecimiento del testador.

I. Relaciyn con el Cydigo Civil. Fuentes del nuevo texto

El presente texto legal viene a dar fin a la contradicciyn que existнa en el Cydigo anterior entre los art. 2821 que contemplaba la posibilidad de someter al usufructo a las mбs variadas modalidades, y el art. 2829 que estableciа una prohibiciyn de constituir usufructo bajo plazo o condiciones suspensivas, siendo unбnime la doctrina en afirmar que una vez mбs las diferentes fuentes consultadas indujeron al codificador a establecer normas tan difнciles de armonizar.

Se aclara la cuestiyn en materia testamentaria, admitiendo esas modalidades suspensivas sylo si se constituye antes del fallecimiento del testador.

Fuente: Proyecto de Cydigo Unificado de 1998, art. 2039.

II. Comentario

En punto a las modalidades, se prohнbe la constituciyn convencional sujeta a condiciyn o plazo suspensivo. En caso de violaciyn se dispone que no existirб el derecho real (Salvat).

Se ha explicado el fundamento de esta norma en la conveniencia de evitar que el propietario dejara de realizar las mejoras o inversiones en una propiedad que otro debнa de recibir, como consecuencia del contrato de usufructo sujeto a un plazo incierto o a una condiciyn suspensiva; asimismo mediante esta vнa se podrнa burlar la limitaciyn temporal que fija la ley para el usufructo, que no puede extenderse mбs allб de la vida del usufructuario siendo persona de existencia real, o de 50 aсos, tratбndose de personas jurнdicas.

Cuando la constituciyn del usufructo se realiza por testamento, bajo condiciyn o plazo suspensivos, por aplicaciyn de la regla general antes mencionada no tiene validez, con una ъnica excepciyn: que el plazo o la condiciyn "se cumplan antes del fallecimiento del testador".

III. Jurisprudencia

1. El hecho de que no se haya acordado la escritura de usufructo, no puede interpretarse como que dicho derecho real estaba supeditado a una condiciyn suspensiva que consistнa en que se instrumentara el usufructo por medio de la escritura correspondiente. Debe destacarse que el art. 2829 del Cyd. Civil prohнbe subordinar la constituciyn del usufructo a una condiciyn o un plazo suspensivo, excepto el caso previsto en dicha norma cuando se trata de disposiciones de ъltima voluntad, supuesto totalmente diverso al de autos. El fundamento del art. 2829 del Cyd. Civil, en cuanto prohнbe subordinar la constituciyn de usufructo a una condiciyn o plazo suspensivo, salvo disposiciyn de ъltima voluntad, radica en la conveniencia de evitar que el propietario dejara de realizar las mejoras o inversiones en una propiedad que otro debнa de recibir, como consecuencia del contrato de usufructo sujeto a un plazo incierto o a una condiciyn suspensiva ya que mediante esta vнa se podrнa burlar la limitaciyn temporal que fija la ley para el usufructo en los arts. 2882, 2884, 2885, 2828, que no puede extenderse mбs allб de la vida del usufructuario, siendo persona de existencia real, o de veinte aсos, tratбndose de persona jurнdica (CNCiv., sala G, 18/10/1985, LA LEY, 1986-A, 574 - DJ, 986-II-251 - ED, 117-647).

2. Es procedente asimilar la promesa de constituciyn de un usufructo gratuito y vitalicio a un contrato de donaciyn y en virtud de ello confirmar la sentencia que declary ineficaz el acto por el cual una hija se comprometiy a vender un departamento de su propiedad y obtener con el producido un nuevo inmueble sobre el cual constituirнa un usufructo vitalicio a favor de sus padres, toda vez que el objeto del contrato se sujety a una condiciyn suspensiva sobre un hecho incierto —en el caso, la venta de un inmueble y adquisiciyn de uno nuevo— circunstancia que hace ineficaz el acto toda vez que no pueden ser constituidas donaciones sobre bienes que no existen al momento de contratar segъn lo establecido por el art. 1800 del Cydigo Civil (CNCiv., sala H, 23/7/2008, LA LEY, 7/1/2009, 4 – JA, 2008-IV-498).

Art. 2137.— Inventario. Cualquiera de las partes contratantes tiene derecho a inventariar y determinar el estado del objeto del usufructo, antes de entrar en su uso y goce. Cuando las partes son mayores de edad y capaces, el inventario y determinaciyn del estado del objeto del usufructo son facultativos y pueden hacerse por instrumento privado. En caso contrario, son obligatorios y deben ser hechos por escritura pъblica.

Si el usufructo se constituye por testamento, quien ha sido designado usufructuario estб obligado a inventariar y determinar el estado del objeto, en escritura pъblica. Esta obligaciyn tampoco es dispensable.

La parte interesada puede reclamar en cualquier momento el cumplimiento de la ejecuciyn no efectivizada.

Art. 2138.— Presunciyn. La falta de inventario y de determinaciyn del estado de los bienes hace presumir que se corresponden con la cantidad indicada en el tнtulo y que se encuentran en buen estado de conservaciyn, excepto que se haya previsto lo contrario.

I. Relaciyn con el Cydigo Civil. Fuentes del nuevo texto

El nuevo texto legal, habla de "*el derecho a inventariar y determinar el estado del objeto*", reemplazando la distinciyn que hacia el anterior art. 2846, refiriйndose a "*inventario de bienes muebles y estado de los inmuebles*". El texto vigente utiliza al vocablo "inventario" como genйrico de bienes muebles e inmuebles sin distinciyn.

En el anterior Cydigo se planteaba como dudoso el бmbito de la dispensa respecto de la obligaciyn de inventario, a diferencia de la fianza, que era tratada en varios artнculos.

La discusiyn en doctrina se centraba en si se deberна prohibir la dispensa para las disposiciones contractuales; una parte de la doctrina opinaba que debна existir esa prohibiciyn, fundamentalmente, porque la obligaciyn de practicar inventario serна de orden pъblico, al estar destinado el inventario a prevenir dificultades y controversias de difнcil soluciyn (Salvat). Otra postura consideraba que esta posiciyn era excesiva, pues en la mayorна de los casos no estarнan en juego mбs que los intereses particulares del dueco de la cosa y del usufructuario (Lafaille). Una posiciyn intermedia, y quizбs mбs aceptable, es la que, siguiendo a los autores italianos, proponна que inventariar se podrна hacer siempre, no pudiйndose impedir que se haga a instancia de quien quiera costearlo: la contraparte carecerна de un interйs legнtimo para oponerse, pues en nada saldrна perjudicada (Borda).

En el actual texto legal se da fin a la discusiyn, admitiendo la dispensa legal en el caso del usufructo constituido por personas mayores de edad y capaces (usufructo convencional), y considerando nula toda disposiciyn que establezca la dispensa legal en el usufructo testamentario.

Fuentes: Proyecto de Cydigo Unificado de 1998, arts. 2040 y 2041.

II. COMENTARIO

Concepto

La formaciyn de inventario es un requisito que se deberб cumplimentar antes de que el usufructuario entre en uso y goce del objeto. Se encuentra a cargo de cualquiera de las partes y consistirб en relacionar y describir el objeto sobre el que vaya a recaer el usufructo, estableciendo su estado de conservaciyn y caracterнsticas del mismo. Se trata de munir al nudo propietario de un documento que a la hora de la restituciyn de los bienes le permitirб exigir al usufructuario la devoluciyn de йstos en el estado en que se recibieron y a la vez tener una prueba fidedigna de cuбntos de los bienes indicados en el tнtulo se entregaron y en quй estado, es decir: se asegura tanto la identidad como el estado de los bienes sobre los que recae el usufructo (Borda).

Conforme surge del nuevo texto legal, el usufructuario puede disfrutar de los bienes sin cumplir la obligaciyn de hacer inventario, sylo en el supuesto de que sean personas capaces y mayores de edad, siendo en este caso facultativo su realizaciyn. Es decir: se establece una dispensa legal y la facultad de realizar el inventario por instrumento privado.

En cambio, se considera obligatorio en el caso que intervengan incapaces, debiendo instrumentarse por escritura pъblica.

Se establece que si el usufructo se constituye por testamento, quien ha sido designado usufructuario estб obligado a inventariar y determinar el estado del objeto, en escritura pъblica, es decir no hay dispensa legal en este supuesto.

La no dispensabilidad establecida para el usufructo testamentario, tiene su justificaciyn en que el testador en definitiva estarна haciendo recaer esta circunstancia en el heredero que resultara luego el nudo propietario al fallecimiento del testador, dejando larvada la posibilidad de los pleitos que precisamente la obligaciyn de confeccionar inventario tiende a evitar. No habrна inconveniente en que quien resulte nudo propietario dispense —*a posteriori*— luego del fallecimiento del causante al usufructuario testamentario de levantar inventario (Gurfinkel de Wendy).

Nada se dice sobre los gastos del usufructo, como habна sido establecido en el Cydigo anterior (art. 2847), donde se imputaban al usufructuario los gastos. Sin embargo dichos gastos pueden ser puestos a cargo del nudo propietario o en forma compartida entre йste y el usufructuario, sea en el usufructo convencional o el testamentario, puesto que se trata de cuestiones meramente particulares en las que no estб afectado el orden pъblico.

En el caso que constituido el usufructo, el inventario no se hubiere realizado, nacerб una presunciyn (siempre *iuris tantum*) de que la cosas fueron recibidas en buen estado, tal como lo establece el actual art. 2138, salvo que se haya previsto en el acto constitutivo lo contrario.

III. JURISPRUDENCIA

1. El futuro usufructuario, antes de entrar en el goce de los bienes, debe hacer inventario de los muebles, y un estado de los inmuebles sujetos al usufructo, en presencia del propietario o su representante. Si el propietario estuviera ausente, se le nombrarна por el juez un representante para asistir al inventario. Pero el incumplimiento de las obligaciones establecidas en dicha norma no tiene otra consecuencia que la presunciyn de hallarse los bienes en buen estado cuando los recibiy el usufructuario (art. 2848, Cyd. Civil) (CNCiv., sala C, 17/5/1984, ED, 109-674).

2. Si hubiera cumplido con su obligaciyn de efectuar un inventario de los muebles, y un estado de los inmuebles antes de entrar en el goce de los bienes, posiblemente no se presumirна que aquйllos se hallaban en buen estado cuando los recibiy, pues al cotejar de ese inventario con la prueba aportada por la actora, quizбs se concluirна que el inmueble ya presentaba dacos al asumir sus derechos de usufructuario. Pero la omisiyn no hace mбs que obrar en su contra, razyn por la cual se entiende que la finca la recibiy en condiciones normales de habitabilidad y en esas mismas condiciones debiy devolverla (CCiv. y Com. San Isidro, sala I, 6/4/1998, Abeledo Perrot Nє 14/121339).

Art. 2139.— Garantна suficiente en la constituciyn y en la transmisiyn. En el acto de constituciyn puede establecerse la obligaciyn previa al ingreso en el uso y goce, de otorgar garantна suficiente, por la conservaciyn y restituciyn de los bienes, una vez extinguido el usufructo.

keepnł. RELACIYN CON EL CYDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

En el presente texto legal se mantiene el carбcter optativo de la garantна, ahora sin limitarla a la fianza, dejando abierta la posibilidad de utilizar otro tipo de garantнas.

El Cydigo anterior estipulaba la fianza pero sin impedir que se propongan seguridades de otro tipo: asн, la apertura o vinculaciyn de un depysito bancario, la daciyn en prenda de uno o varios objetos de consideraciyn etc, es decir esa fianza, esencialmente personal, podна ser reemplazada por otras garantнas y dicha enunciaciyn

por el codificador era una mera ejemplificaciyn (Gurfinkel de Wendy). En el Cydigo actual, el articulado se reduce a uno solo, donde se interpreta que podrна ser suficiente cualquier tipo de garantна, siempre y cuando fuera aceptada por las partes. Se mantiene la dispensa en relaciyn a la garantна en el usufructo, como anteriormente se establecна para la fianza.

Fuentes: Proyecto de Cydigo Unificado de 1998, art. 2042.

II. Comentario

Entre las obligaciones que el Cydigo Civil establece para el usufructuario antes de entrar en el uso y goce de la cosa se encuentra, ademбs del inventario, la de prestar garantна.

Esta obligaciyn puede ser dispensada, y en el caso que se otorgue, su extensiyn habrб de cubrir, en todo caso, el valor de los muebles, si se perdieren, o una estimaciyn proporcionada de los deterioros que puedan producirse en los inmuebles.

Esta garantна es un resguardo para asegurar al propietario de que el usufructuario cumplirб cabalmente las obligaciones a su cargo, que en el mismo artнculo se resumen: conservaciyn y restituciyn de los bienes hasta que se produzca la extinciyn del usufructo.

Segъn el tipo de garantна que se otorgue en el acto constitutivo, debemos remitirnos al articulado que regula el instituto de que se trate. Por ejemplo en el caso que la elecciyn sea la fianza, el fiador debe satisfacer los requisitos que para este tipo de garantна se imponen. En todo caso hay que recordar que la fianza es personal y puede ser reemplazada por prendas o depysitos bancarios.

La doctrina clбsica afirmaba que a diferencia del inventario la fianza podна ser dispensada, y esto podrна ser acordado expresa o tбcitamente (Salvat, Borda). Con la reforma se mantiene el mismo criterio.

III. Jurisprudencia

La dispensa sylo puede realizarla el constituyente o el testador, no siendo admisible la dispensa judicial (CNCiv., sala E, 14/2/1989, LA LEY, 1990-C, 90).

La ley quiere asegurar al nudo propietario que el usufructario cumplirб con la restituciyn de la cosa fructнfera. Para ello, el art. 2851 del Cydigo Civil le impone la obligaciyn de prestar fianza, garantна de la que puede ser eximido —agrega el texto legal citado— por voluntad del constituyente. Por su parte, la doctrina es uniforme al interpretar esta ъltima parte de la norma que la dispensa sylo puede realizarla el constituyente o el testador, no siendo admisible la dispensa judicial (CNCiv., sala E, 14/02/1989, Lexis Nє 10/4475).

Art. 2140.— Intransmisibilidad hereditaria. 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.

I. Relaciyn con el Cydigo Civil y fuentes del nuevo texto

En referencia a la pluralidad de sujetos, derecho de acrecer, intransmisibilidad hereditaria, y constituciyn sucesiva se mantiene lo establecido en el Cydigo sustituido.

Fuentes: Proyecto de Cydigo Unificado de 1998, art. 2043.

II. Comentario

4 La duraciyn mбxima del usufructo en favor de personas fнsicas es la vida del usufructuario, por eso se entiende que es por vida cuando fue constituido sin plazo (Borda). Analygicamente si es a favor de personas jurнdicas, cuyo tъrmino mбximo es de 50 acos (ver art. 2152), se lo considera en este plazo mбximo si nada se ha dispuesto al respecto. Estas normas son de orden pъblico.

No puede durar mбs allб de la muerte del usufructuario ni ser constituido a favor de una persona y sus herederos, por lo que es un derecho intransmisible a tнtulo de herencia (Salvat). A lo sumo, el usufructuario puede ceder el ejercicio efectivo de las prerrogativas que integran su potestad (posesiyn, uso y goce) por actos *inter vivos*, como sucede cuando da en locaciyn la cosa usufructuada, o cuando la grava con derecho real de anticresis a favor de un acreedor para saldar una deuda, con la salvedad de que esos nuevos derechos estбn destinados a durar sylo hasta la finalizaciyn del usufructo.

Para evitar la prolongaciyn indefinida de la desmembraciyn de la propiedad, se prohнben los usufructos sucesivos, como los que estipulan que a la muerte del usufructuario se conserve a favor de los hijos o de un hermano, y a la vez pase a otros a sus muertes.

El Cydigo Civil establece un lнmite de duraciyn del usufructo e impone una prohibiciyn, pues el usufructo no puede transmitirse en caso de fallecimiento de su titular. Si son varios los usufructuarios y uno fallece, la parte de ъste no acrece a los otros y es recuperada por el nudo propietario, a menos que por clбusula expresa se admita que los derechos del fallecido pasen a los otros (ver art. 2132).

III. Jurisprudencia

1. El usufructo pactado a favor de mбs de un beneficiario conjunta y simultбneamente dura hasta la muerte del ъltimo usufructuario, pues de lo contrario carecerна de operatividad el derecho a acrecer que la ley civil autoriza en determinados supuestos (CNCiv., sala J, 29/6/2000, LA LEY, 2000-E, 679 - DJ, 2000-3-882).

La aplicaciyn del art. 2947 del Cyd. Civil no tiene dificultad en el supuesto de extinciyn del usufructo por muerte de usufructuario porque extinguido este derecho, los derechos constituidos a favor de terceros se extinguen por aplicaciyn del principio general del art. 3270 del Cyd. Civil. Va de suyo, consiguientemente, que si los eventuales contratos concluidos por el mismo usufructuario se consideran resueltos sin derecho a indemnizaciyn alguna, cuanto mбs esa resoluciyn resulta consecuente si el contrato fue concluido, como en el *sub judice*, por quien carecна del poder de dar en arriendo en razyn de haber sido simple tenedor de la causa y carecer, ademбs, de autorizaciyn expresa del propietario (CCiv. y Com., Rosario, sala IV, 13/12/1977, Z, 978-14-311).

CAPHTULO 2

DERECHOS DEL USUFRUCTUARIO

Por ELIANA VERYNICA BRAIDOT

Bibliografha clбsica: DE REINA TARTIиRE, GABRIEL, "Usufructo: derechos y obligaciones del usufructuario antes y despuйs de entrar en el uso y goce", SJA 28/4/2010.

***

Art. 2141.— Frutos. *Productos. Acrecentamientos naturales.* Pertenecen al usufructuario singular o universal:

a) los frutos percibidos. Sin embargo, si el usufructo es de un conjunto de animales, el usufructuario estб obligado a reemplazar los animales que faltan con otros iguales en cantidad y calidad, si no opta por pedir su extinciyn;

b) los frutos pendientes al tiempo de constituirse el usufructo. Los pendientes al tiempo de su extinciyn pertenecen al nudo propietario;

c)49 los productos de una explotaciyn ya iniciada al tiempo de constituirse el usufructo.

El uso y goce del usufructuario se extiende a los acrecentamientos originados por hechos de la naturaleza, sin contraprestaciyn alguna.

Art. 2142.— Derechos reales y personales. El usufructuario puede transmitir su derecho, pero es su propia vida y no la del adquirente la que determina el lнmite mбximo de duraciyn del usufructo. Con carбcter previo a la transmisiyn, el adquirente debe dar al nudo propietario garantha suficiente de la conservaciyn y restituciyn del bien.

El usufructuario puede constituir los derechos reales de servidumbre y anticresis, uso y habitaciyn y derechos personales de uso o goce. En ninguno de estos casos el usufructuario se exime de sus responsabilidades frente al nudo propietario.

I. RELACIYN CON EL CYDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El texto vigente sintetiza el tratamiento que el Cydigo sustituido en forma extensa habha dedicado para mencionar los derechos del usufructuario, aclarando algunos institutos e introduciendo innovaciones de relevancia. Expresamente, se le otorga la facultad de poder percibir los productos de una explotaciyn ya iniciada al momento de constituirse este derecho real.

Cabe secalar que, a diferencia del rйgimen anterior (art. 2869) la regla del art. 2441 decide unificar el rйgimen de derechos, y en este sentido aclara: "pertenecen al usufructuario singular o universal", expresiyn que aclara cualquier duda al respecto.

En torno a la intransmisibilidad del derecho, se la mantiene por causa de muerte, pero se modifica por actos entre vivos. La concepciyn dominante de la doctrina entendha que en el Cydigo anterior solo podha cederse el ejercicio del derecho (anterior art. 2870) pero no el derecho en sн. En el texto vigente, se establece que aunque el derecho puede transmitirse, la vida que determina la duraciyn del usufructo es la del usufructuario transmitente. Asн el art. 2142 expresa que el usufructuario puede transmitir su derecho, pero es su propia vida y no la del adquirente la que determina el lнmite mбximo de duraciyn del usufructo. Es decir, por mбs que existan varias transmisiones siempre la duraciyn serб la vida del usufructuario transmitente.

Sin perjuicio de la discusiyn puramente terminolygica que existe en doctrina en relaciyn a si se cede el ejercicio o el derecho de usufructo, la vida que determina la duraciyn del usufructo es la del usufructuario primitivo o primer transmitente.

Sin embargo en el anterior art. 2870, el cedente, que serна el usufructuario originario y mantenна tal calidad, respondна frente al nudo propietario por los dacos producidos por el cesionario. En cambio en el nuevo art. 2142, se establece que el adquirente (cesionario) debe dar al nudo propietario garantна sobre la conservaciyn y restituciyn del bien, lo que nos conduce a interpretar que no se considerarб responsable al transmitente (usufructuario originario), apartбndose de lo que establecна el art. 2870, donde en la cesiyn del ejercicio, el usufructuario originario respondна frente al nudo propietario por los dacos producidos por el cesionario.

Otra innovaciyn la trae el nuevo art. 2144, que establece que el usufructo podrб ser ejecutado por los acreedores. En el Cydigo anterior, el derecho de йstos llegaba a la oposiciyn a la renuncia del usufructuario (art. 2933) y al embargo para cobrarse con los frutos (art. 2908), pero no a la ejecuciyn (conforme interpretaciyn cuasi unбnime basada en la intransmisibilidad por actos entre vivos).

El interrogante que abre la novedosa previsiyn es si la vida del usufructuario original (que serб el ejecutado o uno anterior) serб el que continъe rigiendo la duraciyn del derecho, o tal funciyn serб cumplida por el nuevo titular (adquirente en la subasta). Consideramos que en cualquier caso la vida del usufructuario originario debe ser la que marca el tйrmino de duraciyn del usufructo. Interpretar lo contrario desvirtuarна, por una parte el carбcter temporal de derecho real de usufructo, y por la otra serна imponer un usufructo legal a favor del adquirente en subasta.

Fuentes: Proyecto de Cydigo Unificado de 1998, arts. 2044 y 2045.

II. COMENTARIO

Los derechos que la norma le otorga al usufructuario, derivan de su derecho a usar y gozar la cosa como si fuera el dueco, de modo tal que frente a terceros difнcilmente pueda distinguirse a un usufructuario de un verdadero propietario. Sin embargo este uso y goce tiene un lнmite cierto y mensurable: el usufructuario no puede alterar la sustancia, pues en ello reside la esencia de este derecho real (Gurfinkel de Wendy).

Al establecer los derechos del usufructuario, el artнculo que analizamos se encarga de definir a quiйn han de corresponder los frutos que se encuentren pen-

dientes tanto al comenzar el usufructo como al extinguirse, en el primer momento, serбn del usufructuario; en el segundo, del propietario. Estas normas no son de orden pъblico y pueden ser modificadas por convenio de las partes, con una distribuciyn distinta de los frutos y gastos (Borda). La soluciyn legal guarda relaciyn con lo que el Cydigo Civil dispone en cuanto a los "Efectos de las relaciones de poder" (ver comentario arts. 1934 y 1935).

1. Poderes materiales sobre la cosa

1.1. Frutos

El usufructuario singular o universal tiene el derecho de aprovechar de los frutos mientras dure el usufructo. Es asн que tiene, ademбs del derecho de gozar la cosa *ius fruendi* y usar la cosa *ius utendi*, el derecho a percibir los mismos.

El Cydigo establece que son frutos los objetos que un bien produce, de modo renovable, sin que se altere o disminuya su sustancia. Estos frutos serбn frutos naturales cuando deriven de las producciones espontбneas de la naturaleza y serбn frutos industriales cuando se producen por la industria del hombre o la cultura de la tierra. A su vez define a los frutos civiles como las rentas que la cosa produce (ver art. 233 del Cyd. Civil).

En el Cydigo anterior se mencionaba (art. 2865) que en el caso de los frutos civiles, йstos convergen y se adquieren dнa a dнa y pertenecen al usufructuario o al propietario en proporciyn al tiempo que dure el usufructo, aunque no se hayan percibido.

En la norma actual, al no hacerse distinciyn alguna entre frutos naturales y civiles, se abre el interrogante acerca de si se ha querido unificar ambas especies y otorgarles un tratamiento comъn, sirviendo a tal efecto de parбmetro suficiente el criterio establecido en el art. 1934 que define frutos devengados y percibidos.

La regla general es que el usufructuario hace suyos los frutos percibidos por el hecho de ser un poseedor legнtimo, derecho que se ampнa al establecer que tambiйn tiene derecho sobre los frutos pendientes al tiempo de constituirse el usufructo. El mismo criterio se utiliza para los pendientes al tiempo de extinciyn del usufructo, al decidir que pertenecerбn al nudo propietario.

En mismo inciso aclara que si el usufructo es de un conjunto de animales, el usufructuario estб obligado a reemplazar los animales que faltan con otros iguales en cantidad y calidad, si no opta por pedir su extinciyn.

1.2. Producto

025 En principio los productos no pueden ser extraнdos por el usufructuario, puesto que tal como lo afirma el Cydigo vigente en la parte general, los productos son los objetos no renovables que separados o sacados de la cosa alteran o disminuyen su sustancia (art. 233), y esto atenta contra el espнritu del presente derecho real. Sin embargo, el texto vigente menciona que pertenecen al usufructuario los productos de una explotaciyn ya iniciada, es decir sylo excepcionalmente, si el destino de la propiedad se preordena a la explotaciyn de tales bienes.

En el supuesto del usufructo universal no sylo tiene derecho a los frutos, sino a todo lo que pueda provenir de las cosas dadas en usufructo, como el precio pagado por una medianerнa sobre bienes comprendidos en el usufructo, los productos de un monte tallar o de frutos, etc. (Salvat).

1.3. Aumento del objeto por acrecentamientos naturales

Puede darse la posibilidad de que durante el tiempo del usufructo la cosa se beneficie por aumentos que reciba. En este supuesto si bien no acrecienta el patrimonio del usufructuario, si podrб usar y gozar de ello, pues quedarбn incorporados al usufructo. El texto no lo menciona, pero este aumento podrб darse por accesiyn que reciba la cosa, y en el caso del terreno, por aluviyn, avulsiyn, siembra, plantaciyn, etc.

2. Facultades jurнdicas

2.1. Facultad de administraciyn

Dado que el usufructuario se comporta respecto de la cosa como el propietario mismo, salvo en lo que es alterar la sustancia, tiene la facultad de administrar los bienes recibidos y ejercer todos los actos de administraciyn necesarios o convenientes para la mejor explotaciyn de la cosa dada en usufructo y entre tales facultades podrб por ejemplo dar en locaciyn la cosa percibiendo los frutos civiles, pero en tal caso es responsable directo ante el nudo propietario, por los menoscabos que se produzcan por causa de la locaciyn.

2.2. Facultad de disposiciyn

El usufructuario carece del *ius abutendi* que ha quedado al constituirse este derecho real en cabeza del nudo propietario, por ende no podrб enajenar la cosa, ni constituir derechos reales de garantнa sobre ella (Borda).

Sin embargo la presente norma, continuando el criterio del Cydigo sustituido (art. 3242), establece que podrб constituir los derechos reales de servidumbre y anticresis, uso y habitaciyn y derechos personales de uso o goce, mencionando que en ninguno de estos casos el usufructuario se exime de sus responsabilidades frente al nudo propietario. Es decir podrб constituir estos derechos reales y personales, pero los mismos culminaran cuando termine el usufructo.

En el supuesto que hubiera consentimiento del nudo propietario para la transmisiyn, liberando al usufructuario original, en verdad hay dos actos jurнdicos, la extinciyn del usufructo originario por una parte y el nacimiento de un nuevo usufructo por la otra, y como tal habrб que instrumentarlos (Gurfinkel de Wendy).

En el supuesto de arrendamiento o cesiyn de los derechos del usufructuario, el fiador responde por los hechos del arrendatario o cesionario ante el nudo propietario, pero puede pedir la liberaciyn de su fianza cuando el usufructuario celebra esos contratos (Salvat).

=0III. JURISPRUDENCIA

f471. Si bien el art. 2870 Cyd. Civil autoriza al usufructuario a dar en arriendo el usufructo o ceder el ejercicio de su derecho a tнtulo oneroso o gratuito, aquйl "permanece directamente responsable al propietario". Por consiguiente, siendo obligaciyn del usufructuario el pago de las expensas comunes del inmueble sobre el

160

que recae su derecho (art. 2894, su doc., Cyd. Civil), el hecho de que ўste hubiera convenido su uso gratuito no enerva el derecho de la nuda propietaria a exigirle el cumplimiento de las obligaciones que la ley impone (CSJN, 8/3/2007, Lexis Nє 14/115350).

2. El usufructuario no tiene derecho de reclamar del nudo propietario la realizaciyn de las reparaciones o gastos (art. 2889), pues debe hacer tales reparaciones a su costa (arts. 2881 y ss.) (CNCiv., sala F, 1/9/2003, Lexis Nє 1/5513322).

Art. 2143.— Mejoras facultativas. El usufructuario puede efectuar otras mejoras, ademєs de las que estй obligado a hacer, si no alteran la sustancia de la cosa. No tiene derecho a reclamar su pago, pero puede retirarlas si la separaciyn no ocasiona daco a los bienes.

Art. 2144.— Ejecuciyn por acreedores. Si el acreedor del usufructuario ejecuta el derecho de usufructo, el adquirente del usufructo debe dar garantнa suficiente al nudo propietario de la conservaciyn y restituciyn de los bienes.

I. RELACIYN CON EL CYDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El presente texto legal en su art. 2144, trae como innovaciyn que el usufructo podrй ser ejecutado por los acreedores, cambiando el criterio que se mantenнa en el Cydigo reformado.

Fuentes: Proyecto de Cydigo Unificado de 1998, arts. 2046 y 2047.

II. COMENTARIO

1. Mejoras facultativas

En este supuesto la norma establece que pese a que el derecho del usufructuario estй limitado a usar y gozar de la cosa en el estado que se reciba, no pudiendo alterar su sustancia, podrнa existir la posibilidad en que quiera realizar construcciones o mejoras que beneficien a la cosa.

Las mejoras se pueden clasificar en necesarias, ъtiles y voluntarias. En este caso lo que autoriza la norma es, por un lado, a poder realizarlas, inclusive lo faculta a retirarlas, siempre que no se produzca un detrimento de la cosa, pero no puede reclamar el resarcimiento de estas mejoras. Sin embargo, sн podrнa compensar el valor de ellas con el de los deterioros que estй obligado a pagar. Podrнa suceder que en vez dé mejoras, se hayan realizado construcciones nuevas. En este caso parte de la doctrina (Salvat, Lafaille), consideran que al no estar autorizado, se trata del caso de edificaciyn en fundo ajeno. Para otros autores sн estarнa autorizado (Llerena, Machado, Borda).

2. Ejecuciyn por acreedores

En el anterior Cydigo, el derecho de los acreedores comprendнa dos supuestos: por un lado, poder pedir la revocaciyn de la enajenaciyn o renuncia del derecho del usufructuario (art. 2933) y, por el otro, los acreedores del usufructuario podнan pedir que se le embargue el usufructo y se les pague con ўl, prestando la fianza suficiente de conservaciyn y restituciyn de la cosa tenida en usufructo (2908). Es decir, se daba derecho a que el acreedor del usufructuario embargue el usufructo y se cobre con ўl, previa venta del usufructo. El artнculo no hacнa distinciyn entre el usufructo legal y convencional, todos podнan embargarse, pero no existнa norma que autorice la ejecuciyn.

Con la innovaciyn que realiza el nuevo Cydigo en el art. 2144, se plantea si la vida del usufructuario original, que serб el ejecutado, serб la que continъe rigiendo la duraciyn del derecho real de usufructo, o tal funciyn serб cumplida por el nuevo titular, quien serб aquel que adquiera en subasta el inmueble. Consideramos que si bien la venta forzosa, es decir, la ejecuciyn en pъblica subasta, provoca un cambio de usufructuario, la duraciyn del usufructo debe mantenerse en los mismos tўrminos que tenнa en el momento de su constituciyn.

III. JURISPRUDENCIA

1. Ante la desposesiyn material de la cosa objeto del usufructo, su titular cuenta a su favor con las acciones posesorias, tanto en contra de terceros como en contra del nudo propietario, ya que aun cuando no obra con *animus domini*, tiene la cuasi posesiyn del derecho, la que ejerce a tнtulo de dueco, mientras que la acciyn de desalojo sylo queda expedita en contra de aquellos cuya obligaciyn de restituir sea exigible (CNEsp. Civ. y Com., sala III, 30/3/1983, ED, 105-476).

2. Si bien el art. 2908 Cyd. Civil dispone que los acreedores del usufructuario pueden pedir que se le embargue el usufructo y se les pague con ўl, prestando la fianza suficiente de conservaciyn y restituciyn de la cosa tenida en usufructo, la regla del artнculo no debe ser entendida como que los acreedores del usufructuario pasan a ser ellos titulares del derecho real (CNCiv., sala E, 16/7/2001, JA, 2001-IV-483).

3. Si bien el art. 2870 Cyd. Civil autoriza al usufructuario a dar en arriendo el usufructo o ceder el ejercicio de su derecho a tнtulo oneroso o gratuito, aquўl "permanece directamente responsable al propietario". Por consiguiente, siendo obligaciyn del usufructuario el pago de las expensas comunes del inmueble sobre el que recae su derecho (art. 2894, su doc. Cyd. Civil), el hecho de que ўste hubiera convenido su uso gratuito no enerva el derecho de la nuda propietaria a exigirle el cumplimiento de las obligaciones que la ley impone (SCBA, 8/3/2007, Lexis Nє 14/115350).

F48CAPHTULO 3

CHOBLIGACIONES DEL USUFRUCTUARIO

Por ELIANA VERYNICA BRAIDOT

Art. 2145.— Destino. El uso y goce por el usufructuario debe ajustarse al destino de los bienes del usufructo, el que se determina por la convenciyn, por la naturaleza de la cosa o por el uso al cual estaba afectada de hecho.

I. RELACIYN CON EL CYDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Las llamadas "obligaciones del usufructuario" vienen a sintetizarse en cinco artículos luego de que el Cydigo de Vйlez Sarsfield hubiera dedicado una gran cantidad de ellos dispuestos de manera muy casuнstica y que apuntaba en su mayorнa a priorizar el principio "*salva rerum substantia*".

En el Cydigo actual se mantienen las mismas obligaciones, pero de manera acotada, remitiendo a parte general en los conceptos que lo necesitan. En referencia a la obligaciyn de usar la cosa conforme su destino, se conserva el mismo criterio del Cydigo sustituido.

Fuente: Proyecto de Cydigo Unificado de 1998, art. 2048.

II. COMENTARIO

Obligaciyn de conservar su destino

Se mantiene la idea general de que el usufructuario no puede alterar la sustancia de la cosa ni su destino, y aunque se pretenda mejorar las condiciones de la cosa, por notable que fuera esa ventaja para el propietario. (Lafaille). Esta prohibiciyn va mбs allб de una simple obligaciyn, pues es el lнmite tнpico del usufructo.

La intenciyn del legislador es que mediante esta prohibiciyn se limite la actividad del usufructuario que no podrнa por ejemplo explotar la cosa mбs allб de lo que produce en condicione normales, alterando su sustancia y tornando la cosa improductiva. Es decir, el usufructuario no puede modificar la forma de las cosas, pero sн podrнa ejecutar los actos necesarios de conservaciyn o las reparaciones extraordinarias que sean necesarias. Puede realizar obras de mejora, siempre que su ejecuciyn no trastorne la identidad fнsica sustancial de los bienes.

El usufructuario tampoco podrб emplear la cosa en un destino distinto al que se determina entre las partes, por la naturaleza de la cosa o por el uso al cual estaba afectada de hecho como cita la norma.

Por ejemplo, no podrб convertir un comercio en una casa particular, una casa particular en un hotel, o un campo de frutales en tierra de agricultura. Sin embargo habrнa una excepciyn si el cambio es necesario para que la cosa, por ejemplo, no se vuelva antieconymica, pero en ese caso consideramos que harнa falta el consentimiento del nudo propietario o al menos informarlo.

34III. JURISPRUDENCIA

El art. 2912 del Cyd. Civil prohн47 be al nudo propietario cambiar la forma de la cosa y levantar nuevas construcciones contra la voluntad del usufructuario. Del mismo modo, el art. 2914 del citado cuerpo legal dispone la obligaciyn de abstenerse de realizar todo acto que dace el goce del usufructuario o restrinja su derecho. (CCiv. y Com. Cyrdoba, 2Є Nom., 26/8/1997, LA LEY, 1998-F, 863, 41.025-S - LLC, 1998-843).

Art. 2146.— Mejoras necesarias. El usufructuario debe realizar a su costa las mejoras de mero mantenimiento, las necesarias y las demбs que se originen por su culpa.

No estбn a su cargo las mejoras originadas por vetustez o caso fortuito.

El nudo propietario puede exigir al usufructuario que realice las mejoras a las que estб obligado aun antes de la extinciyn del usufructo.

Art. 2147.— Mejoras anteriores a la constituciyn. El usufructuario no estб obligado a hacer ninguna mejora por causas originadas antes del acto de constituciyn de su derecho.

Sin embargo, el usufructuario que no recibe los bienes por su negativa a inventariarlos o a determinar su estado, debe pagar esas mejoras realizadas por el nudo propietario.

I. RELACIYN CON EL CYDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Luego de que el Cydigo de Vйlez Sarsfield hubiera dedicado una gran cantidad de artнculos a las obligaciones del usufructuario, priorizando como ya hemos mencionado el principio "*salva rerum substantia*", en el Cydigo actual mantiene el mismo criterio en referencia a las mejoras necesarias realizadas en la nuda propiedad, discriminando las mejoras a cargo del nudo propietario y las que estбn a cargo del usufructuario, antes y despuйs del acto constitutivo.

Fuente: Proyecto de Cydigo Unificado de 1998, arts. 2049 y 2050.

II. COMENTARIO

La ley distingue entre mejoras de mero mantenimiento y las necesarias para la conservaciyn de la cosa, que son llamadas por la doctrina ordinarias y que siempre estбn a cargo del usufructuario.

Las extraordinarias por excepciyn estarбn a cargo del usufructuario cuando se hicieron necesarias por no efectuar las ordinarias o cuando llegaron a ser necesarias pues se originaron por su culpa.

Estб facultado el nudo propietario para exigir estas mejoras aun antes de la extinciyn del usufructo.

Quedarбn a cargo del nudo propietario las mejoras originadas por vetustez o caso fortuito.

Las mejoras voluntarias son aquellas que realiza el usufructuario para un mejor aprovechamiento de la cosa, y que las puede extraer sin producir deterioro en la misma, lo que en general se plantea al finalizar el usufructo, pero pueden ser retiradas antes de concluido.

Sylo estбn a cargo las reparaciones ordinarias de conservaciyn que se hicieron necesarias a partir de que asume el goce. Se mantiene el criterio que reafirma que la obligaciyn del usufructuario de hacer reparaciones y gastos, principia cuando entrare en posesiyn del bien. Pero si el usufructuario queda en mora de las obligaciones de inventario o determinar su estado, el nudo propietario puede hacer reparaciones a cargo de aquйl, pudiendo exigir lo que hubiese gastado y retener los bienes hasta su pago (Salvat).

74 **Art. 2148.— Impuestos, tasas, contribuciones y expensas comunes. El usufructuario debe pagar los impuestos, tasas, contribuciones y expensas comunes que afectan directamente a los bienes objeto del usufructo.**

I. RELACIYN CON EL CYDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

En el Cydigo actual se mantienen con el mismo criterio las obligaciones de pagar impuestos y tasas, y la obligaciyn de pagar las cargas de la propiedad.

Sin perjuicio de que se reduce el articulado y la casuнstica propia del Cydigo de Vйlez que, con el бnimo de evitar conflictos entre nudo propietario y usufructuario menciony en exceso los supuestos que se podнan suceder, una innovaciyn que se introduce es que se menciona expresamente a las expensas como obligaciyn a cargo del usufructuario, dando fin a una discusiyn jurisprudencial.

Fuente: Proyecto de Cydigo Unificado de 1998, art. 2051.

II. COMENTARIO

Son a cargo del usufructuario todos los impuestos y tasas que graven la cosa objeto del usufructo, asн como los que graven el uso y goce (Gurfinkel de Wendy). La interpretaciyn debe ser amplia, de modo tal que es comprensivo de todos los impuestos que graven dicho objeto, asн como tambiйn de las tasas de servicios que lo afecten, sean йstos de carбcter municipal, provincial o nacional (Borda).

En el anterior Cydigo, parte de la doctrina consideraba que no podнa incluirse dentro de esta categorнa a las llamadas "contribuciones de mejoras", que constituнan mбs bien una carga que un impuesto. En contra, se expresaba otro sector de la doctrina que entendнa que la palabra impuesto ha sido tomada en su acepciyn genйrica (Lafaille).

El nuevo artнculo incluye a las expensas en forma expresa como innovaciyn, pues son deudas que hacen al uso y goce de la cosa, situaciyn que viene a dar fin al debate jurisprudencial que habнa al respecto.

En cuanto a la obligaciyn de pagar las cargas, el viejo Cydigo legislaba en forma oscura y parcializada ya que lo referнa casi exclusivamente al usufructo constituido por testamento, dejando huйrfano de normativa al usufructo que nace del contrato (Gurfinkel de Wendy) y estableciendo que las cargas que graven al inmueble se debнan compartir entre usufructuario y nudo propietario.

En la actualidad todo se ha reducido a un solo artнculo que se debe interpretar de manera genйrica y remitiйndonos a las normas generales en forma complementaria.

La obligaciyn de contribuir es en proporciyn al valor de la nuda propiedad y del usufructo, el que se determinarб en su caso por tasadores y peritos. El acreedor estб facultado para pedir la ejecuciyn y venta del inmueble, y el usufructuario que las solventa puede subrogarse para reclamar la parte del propietario.

III. JURISPRUDENCIA

1. Estбn a cargo del usufructuario los impuestos, las tasas y aun las retribuciones de mejoras que puedan considerarse como gravбmenes a los frutos o como una deuda del goce de la cosa, entre los que se han incluido a los municipales de alumbrado, barrido y limpieza, y a los de obras sanitarias (CNCiv., sala C, 27/11/1980, LA LEY, 1981-B, 132 - ED, 92-640; нd., sala G, 12/3/1982, JA, 1982-IV-587).

2. El usufructuario debe pagar los impuestos, tasas y contribuciones que gravan el inmueble y, si se trata de una cosa sujeta al rйgimen de propiedad horizontal, las expensas comunes, de acuerdo con lo que dispone el art. 2894 (actual 2148 Cyd. Civil) (CNCiv., sala E, 2/2/2004, DJ 2004-2, 326 - LA LEY, 2004-D, 203 con nota de Ethel Humphreys –h ED, 207-400 – JA, 2004-II, 427).

3. Mбs allб de lo antes expuesto, el usufructuario debe pagar los impuestos, tasas y contribuciones que gravan el inmueble si se trata como en el caso, de una cosa sujeta al rйgimen de propiedad horizontal, las expensas comunes, de acuerdo a lo que dispone el art.

hich2894 del Cydigo Civil (CNCiv., sala E, 2/2/2004, ED, 207-400; нd., sala G, 17/3/1982, ED, 99-536).

4. Debe rechazarse la demanda interpuesta por un Consorcio de Propietarios con el objeto de que se revoque el usufructo que gravaba una unidad funcional, para hacer efectiva la condena al pago de expensas comunes adeudada por los propietarios de la unidad en cuestiyn, toda vez que no se ejerciy acciyn alguna sobre el patrimonio de cada uno de los deudores individualmente para cobrar las expensas que le adeudan (CNCiv., sala C, 16/12/2004, LA LEY, 2005-B, 253 – DJ, 2005-1 , 1014 con nota de Nelson G. A. Cossari – JA, 2005-III-429).

Art. 2149.— Comunicaciyn al nudo propietario. El usufructuario debe comunicar al nudo propietario las perturbaciones de hecho o de derecho sufridas en razyn de la cosa. Si no lo hace, responde de todos los dacos sufridos por el nudo propietario.

I. RELACIYN CON EL CYDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

En el nuevo texto legal se reduce el articulado, eliminando la casuнstica propia del Cydigo de Vйlez manteniendo el criterio anterior en relaciyn al deber de informar del usufructuario.

Fuente: Proyecto de Cydigo Unificado de 1998, art. 2052.

II. COMENTARIO

El deber de comunicar al nudo propietario es una consecuencia de la obligaciyn de guarda y conservaciyn. Debe tratarse de actos de perturbaciyn del derecho del nudo propietario, que ataquen y perjudiquen (Salvat).

La doctrina clбsica expresaba que la obligaciyn de guarda y conservaciyn de la cosa tenнa dos vertientes, una interna, donde el usufructuario cumple con su obligaciyn de guarda y conservaciyn cuidando la cosa como un buen administrador, o como dicen algunas legislaciones, con la diligencia propia de un buen *pater familias* (Cydigo italiano) y otro aspecto externo, donde la obligaciyn implica la obligaciyn del usufructuario de preservar la cosa de ataques o turbaciones de terceros (Lafaille).

Aunque no se perjudique el uso y goce, el usufructuario estб obligado a poner en conocimiento del nudo propietario todo hecho que de cualquier modo perturbe sus derechos. Es decir el usufructuario tiene la obligaciyn de informar al nudo propietario, pues el legislador no ha querido que el propietario permanezca ajeno a la defensa de sus intereses.

III. Jurisprudencia

La ley ha conferido al usufructuario la posibilidad de ejercer todas las acciones que tengan por objeto la realizaciyn de los derechos que corresponden al usufructuario y estas acciones pueden hacerse efectivas tanto contra terceros como contra el nudo propietario, si es йste el que impide o restringe el goce del usufructo (SCBA, 3/7/1979, ED, 85-199).

Art. 2150.— Restituciyn. El usufructuario debe entregar los bienes objeto del usufructo a quien tenga derecho a la restituciyn al extinguirse el usufructo, en la cantidad y estado a que se refieren los artнculos 2137 y 2138.

I. Relaciyn con el Cydigo Civil. Fuentes del nuevo texto

Tal como mencionбramos, las llamadas "obligaciones del usufructuario" vienen a sintetizarse luego de que el Cydigo de Vйlez Sarsfield hubiera dedicado una gran cantidad de ellos dispuestos de manera muy casuнstica. Dentro de este articulado, como innovaciyn, se incorpora en forma expresa "la obligaciyn de restituir".

Fuente: Proyecto de Cydigo Unificado de 1998, art. 2053.

II. Comentario

Este artнculo se refiere a una obligaciyn fundamental que es la de devolver la cosa al nudo propietario al final del usufructo y se relaciona con la obligaciyn de guarda y conservaciyn de la cosa, pues el objeto deberб ser entregado conforme fuera recibido y detallado en el inventario.

Existe la obligaciyn de devolver la cosa de tal modo que se revierta el dominio pleno en cabeza del nudo propietario. Gurfinkel de Wendy considera que existen dos obligaciones sustanciales y fundacionales: la obligaciyn de usar la cosa conforme a su destino y la obligaciyn de devolver la cosa.

Caphtulo 4

Derechos y deberes del nudo propietario

Por Eliana Verynica Braidot

Bibliografнa clбsica: Pepe, Marcelo Antonio, "Hipoteca sobre inmueble gravado con usufructo", LA LEY, 2007-F, 1167; Vives, Luis M., "Conformidad del usufructuario con la hipoteca їinoponibilidad o renuncia condicionada?", SJA 25/5/2011.

* * *

Art. 2151.— Disposiciyn jurнdica y material. El nudo propietario conserva la disposiciyn jurнdica y material que corresponde a su derecho, pero no debe turbar el uso y goce del usufructuario. Si lo hace, el usufructuario puede exigir el cese de la turbaciyn; y, si el usufructo es oneroso, puede optar por una disminuciyn del precio proporcional a la gravedad de la turbaciyn.

I. Relaciyn con el Cydigo Civil. Fuentes del nuevo texto

El anterior texto legal establecнa en forma expresa en su art. 2916, que el nudo propietario conservaba el ejercicio de todos los derechos de propiedad compatibles con sus obligaciones. Podнa vender el objeto sometido a usufructo, donarlo, gravarlo con hipotecas o servidumbres que tengan efecto despuйs de terminado el usufructo y ejercer todas las acciones que pertenezcan al propietario en su calidad de tal.

En la actualidad, si bien no se menciona expresamente ni a manera ejemplificativa como lo hacнa el Cydigo anterior, se ha establecido una norma genйrica donde la regla es que el nudo propietario conserva la posibilidad de disposiciyn jurнdica y material sobre el objeto del usufructo, pero con la limitaciyn de que no debe turbar el uso y goce del usufructuario, y a su vez este ъltimo podrб repeler cualquier turbaciyn que impida ejercer su derecho contra el nudo propietario.

Fuentes: Proyecto de Cydigo Unificado de 1998, art. 2054.

II. Comentario

1. Derechos del nudo propietario

La regla es que el nudo propietario no puede, sea por actos materiales o jurнdicos, alterar el estado de la cosa, siempre que de tales actos no resulte un perjuicio para el usufructuario.

En cuanto a las facultades jurнdicas, al mantener el nudo propietario el *ius abutendi*, conserva el ejercicio de los derechos de propiedad compatible con sus obligaciones.

Podrнa enajenar el inmueble, pero no podrнa enajenar un derecho mayor o mбs amplio que el por sн tiene. Tambiйn podrнa constituir un derecho real de hipoteca, y en este supuesto parte de la doctrina clбsica, sostenнa al comentar el anterior texto normativo, que serнa necesario mencionar que lo que se hipoteca es la nuda propiedad y que no se puede hipotecar la plena propiedad, sino con la condiciyn de que la hipoteca tendrб efecto al extinguirse el usufructo (Borda).

Sin embargo, otros autores consideran que el acreedor hipotecario podrнa, al hacerse exigible la obligaciyn, perseguir el inmueble y hacerlo ejecutar en manos de quien se encuentre y desde luego con las cargas reales que soporte. No habrнa porquй aclarar si la hipoteca es por la plena propiedad o por la nuda propiedad, ni entender que estб sujeta a condiciyn. Por otro lado, quien paga la deuda sin ser deudor, para liberar el inmueble hipotecado, se subroga en los derechos del acreedor, sea el propietario o el usufructuario.

En este contexto normativo, podrб el nudo propietario gravar con derecho real de

hipoteca el objeto del usufructo. Para algunos autores, su alcance dependerб de la naturaleza del objeto gravado, el que, podrб recaer sobre la nuda propiedad, o la plena propiedad, en este ъltimo caso, mediando el consentimiento del usufructuario (Pepe).

Las diferencias en cuanto a los efectos, que se producirнan entre la hipoteca de nuda propiedad y la de plena propiedad es que, en este ъltimo supuesto, el acreedor hipotecario extiende su garantнa y su facultad de cobro al todo, al momento de ejecutar el inmueble. Es decir, ejecuta el inmueble con prescindencia de los derechos del usufructuario.

El nudo propietario tiene las acciones propias del dominio, como las posesorias y de reivindicaciyn, y a su vez el usufructuario, podrб tambiйn valerse de las acciones que correspondan para impedir la turbaciyn por parte del nudo propietario del ejercicio de su derecho, con la facultad de que si el usufructo es oneroso, puede optar por una disminuciyn del precio proporcional a la gravedad de la turbaciyn.

No puede el nudo propietario hacer actos materiales o jurнdicos que puedan dacar el goce o restringir el derecho del usufructuario, por ejemplo cambiar la forma del objeto, levantar construcciones nuevas.

En referencia a las servidumbres, la regla serна que el nudo propietario no puede gravar con servidumbres el bien sometido al usufructo, salvo que tengan efecto despuйs de terminado йste, porque ejerciйndose aquйllas a travйs de actos posesorios se afectarна el derecho de uso y goce del usufructuario.

Se interpreta con el presente texto legal, que el nudo propietario puede gravar el fundo con servidumbres pasivas que tendrбn efectos despuйs de finalizado el usufructo, salvo conformidad del usufructuario y puede constituir servidumbre activas, en este caso el usufructuario podrб aceptarla expresa o tбcitamente (Mariani de Vidal), haciendo uso de ellas, o rechazarla, en cuyo supuesto ella comenzarб su vigencia luego de cesado el usufructo, pero no puede remitir =servidumbres activas que hayan estado vigentes al momento de la constituciyn del usufructo (Gurfinkel de Wendy).

En cuanto a las facultades materiales, al ser transferida la posesiyn al usufructuario, no podrб ejercer el nudo propietario ningъn acto material salvo que tenga el consentimiento del primero. Serб un derecho esencial del nudo propietario, hacer respetar el *salva rerum substantia* (Gurfinkel de Wendy).

Tendrб a su cargo las reparaciones extraordinarias para la conservaciyn de la cosa que no estйn a cargo del usufructuario, salvo que por culpa de este ъltimo, se hubieran hecho necesarias por su negligencia. Tambiйn estarбn a su cargo las reparaciones producidas por vetustez de la cosa o por caso fortuito.

2. Deberes del nudo propietario

La primera obligaciyn que tiene el nudo propietario es la de entregar la cosa. Esta obligaciyn puede ser postergada en el tiempo si el usufructuario no cumpliera con algunas de sus obligaciones antes de entrar en el uso y goce de la cosa.

III. JURISPRUDENCIA

Debe confirmarse la cancelaciyn del usufructo que pesa sobre el inmueble rematado, en tanto la usufructuaria participy en los contratos de mutuo hipotecario celebrados por el nudo propietario, prestando su consentimiento para su realizaciyn, lo cual importy su autorizaciyn para que se adelanten los efectos de la hipoteca establecidos por el art. 2916 del Cyd. Civil, y para que se torne inoponible su derecho real de uso y goce al acreedor hipotecario (CNCom., sala E, 7/7/2010, La Ley Online).

CAPHTULO 5

EXTINCIYN

Por ELIANA VERYNICA BRAIDOT

Bibliografна clбsica: ALLENDE, G. L., "La prescripciyn y el usufructo", Revista Jurнdica de Buenos Aires, vol. II, 1961, p. 77; HUMPHREYS, E., "La cancelaciyn y la extinciyn del derecho real de usufructo por consolidaciyn", LA LEY, 2003-E, 190; SAUCEDO, RICARDO J., "La incidencia del orden

hichpъblico en las causales de extinciyn del derecho real de usufructo y el pago de las expensas", SJA 7/9/2005 - JA 2005-III-432; VIVES, LUIS M., "Uso abusivo como causal de extinciyn del usufructo. ї47 O existe otra soluciyn?", SJA 25/11/2009.

***

Art. 2152.— Medios especiales de extinciyn. Son medios especiales de extinciyn del usufructo:

a) la muerte del usufructuario, aunque no se haya cumplido el plazo o condiciyn pactados. Si no se pacty la duraciyn del usufructo, se entiende que es vitalicio;

b) la extinciyn de la persona jurнdica usufructuaria. Si no se pacty la duraciyn, se extingue a los cincuenta acos desde la constituciyn del usufructo;

c) el no uso por persona alguna durante diez acos, por cualquier razyn. El desuso involuntario no impide la extinciyn, ni autoriza a extender la duraciyn del usufructo;

d) el uso abusivo y la alteraciyn de la sustancia comprobada judicialmente.

Art. 2153.— Efectos de la extinciyn. Extinguido el usufructo originario se extinguen todos los derechos constituidos por el usufructuario y sus sucesores particulares.

El usufructo cedido por el usufructuario, no puede durar mбs allб de la oportunidad prevista para la extinciyn del usufructo

originario.

Si el usufructo es de un conjunto de animales que perece en su totalidad sin culpa del usufructuario, ёste cumple con entregar al nudo propietario los despojos subsistentes. Si el conjunto de animales perece en parte sin culpa del usufructuario, ёste tiene opciyn de continuar en el usufructo, reemplazando los animales que faltan, o de cesar en ёl, entregando los que no hayan perecido.

I. Relaciyn con el Cydigo Civil. Fuentes del nuevo texto

El anterior texto legal agrupaba las causales de extinciyn del usufructo, en el art. 2918 y otros artнculos del mismo capнtulo, y establecнan dos categorнas: las generales, que corresponden a la mayorна de los derechos reales (no habна en el Cydigo de Vёlez causas generales de extinciyn de los derechos reales), y las particulares del usufructo.

Respecto de estas ъltimas y con un criterio casuista consignaba los siguientes supuestos: 1) Revocaciyn directa del derecho real por el constituyente en virtud de las causas previstas por la ley, o por el acto constitutivo (art. 2918), 2) Revocaciyn instada por los acreedores del nudo propietario a travёs de la acciyn pauliana (art. 2918), 3) Resoluciyn del derecho del constituyente cuando se trata de inmuebles y con efecto retroactivo, por aplicaciyn de las directivas del dominio imperfecto resoluble (arts. 2669 y 2918), 4) Muerte del usufructuario (art. 2920), 5) Extinciyn de la persona jurнdica (art. 2920), 6) Expiraciyn del tёrmino por el cual fue constituido (art. 2920), 7) Extinciyn del usufructo por su no uso por el plazo de diez acos (art. 2942), 8) Extinciyn por el cumplimiento de la condiciyn resolutoria a la que se subordina la existencia del derecho de usufructo, de acuerdo con lo dispuesto en el acto de su constituciyn (art. 2926), 9) Consolidaciyn por reuniyn en cabeza del usufructuario del dominio directo (o nuda propiedad) y el dominio ъtil (arts. 2928 y 2930), 10) Renuncia al derecho de usufructo (art. 3047), 11) Pёrdida o deterioro de la cosa dada en usufructo (arts. 2934 a 2941), 12) Prescripciyn adquisitiva del usufructo efectuada por un tercero contra la persona de su titular (arts. 2812, 2817 y 2942).

En el nuevo texto se regulan medios especiales de extinciyn propios del usufructo, por lo que hay que agregarle los aplicables a todos los derechos patrimoniales y los propios a toda esta categorна de derechos reales. Se incorporan ademбs algunas innovaciones, como ser la extensiyn del plazo de duraciyn mбxima en el caso de ser el usufructuario una persona jurнdica a 50 acos.

El usufructo se extingue en el derecho italiano por el uso abusivo que de ёl haga su titular, caso que tambiёn prevёn los Cydigos francйs, venezolano y brasileco y que, segъn la opiniyn de nuestros autores, no debiy omitirse en nuestro derecho. El inc. c) del artнculo que comentamos cubre ese vacно al disponer: "el uso abusivo y la alteraciyn de la sustancia" producirбn la extinciyn.

Con esta nueva incorporaciyn, se da fin a un debate jurisprudencial y doctrinal que existна acerca de si el incumplimiento de las obligaciones del usufructuario, como por ejemplo, no pagar los impuestos, contribuciones y expensas comunes que gravan el inmueble sujeto a usufructo, eran o no causales de extinciyn, siendo la opiniyn de los jueces, que no configuraban tal causal, por no estar previstas en la norma.

Fuentes: Proyecto de Cydigo Unificado de 1998, arts. 2055 y 2056.

1505II. Comentario

Las causales de extinciyn surgirбn de la ley o pueden haber sido establecidas por las partes en el acto constitutivo del usufructo dentro de los lнmites fijados a la autonomна de la libertad y el orden pъblico propio de los derechos reales.

1. Extinciyn por muerte del usufructuario

Al ser caracterizado el derecho real de usufructo como un derecho esencialmente vitalicio, la muerte de su titular extingue su derecho, a diferencia del supuesto donde falleciera el nudo propietario, donde ningъn efecto tendrб sobre el usufructo que continъa con los herederos de ёste.

Es decir en lo que respecta a la duraciyn del usufructo si las partes no hubieren fijado tёrmino para la duraciyn del usufructo, se entiende que el usufructo se extiende por la vida del usufructuario. No obstante ello, si las partes hubieren pactado un plazo y el usufructuario fallece antes de ese plazo, el usufructo se extingue. El usufructo no puede ser constituido para durar despuйs de la vida del usufructuario, ni a favor de una persona y sus herederos. El usufructo pactado a favor de mбs de un beneficiario conjunta y simultбneamente dura hasta la muerte del ъltimo usufructuario, pues de lo contrario carecerна de operatividad el derecho a acrecer que el Cydigo autoriza en determinados supuestos (ver art. 2132).

2. Extinciyn de la persona jurнdica

Cuando ha sido el usufructo constituido a favor de una persona jurнdica, si cesa legalmente ёsta, se extingue el derecho real, al margen del plazo que se haya estipulado. Si no hubiere plazo, se extingue a los cincuenta (50) acos desde la constituciyn del usufructo. Si se hubiere pactado uno mayor, ёste se reduce al establecido en la norma.

3. Extinciyn por el no uso

Esta forma de extinciyn es comъn a los derechos reales de uso y goce. El actual texto normativo establece que el usufructo se pierde por el no uso, durante el tёrmino de diez acos.

Segъn la doctrina clбsica, esta causal de extinciyn no es otra cosa que una verdadera prescripciyn liberatoria o extintiva pues libera al dominio del gravamen que representa el derecho real sobre cosa ajena en su aspecto pasivo (Salvat).

La extinciyn por no uso habна sido tratada en la notal al anterior art. 2924, Cyd. Civil donde el codificador a la disposiciyn citada y juntamente con la opiniyn de gran parte de la doctrina nacional abonaba la idea de estar en presencia de una prescripciyn liberatoria, a la manera de la que se produce en las obligaciones.

La doctrina ha expresado que no serна viable una extinciyn parcial por no uso ya que el uso de una parte importa el de toda la cosa (Borda). Distinta es la soluciyn si el objeto del usufructo lo constituyen varias cosas, aquн el uso de unas no purga el no

uso de las restantes, salvo que constituyan una universalidad jurídica.

Otra forma de extinciyn que no menciona el Cydigo pero por aplicaciyn del instituto de la prescripciyn adquisitiva a la cual nos remitimos, serна precisamente la usucapiyn realizada por un tercero.

No debe confundirse la causal extintiva, que el Cydigo menciona expresamente en este artículo, con la prescripciyn adquisitiva conocida como modo de adquirir el dominio, pero aplicada aquн al usufructo. En esta ъltima, se requiere la actividad del tercero que ejerce durante el plazo legal correspondiente (diez o veinte acos, segъn el caso) los actos materiales que corresponden al usufructuario.

cs14. El uso abusivo y la alteración de la sustancia comprobada judicialmente

Se incorpora como causa de extinción el uso abusivo de la cosa por parte del usufructuario en el ejercicio del derecho real de usufructo, lo que importa la falta de cumplimiento por parte del usufructuario de las obligaciones que por ley le son impuestas. Esta forma de extinción funcionaba en varios ordenamientos legislativos extranjeros también de origen netamente romanista, como el nuestro y que en el Código de Vélez se habían omitido.

Esa omisión había originado un gran debate, pues ante una conducta abusiva, se acudía como instituto de protección al abuso del derecho, y otras soluciones dadas por parte de la doctrina, que sugería incluir en el contrato constitutivo del derecho real un pacto comisorio explícito que, bajo la forma de condición resolutoria, salve la omisión legislativa (Alterini).

Con el texto vigente se viene a sanear este debate y se incorpora esta especial causal de extinción. Hay que tener en cuenta que el usufructuario abusa de sus facultades cuando degrada la cosa, la destruye, o simplemente extrae de ella la mayor cantidad de frutos posibles sin resguardo de la productividad futura, aun cuando no se altere el *salva rerum substancia*. El no pagar impuestos ni cargas e incumplir sus obligaciones tributarias, colocando al nudo propietario en riesgo de responder con la cosa por esas deudas, implica también un ejercicio abusivo del derecho de usufructo (Vives).

5. Efectos de la extinción

Una vez cumplidos algunos de estos medios especiales de extinción, nacerá la obligación de restituir la cosa por parte del usufructuario o sus herederos al nudo propietario.

Si la cosa no es restituida, fenecido el usufructo por cualquiera de las causas citadas o las que establece el Código en forma general, el usufructuario y/o el heredero, se convierten en tenedores y estarán obligados a restituir los frutos.

Este deber de restitución comprende a la cosa con todos sus accesorios, que hubieran estado *ab initio* o incorporados *a posteriori*, salvo las mejoras útiles y voluntarias que podrá el usufructuario retirarlas si no dañan la cosa (Gurfinkel de Wendy).

La extinción del usufructo importa el renacimiento del dominio perfecto en toda su amplitud Lafaille).

Existe un efecto general de la extinción del usufructo que es el "*rediré ad proprietatem*" esto es la reunión del usufructo con la nuda propiedad, que se produce por efecto de la llamada elasticidad del dominio (Highton).

No sólo los derechos reales constituidos por el usufructuario caducan a la finalización del usufructo, como las servidumbres y la anticresis, sino también todos los derechos personales que no transfieren la posesión sino la tenencia, como la locación o el arrendamiento.

III. JURISPRUDENCIA

Extinguido el usufructo se consolida el dominio en cabeza del nudo propietario, con el efecto directo e inmediato de hacerlo entrar en el derecho de goce del cual había estado privado, sin que sea necesario obtener previamente declaratoria de herederos. (En el caso, los usufructuarios eran padres del actor, titular éste de la nuda propiedad) (CNCiv., sala C, 4/4/1992, LA LEY, 1992-C, 316 - DJ, 1992-2-496, SJ 632).

El usufructo pactado a favor de más de un beneficiario conjunta y simultáneamente dura hasta la muerte del último usufructuario, pues de lo contrario carecería de operatividad el derecho a acrecer que la ley civil autoriza en determinados supuestos (CNCiv., sala J, 29/6/2000, LA LEY, 2000-E, 679 - DJ, 2000-3-882).

TÍTULO IX

USO

Por ELIANA VERÓNICA BRAIDOT

Bibliografía de la reforma: ALTERINI, JORGE HORACIO, "Primeras consideraciones sobre los Derechos reales en el Proyecto de Código", Academia Nacional de Derecho 2012 (septiembre).

Bibliografía clásica: MARIANI DE VIDAL, M., en BUERES-HIGHTON, *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, t. 5; VIVES, LUIS M., "Acerca de la atipicidad y la analogía en los derechos de uso y habitación", JA 2008-IV-943. Ver también: bibliografía recomendada al iniciar el comentario al Libro IV.

***

Art. 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.

Art. 2155.— Normas supletorias. Se aplican al uso las normas del Título VIII de este Libro, a excepción de las disposiciones

particulares establecidas en el presente.

Art. 2156.— Limitaciones. El usuario no puede constituir derechos reales sobre la cosa.

I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto

El Código de Vélez había legislado los derechos de uso y habitación como derechos reales autónomos. Si bien los trataba de manera conjunta, los diferenciaba del usufructo, recurriendo a las mismas fuentes.

El nuevo texto legal incorpora al uso como un derecho real autónomo, en el inc. j) del art. 1887, y en cuanto a la metodología lo trata de manera separada al derecho real de habitación.

En cuanto a la extensión, obligaciones y derechos del usuario, se conserva el criterio del Código sustituido, en tanto se morigera ich***EL PRINCIPIO DE TIPICIDAD DE LOS DERECHOS REALES, DANDO LUGAR A UNA CIERTA PARTICIPACIÓN DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.***

Constituye su fuente el Proyecto de Código Civil de 1998, arts. 2057 al 2060.

II. Comentario

1. Concepto del derecho real de uso

Lo define el texto legal como aquel 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.

2. Caracteres del uso

2.1. *Derecho real sobre cosa ajena*. Recae sobre una cosa ajena, e importa una desmembración de la propiedad pues el propietario solo conserva la nuda propiedad.

2.2. *De uso y goce*. El usuario tiene la facultad de usar y gozar la cosa, aunque limitado, y debe respetar el principio *salva rerum sustantia*. Salvo que el título constitutivo diga otra cosa, el uso se limita a las necesidades personales del usuario y su familia. El usuario tiene ante todo la posesión legítima de la cosa y no puede constituir derechos reales sobre la misma (art. 2156).

2.3. *Temporario y vitalicio*. Es un derecho esencialmente temporario, pues su máxima duración lo constituye la vida del usuario. El derecho real de uso sólo puede constituirse a favor de persona humana.

2.4. *Intransmisible por causa de muerte*. Nunca se permite que a la muerte de su titular el uso se transfiera a los herederos, ni dure por ninguna causa más allá de la vida del usuario. El uso es siempre a favor de sus titulares (persona humana), no pueden ser cedidos ni son transmisibles por herencia. No existe derecho de acrecer.

2.5. *El principio "salva rerum substantia"*. Este principio viene de los romanos y es receptado en el presente artículo al igual que en el usufructo, el usuario puede usar y gozar de la cosa pero sin alterar su sustancia (art. 2154).

2.6. *Indivisible:* Se establece un límite que es el aprovechamiento para el usuario y su familia. La medida de la necesidad tiene un punto determinante y de allí se desprende ese carácter indivisible (Salvat - Argañarás).

2.7. *Gastos de conservación de la cosa y reparación*: Se aplican lo regulado para el usufructo. El usuario tiene la obligación de contribuir con los gastos de conservación y reparación de la cosa, en esta materia el usuario tiene las mismas obligaciones del usufructuario.

3. Objeto

El anterior Código, lo mencionaba expresamente (y consideramos que se sigue manteniendo el mismo criterio), que el uso puede recaer sobre todas las cosas (parte material e indivisa) no fungibles, pero deben ser de utilidad para el usuario, o sea proporcionándole alguna ventaja.

Se excluyen las universalidades y los créditos, el fondo de comercio y las cosas fungibles y consumibles (Borda).

44. Constitución por título

El texto legal establece que se puede constituir por título, y si el título no establece la extensión del uso y goce, se entiende que se constituye un usufructo. Es decir que en la actualidad el derecho real de uso puede constituirse por: contrato (oneroso o gratuito) o por testamento.

Cuando el objeto sobre el que recae el derecho de uso es una cosa registrable, deberá cumplirse con el modo suficiente (tradición de la cosa). Se requerirá además la formalidad de la escritura pública, y la inscripción en el Registro de la Propiedad inmueble (o que corresponda) a efectos de su oponibilidad a terceros.

5. Excepción al principio de tipicidad. Analogía.
Normas supletorias

En nuestro sistema legal, el uso (y también el derecho real de habitación) son los únicos derechos reales que constituyen la excepción a la tipicidad propia de éstos.

En efecto, siendo que en el resto de los derechos reales su contenido está determinado en la norma, cumpliendo con el principio de tipicidad, el uso (y la habitación) son regidos por los títulos que los han constituido, tal como lo expresa el art. 2154, "...en la extensión y con los límites establecidos en el título...", siguiendo el mismo criterio que el anterior art. 2952 del Código sustituido.

Es decir tanto el Código de Vélez, como el actual, hacen una excepción a la regla esencial de la tipicidad de los derechos reales, y avanza también sobre la insularidad de los mismos, al establecer la analogía como fuente.

Bajo esta premisa, expresa el art. 2154 que si el título no establece la extensión del uso y goce, se entiende que se constituye un usufructo, y luego el art. 2155, dice que se aplicarán al uso las normas del Título IX de este Libro (usufructo) a excepción de las disposiciones particulares establecidas en el presente

De modo tal que en caso de controversia, primero debemos recurrir al contrato o a la cláusula testamentaria para ver que se determinó en cuanto a las facultades, y

luego a lo reglado en el texto legal.

De la combinación de ambas características excepcionales de estos derechos reales (contenido fijado por título y aplicación supletoria de las normas del usufructo) se deriva una importante consecuencia que no podemos soslayar: la autonomía de la voluntad de las partes no puede ir más allá de los límites fijados con carácter de orden público para el usufructo (Gurfinkel de Wendy).

III. JURISPRUDENCIA

1. El derecho de uso es un diminutivo del usufructo: un verdadero usufructo menos extenso. El derecho de habitación es una especie dentro de aquel género (CCiv. y Com., Mercedes, sala II, 29/2/1980, LA LEY, 1980-B, 555).

2. Si no corresponde establecer el derecho de habitación sobre el inmueble (art. 3573 bis, Cód. Civil), tampoco procede con respecto a los muebles que forman el ajuar de la casa. Para que sea aplicable la norma contenida en el art. 2956 del Cód. Civil es preciso que se haya establecido el derecho de uso respecto del fundo (CCiv. y Com., Mercedes, sala II, 29/2/1980, LA LEY, 1980-B, 555).

Art. 2157.— Ejecución por acreedores. Los frutos no pueden ser embargados por los acreedores cuando el uso de éstos se limita a las necesidades del usuario y su familia.

ctlparl. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

1317 El Código de Vélez había legislado en forma detallada en los arts. 2958, 2962 y 2959, sobre el régimen de los frutos, siendo la única limitación que el uso no supere las necesidades del usuario y su familia.

El texto vigente conserva el mismo criterio, aunque de manera más acotada en este artículo, remitiéndose a las normas del derecho real de usufructo en todo aquello que no se trate de manera específica.

II. COMENTARIO

Es de la esencia del derecho real de uso, cuando se constituye sobre cosa fructífera, el derecho de usar de todos los frutos naturales que la cosa produzca, sin contraprestación alguna, siempre respetando el límite de no superar las necesidades del usuario y su familia (Gurfinkel de Wendy). Inclusive dichos frutos no pueden ser embargados por los acreedores cuando se cumpla con dicha premisa, es decir que el uso de éstos se limita a las necesidades del usuario y su familia (art. 2157).

Cuando la ley atribuye al usuario la facultad de tomar los frutos, se está refiriendo al aprovechamiento directo de ellos, pero no podrá aprovecharse indirectamente de éstos, es decir venderlos para con su producido satisfacer otras necesidades de él y de su familia (Papaño - Kiper).

En este punto, el uso es análogo al usufructo, aunque, claro está, es menos extenso. Así, el usufructo permite no sólo el uso y goce de la cosa, sino también aprovechar todos los frutos que ella produzca (sean naturales industriales o civiles). El uso no confiere a su titular el derecho de aprovechar económicamente la cosa, y la facultad de percibir los frutos se encuentra limitada a tomar aquellos frutos que sean necesarios para las necesidades del usuario y de su familia.

El usuario tiene derecho a todos los frutos que espontáneamente da la naturaleza y que cubran sus necesidades, pero no a una cantidad mayor para la venta del excedente a fin de comprar otros que no produzca el campo. En cuanto a los frutos producto del trabajo del propietario o del usufructuario, los usa pero debe soportar las cargas, entre ellas los gastos de producción (Salvat, Mariani de Vidal).

TÍTULO X

HABITACIÓN

Por ELIANA VERÓNICA BRAIDOT

Bibliografía sobre la reforma: ALTERINI, JORGE HORACIO, *Primeras consideraciones sobre los Derechos reales en el Proyecto de Código*, Academia Nacional de Derecho 2012 (septiembre); SOLARI, NÉSTOR E., "Derecho real de habitación del conviviente supérstite en el Proyecto de Código Civil y Comercial", LA LEY, 2014-C, 1119

Bibliografía clásica: LAVALLE COBO, "Derecho de habitación", LA LEY, 1991-E, 179, LLC, 1991-947; VIVES, LUIS M., "Acerca de la atipicidad y la analogía en los derechos de uso y habitación", JA, 2008-IV-943.

* * *

Art. 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.

Art. 2159.— Normas supletorias. Se aplican a la habitación las normas del Título IX de este Libro, a excepción de las disposiciones particulares establecidas en el presente.

Art. 2160.— Limitaciones. 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. No es ejecutable por los acreedores.

Art. 2161.— Impuestos, contribuciones y reparaciones. Cuando el habitador reside sólo en una parte de la casa que se le señala para vivienda, debe contribuir al pago de las cargas, contribuciones y reparaciones a prorrata de la parte de la casa que ocupa.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL Y FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El Código de Vélez había legislado los derechos de uso y habitación de manera conjunta, diferenciándolos del usufructo, recurriendo a las mismas fuentes.

El nuevo texto legal incorpora al Derecho real de habitación como un derecho real

autónomo, en el inc. k) del art. 1887, y en cuanto a la metodología lo trata de manera separada al Derecho real de uso.

Se mantiene el derecho real de habitación del cónyuge supérstite el que se halla contemplado en el art. 2383: "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 que a la apertura de la sucesión no se encontraba en condominio con otras personas. Este derecho es inoponible a los acreedores del causante".

El Código innova en lo que respecta a las uniones convivenciales. Tres son las disposiciones legales contempladas que refieren a la vivienda familiar, al ser tratadas en el título respectivo. La primera de ellas, es la protección de la vivienda familiar durante la normal convivencia (art. 522); la segunda previsión, es aplicable para después de la extinción de la unión (art. 526); finalmente, la tercera norma es para la hipótesis de muerte de uno de los convivientes (art. 527).

Bajo la denominación de "Atribución de la vivienda en caso de muerte de uno de los convivientes", se contempla la hipótesis de un derecho real de habitación para las uniones convivenciales.

El art. 527 expresa: "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 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. Este derecho es inoponible a los acreedores del causante. Se extingue si el conviviente supérstite constituye una nueva unión convivencial, contrae matrimonio, o adquiere una vivienda propia habitable o bienes suficientes para acceder a ésta".

La doctrina ha criticado la ubicación de este artículo (Solari), pues debió ser establecido en la parte pertinente, es decir, en el libro Quinto, en la Transmisión de Derechos por Causa de Muerte, tal como —correctamente— se encuentra contemplado el derecho real de habitación del cónyuge supérstite.

Constituye su fuente el Proyecto de Código Civil de 1998, arts. 2061 y 2064.

II. Comentario

1. Concepto del derecho real de habitación

Es el derecho real de morar un inmueble ajeno construido o en parte material de él, sin alterar su sustancia, que sólo puede constituirse a favor de persona humana.

Es definido por la doctrina clásica como el derecho real de uso constituido sobre un inmueble urbano (Lafaille).

Algunos autores clásicos han considerado que el derecho de habitación no puede considerarse como una simple variedad del derecho de uso de una casa, porque ésta puede utilizarse de muchas otras formas distintas a la vivienda, mientras que la única forma de ejercicio del derecho de habitación es viviendo en la casa (Messineo).

to2. Caracteres del derecho real de habitación

2.1. Derecho real sobre cosa ajena

Recae sobre una cosa ajena, e importa una desmembración de la propiedad pues el propietario sólo conserva la nuda propiedad.

2.2. De uso y goce

El derecho real de habitación importa el derecho de servirse de la cosa para habitarla, el habitador y su familia, aunque ese uso es limitado pues debe respetar el principio *salva rerum sustantia*.

2.3. Alimentario

La habitación tiene carácter netamente alimentario, equivalente a una pensión alimentaria (Lafaille). Su finalidad es asegurar al habitador la satisfacción directa de sus necesidades.

2.4. Intuitu personae

Es constituido en consideración esencial a la persona del beneficiario. Es inherente a la persona por su mismo carácter alimentario.

2.5. Temporario y vitalicio

Es limitado en el tiempo, en lo cual sigue la naturaleza del usufructo, pudiendo extenderse como máximo a la vida del habitador. El derecho real de habitación sólo puede constituirse a favor de persona humana.

2.6. Intransmisible

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.

2.7. El principio "salva rerum substantia"

Este principio viene de los romanos y es receptado en el presente artículo al igual que en el usufructo, el habitador puede servirse de la cosa pero sin alterar su sustancia.

2.8. Indivisible

La doctrina sostiene que este derecho es indivisible. Por su parte, Argañarás, en su comentario al texto de Salvat, dice que el punto es discutible, pues a falta de un texto legal que lo prohíba nada impediría al constituyente atribuirlo a varios, si bien con la limitación que lo restringe a las necesidades del habitador y su familia (Lafaille, Salvat).

2.9. Gastos de conservación de la cosa y reparación

En principio están a su cargo los gastos de conservación, siendo aplicables las normas que rigen al uso. Cuando el habitador reside sólo en una parte de la casa que se le señala para vivienda, debe contribuir al pago de las cargas, contribuciones y reparaciones a prorrata de la parte de la casa que ocupa.

2.10. Inembargable

plain Por sus características, el derecho de habitación se encuentra sin lugar a dudas fuera del comercio, y por esa razón no puede ser atacado por los acreedores del habitador (conf. art. 2160). El derecho real de habitación goza de inembargabilidad absoluta, porque siempre el objeto reviste un carácter personal y alimentario, no teniendo, por lo demás el habitador derecho alguno sobre los frutos.

El derecho de habitación se distingue del de uso por no dar derecho alguno a los frutos del inmueble. Su titular tiene un derecho limitado a la ocupación de éste. Este derecho real tiene su antecedente en el derecho romano, en el cual se lo conocía como usufructus domus habitatio o sea el derecho de vivir en un edificio determinado (Lavalle Cobo).

3. Objeto del derecho real de habitación

Puede constituirse el derecho real de habitación sobre cualquier inmueble urbano que estuviere en el comercio. El condómino de estos inmuebles puede establecer el derecho de habitación de su parte indivisa.

4. Constitución del derecho real de habitación

d3021317 Puede constituírselo por contrato, fuere por título oneroso o gratuito, o por acto de última voluntad De conformidad con lo que establece en la normativa actual, el contrato constitutivo del derecho de habitación debe ser formalizado en escritura pública.

5. Extensión del derecho real de habitación

El Código establece un sistema de autonomía de la voluntad privada, al igual que el Código de Vélez, al prescribir que tanto el uso como el derecho de habitación son regidos por los títulos que los han constituido. En consecuencia, las reglas del Código a este respecto tienen carácter meramente supletorio, pudiendo las partes libremente ampliar o restringir los derechos del habitador, en tanto no alteren la naturaleza de la institución.

III. JURISPRUDENCIA

1. Debe confirmarse la resolución de primera instancia en cuanto decretó la inoponibilidad de la inscripción al régimen de bien de familia de un inmueble de propiedad del fallido, toda vez que en el caso no se encuentra cumplida la exigencia de habitación real del deudor y de su familia en dicho inmueble (CNCom., sala B, 14/11/2003, LA LEY, 2004-C, 251).

2. Corresponde hacer lugar a la demanda de desalojo iniciada por el propietario de un inmueble ante el fallecimiento de la persona a favor de la cual constituyó un derecho de habitación gratuito y vitalicio, pues el demandado ostenta la calidad de intruso debido a que no acreditó razón alguna para ocupar la propiedad —en el caso, afirma ser administrador de los bienes del fallecido—, toda vez que tomó posesión de la cosa por un acto unilateral y no por entrega que de ella le hubiere realizado quien podía hacerlo (CCiv. y Com. 8a Nominación de Córdoba, 18/2/2003, LLC, 2003-977).

TÍTULO XI

SERVIDUMBRE

CAPÍTULO 1

DISPOSICIONES GENERALES

Por ELIANA VERÓNICA BRAIDOT

Bibliografía sobre la reforma: ALTERINI, JORGE HORACIO, "Primeras consideraciones sobre los Derechos reales en el Proyecto de Código", Academia Nacional de Derecho 2012 (septiembre).

LOCHMARIANI DE VIDAL, MARINA; ABELLA, ADRIANA N., "Las servidumbres en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación del año 2012. Aspectos salientes", SJA 2012/10/17-51; JA 2012-IV.

Bibliografía clásica: DE REINA TARTIÈRE, G., *Sistema de derechos reales. Derechos reales de disfrute*, 2006; GURFINKEL DE WENDY, LILIAN, *Derechos Reales*, t. II, Abeledo Perrot, 2010; MARIANI DE VIDAL, MARINA, *Curso de Derecho Reales*, t. III; MUSTO, NÉSTOR JORGE, *Derechos Reales*, t. 2, Astrea, 2000.

***

Art. 2162.— Definición. La servidumbre es el derecho real que se establece entre dos inmuebles y que concede al titular del inmueble dominante determinada utilidad sobre el inmueble sirviente ajeno. La utilidad puede ser de mero recreo.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Frente a los ciento treinta y ocho artículos que Vélez dedicara a la materia en el anterior Código, el presente texto legal, lo reduce en veintiún artículos ordenados en cuatro capítulos, en su Libro cuarto, Título XII.

Tal como expresa los fundamentos del Anteproyecto, si bien no son conceptos innovadores, simplifican el contenido, aclarando los derechos del titular del fundo dominante y del titular del fundo sirviente.

El nuevo artículo, a diferencia del Código sustituido, menciona expresamente en su definición, a la heredad o predio dominante como aquel en cuyo beneficio se ha constituido la servidumbre, mientras que la heredad o predio sirviente es aquel sobre el cual se ha constituido la servidumbre, ya sea personal o real.

En cuanto al contenido de la servidumbre, podrá serlo determinada utilidad para el titular del inmueble dominante, aunque fuere de mero recreo (este último concepto, hoy en su definición, tomado del anterior art. 3000 del Código sustituido), sobre el inmueble sirviente.

Se elimina de la definición la parte final del anterior art. 2970, relativa a que la servidumbre podía consistir en "impedir que el propietario ejerza algunos de sus derechos de disposición". Respecto de este punto la doctrina había expresado que la

servidumbre nunca podía conducir al vaciamiento material del estatuto del propietario, y si así fuera, nos enfrentaríamos a un usufructo encubierto, con ánimo de burlar la limitación temporal que para este derecho consagra el Código Civil; es por eso que la norma hablaba de "ciertos derechos de disposición" (De Reina Tartière).

En el presente texto se eliminó la regulación independiente de las servidumbres típicas (tránsito, acueducto, recibir aguas y sacar agua), contempladas en el Código sustituido.

Se da fin al debate establecido acerca de si los derechos reales de usufructo, uso y habitación eran servidumbres o si, por el contrario, constituían derechos reales autónomos. Ello, porque el anterior art. 2972 establecía que la "servidumbre personal es la que se constituye en utilidad de alguna persona, sin dependencia de la posesión de un inmueble y que acaba con ella". Con el nuevo texto vigente se da fin a esta controversia, gozando además aquellos derechos de una colocación independiente en el art. 1887 y de regulación en títulos autónomos.

Constituye su fuente el Proyecto de Código Civil de 1998, arts. 2065 y ss.

II. Comentario

1. Concepto

Es el derecho real que se establece entre dos inmuebles y que concede al titular del inmueble dominante determinada utilidad sobre el inmueble ajeno, que puede ser de mero recreo.

2. Caracteres

2.1. *Derecho real*: La servidumbre participa de todos los atributos propios de los derechos reales. Está enumerado de manera autónoma en el art. 1887, inc. 1 del texto vigente. Se deduce de ello su inmediatez y su absolutez en el sentido de oponibilidad *erga omnes* (Díez-Picazo).

2.2. *Principal*: Es de carácter principal, diferenciándose de los derechos reales accesorios de un crédito en función de garantía como la hipoteca, la anticresis y la prenda.

2.3. *Cosa ajena*: que recae sobre cosa ajena (arts. 1888). La misma norma aclara que con relación al dueño de la cosa, los derechos reales sobre cosa ajena constituyen cargas o gravámenes reales. Deben existir dos inmuebles (fundo dominante y sirviente), que pertenezcan a propietarios distintos, pues nuestro derecho no admite la servidumbre sobre cosa propia.

La precisión de que la servidumbre recae sobre "un inmueble ajeno" desecha toda posibilidad de que en nuestro derecho positivo civil pueda calificarse como servidumbres a derechos que recaigan sobre cosas muebles. No sólo es inexorablemente inmueble la cosa sobre la cual gravita la carga real, o sea el objeto sirviente, sino que también lo es el objeto dominante: inexcusablemente otro inmueble (Lafaille-Alterini).

2.4. *Registrable*: Afirma el texto legal, que 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 y 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 (art. 1890).

2.5. *No se ejerce por la posesión*: Se dispone que las servidumbres positivas se ejercen por actos posesorios concretos y determinados, que serán los que se compadezcan con la respectiva servidumbre, no implicando dichos actos que el titular de la servidumbre ostente la posesión del fundo sirviente (art. 1891). Existe ánimo de ejercer la servidumbre, y no el dominio u otro derecho real.

2.6. *Perpetuo o temporario*: La servidumbre es un derecho real que puede ser perpetuo o temporario. Se juzgan que son perpetuas si no hay convención en contrario.

2.7. *Indivisible*: El texto vigente nada establece en punto a la indivisibilidad de las servidumbres "consideradas como cargas y como derechos", como lo hacía el art. 3007 del Código sustituido, pero así deben considerarse ya que aquélla se funda en la naturaleza misma de las servidumbres (Salvat), independientbch[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

2.8. *Utilidad para el fundo dominante*: La servidumbre debe reportar una ventaja al fundo dominante. En cuanto al contenido de la servidumbre, podrá serlo determinada utilidad para el titular del inmueble dominante, aunque fuere de mero recreo, sobre el inmueble sirviente.

2.9. *Recae sobre inmueble*: A diferencia del derecho real de usufructo y uso que pueden recaer sobre bienes muebles e inmuebles, las servidumbres son derechos que recaen sobre inmuebles (Lafaille - Alterini).

III. JURISPRUDENCIA

1. La servidumbre activa, tanto real como personal, presupone la existencia de dos inmuebles: el dominante y el sirviente. En la servidumbre activa real, la ventaja se proporciona al titular del fundo dominante, con independencia de sus condiciones personales; por ejemplo, la salida a la calle pública de un inmueble encerrado, es necesaria para cualquiera que esté en posesión de la finca. En la servidumbre activa personal, en cambio, la utilidad se concede en razón de las necesidades de una persona concreta, por ejemplo, la que se constituye a favor de un fundo no encerrado cuyo propietario, por portar una discapacidad física, requiere de una salida o acceso más confortable en función de sus limitaciones ambulatorias (SCBA, 7/7/1970, DJBA, 91-265).

2. Si la utilización del paso por el actor, su familia y demás vecinos se ha desarrollado a raíz del permiso o tolerancia del propietario, ello lejos está de constituir el derecho real de servidumbre, toda vez que no responde a ninguno de los supuestos mediante los cuales se determina o adquiere el mencionado derecho (CCiv. y Com. 8ª Nom. Córdoba, 6/8/2002, LLC 2003 marzo, 222).

3. El dominio se presume libre, debiendo acreditarse la carga que se pretenda sobre la cosa. Ante la duda de la existencia de una servidumbre real o personal, debe interpretarse a favor de la libertad (CNCiv., sala I, 3/6/1997, ED, 177-472).

4. Si el paso por la propiedad tuvo origen en un permiso o en una tolerancia del propietario, ello lejos está de constituir el derecho real de servidumbre —restricción al dominio— a que se refieren los arts. 2970 y 2971 del Cód. Civil, toda vez que no responde a ninguno de los supuestos mediante los cuales se determina o adquiere el susodicho derecho (SCBA, 23/7/1980, LA LEY, 1982-C, 473, ED, 90-284).

Art. 2163.— Objeto. La servidumbre puede tener por objeto la totalidad o una parte material del inmueble ajeno.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Se mantiene el criterio del Código sustituido en relación a que para que exista este derecho real deben existir dos inmuebles: uno que soporta la carga, el cual se denomina "47 fundo sirviente", y otro que se beneficia con ella, sea directa o indirectamente, y que se llama "fundo dominante".

En el nuevo texto legal, se admite que la servidumbre pueda tener por objeto *una parte material del inmueble sirviente*47 , innovaciyn que se extiende a otros derechos reales como el usufructo (art. 2130), uso (art. 2154), y habitación (art. 2155).

Constituye su fuente el Proyecto de Código Civil de 1998, art. 2066.

II. COMENTARIO

Siendo que el derecho real de servidumbre recae sobre inmuebles y para que se constituya este derecho real deben existir dos fundos, uno dominante y otro sirviente, dichos inmuebles han de pertenecer a propietarios distintos.

Nuestro derecho no admite la servidumbre sobre cosa propia (*nemini res sua servit*), o sea que siempre este derecho real debe recaer sobre una cosa ajena, por ello si el propietario del fundo dominante adquiere el fundo sirviente, la servidumbre se extingue por confusión (Borda).

Cuando dos predios son de un mismo titular, si por ejemplo en uno de ellos hay un pozo o manantial que nutre al otro predio con un canal o cañería, habrá una relación de servicio pero no una servidumbre. Si una persona titular de una servidumbre adquiere el fundo sirviente, el derecho se extingue por confusión. Lo mismo ocurre si el propietario del fundo sirviente adquiere el predio dominante (Musto).

En el mismo sentido, no puede el condómino ser titular de una servidumbre sobre su fundo indiviso (Lafaille).

Salvat explica que una servidumbre no puede ser establecida a favor de uno de los copropietarios, sobre un fundo que pertenece a varias personas proindiviso, porque siendo la servidumbre un derecho indivisible resultaría que el copropietario o condómino vendría a tener servidumbre sobre su propia cosa en contra del principio que establece que ello no es posible (Salvat).

Parte de la doctrina, entre ellos Mariani de Vidal entiende que un condómino (titular exclusivo del predio dominante) puede establecer una servidumbre sobre un predio sirviente que tiene un condominio, dado que se trata de heredades distintas del todo pertenecientes a dueños diferentes.

Otros autores consideran que no se debería llevar el principio de que la servidumbre no puede recaer sobre cosa propia a extremos tales que excluya las cosas que son sólo parcialmente propias como aquellas en condominio (Gurfinkel de Wendy).

En esta misma línea interpretativa se afirma que el principio *rem sua nemini servit* es de orden jurídico y de base teórica, pero no existen razones éticas o económicas que impidan la constitución de una servidumbre en el caso bajo análisis, esto es: el titular de uno de los fundo es, a su vez, condómino del otro (Musto).

III. JURISPRUDENCIA

1. La sentencia que ordenó al demandado a demoler el muro divisorio que construyó en una porción del terreno en cuyo favor se constituyó una servidumbre de paso y lo autorizó a colocar un portón de seguridad, debe ser confirmada, en tanto la misma no luce absurda, dado que debe reducirse al máximo el gravamen que restringe la plenitud del derecho de dominio del titular del fundo sirviente, y la construcción del mencionado muro le impedía a este ingresar en la zona sujeta a servidumbre, mientras que el portón puede ser abierto (CCiv. y Com. 1ª Nom. Córdoba, 20/10/2011, LLC 2012 mayo, 375, con nota de Gustavo Javier Valdés).

2. La modificación de la línea de la servidumbre de cañería no visible, exige una precisa ubicación y la posterior inscripción registral, pues el eventual cambio de titulares de los fundos, especialmente del sirviente, sin estar anotada la servidumbre, puede llevar al desconocimiento total por parte del nuevo titular del fundo sirviente, con las consecuencias graves y previsibles (CCiv., y Com. 4ª Nom. Córdoba,

8/10/1998, LA LEY, 1999-C, 771).

Art. 2164.— Servid505umbre positiva y negativa. La servidumbre es positiva si la carga real consiste en soportar su ejercicio; es negativa si la carga real se limita a la abstención determinada impuesta en el título.

Art. 2165.— Servidumbre real y personal. Servidumbre personal es la constituida en favor de persona determinada sin inherencia al inmueble dominante. Si se constituye a favor de una persona humana se presume vitalicia, si del título no resulta una duración menor.

Servidumbre real es la inherente al inmueble dominante. Se presume perpetua excepto pacto en contrario. La carga de la servidumbre real debe asegurar una ventaja real a la heredad dominante, y la situación de los predios debe permitir el ejercicio de ella sin ser indispensable que se toquen. La servidumbre real considerada activa y pasivamente es inherente al fundo dominante y al fundo sirviente, sigue con ellos a cualquier poder que pasen y no puede ser separada del fundo, ni formar el objeto de una convención, ni ser sometida a gravamen alguno.

En caso de duda, la servidumbre se presume personal.

I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto

En el nuevo texto legal, *se elimina* la clasificación de servidumbres aparentes, no aparentes y continuas, discontinuas, así como las activas y pasivas (arts. 2975, 2976 y 3054 del Código sustituido).

Se conserva la distinción entre

f43servidumbres positivas (servidumbres *in patiendo*) y *negativas* (servidumbres *non faciendo*), dejando de lado la contradicción habida en el Código anterior, donde esta distinción se mencionaba expresamente en el art. 3036, sin embargo Vélez Sarsfield le negaba utilidad o descartaba en la nota del art. 2976.

En el nuevo art. 2165, se presume la perpetuidad de las servidumbres reales si no se ha establecido en el acto constitutivo un plazo de duración, juzgándose perpetuas si no hay convención que las limite, o temporarias si existiese un plazo estipulado (anterior art. 3009 del Código Civil).

Se mantiene la clasificación entre servidumbres personales y reales, dando fin al debate que había en doctrina sobre si podían encuadrarse al usufructo, el uso y la habitación como una servidumbre personal, y si necesitan para su existencia de un predio dominante o de dos fundos.

Constituye su fuente el Proyecto de Código Civil de 1998, arts. 2067 y 2068.

II. Comentario

Clasificación

1.1. *Servidumbre positiva y negativa:* La servidumbre es positiva si obliga al titular del fundo sirviente a dejar hacer algo a un tercero, y es negativa si implica que el propietario debe asbtenerse de hacer algo. Ejemplo de la primera es la servidumbre de tránsito y la de sacar agua. De la segunda, la de no edificar, o la de no realizar determinado tipo de actividades en el fundo gravado por parte de su titular (Gurfinkel).

La servidumbre es un derecho real para el titular del fundo dominante, y una carga real que debe soportar el titular del fundo sirviente. Bajo esta premisa, es positiva si la carga real consiste en soportar su ejercicio; es negativa si la carga real se limita a la abstención determinada impuesta en el título (art. 2164 Cód. Civil).

El anterior art. 3036 del Código sustituido, vinculaba esta clasificación con el tipo de carga que sufre la heredad sirviente: la servidumbre era afirmativa cuando consistía en un dejar hacer (*in patiendo*) por parte del titular del fundo sirviente y era negativa cuando consistía en un no hacer (*non faciendo*) por el titular del fundo sirviente. Consideramos se mantiene esta distinción en el art. 2164 actual.

1.2. *Servidumbre real y personal*: La *servidumbre real* es inherente al inmueble dominante y debe procurar una ventaja real a éste. En este caso la utilidad que procura al fundo dominante beneficia directamente a la heredad misma, con independencia de la persona de su propietario; y es por eso que la servidumbre real, resulta inherente a los fundos dominante y sirviente, inseparable de ellos, y pasa con ellos a manos de cualquier persona que se convierta en su propietario.

Es decir que, si se transmite juntamente con el bien —sea por actos entre vivos o por causa de muerte— a los sucesores universales y a los sucesores a título singular de dichos bienes, no puede ser separada bajo ninguna forma de la heredad dominante. Si no se ha establecido plazo de duración en el acto constitutivo (temporaria), se presumen perpetuas.

La *servidumbre personal* es la constituida a favor de persona determinada sin inherencia al inmueble dominante. No puede durar más que la vida de la persona a cuyo favor se ha establecido, por eso se presume vitalicia cuando lo es a favor de persona humana y acaba con la muerte de este titular cualquiera sea el plazo estipulado (art. 2165). Si el derecho se ha conferido a una persona jurídica, sólo dura cincuenta años (art. 2182) siendo prohibida todo pacto en contrario. Es intrasmisible *mortis causa* (art. 2172), sin perjuicio del derecho de acrecer contemplado en el art. 2167 para la servidumbre a favor de varias personas, el que debe preverse expresamente en el título.

La inherencia determina que no pueda trasmitirse la servidumbre independientemente del fundo dominante (art. 2172).

Es trascendental que en el título constitutivo se establezcan concreta y claramente todas las características de la servidumbre.

III. Jurisprudencia

1. La servidumbre de vista es continua, surge con claridad de la propia ejemplificación contenida en el art.2975 del Cód. Civil y su condición de aparente la denota el signo exterior de la ventana, incluso mencionado por el art. 2976 de dicho Código (CNCiv., sala C, 24/11/1983, ED, 109-698).

2. Si la servidumbre cuya titularidad pretenden los demandados, por tratarse de una de tránsito, es de las calificadas de aparentes y discontinuas (arts. 2975, 2976, Cód. Civil), no son de aquellas que pueden adquirirse por prescripción, sino por título (art. 3017, Cód. citado) (C1ª Civ. y Com. Santa Fe, sala II, 21/9/1982, JA, 1983-II-509).

Art. 2166.— Servidumbre forzosa. Nadie puede imponer la constitución de una servidumbre, excepto que la ley prevea expresamente la necesidad jurídica de hacerlo, caso en el cual se denomina forzosa.

Son servidumbres forzosas y reales la servidumbre de tránsito a favor de un inmueble sin comunicación suficiente con la vía pública, la de acueducto cuando resulta necesaria para la explotación económica establecida en el inmueble dominante, o para la población, y la de recibir agua extraída o degradada artificialmente de la que no resulta perjuicio grave para el fundo sirviente o, de existir, es canalizada subterráneamente o en cañerías.

Si el titular del fundo sirviente no conviene la indemnización con el del fundo dominante, o con la autoridad local si está involucrada la población, se la debe fijar judicialmente.

La acción para reclamar una servidumbre forzosa es imprescriptible.

I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto

Vélez Sarsfield había tomado la denominación "De las servidumbre en particular" del Esboco de Freitas, obra que fue la principal fuente de los artículos comprendidos dentro de ese título (arts. 3068 y ss. del Código sustituido).

En el nuevo texto legal se recepta en un solo artículo las servidumbres legales o impuestas por la ley, y se elimina la regulación independiente de las servidumbres típicas (tránsito, acueducto, recibir aguas y sacar agua), contempladas en el Código de Vélez, sobre la base de la tradición romana.

Constituye su fuente el Proyecto de Código Civil de 1998, arts. 2069.

II. Comentario

La ley faculta al beneficiario a imponerla o reclamar su constitución a quien la deberá soportar "forzosamente", no pudiendo rehusarse a la constitución si concurren los presupuestos exigidos en la norma. Se establece la posibilidad de indemnizar en caso que se otorguen. En caso de que no haya acuerdo sobre su monto, lo determinará el juez o la autoridad local si está involucrada la población. El juez deberá ver cada caso en particular, ya que se eliminaron los artículos vinculados con el "precio" de las servidumbres de paso y acueducto (arts. 3068 y 3085) (Mariani de Vidal). La acción para reclamar la constitución es imprescriptible.

Se consideran servidumbres forzosas y reales conforme el nuevo texto legal:

1. *De tránsito a favor de inmueble carente de comunicación suficiente con la vía pública*: se puede establecer cuando el predio que pretende ser dominante se encuentra encerrado, es decir, cuando no tiene salida a la vía pública o la salida es insuficiente.

2. *De acueducto si resulta necesaria para la explotación económica establecida en el dominante, o para la población*: es la que se construye para llevar agua por canales o tuberías por un predio que no pertenece al propietario del predio que la recibe. En todos los supuestos existirá una justa indemnización, por ejemplo por el valor del uso del terreno ocupado por el acueducto.

3. *La de recibir agua extraída o degradada artificialmente de la que no resulte perjuicio grave para el sirviente o que, de existir, sea canalizada subterráneamente o en cañerías*. Este párrafo se relaciona con lo establecido en el art. 1976, que expresa: "...debe recibirse el agua, la arena o las piedras que se desplazan desde otro fundo si no han sido degradadas ni hubo interferencia del hombre en su desplazamiento. Sin embargo, puede derivarse el agua extraída artificialmente, la arena o las piedras que arrastra el agua, si se prueba que no causan perjuicio a los inmuebles que las reciben".

La armonización de los arts. 1976 y 2166 arroja que, como limitación no indemnizable, debe recibirse el agua aun extraída artificialmente y la arena o piedras que ella desplaza, si el beneficiado probare que no causa perjuicio (Mariani de Vidal).

III. Jurisprudencia

1. La conducta del propietario del campo que impidió el acceso a un vecino cuyo fundo estaba transitoriamente incomunicado con un camino público para que traslade su producción no es antijurídica, si no lo hizo por razones discrecionales, sino para proteger su patrimonio ante los perjuicios que le ocasionaba el paso indiscriminado de maquinaria pesada hacia el campo del actor y en tanto arribaran a un acuerdo, pues el art.3068 del Código Civil establece que el propietario del fundo sirviente debe abonar una indemnización por los perjuicios causados (CCiv. y Com. Mercedes, sala I, 21/8/2012, RCyS 2012-XI-124).

2. El recurso de inaplicabilidad de ley interpuesto contra la sentencia que admitió la constitución de una servidumbre de paso debe ser rechazado, ya que dicha providencia no incurrió en el absurdo alegado, por cuanto se basó en que el inmueble del accionante carece de un acceso a la vía pública y en que el único ingreso al mismo era través del camino que cruza el inmueble del demandado (SCBA, 2/3/2011, LLBA 2011, mayo, 410; JA, 2011-III-412; DJ, 8/2/2012, 18 con nota de Gabriela A. Vázquez).

3. La medida cautelar interpuesta por el propietario de un fundo a fin de que se le permita el paso por la heredad sobre la que demandaría posteriormente la servidumbre de tránsito debe ser rechazada, en tanto no se encuentra acreditada la verosimilitud del derecho, pues si bien el informe del agrimensor indica la ausencia

de comunicación a tierra firme que posee el predio, no hace referencia alguna respecto del inmueble de los futuros demandados ni de la traza por la que se haría efectivo el tránsito sobre ella (CApel. Concordia, sala Civ. y Com. II, 14/6/2012, LLLitoral 2012 diciembre, 1228).

4. La servidumbre de tránsito debe estar fundada en razones de necesidad y no de mera comodidad, no bastando para concederla con el hecho de que para obtener salida suficiente sea necesaria la realización de trabajos y mejoras (C8ª Civ. y Com. Córdoba, 6/8/2002, LLC, marzo 2003, p. 222).

El principio del art. 3068 del Cód. Civil, que califica el presupuesto para la constitución de la servidumbre de tránsito como la existencia de una heredad destituida de toda comunicación al camino público, está relativizado por el art. 3069 del mismo Có

hich*DIGO QUE DEFINE DOS SITUACIONES DIVERSAS: UNA, LA "INEXISTENCIA DE SALIDA", SUPUESTO EN QUE EL FUNDO DOMINANTE SE ENCUENTRE EFECTIVAMENTE ENCLAVADO Y SIN POSIBILIDAD NINGUNA DE ACCESO MATERIAL DIRECTO; Y LA OTRA, EL "SUPUESTO FUNCIONAL", EN EL CUAL EL PREDIO NO SE ENCUENTRA DESTITUIDO DE TODO ACCESO , PERO ÉSTE ES INSUFICIENTE PARA EL USO QUE REQUIERA "LA EXPLOTACIÓN" (CCIV. Y COM. BAHÍA BLANCA, SALA 1ª, 28/9/1999, LLBA 1999-1141, CON NOTA DE GRACIELA MOREDA; JA 1999-IV-425).*

Art. 2167.— Servidumbre personal a favor de varios titulares. La servidumbre personal puede establecerse a favor de varias personas. Si se extingue para una subsiste para las restantes, pero sin derecho de acrecer, excepto que el título prevea lo contrario.

No puede establecerse la servidumbre personal 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 la servidumbre.

Art. 2168.— Legitimación. Están legitimados para constituir una servidumbre los titulares de derechos reales que recaen sobre inmuebles y se ejercen por la posesión. Si existe comunidad debe ser constituida por el conjunto de los titulares.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

En el anterior texto legal, se reglamentaba con exceso lo concerniente a las personas que pueden establecer o adquirir servidumbres, repitiendo además principios generales o preceptos particulares estatuidos en otros títulos. Tanto por esto como por la falta de método ha sido justamente criticado por la doctrina (Salvat, Lafaille, Alterini).

En el actual Código, se mantiene un criterio general, otorgando legitimidad a los titulares de los derechos reales que recaen sobre inmuebles y se ejercen por la posesión, a excepción de los titulares de la servidumbre y la hipoteca (ver art. 1891).

En cuanto a la capacidad, se eliminaron los arts. 2979 y 3012 donde se establecía que la capacidad para establecer o adquirir servidumbres era regida por las disposiciones para establecer o adquirir el derecho real de usufructo. El art. 3012, establecía que los que no gozaban de sus derechos como los menores, aunque no puedan establecer servidumbres podían adquirirlas...". Ambos artículos fueron suprimidos, remitiéndonos a parte general para establecer la capacidad en materias de servidumbres.

Constituye su fuente el Proyecto de Código Civil de 1998, arts. 2070 y 2071.

II. COMENTARIO

De acuerdo al nuevo texto legal, que mantiene el criterio anterior, están legitimados para establecer servidumbres sobre el predio sirviente, los titulares de los derechos reales que recaen sobre inmuebles y se ejercen por la posesión como el dueño del inmueble, los condóminos y el usufructuario.

El art. 2981 del Código sustituido establecía que el nudo propietario podía constituir servidumbres sobre el predio sujeto a usufructo. Si bien el Código actual no contiene una disposición expresa en tal sentido, el art. 2151 incluye entre los derechos del nudo propietario, la disposición jurídica y material de la cosa con la única limitación de "no turbar el uso y goce del usufructuario".

¿Puede el nudo propietario constituir nuevas servidumbres sobre el mismo predio? A pesar que no se reproduce el art. 2991 del Código de Vélez, entendemos que la respuesta es afirmativa por cuanto el art. 2163 establece que la servidumbre puede recaer sobre la totalidad o parte del inmueble ajeno; es decir: en tanto las servidumbres se ejerzan en distintos lugares (sean de la misma especie o no), no hay impedimento alguno para que coexistan (Salvat), con la limitación del art. 2180 de "no turbar el ejercicio de la servidumbre, ni siquiera por la constituci_f3n de otra".

Si existe comunidad, se requiere el consentimiento de todos los integrantes aplicándose en este caso lo establecido para el condominio y las reglas de la división de herencia en tanto sean compatibles (ver art. 1996).

En el caso de que la servidumbre sea personal, puede establecerse a favor de varias personas, pero ellas carecen de derecho de acrecer, salvo que se establezca por convención lo contrario. En este supuesto se estará a lo que se haya establecido en forma expresa en el título de constitución.

Se prohíbe que se establezca servidumbre personal a favor de varias personas que se suceden entre sí, a menos que el indicado en un orden precedente no pueda o no quiera aceptar la servidumbre.

El usufructuario, en tanto titular de un derecho real que se ejerce por la posesión, puede constituir servidumbres en los términos del art. 2142, cuya duración quedará limitada a la duración del usufructo.

Art. 2169.— Prohibición de servidumbre judicial. En ningún caso el juez puede constituir una servidumbre o imponer su constitución.

Art. 2170.— Presunción de onerosidad. En caso de duda, la

constitución de la servidumbre se presume onerosa.

Art. 2171.— Modalidades. La servidumbre puede sujetarse a cualquier modalidad.

Art. 2172.— Transmisibilidad. Ninguna servidumbre puede transmitirse con independencia del inmueble dominante.

La servidumbre personal es intransmisible por causa de muerte, sin perjuicio de lo dispuesto para la servidumbre a favor de varias personas con derecho de acrecer.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

En el nuevo texto legal, se mantiene el criterio anterior en esta materia, con algunas innovaciones.

En la nueva normativa, quedan establecidas las siguientes formas de adquisición: por contrato (oneroso o gratuito), por disposición de última voluntad, que podrá sujetarse a cualquier modalidad, y por imperativo legal.

Como innovación, quedan eliminados, los supuestos de adquisición por destino del padre de familia y servidumbre que revive, o por usucapión, al suprimirse las clasificaciones de servidumbres aparentes y no aparentes y, continuas y discontinuas.

Constituye su fuente el Proyecto de Código Civil de 1998, arts. 2074 a 2076.

II. COMENTARIO

1. Modalidad

Al ser constituida por título, pueden sujetarse a cualquier modalidad, como una condición, plazo y cargo. En consecuencia son admitidas tanto la condición y el plazo en sus formas suspensivas (suspenda el principio de su ejercicio) como resolutorias (limite su duración) (Gurfinkel de Wendy).

En cuanto al plazo, en el caso de las servidumbres personales éstas se extinguen por la muerte del titular y a los 50 años si éste fuera persona jurídica, estando prohibida toda estipulación en contrario; en cambio las reales se juzgan como perpetuas de no haber pacto en contrario que las limite en el tiempo y surja del acto constitutivo.

En relación al cargo, si bien el anterior Código no lo preveía expresamente, podría pactarse remitiéndonos a las normas generales. Borda da el ejemplo de la obligación del propietario del fundo dominante de mantener en buenas condiciones la senda que atraviesa (Borda).

No coincidimos con la calificación de Borda en ese aspecto, dado que en el ejemplo citado el titular del fundo sirviente sólo tiene la obligación de soportar el uso por parte del titular del fundo dominante pero, si se ha pactado alguna obligación, se tratará en todo caso de una obligación personal y no de una obligación inherente al derecho real de servidumbre. Cabe recordar al respecto que no hay obligación que corresponda al derecho real, salvo las llamadas obligaciones ambulatorias o *propter rem* que siempre requieren origen legal, situación que no se da en esta materia.

En este sentido, el art. 3010 del Código sustituido establecía expresamente la prohibición de establecer servidumbres que consistan en obligaciones de hacer y, en caso de transgredir dicha norma lo convenido valdrá como simple obligación.

La naturaleza del derecho real de servidumbre impone al titular del fundo sirviente obligaciones de no hacer, soportar o dejar hacer, pero no puede consistir en una actividad (*in faciendo*), respetando el principio romanista (del cual no se ha apartado el nuevo Código) "las servidumbres nunca pueden consistir en un no hacer".

2. Constitución

Del texto legal surge que pueden adquirirse por contratos onerosos o gratuitos (art. 2170), por disposición de última voluntad, en este caso el testador podría establecerlo mediante cláusula expresa, mientras no afecte la legítima de los herederos forzosos (Salvat, Borda).

En este supuesto es relevante mencionar que el nuevo texto legal considera el testamento ológrafo y por acto público y suprime la forma de testamento cerrado y los especiales (arts. 2477 a 2483).

Se prohíbe expresamente la constitución por el juez o impuesta judicialmente (art. 2169) y quedan eliminados, los supuestos de adquisición por destino del padre de familia y servidumbre que revive, así como la posibilidad de la adquisición por usucapión.

Para su adquisición derivada entre vivos se requiere título suficiente, entendiendo por tal el acto jurídico revestido de las formas establecidas por la ley, que tiene por finalidad transmitir o constituir derechos reales (art. 1892).

En cuanto al modo, parte de la doctrina, considera que siempre es necesaria la tradición (Salvat) o que el fundo sea entregado para el ejercicio de la servidumbre. Otros autores, consideran que no hay tradición sino que ella se reemplaza por el ejercicio efectivo o por el título si es negativa (Segovia, Borda, Lafaille).

Explica Mariani de Vidal que en las servidumbres, por lo menos algunas de ellas, no hay propiamente tradición de la cosa, sino uso de ella, lo que explicaba el contenido del art. 2977 del anterior Código que establecía en su segunda parte: "...el uso que el propietario de la heredad a quien la servidumbre es concedida haga de ese derecho, tiene lugar de tradición...".

El Código no lo decía expresamente, pero se refería a las servidumbres positivas (Mariani de Vidal). No basta el título si no que recién la primera vez que el titular de la servidumbre hace uso de ésta se tiene por cumplido el modo, y recién allí nacerá el derecho real (Gurfinkel de Wendy).

Respecto de las servidumbre negativas, que implican un mero abstenerse del titular del fundo sirviente, no se requerirá más que título para que ella tenga nacimiento, no siendo necesario el modo (Borda).

En la actualidad para su análisis nos remitimos al art. 1892, del que surge expresamente, en cuanto al modo suficiente, que el primer uso en las servidumbres

positivas es modo suficiente de adquisición.

3. Forma

En cuanto a la forma que debe revestir el título suficiente, deberá redactarse en escritura pöablica (art. 1017). Cuando la constitución sea a título gratuito, habrá de ser instrumentada por escritura pública bajo pena de nulidad (arts. 1552 y 1543).

Si la servidumbre se constituye por testamento, la disposición debe ser la expresión directa de la voluntad del testador y bastarse a sí misma, no pudiendo ser dejada al arbitrio de un tercero (art. 2465).

El documento de constitución o trasmisión de la servidumbre habrá de ser inscripto en el Registro de la Propiedad Inmueble para su publicidad y oponibilidad a terceros (art. 1893).

4. Transmisibilidad

El nuevo texto legal, aclara que ninguna servidumbre puede transmitirse con independencia del inmueble dominante.

Es así que le otorga a la *servidumbre personal* el carácter de vitalicia cuando lo es a favor de persona humana y acaba con la muerte de este titular, si no se hubiera convenido un plazo que puede ser menor al de la vida del titular (art. 2165); esta solución es clara consecuencia de la imposibilidad de transmisión *mortis causa* (art. 2172).

La regla antes mencionada se aplica sin perjuicio del derecho de acrecer contemplado en el art. 2167 para la servidumbre a favor de varias personas, el que debe pactarse expresamente en el título.

Cuando la servidumbre es constituida a favor de persona jurídica, se extingue con ésta o a los 50 años de su constitución (art. 2182, inc. c), si no se pactó menor duración.

III. Jurisprudencia

1. Si alguna duda cupiese sobre la existencia de una servidumbre —o las restricciones por ella impuestas— la interpretación debe hacerse a favor del dueño del fundo que se dice sirviente y de la libertad de esa heredad (conf. arts 3011 y 3044 Cód. Civil) (CSJN, 12/12/2001, Lexis Nº 14/79685).

2. Corresponde hacer lugar a la demanda tendiente a que se formalice la promesa de constitución de una servidumbre de paso contenida en la escritura de compra de los lotes adquiridos, aun cuando el terreno sobre el cual debía efectivizarse la servidumbre haya sido enajenado con posterioridad pues, nadie puede adquirir un derecho mejor o más extenso que el de aquellos que le han precedido en el dominio, ello en virtud de lo previsto art. 3270 del Cód. Civil (C1ª Civ., Com., Minas, de Paz y Trib. San Rafael, 5/7/2005, LLGran Cuyo, 2006 mayo, 456 con nota de Irene Pujol de Zizzias).

Las formas de constituir y adquirir las servidumbres reales son las únicas admitidas por la ley sustancial, es decir, aquéllas sólo pueden establecerse mediante acto o título constitutivo que les dé nacimiento (CCiv. y Com. Santa Fe, sala I, 30/5/1997, LL Litoral, 1998-1-292).

Si la utilización del paso por el actor, su familia y demás vecinos se ha desarrollado a raíz del permiso o tolerancia del propietario, ello lejos está de constituir el derecho real de servidumbre, toda vez que no responde a ninguno de los supuestos mediante los cuales se determina o adquiere el mencionado derecho (CCiv.y Com., 8ª Nom. Córdoba, 6/8/2002, LLC 2003, marzo, 222).

Capítulo 2

Derechos y obligaciones del titular dominante

Por Eliana Verónica Braidot

p11274 Bibliografía clásica: Mariani de Vidal, Marina - Abella, Adriana N., "Temas de servidumbres", JA, 2008-IV-949 - SJA 29/10/2008; sid3021317 Zelaya, Mario A., "Servidumbre. Inscripción y publicidad", JA 2007-IV-426 - SJA 21/11/2007.

***

Art. 2173.— Derechos reales y personales. El titular de una servidumbre puede constituir sobre ella derechos personales con relación a la utilidad que le es conferida, sin eximirse de su responsabilidad frente al propietario. No puede constituir derechos reales.

Art. 2174.— Extensión de la servidumbre. La servidumbre comprende la facultad de ejercer todas las servidumbres accesorias indispensables para el ejercicio de la principal, pero no aquellas que sólo hacen más cómodo su ejercicio.

Art. 2175.— Ejercicio. El ejercicio de la servidumbre no puede agravarse si aumentan las necesidades del inmueble dominante, excepto que se trate de una servidumbre forzosa.

I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto

Se han eliminado en este sector gran cantidad artículos que de manera sobreabundante originaban controversias para su interpretación. El Código sustituido había reglamentado excesivamente y sin mucho método, el régimen de los derechos y obligaciones del titular del fundo dominante y sirviente. Con la nueva normativa, se simplifica y aclara estos derechos y obligaciones.

Constituye su fuente el Proyecto de Código Civil de 1998, arts. 2077 a 2079.

II. Comentario

El titular del fundo dominante puede ejercer los derechos que le asisten como propietario del inmueble dominante y a su vez las facultades que le confiere la servidumbre sobre el predio sirviente.

1. Constitución de derechos personales y reales

El titular de una servidumbre puede constituir sobre ella derechos personales con relación a la utilidad que le es conferida, sin eximirse de su responsabilidad frente al propietario. Es prohibido al titular dominante constituir derechos reales. Es decir la servidumbre no puede ser gravada ni someterse a otros derechos reales o cargas reales, tales como el usufructo, el uso o la hipoteca.

2. Extensión de la servidumbre

El ejercio de la servidumbre no puede exceder las necesidades del predio dominante en la extensión que tenía cuando fue constituida. Es decir su alcance se rige, como principio, por los términos del título constitutivo de origen.

Por otro lado al establecerse la servidumbre se entiende que el titular del predio dominante tiene la facultad de ejercer las servidumbres accesorias indispensables para el ejercicio de la principal (art. 2174).

En el anterior Código el art. 3104, ponía un claro ejemplo cuando establecia que la servidumbre de sacar agua, supone el 3derecho de pasar para sacar agua". Es decir, las servidumbres accesorias dependen claramente de la principal, a la que sirven y son razón de su existencia, por lo que su uso es permitido sólo en función del goce principal y no para otros fines (Gurfinkel de Wendy).

Se otorga la facultad al titular del fundo dominante de ejercer todas las servidumbres accesorias indispensables para el ejercicio de la principal, pero no aquellas que sólo hacen más cómodo su ejercicio.

3. Prohibición de agravar la situación del fundo sirviente

El ejercicio de la servidumbre no puede agravarse si aumentan las necesidades del inmueble dominante, excepto que se trate de una servidumbre forzosa (art. 2175). El ejercicio de la servidumbre no puede exceder las necesidades del predio dominante en la extensión que tenía cuando fue constituida. El anterior art. 3026 del Código sustituido establecía que cuando la servidumbre había sido constituida para un uso determinado, no podría ejercerse para otros usos.

Es decir si por cualquier causa los requerimientos de dominante aumentaran, ello no podrá aumentar la extensión de la servidumbre. La excepción sería que, califique como una servidumbre forzosa tal como la ejemplifica el art. 2166.

III. JURISPRUDENCIA

Si los actos del titular del dominio del fundo sirviente no fueron simples molestias al ejercicio del derecho de servirse del paso obligado hacia su campo por parte del propietario del dominante, sino que resultó una exclusión absoluta o total de sus derechos, no puede hablarse de turbación de la posesión en los términos del art. 2496 del Cód. Civil, resultando inadmisible la pretensión de reclamar directamente una indemnización por los daños y perjuicios derivados de la imposibilidad de explotación del predio, sin haber ejercitado las acciones posesorias que la ley confiere al titular de toda servidumbre por el mero hecho de ser poseedor del fundo dominante, tal como lo prescribe el art. 3034 del mismo Código. Encontrándose absolutamente impedido de ejercer su derecho el titular de una servidumbre de paso obligado hacia su propiedad, el titular del fundo dominante debe accionar conforme lo prescribe el art. 3034 del Cód. Civil (C1ª Civ. y Com., Bahía Blanca, sala II, 26/8/1993, JA, 1995-IV-246 - DJBA, 146-3022).

Art. 2176.— Mejoras necesarias. El titular dominante puede realizar en el inmueble sirviente las mejoras necesarias para el ejercicio y conservación de la servidumbre. Están a su cargo, a menos que el gasto se origine en hechos por los cuales debe responder el titular del inmueble sirviente o un tercero.

Art. 2177.— Trabajos contrarios al ejercicio de la servidumbre. El titular dominante puede obligar a quien hizo en el inmueble sirviente trabajos que menoscaban el ejercicio de la servidumbre a restablecer la cosa a su estado anterior, a su costa. Si el inmueble sirviente pasa a poder de otro, éste sólo debe tolerar la realización de las tareas, sin poder reclamar contraprestación alguna.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El nuevo texto legal reduce el articulado, conservando el criterio anterior, otorgando un marco legal que simplifica y aclara su contenido.

Constituye su fuente el Proyecto de Código Civil de 1998, arts. 2080 y 2081.

II. COMENTARIO

El titular del fundo dominante puede realizar en el inmueble sirviente las mejoras necesarias para el ejercicio y conservación de la servidumbre. En el supuesto que el titular del fundo sirviente le negara la posibilidad de realizar tales tareas, el dominante podría acudir a la acción confesoria (Gurfinkel de Wendy).

Ejecutar los trabajos mencionados configura no sólo un derecho sino incluso un imperativo del propio interés del propietario del fundo dominante, ya que esa ejecución no puede ser demandada al propietario del fundo sirviente; porque una servidumbre nunca puede consistir en un hacer por parte del fundo sirviente (*rectius*, su dueño), éste no debe efectuar ningún desembolso, ni llevar a cabo ningún trabajo, ya que tiene que limitarse a permitir que el fundo dominante (*rectius*, su propietario) goce de su derecho de servidumbre, pero no tiene la obligación de hacerlo gozar (como, por el contrario, tiene el locador respecto del locatario), sino sólo el deber de sufrir el ejercicio de aquélla (Mariani de Vidal).

Los gastos de las mejoras están a cargo del titular del fundo dominante, a menos que el gasto se origine en hechos por los cuales debe responder el titular del inmueble sirviente o un tercero. La doctrina clásica ha expresado que los gastos son a cargo del dominante, aun cuando se hicieran necesarios por un vicio inherente al fundo sirviente, y es que éste está obligado sólo a soportar la carga, pero "no tiene obligación de hacerlo gozar" (Salvat), se limita a sufrir las servidumbre sin estar obligados a ningún desembolso (Lafaille).

Art. 2178.— Ejecución por acreedores. En ningún caso la

transmisión o la ejecución de la servidumbre pueden hacerse con independencia del inmueble dominante.

Art. 2179.— Comunicación al sirviente. El titular dominante debe comunicar al titular sirviente las perturbaciones de hecho o de derecho sufridas en razón del ejercicio de la servidumbre. Si no lo hace, responde de todos los daños sufridos por el titular sirviente.

I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto

El Código anterior preveía y se ocupaba de establecer de manera clara, que ocurría en el caso que con posterioridad a la constitución de la servidumbre tanto el predio dominante o sirviente se dividieran en inmuebles separados dando lugar a inmuebles distintos que pudieran pasar a distintos propietarios, obligándonos hoy a remitir a la normativa general para dar solución a estos casos.

En referencia a este tema el texto vigente en forma muy breve hace alusión y establece que en ningún caso la transmisión o la ejecución de la servidumbre pueden hacerse con independencia del inmueble dominante (art. 2178) y si el inmueble sirviente pasa a poder de otro, éste sólo debe tolerar la realización de las tareas, sin poder reclamar contraprestación alguna (art. 2177).

En cuanto a la protección legal de la servidumbre, el texto legal actual solo menciona a las acciones reales (ver arts. 2262 a 2265), no contiene un artículo como el que tenía el anterior Código sustituido (art. 3034), donde el titular del fundo dominante tenía las acciones y excepciones reales, los remedios posesorios extrajudiciales, y las acciones y excepciones posesorias.

Sin embargo parte de la doctrina expresa, que como el art. 1891 actual, establece que las servidumbres positivas se ejercen por actos posesorios concretos y determinados sin que el titular ostente la posesión, tornaría viables aquellas defensas, ya que ese ejercicio sería análogo a la posesión.

En cuanto a las servidumbres negativas, la cuestión se complica, ya que no habrá ejercicio por actos posesorios, pues en caso de ataque al derecho, sólo se podría recurrir a la acción real confesoria y no a las rápidas defensas posesorias, ni tampoco a los interdictos procesales, ya que éstos requieren posesión o tenencia (Mariani de Vidal).

Constituye su fuente el Proyecto de Código Civil de 1998, arts. 2082 y 2083.

ararsid3021317 II. Comentario

4 El titular dominante debe comunicar al titular sirviente las perturbaciones de hecho o de derecho sufridas en razón del ejercicio de la servidumbre. Si no lo hace, responde de todos los daños sufridos por el titular sirviente. Si el inmueble sirviente pasa a poder de otro, éste sólo debe tolerar la realización de las tareas, sin poder reclamar contraprestación alguna.

El texto legal establece que si turbare el ejercicio de la servidumbre el titular dominante puede exigir el cese de la turbación; y si la servidumbre es onerosa, puede optar por una disminución del precio proporcional a la gravedad de aquélla (art. 2180).

Al titular del fundo dominante se le concede expresamente la acción real confesoria, bastándole al actor probar su derecho de poseer el inmueble dominante y su servidumbre activa (art. 2264/65).

Pero si alguno pretendiera arrogarse sobre un inmueble una servidumbre indebida, el dueño podrá intentar la acción real negatoria. Así el art. 2262 expresa: "La acción negatoria compete contra cualquiera que impida el derecho de poseer de otro, aunque sea el dueño del inmueble, arrogándose sobre él alguna servidumbre indebida..." y el art. 2263 dice: "Al demandante le basta probar su derecho de poseer o su derecho de hipoteca, sin necesidad de probar que el inmueble no está sujeto a la servidumbre que se le quiere imponer o que no está constreñido por el pretendido deber inherente a la posesión".

III. Jurisprudencia

Resulta procedente la acción posesoria de recobrar deducida por el poseedor de un lote ubicado en el interior de una manzana, debido a que el propietario del inmueble por el cual debía cruzar para ingresar a su propiedad le cerró el paso, pues, no interesa que la servidumbre de tránsito esté o no constituida a favor del lote del actor, sino que basta con el hecho de la posesión y con que ésta se ejerciera mediante una servidumbre de hecho, aún cuando no hubiera sido constituida formalmente, dado que se trata de materia posesoria donde se juzgan el hecho de la posesión y su ejercicio, y no los derechos reales (C 8ª Civ. y Com., Córdoba, 9/2/2010, La Ley Online).

Es improcedente el interdicto de recobrar por el que se pretende obtener el reconocimiento de una situación jurídica en cabeza del actor, cual es la existencia de una servidumbre de paso a su favor —en el caso, afirmó que la servidumbre había sido adquirida por la costumbre en tanto el demandado permitía el paso por su campo—, pues la finalidad de aquél radica en subsanar la violación de un derecho ya reconocido (CCiv., Com., Lab. y de Paz Letrada de Curuzú Cuatiá, 16/3/2001, LLLitoral 2002-1324).

1505Capítulo 3

Derechos del titular sirviente

Por Eliana Verónica Braidot

Art. 2180.— Disposición jurídica y material. El titular sirviente conserva la disposición jurídica y material que corresponde a su derecho. No pierde el derecho de hacer servir el predio a los mismos usos que forman el objeto de la servidumbre. Así, aquel cuyo fundo está gravado con una servidumbre de paso conserva la facultad de pasar él mismo por el lugar.

No debe turbar el ejercicio de la servidumbre, ni siquiera por la constitución de otra. Si lo hace, el titular dominante puede exigir

el cese de la turbación; si la servidumbre es onerosa puede optar por una disminución del precio proporcional a la gravedad de la turbación.

Art. 2181.— Alcances de la constitución y del ejercicio. El titular sirviente puede exigir que la constitución y el ejercicio de la servidumbre se realicen con el menor menoscabo para el inmueble gravado, pero no puede privar al dominante de la utilidad a la que tiene derecho.

Si en el título de la servidumbre no están previstas las circunstancias de lugar y tiempo de ejercicio, las debe determinar el titular sirviente.

I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto

El nuevo texto legal regula en el cap. 3, Libro XII, los derechos del titular sirviente en forma simplificada y precisa, cambiando el criterio que mantenía el Código sustituido que consideraba entre los arts. 3036 a 3044 las obligaciones y derechos del propietario del fundo sirviente, estableciendo que el sirviente tenía también obligaciones.

El fundamento de esta innovación reside en que, siendo el titular del fundo sirviente quien soporta la carga real, en este caso, no asume como principio obligación alguna, y sólo tiene derechos.

Constituye su fuente el Proyecto de Código Civil de 1998, arts. 2084 y 2085.

II. Comentario

1. Deber de soportar la servidumbre

El derecho real de servidumbre que se ejerce sobre la cosa, impone al dueño de la misma el deber de soportar aquellos hechos que por efectos del gravamen se permiten realizar a su titular. Es natural entonces que deba abstenerse de todo cuanto redunde en desmendro del ejercicio de la carga (Lafaille – Alterini).

Es así que el titular del fundo sirviente ha de cumplir con el deber de tolerar o abstenerse que se deriva de la servidumbre, no pudiendo menoscabar en modo alguno el uso de fundo por parte del titular de la servidumbre.

2. Subsistencia de todas las facultades materiales y jurídicas

El titular del fundo sirviente conserva la disposición jurídica y material que corresponde a su derecho de dominio sobre el inmueble y no pierde el derecho de hacer servir el predio a los mismos usos que forman el objeto de la servidumbre.

Si se impide el libre ejercicio de la servidumbre, el titular dominante puede exigir el cese de la turbación; y si la servidumbre es onerosa, puede optar por una disminución del precio proporcional a la gravedad de la turbación.

El titular del fundo sirviente puede exigir que la constitución y el ejercicio de la servidumbre se realicen con el menor menoscabo para el inmueble gravado, pero no puede privar al dominante de la utilidad a la que tiene derecho.

En caso de dudas o que el título constitutivo de la servidumbre no contenga de manera expresa las circunstancias de lugar y tiempo de ejercicio de este derecho real, el titular del fundo sirviente, en su carácter de titular de dominio, tiene la facultad de determinarlo (art. 2181).

3. Protección legal

El dueño del fundo sirviente en su carácter de titular de dominio, disfruta, con relación a terceros, de todas las acciones posesorias y petitorias, ya que es poseedor del predio y dueño del mismo, sin que las limitaciones derivadas de la servidumbre le priven de este carácter, ni de aquel amparo (Lafaille-Alterini).

III. Jurisprudencia

1. Corresponde hacer lugar a la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados al actor por el dueño del campo lindero que, desconociendo la servidumbre existente, impidió el paso de aquél por sus tierras, colocando un candado en la tranquera de entrada, situación que mantuvo aun después de dictada la sentencia en el respectivo interdicto de recobrar, en el cual se reconoció la vigencia de dicha servidumbre de tránsito (CNCiv., sala B, 30/5/1969, LA LEY, 135-965).

2. La sentencia que ordenó al demandado a demoler el muro divisorio que construyó en una porción del terreno en cuyo favor se constituyó una servidumbre de paso y lo autorizó a colocar un portón de seguridad, debe ser confirmada, en tanto la misma no luce absurda, dado que debe reducirse al máximo el gravamen que restringe la plenitud del derecho de dominio del titular del fundo sirviente, y la construcción del mencionado muro le impedía a este ingresar en la zona sujeta a servidumbre, mientras que el portón puede ser abierto (CCiv. y Com. 1ª Nom. Córdoba, 20/10/2011, LLC, 2012 mayo, 375 con nota de Gustavo Javier Valdés).

Capítulo 4

Extinción de la servidumbre

Por Eliana Verónica Braidot

Art. 2182.— Medios especiales de extinción. Son medios especiales de extinción de las servidumbres:

a) la desaparición de toda utilidad para el inmueble dominante;

b) el no uso por persona alguna durante diez años, por cualquier razón;

c) en las servidumbres personales, si el titular es persona humana, su muerte, aunque no estén cumplidos el plazo o condición pactados; si el titular es una persona jurídica, su extinción, y si no se pactó una duración menor, se acaba a los cincuenta años desde la constitución.

Art. 2183.— Efectos de la extinción. Extinguida la servidumbre, se extinguen todos los derechos constituidos por el titular dominante.

I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto

El anterior Código establecía un amplio articulado que regulaba la extinción de la servidumbre por causas comunes a todos los derechos reales y las propias de este derecho.

47El nuevo texto legal trata sólo las causas de extinción especiales o propias de este derecho, remitiendo a la parte general por los demás supuestos.

Constituye su fuente el Proyecto de Código Civil de 1998, arts. 2031 y sigs.

II. Comentario

1. Causas generales de extinción

En el Código de Vélez de forma casuística se mencionaba las causas generales de extinción: a) por nulidad, resolución o rescisión del derecho del constituyente de la servidumbre (art. 3045); b) por vencimiento del plazo o cumplimiento de la condición resolutoria (art. 3046); c) por renuncia del beneficiario de la servidumbre (art. 3047); y d) por confusión (art. 3055);

EL principio general lo contenía el art. 3045, según el cual *las servidumbres se extinguían por la resolución del derecho del que las había constituido, sea por la rescisión, o por ser anulado el título por algún defecto inherente al acto.*

Si bien se eliminaron los artículos referidos a las causa generales de extinción en este capítulo, su contenido y criterio se mantienen en el Código vigente, debiéndonos remitir a la parte general y más especificamente al art. 1907 del Código actual donde se menciona las causas de extinción de todos los derecho reales, interpretando que las causas generales de extinción de este derecho real de servidumbre serían la resolución del derecho del constituyente, el vencimiento del plazo o cumplimiento de la condición, y la renuncia.

2. Causas especiales de extinción

2.1. Desaparición de toda utilidad para el inmueble dominante

Al tratar la definición de la servidumbre, se dijo que la misma debe reportar una utilidad aunque sea de mero recreo. Pues entonces se producirá la extinción de la misma, si se produce la imposibilidad de uso ya sea por haber perdido la servidumbre toda utilidad para el fundo dominante, o por imposibilidad de ejercicio por ruina, o cambios sobrevenidos en cualquiera de las heredades que hagan absolutamente imposible el ejercicio de este derecho real.

El anterior art. 3050 del Código de Vélez contemplaba esta causal de extinción que sigue vigente en la nueva normativa. La doctrina clásica ha expresado al comentar este artículo (art. 3050), que es necesario que el cambio producido haya quitado toda la utilidad a la servidumbre; si, por el contrario, sólo ha disminuido su utilidad, ello no basta para que la servidumbre concluya. Supongamos que la conexión de la ruta pavimentada con el fundo dominante se haya establecido por un camino de tierra, intransitable en los días de lluvia. En ese caso la servidumbre de paso por el fundo sirviente mantiene parcialmente su utilidad y, por consiguiente, no se extingue (Borda).

2.2. Extinción por no uso

pararsid3021317 El no uso por el término de diez (10) años, por cualquier razón.

En el Código de Vélez existieron divergencias doctrinarias en relación a la posición de dos artículos, el art. 3059, que establecía que "las servidumbres se extinguían por el no uso durante diez años, aunque sea causado por caso fortuito o fuerza mayor..." y por otro lado el art. 3980 que establecía que "cuando por razón de dificultades o imposibilidad de hecho, se hubiere impedido temporalmente el ejercicio de una acción, los jueces están autorizados a liberar al acreedor, o al propietario, de las consecuencias de la prescripción cumplida durante el impedimento, si después de su cesación el acreedor o propietario hubiese hecho valer sus derechos en el término de tres meses..."

Al respecto Lafaille había sostenido que es aplicable al caso el art. 3980 y que, por consiguiente, no se habría operado la extinción de la servidumbre si el propietario del fundo dominante comienza a ejercer su derecho inmediatamente después de cesado la imposibilidad de hecho. Borda expresaba que no podía aceptarse esta opinión dados los términos concluyentes del art. 3057, tanto más cuanto que el art. 3980 es una disposición de carácter general referida a la prescripción liberatoria y no puede prevalecer sobre el art. 3059, que es una disposición específica, referida a una institución distinta (aunque análoga), como es el no uso de la servidumbre.

Otros autores han opinado que si bien la regla del art. 3059 es clara en cuanto establece que el caso fortuito o la fuerza mayor no impide la extinción de la servidumbre por el no uso, este principio sin embargo, no es aplicable al siguiente caso que el propietario del fundo sirviente haya hecho una obra que impida su ejercicio y el propietario del fundo dominante no haya podido intentar la acción para demandar su demolición por una imposibilidad de hecho, en ese caso, sería aplicable el art. 3980 (Lafaille, Machado, Segovia).

Consideramos que el presente artículo, al mencionar "por cualquier razón", se interpreta que es aplicable a toda hipótesis de no uso, cualquiera sea la razón de caso fortuito o fuerza mayor por la cual dejó de ejercerse el derecho.

2.3. Vida del titular o duración de la persona jurídica

En el caso de las servidumbres personales, si el titular es persona humana, se extinguirá con su muerte, aunque no estén cumplidos el plazo o condición pactados; si el titular es una persona jurídica, su extinción, y si no se pactó una duración menor, se acaba a los cincuenta (50) años desde la constitución.

III. Jurisprudencia

1. Si no existe un predio sirviente que sufra una limitación en favor de otro predio dominante, no existe servidumbre. Dicho derecho se extingue por el no uso durante

diez años, lo que produce necesariamente el efecto de dar la propiedad de la heredad el ejercicio o posesión de la libertad (C1ª Civ. y Com. Mar del Plata, sala 1, 1/8/1989, Juba B1350799).

2. Cuando el uso reducido se produce a causa de un cambio en estado material del lugar "que hacía imposible el uso completo, la servidumbre queda reducida a los límites que se ha ejercido durante el tiempo señalado para la prescripción" (art. 3066, Cód. Civil); con mayor razón será si la reducción en el uso ha sido por causa del dueño de la heredad sirviente. En cuanto al tiempo en que debe comenzar a computarse el plazo, se cuenta "desde el día en que se ha hecho un acto contrario a su ejercicio" (art. 3059, últ. parte) (CCiv. y Com., Córdoba 1ª Nom., 28/12/1988, LLC, 989-662).

3. Debe hacerse lugar al pedido de homologación de un convenio celebrado a fin de renunciar a una servidumbre de paso, toda vez que no existe impedimento formal para ello ni su licitud está en tela de juicio, pues conforme el art. 3047 del Código Civil la extinción de la servidumbre se efectúa a través de la renuncia tácita del propietario de la heredad al cual es debida, cuando el poseedor del inmueble sirviente haya hecho, con autorización escrita del dominante, obras permanentes que estorben el ejercicio de la servidumbre y en el convenio suscripto se prevé el cierre de la puerta que sirve como paso al momento de concluir la servidumbre y la construcción de un pasillo como compensación a la renuncia. (Del voto del Dr. Constantino) (CCiv., Com., Lab. y Minería General Pico, 16/3/2009, La Ley Online).

4. La excepción de prescripción sólo puede ser opuesta por el propietario del fundo sirviente, ya que como se ha visto, es liberatoria del gravamen que pesa sobre éste, de allí que no puede ser ejercida sino por el titular del mismo; ello beneficia en el caso a todos los demandados, ya que el efecto extintivo de la servidumbre por su no uso, hace fenecer cualquier obligación a cargo del dueño del fundo sirviente pues cesa el derecho del fundo dominante (CCiv. y Com. Córdoba 1ª Nom., 28/12/1988, LLC, 1989-662).

TÍTULO XII

DERECHOS REALES DE GARANTÍA

CAPÍTULO 1

DISPOSICIONES COMUNES

Por RICARDO JAVIER SAUCEDO

Bibliografía sobre la reforma: ARRAGA PENIDO, MARIO O., "Las hipotecas abiertas por créditos indeterminados y el Proyecto de Código Civil de 1998", JA, 2000-IV-428; BORETTO, MAURICIO, "Reformas al derecho privado patrimonial en el nuevo Código Civil: las garantías patrimoniales. Reflexiones sobre los 'derechos reales de garantías' (accesoriedad, especialidad y garantías de 'máxima')", JA, 12/9/2012; BONO, GUSTAVO A. y PUERTA DE CHACÓN, ALICIA, "La garantía real de máxima frente al principio de especialidad en el Proyecto de Código Civil", LA LEY, 4/10/2012; ITURBIDE, GABRIELA A., "Los derechos reales de garantía", en RIVERA, JULIO C. - MEDINA, GRACIELA, *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012.

Bibliografía clásica (en general): ARRAGA PENIDO, MARIO O., "Hipoteca: relaciones entre el hipotecante no deudor y el tercero poseedor en el Código Civil ante la reforma de la ley 24.441", JA. 1997-I-793; BUERES, ALBERTO J. y MAYO, JORGE A., "Lineamientos generales sobre las 'garantías' de la obligación en el derecho privado", RDPyC, 1996-2-16; CAPÓN FILAS, MARIO J. y BARBERO, OMAR, "Hipoteca constituida en garantía de obligaciones eventuales", JA, 22-1974-559; COSSARI, NELSON G. A. "Garantías reales sobre derechos intelectuales", JA, 2007-III-1133; DE REINA TARTIÈRE, GABRIEL. "La hipoteca y el derecho real de superficie forestal", JA, 2003-III-1186; FLAH, LILY y AGUILAR, ROSANA I., "Alternativas frente a la crisis de las garantías reales tradicionales", JA, 2007-III-1074; GATTI, EDMUNDO, "Derechos reales de garantía legislados en el Código (consideraciones en torno a un breve análisis comparativo", Revista Lecciones y Ensayos Nro. 3; GRECO, ROBERTO E. *Enajenación de cosa hipotecada*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1967; HIGHTON, ELENA I,. *Hipoteca: la especialidad en cuanto al crédito*, Depalma, Buenos Aires, 2000; HIGHTON, ELENA I. "Introducción al estudio de las garantías en los contratos de empresa", JA, 1988-III-754; HIGHTON, ELENA I., "Comentario a los arts. 3108 a 3261", en BUERES, ALBERO J. - HIGHTON, ELENA I. *Código Civil y normas complementarias. Análisis jurisprudencial y doctrinario*, t. 5 C, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2004; MACAGNO, ARIEL A. G., "Subasta de derechos y acciones sobre un inmueble hipotecado. En búsqueda de la correcta interpretación del principio de indivisibilidad", LNC, 2008-3-243; PAPAÑO, RICARDO J. "La especialidad crediticia y la accesoriedad en la hipoteca", LA LEY, 1995-A, 42; NUTA; ANA R. y ots., *Derecho hipotecario*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997; PARRY, ADOLFO E., "Indivisibilidad de la hipoteca", JA, 30-149; PERALTA MARISCAL, LEOPOLDO L., "Obligaciones garantizables con hipoteca" JA, 1995-I-903; PUERTA DE CHACÓN, ALICIA y BONO, GUSTAVO A., "Comentario a los arts. 3108 a 3261", en ZANNONI, EDUARDO A. - KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA, *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, t. 12, Astrea, Buenos Aires, 2010; SAUCEDO, RICARDO J. en GURFINKEL DE WENDY, LILIAN N., ch*Derechos reales*, t. II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010; SILVESTRE, NORMA O., *Crüdito hipotecario*, Hammurabi, Buenos Aires, 1989; VINASSA, LILIANA M., "Hipoteca constituida en garantía del cumplimiento de acuerdos preventivos y/o resolutorios", JA, 1991-III-788; *(Sobre garantías reales sobre crüditos en moneda extranjera):* ALTERINI; JORGE H., "Obligaciones en moneda extranjera y la hipoteca", LA LEY, 1987-E, 873; BORETTO, MAURICIO, "La hipoteca constituida en moneda extranjera en la Argentina sobre inmuebles sitos en nuestro país para garantizar contratos internacionales ¿se pesifica?", JA, 2003-IV-970; COSSARI, NELSON G. A., "La ley 26.167. Un nuevo ataque al derecho real de hipoteca", JA, 2007-I-838; DRUCAROFF AGUIAR, ALEJANDRO, "Inconstitucionalidad de la ley 25.798 de refinanciaciyn hipotecaria", JA, 2005-II-448; GURFINKEL DE WENDY, LILIAN N., "Mutuo con garantía hipotecaria exigible antes de la sanciyn de la ley 25.561. ¿Debe el acreedor soportar los efectos de la pesificaciyn?, JA, 2002-II-643 y "El régimen de refinanciaciyhn hipotecaria en la doctrina de la Corte", JA, 2007-II-555; HIGHTON, ELENA I., "Hipoteca en moneda extranjera (que es 'moneda' pero no es 'dinero'", JA, 1988-IV-392; *Hipoteca en moneda extranjera*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1989; HUMPHREYS, ETHEL, "La suspensiyn de las ejecuciones hipotecarias del art. 16 de la ley 25.563", JA, 2002-II-997; KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA y PUERTA DE CHACYN, ALICIA, "Hipoteca en moneda extranjera", JA, 1991-III-780; KIPER, BERNARDO O., "Teoría de la imprevisiyn en las hipotecas en moneda extranjera", JA, 1990-IV-828; KIPER, CLAUDIO M., "La refinanciaciyn de ciertos crüditos garantizados con hipoteca", JA, 2003-IV-1231; OTAEGUI, JULIO C., "El mutuo hipotecario en moneda extranjera", JA, 1964-I-29; PUERTA DE CHACYN; ALICIA y NEGRONI, MARÍA L., "Inestabilidad monetaria de la hipoteca", JA, 2008-IV-972. *(Sobre las garantías reales "abiertas"):* ABREVAYA, ALEJANDRA, "Principios de especialidad y accesoriedad en la hipoteca de máximo", APBA, 2010-10-1130; ADROGUÉ, MANUEL I., AMUY, JUAN C. y GUTIÉRREZ ZALDÍVAR, ÁLVARO, "Notas relativas a las hipotecas de seguridad en el derecho argentino", en *Temas de derecho registral*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1984; ALTERINI, JORGE H., "Hipotecas abiertas", Revista Notarial 868, p. 605; BORETTO, MAURICIO, *Hipotecas abiertas*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2004; "Hipoteca abierta: a propósito de una nueva aplicaciyn de la ley restrictiva", JA, 2004-IV-658; "Hipotecas abiertas y teoría de los actos propios", JA, 2005-III-565; "Hipotecas constituidas para garantizar cuentas 'sueltas' o 'de gestiyn': hipotecas abiertas e inválidas", LNC, 2006-0-43; CAUSSE, JORGE R., "Garantías

hipotecarias con indeterminaciyn sustantiva", ED, 85-851; "Hipoteca abierta", Revista Notarial 867, p. 491; "Hipoteca en garantнa de una generalidad de crйditos", Revista Notarial 849, p. 443; CERAVOLO, ENGEL F., "Hipotecas abiertas. Nulidad por indeterminaciyn de la causa fuente de la obligaciyn garantizada", LA LEY, 2006-C, 588; DE REINA TARTIиRE, GABRIEL, "En defensa de la hipoteca abierta", JA, 2007-I-1041; DI TULLIO, JosЙ A. y CHIAVASSA, EDUARDO N., "Hipotecas abiertas en los concursos", JA, 2.002-II-1.230; GOLDENBERG, ALICIA Ersid3021317 ., "Otra vez sobre las hipotecas abiertas", JA, 2000-IV-413; GURFINKEL DE WENDY, LILIAN N., "Hipoteca abierta: decisiones jurisprudenciales contradictorias", JA, 2001-II-515; HIGHTON, ELENA I., "La especialidad y la accesoriedad de las hipotecas con particular referencia a las hipotecas abiertas", JA, 1981-I-724; MOISSET DE ESPANЙS, LUIS, "El principio de la especialidad y la determinaciyn de los elementos de la relaciyn jurнdica", Revista del Notariado, 767, p. 1779; "Sobre la hipoteca y la especialidad", ED, 108-920; MOLINARIO, ALBERTO D., "De la pretendida e inexistente 'hipoteca abierta' en el derecho positivo argentino", JA, 1972-1; RIVERA, JULIO C., "Contratos bancarios con garantнa real", LA LEY, 1980-B, 929; "Hipoteca: Conveniencia de admitir las hipotecas abiertas", RDPyC, 1993-2-175; VENTURA, GABRIEL B., "Hacia una doble categorнa de hipotecas", JA, 2007-III-1067.

***

Art. 2184.— Disposiciones comunes y especiales. Los derechos reales constituidos en garantнa de crйditos se rigen por las disposiciones comunes de este Capнtulo y por las normas especiales que corresponden a su tipo.

I. RELACIYN CON EL CYDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Los derechos reales de garantнa estбn regulados de manera exhaustiva pero parcial en los arts. 3108 a 3261 del Cyd. Civil, lo que deriva en frecuentes repeticiones.

El precepto en anбlisis propone un esquema legal distinto, como es el de concentrar en un capнtulo inicial las disposiciones comunes a todas las garantнas reales.

De esta manera, el tratamiento normativo de cada figura en particular (hipoteca, anticresis, prenda), se reduce a su mнnima expresiyn, circunscribiйndose a los aspectos peculiares y propios de ellas.

II. COMENTARIO

1. Los derechos reales de garantнa

Los derechos reales de garantнa son aquellos derechos subjetivos que se confieren de manera voluntaria a la persona del acreedor, sobre el valor de una o mбs cosas o bienes especialmente determinados o que pueden determinarse en un momento dado, de propiedad del deudor o de un tercero, que quedan asн afectados al cumplimiento de ese crйdito, como medio de asegurarlo, de conformidad con lo dispuesto por el ordenamiento jurнdico vigente.

He aquн sus caracteres:

a) Se trata de derechos de carбcter absoluto, de contenido patrimonial, que establecen relaciones o vнnculos jurн7dicos entre personas (sujetos activos) y cosas (objetos), notas comunes a todas las categorнas de los derechos reales;

b) La causa eficiente de estas prerrogativas se deriva, invariablemente, de un contrato entre las partes involucradas (el titular del objeto gravado, sea o no el deudor principal, y el acreedor de la obligaciyn a garantizar).

c) Su objeto lo constituyen las cosas (o excepcionalmente los bienes o derechos) que se ofrecen para asegurar las obligaciones principales.

Desde la perspectiva de su titular, se trata de un derecho real sobre cosa ajena, en funciyn de garantнa.

La prerrogativa real se ejerce respecto del valor del objeto que se afecta al cumplimiento de la obligaciyn principal, pues en ъltima instancia, su titular podrб cobrarse con el producido de su venta forzada, con o sin prioridad respecto de otros acreedores, segъn lo disponga el ordenamiento jurнdico.

d) Se trata de garantнas especiales, en dos sentidos, a saber: respecto del objeto y del crйdito por igual.

En el primer caso, se trata de determinar cuбl es la cosa o bien que se afectan al cumplimiento de la obligaciyn principal.

En el segundo, en cambio, se pretende fijar el importe o cifra por los cuales se responderб con ellos.

e) Otra nota esencial de estas figuras es su condiciyn de accesorias a los crйditos a los que buscan asegurar en su cumplimiento.

De esto se sigue que estos derechos reales existen por y a partir de las obligaciones contraнdas por el deudor y su vigencia. Por ende, su suerte quedarб ligada a la de los crйditos de los que dependen.

Resumiendo lo que antecede, los derechos reales de garantнa, en nuestro sistema, se tipifican por: su origen convencional, su accesoriedad y por la especialidad que rige respecto del objeto afectado al pago de la deuda y el monto por el cual se responde con el mismo.

2. Esquema normativo

Superando la regulaciyn del Cydigo velezano, se presenta un esquema simple para legislar sobre estos derechos reales.

Esto es, una parte general, donde se consagran las disposiciones comunes para todas las garantнas reales, y una parte especial, propia de cada una de estas figuras.

En esta ъltima se reconocen los tres derechos comunes a nuestro sistema: la hipoteca, la anticresis (que aquн se amplнa a los muebles registrables) y la prenda, en sus dos variantes: con y sin desplazamiento de la cosa gravada (o prenda con registro).

A estas disposiciones se suman las previstas por la legislaciyn especнfica complementaria, a saber:

a) La ley 20.094, respecto de los buques contempla por igual, la hipoteca y la prenda navales.

La primera, grava los buques de matrнcula nacional de diez o mбs toneladas de

arqueo total como mнnimo, los buques en construcciyn y los artefactos navales (conf. arts. 499, 502 y 514 de la citada ley).

La prenda, en cambio, alcanza a los buques denominados menores, es decir, lo que no alcancen el tonelaje de arqueo antes indicado (conf. art. 499 *in fine*).

b) El Cydigo Aeronбutico (ley 17.825), por su parte, solamente contempla al derecho real de hipoteca.

La hipoteca aeronбutica puede gravar a las aeronaves, en todo o en parte, a las que se encuentren en construcciyn y a sus motores (con. art. 52 de la citada ley).

c) El decreto-ley 6582/1958, a su vez, contempla como derecho real de garantнa, en materia de automotores, solamente a la prenda con registro [conf. inc. a) del art. 19 del decreto citado].

d) El decreto 15.348/1946 ratificado por la ley 12.962 sobre prenda con registro en sus dos variantes (prenda fija y flotante).

Art. 2185.— Convencionalidad. Los derechos reales de garantнa sylo pueden ser constituidos por contrato, celebrado por los legitimados y con las formas que la ley indica para cada tipo.

I. Relaciyn con el Cydigo Civil. Fuentes del nuevo texto

Se postula como ъnica fuente de las garantнas reales el contrato, tal como dispone el art. 3115 del Cydigo Civil para las hipotecas.

Otro tanto hacen, aunque de modo indirecto o implнcito, los arts. 3204 (que define al contrato de prenda) y 3240 (que indica cuбndo queda perfeccionado el convenio que da lugar al derecho real de anticresis) de ese cuerpo legal.

La exigencia de la constituciyn voluntaria y expresa de los negocios que dan origen a las garantнas reales provoca que se suprima la figura de la prenda tбcita a que se refieren los arts. 3218

loch y 3219 del texto legal citado.

Lo mismo acontece con la anticresis tбcita a que alude el art. 3261, que remite a las disposiciones equivalentes en materia de prenda.

La fuente de inspiraciyn es el art. 2088 del Proyecto de Cydigo Civil de 1998.

II. Comentario

La convencionalidad como regla general

La ъnica causa fuente posible para la constituciyn de las garantнas reales es la convenciyn o acuerdo de partes.

De este modo, quedan raleadas del sistema jurнdico, las garantнas "tбcitas" o "legales", generadas de manera automбtica por imperio de la ley, en atenciyn a la identidad de la persona del acreedor (v.gr. las que afectaban los bienes de tutores y curadores en resguardo de los intereses de sus representados; las que comprometнan el patrimonio del marido, como administrador de los bienes e intereses de su cynyuge; las que ponнan en juego el patrimonio de algunos funcionarios en defensa de las arcas estatales —especialmente, los recaudadores de impuestos—).

Otro tanto sucede con las de нndole "judicial", que como variante o modalidad de las anteriores, estaban orientadas a asegurar la ejecuciyn de una sentencia, comprometiendo asн la totalidad de los bienes presentes y futuros que pudiera detentar el deudor o accionado.

Igualmente, las constituidas por actos mortis causa, sea que afectaran uno o mбs bienes del causante o la totalidad del acervo hereditario.

Se sigue de lo expuesto que el tнtulo eficiente para generar el derecho real es el contrato (de hipoteca, de anticresis o de prenda).

Desde la yptica moderna, el contrato que da origen a una garantнa real se presenta, en la mayorнa de los casos, como de adhesiyn, con clбusulas predispuestas, fijadas por el acreedor (especialmente cuando se trata de entidades financieras), de aceptaciyn ineludible por la parte deudora, y en su caso, por el constituyente del gravamen en garantнa de obligaciones ajenas.

Por ende se deduce que la garantнa real se deriva, en sentido estricto, del convenio que le da origen, en el que deben lucir todos y cada uno de sus elementos constitutivos.

Empero, tratбndose de garantнas abiertas o de mбximo, el contrato deberб complementarse con informaciyn que se genere a la postre, para el caso de su ejecuciyn.

Art. 2186.— Accesoriedad. Los derechos reales de garantнa son accesorios del crйdito que aseguran, son intransmisibles sin el crйdito y se extinguen con el principal, excepto en los supuestos legalmente previstos.

La extinciyn de la garantнa por cualquier causa, incluida la renuncia, no afecta la existencia del crйdito.

I. Relaciyn con el Cydigo Civil. Fuentes del nuevo texto

La nota de accesoriedad estб consagrada .para las hipotecas por los arts. 524, 3108 y 3131 del Cyd. Civil.

Respecto de la prenda, sucede lo propio con los arts. 3204 (donde se define al contrato de prenda y se da por supuesta la existencia del crйdito al que accede) y 3236 (que dispone la conclusiyn de la garantнa real al extinguirse la obligaciyn asegurada).

En materia de anticresis juegan los arts. 3245, 3248, 3251, 3257 y 3261, que dan por supuesta la existencia de la obligaciyn principal.

Adviйrtase que todas estas disposiciones se condensan en un ъnico precepto que consagra este recaudo para todos los derechos reales de garantнas, evitando las aludidas repeticiones.

La fuente es el art. 2090 del Proyecto de Cydigo Civil de 1998.

II. Comentario

1. El principio general de la accesoriedad

Los derechos reales no existen en forma independiente, sino que estбn indefectiblemente unidos a una obligaciyn de la cual dependen y cuya fuente o naturaleza puede ser de diversa índole (contratos, cuasicontratos, delitos, cuasidelitos).

El carбcter anexo de estas garantнas, sin embargo, no alcanza para tornarlas o transformarlas en obligaciones "accesorias" de otra principal, manteniendo, en cambio, su condiciyn inicial de derechos reales.

A este recaudo se lo suele asociar e identificar con la convencionalidad y la especialidad en cuanto al crйdito.

En rigor, la necesaria interrelaciyn que existe entre todos los caracteres esenciales de las garantнas reales no debe llevar a confundirlos unos con otros.

En efecto, no se equipara este recaudo con la convencionalidad, que alude al contrato por el cual se constituye el gravamen. Ello asн, aunque con dicho acuerdo se propugne asegurar, el cumplimiento de una obligaciyn, que puede surgir de otro contrato.

Esto es: no debe asimilarse el convenio que da origen al gravamen, con el convenio del cual se derive la obligaciyn que aquйlla estб llamada a secundar.

Ello asн, aunque nada obsta a que las mismas (la obligaciyn principal a asegurar y la garantнa real), luzcan en un ъnico documento escrito (v.gr. hipoteca constituida en garantнa del saldo de precio de una compraventa inmobiliaria).

Ademбs, la obligaciyn asн asegurada, puede ser cronolygicamente anterior a la celebraciyn del pacto que da origen al derecho de garantнa, concomitante con ella o bien, verificarse con posterioridad.

En cuanto a la especialidad en torno al crйdito, tampoco hay confusiyn posible, pues en este segundo recaudo se alude a la cifra o monto que opera como lнmite para responder con la garantнa real. Dicho importe puede no coincidir con el monto del crйdito u obligaciyn efectivamente garantizados (v.gr. hipoteca ofrecida en resguardo de un eventual saldo deudor de una cuenta corriente bancaria).

2. Las consecuencias del principio de accesoriedad

He aquн las consecuencias prбcticas que se derivan de este requisito tipificante de las garantнas reales:

a) Se requiere la existencia de una obligaciyn vбlida, aunque la misma pueda no resultar efectivamente exigible, como sucede, por ejemplo, con las obligaciones naturales.

b) La transmisiyn del crйdito principal, involucra tambiйn a la garantнa como accesoria de aquйl.

c) La extinciyn de la deuda de base fija, en principio, la del derecho real de garantнa.

Se dice "en principio", pues a renglyn caben las siguientes excepciones:

1) Si el pago de la obligaciyn principal lo realiza un tercero, subrogбndose en los derechos del acreedor, dicho acto no extingue el gravamen (conf. art. 918)

2) Si el acreedor, al momento de realizar la novaciyn con su deudor de la obligaciyn principal, se reserva el gravamen real, el mismo pasarб a asegurar la nueva obligaciyn (conf. art. 940);

3) Si se verifica confusiyn por identidad de personas entre el deudor y el fiador de la obligaciyn (que ademбs reviste la condiciyn de constituyente del gravamen, asegurando asн, una obligaciyn ajena), la garantнa obviamente perdura.

4) Si el deudor consigna el importe de lo debido al acreedor a su orden, no se verificarб la extinciyn del gravamen, hasta tanto el interesado no lo acepte o bien una sentencia con efectos de cosa juzgada le dй fuerza de pago.

Ahora bien, la regla que antecede, en caso de invertirse, no llega a los mismos resultados.

f47 Esto es: la extinciyn del accesorio (la garantнa), no afecta en principio a la obligaciyn principal, aunque el interesado deberб proceder, en el caso, como un acreedor quirografario o comъn al no contar ahora con el derecho real de marras.

Cabe secalar por ъltimo, que en las garanhtнas reales "de mбximo" o "abiertas", como el crйdito es indeterminado, el requisito de la accesoriedad no se cumple, de modo estricto, al momento de la constituciyn del gravamen, sino con posterioridad a ese evento.

Pero ello no obsta a que el momento de hacer efectiva la garantнa concedida, el derecho personal secundado sн exista, ya que es precisamente su incumplimiento en tiempo y forma, lo que determina la ejecuciyn de aquйlla.

III. Jurisprudencia

El carбcter accesorio de la hipoteca trae como consecuencia que йsta siga la suerte del principal, y la extinciyn total de la obligaciyn acarrea la extinciyn total de la hipoteca, a cuyo fin remite a los distintos modos extintivos de las obligaciones; producida la prescripciyn de la obligaciyn principal, la garantнa hipotecaria se vuelve ineficaz (SC Mendoza, sala 1Є, 29/12/2009, Lexis Nє 1/70058260).

Art. 2187.— Crйditos garantizables. Se puede garantizar cualquier crйdito, puro y simple, a plazo, condicional o eventual, de dar, hacer o no hacer. Al constituirse la garantнa, el crйdito debe individualizarse adecuadamente a travйs de los sujetos, el objeto y su causa, con las excepciones admitidas por la ley.

I. Relaciyn con el Cydigo Civil. Fuentes del nuevo texto

En torno a los derechos que se pueden garantizar con hipoteca son elocuentes los arts. 3109 y 3153 del Cyd. Civil.

El art. 3204 repite esas soluciones en materia de prenda aunque de manera mбs

acotada (se alude a las obligaciones ciertas o condicionales, presentes o futuras).

No existe una disposiciyn equivalente en el tнtulo relativo al derecho de anticresis, lo que no implica que no suceda lo propio.

El precepto en anбlisis, simplificando el esquema del Cydigo Civil, fija como regla general, que cualquier clase de crйdito puede ser asegurado con una garantнa de нndole real.

La fuente es el art. 2090 del proyecto de Cydigo Civil de 1998.

II. Comentario

1. Los crйditos a garantizar

Todo crйdito puede ser garantizado con un derecho real, en tanto asн se lo designe a travйs de sus elementos necesarios (sujetos, objeto y causa eficiente) en oportunidad de constituirse el gravamen, salvo las excepciones que se dispongan en la materia (v.gr. crйditos indeterminados o eventuales).

De aquн que la obligaciyn asegurada puede ser pura y simple, de dar (sumas de dinero o cantidades de cosas), hacer o no hacer o bien estar sujeta a modalidades, como la condiciyn suspensiva (con lo cual la garantнa accede a un crйdito que como tal no es exigible, hasta tanto no se cumpla la modalidad a la cual estб sujeto; una vez verificada la contingencia, operarб de manera retroactiva al momento de la contracciyn de la deuda, involucrando tambiйn al derecho real accesorio) o resolutoria ((la deuda es *prima facie* exigible, aunque estб sujeta a desaparecer en caso que suceda a futuro e47 l evento resolutivo, aconteciendo lo propio con el gravamen real); o a plazos y tйrminos equivalentes.

Tambiйn puede asegurarse el cumplimiento de obligaciones naturales, es decir, aquellas que no confieren al acreedor acciyn alguna para exigir su cumplimiento.

Cabe en el caso distinguir dos posibilidades:

a) Si la obligaciyn garantizada inicialmente es comъn o civil, y deviene a la postre en natural por inactividad del acreedor o sus representantes, por prescribir la acciyn para exigir su cumplimiento.

En este caso, por aplicaciyn del principio de accesoriedad, otro tanto habrб de suceder con la garantнa dado que si el acreedor no puede requerir el cumplimiento de la obligaciyn principal tampoco puede pretender satisfacer su crйdito con el valor de la garantнa a travйs de su ejecuciyn.

b) Si la obligaciyn garantizada es natural.

Si el constituyente del gravamen real es el deudor, ello implica acordarle nuevamente al acreedor la acciyn para exigir su cumplimiento.

Si el constituyente de la garantнa no es el deudor, el derecho real no accede a la obligaciyn natural, sino a una obligaciyn condicional, asumida por quien ha ofrecido el bien en resguardo del cumplimiento o no del deudor principal del crйdito de marras. Esto es: la garantнa real, en su eficacia, estбn subordinada a una condiciyn suspensiva, como es la inejecuciyn de la obligaciyn natural por parte del deudor.

2. Los crйditos eventuales

Se trata de obligaciones futuras, que podrбn o no existir, a las cuales se secunda con una garantнa real actual.

En estas circunstancias, el recaudo de la accesoriedad puede cumplirse con la menciyn de la causa fuente de la que se derive a futuro la obligaciyn, debiendo describirse, en la medida de lo posible, todos y cada uno de los supuestos u operaciones que puedan engendrar los dйbitos a asegurar, indicando siempre el monto mбximo por el cual se afecta al objeto de la garantнa (conf. art. 2189).

Son ejemplos de ello las prendas e hipotecas constituidas en seguridad de posibles dacos y perjuicios derivados del incumplimiento de un contrato de locaciyn; las que afiancen la responsabilidad por mal desempeco o comisiyn de нlcitos por los dependientes en la ejecuciyn de obras, o las que garantizan el saldo deudor de una cuenta corriente bancaria (que deben existir a nombre del oferente del gravamen).

Cabe igualmente la posibilidad que en estas lides no se pueda determinar con precisiyn el origen del crйdito garantizado, en el caso que nazca a posteriori de la constituciyn del gravamen, como sucede en las garantнas abiertas o de mбximo, asoecto que serб considerado en el comentario al art. 2189, al cual implнcitamente remite la norma en estudio.

En esta ъltima hipytesis, la accesoriedad como nota esencial y bбsica de las garantнas reales (a la que alude, en rigor de verdad, el artнculo en anбlisis), queda sensiblemente minorada o es directamente suprimida, pues el gravamen real nace antes que el crйdito a secundar.

III. Jurisprudencia

1. La hipoteca constituida con anterioridad al momento en que el dinero se entregy es vбlida, pues el Cydigo Civil admite que se garanticen deudas futuras y condicionales (SC Mendoza, sala 1C, 21/11/2000, Lexis Nє 1/70008214).

2. Toda obligaciyn нcita es susceptible de ser garantizada con hipoteca, pudiendo ser accesoria de crйditos condicionales o eventuales y aun indeterminados en su valor o que tengan por objeto prestaciones en especie u obligaciones de hacer o no hacer (CNCiv., sala G, 20/7/2007, Lexis Nє 1/1031132).

9 Art. 2188.— Especialidad en cuanto al objeto. Cosas y derechos pueden constituir el objeto de los derechos reales de garant н a. Ese objeto debe ser actual, y estar individualizado adecuadamente en el contrato constitutivo.

I. Relaciyn con el Cydigo Civil y el Cydigo de Comercio. Fuentes del nuevo texto

Se siguen, en esencia, las reglas consagradas en los arts. 3108, 3109, 3131 (para la hipoteca), 3211 (para la prenda) y 3239 (para el derecho de anticresis) del Cyd. Civil, en el sentido que el objeto de las garantнas reales deben ser cosas.

Empero, se admiten en pie de igualdad las garantнas reales cuyos objetos sean derechos (es decir, bienes que no son cosas).

Este supuesto estб consagrado en materia de prenda de crйditos, en tanto y en cuanto estos derechos personales consten debidamente documentados bajo la forma escrita, por lo que el instrumento deviene en el objeto provisorio de la garantна, que se sustituirб a futuro por la prestaciyn debida (conf. arts. 3209 y 3212 del Cyd. Civil y 583 a 587 del Cyd. de Comercio).

La fuente del precepto es el art. 2092 del Proyecto de Cydigo Civil de 1998.

II. Comentario

1. La especialidad en cuanto al objeto

El cumplimiento de esta exigencia hace a la existencia misma de los derechos reales, que como poderes jurнdicos, no pueden ejercerse sobre cosas indeterminadas o futuras.

Se trata de precisar, con la mayor exactitud posible, cuбles son los bienes afectados a la garantна acordada, y con los que espera eventualmente, cobrarse el acreedor ante el incumplimiento del deudor, una vez que se proceda a su ejecuciyn o venta.

Asн, tratбndose de inmuebles, corresponderб indicar su ubicaciyn (localidad, partido, provincia, calles y entrecalles), medidas, superficie, linderos, nomenclatura catastral, partida inmobiliaria, valuaciyn fiscal y matrнcula registral.

Si fueran unidades funcionales corresponderб describir amйn de su ubicaciyn en el inmueble general (y la descripciyn de йste), los polнgonos que la integran, sus superficies, porcentual y destino.

Respecto de automotores: su marca, modelo, tipo, nъmero de dominio, marca y nъmero de motor y chasis y uso o destino.

Si fueran buques, su nъmero de matrнcula, nombre, puerto de matrнcula, eslora, manga y puntal y tonelaje de arqueo.

Si se trata de aeronaves, se deben consignar marca, modelo, nъmero de serie, matrнcula y lugar de estacionamiento habitual.

Respecto de la existencia "actual" del objeto de la garantна real al momento de su constituciyn, cabe reparar en la posibilidad de su sustituciyn por otro, como sucede con la prenda flotante considerada en el decreto 15.348/1946 (ratificado por ley 12.962). Ello asн, cuando recae sobre cosas fungibles y consumibles, que por ende, pueden ser objeto de manufactura, transformaciyn, industrializaciyn y comercializaciyn.

De aquн que deba flexibilizarse esta exigencia en algunos casos, para permitir la plena eficacia de la garantна acordada.

dbch2. Las garantнas reales sobre derechos

Excepcionalmente, cabe la posibilidad de constituir garantнas reales que tengan como objeto derechos, es decir, bienes (conf. art. 1883).

Es lo que sucede, por ejemplo, con el titular del derecho real de superficie (conf. art. 2120).

En rigor, el superficiario puede gravar su derecho (la propiedad superficiaria) con derechos reales de garantна.

Por tanto, como derecho real sobre cosa propia que es, respecto de la propiedad superficiaria, su titular puede gravarla con hipoteca o anticresis (todos ellos, gravбmenes inmobiliarios).

En este caso, la hipoteca recae no sobre el derecho de superficie, sino sobre las plantaciones y construcciones existentes en el fundo.

Pero tambiйn puede afectar con tales gravбmenes, el derecho a construir, plantar o forestar, esto es, cuando aъn no existan las mentadas edificaciones o plantaciones, verificбndose en este caso lisa y llanamente, una garantна real sobre un objeto que no es cosa.

Esta alternativa se justifica, por la posibilidad del superficiario de obtener en estas circunstancias, sendos crйditos hipotecarios o anticrйticos, para poder ejecutar y solventar con ellos la inversiyn que se pretende.

Respecto de la prenda de crйditos, ver comentario al art. 2232 y ss.

Art. 2189.— Especialidad en cuanto al crйdito. El monto de la garantна o gravamen debe estimarse en dinero. La especialidad queda cumplida con la expresiyn del monto mбximo del gravamen.

El crйdito puede estar individualizado en todos los elementos desde el origen o puede nacer posteriormente; mas en todos los casos, el gravamen constituye el mбximo de la garantна real por todo concepto, de modo que cualquier suma excedente es quirografaria, sea por capital, intereses, costas, multas, u otros conceptos.

El acto constitutivo debe prever el plazo al que la garantна se sujeta, que no puede exceder de diez acos, contados desde ese acto. Vencido el plazo, la garantна subsiste en seguridad de los crйditos nacidos durante su vigencia.

I. Relaciyn con el Cydigo Civil. Fuentes del nuevo texto

Se expresa con mayor precisiyn el recaudo de la especialidad en cuanto al crйdito a que se refieren los arts. 3109, 3131 y 3152 del Cyd. Civil.

Y con ello se admiten de manera definitiva las llamadas garantнas "abiertas" o "de mбximo", en las que puede existir una cierta indeterminaciyn inicial en cuanto al crйdito que aseguran, a su naturaleza, entidad o magnitud, como tambiйn su total ausencia al momento de la constituciyn del gravamen.

Para ellas se dispone que al momento de pactarlas, debe indicarse de modo cierto y preciso, el importe mбximo por el cual se responderб con el objeto afectado.

Atento a la nociyn restrictiva que de la expresiyn dinero brinda el art. 765 (como equivalente a moneda nacional de curso legal y forzoso), no se pueden constituir garantнas reales (ni "cerradas" o "de trбfico", ni "abiertas" o de "mбximo") directamente en moneda extranjera (dylar estadounidense, euro), sino que para cumplir con el requisito de la especialidad en cuanto a la garantна, serб menester su conversiyn a la moneda nacional en el acto de su constituciyn.

Esto marca una diferencia palmaria con el esquema del Cydigo Civil (conf. arts. 617 y concordantes), donde se admite que el monto del gravamen se exprese en la divisa extranjera en la cual estйn contratando los interesados (la conversiyn a moneda nacional es al sylo efecto de abonar los tributos que la constituciyn de la garantна pueda generar como hecho imponible).

La fuente es el art. 2093 del Proyecto de Cydigo Civil.

II. Comentario

ar1. La especialidad en cuanto al crйdito

Se trata acб de determinar cuбles son los lнmites de la responsabilidad por la garantна real constituida, esto es, hasta quй cifra soportarб el propietario de aquйlla el poder de agresiyn patrimonial del acreedor insatisfecho sobre la cosa afectada (por eso el artнculo en anбlisis debiy rotularse como "especialidad en cuanto a la garantна").

Corresponde remarcar que la cifra o importe por los cuales se encuentra afectado el objeto (o principio de especialidad en cuanto al crйdito) indicarб un lнmite mбximo, que puede no coincidir con el monto real y preciso del crйdito garantizado (principio de accesoriedad), como sucede cuando se garantizan obligaciones de hacer o no hacer y crйditos eventuales (v.gr. saldo deudor de una cuenta corriente bancaria).

En este ъltimo caso, si bien el crйdito estб determinado, su monto puede no conocerse, siendo posible que en un momento supere al del gravamen, o sea inferior al mismo o igual a cero.

La diferencia entre ambos requisitos o principios, como apunta claramente Highton, puede tambiйn presentarse en tйrminos de "deuda" y "responsabilidad". Asн, el gravamen hace a la responsabilidad con la cosa, mientras que el crйdito (deuda) hace a la prestaciyn debida (y se identifica con la nota de accesoriedad ya apuntada).

Por tanto, como la garantна es accesoria a un crйdito, la cosa estarб gravada en cada momento determinado en la cifra que represente el mismo, hasta el mбximo del monto del gravamen; por la diferencia, responderб el deudor con el resto de su patrimonio, sin contar al respecto el acreedor, con ninguna preferencia o privilegio en cuanto al cobro (salvo, por supuesto, que el crйdito que sirve de sustento al gravamen sea, a su vez, privilegiado).

2. Las garantнas reales en moneda extranjera

El monto del gravamen debe expresarse en dinero.

Atento a lo dispuesto por el art. 765 (ver su comentario), la moneda extranjera no es dinero y las obligaciones contraнdas en una divisa forбnea se reputan como obligaciones de dar cantidades de cosas.

Por ende, a los efectos de cumplir con la especialidad en cuanto al crйdito, corresponderб su expresiyn no en la moneda de contrataciyn (extranjera), sino en la nacional, de curso legal y forzoso (atendiendo a la cotizaciyn oficial de la divisa foбnea al momento de constituirse la garantна real).

3. Las garantнas "abiertas" o "de mбximo"

Se designan como garantнas "abiertas" o "de mбximo" a aquellas en las que existe una indeterminaciyn inicial en torno al crйdito que aseguran, en cuanto a su naturaleza, entidad y magnitud, de forma tal que la cosa queda comprometida, respecto de una pluralidad de obligaciones, consignadas u

f47 sualmente de manera ejemplificativa, que se pueden derivar de las relaciones jurнdicas que un mismo deudor mantenga con un mismo acreedor.

En suma, se trata de aquellos gravбmenes que se constituyen en seguridad de obligaciones indeterminadas y futuras, sin que se precise la causa fuente de la cual puedan derivarse, o bien, si pese a existir, no se las determina con certeza, en el acto de su constituciyn.

El artнculo en anбlisis resuelve esta cuestiyn al disponer la fijaciyn del monto mбximo por el cual se responderб con la garantна (que no es otra cosa que la observancia de la especialidad en cuanto al crйdito, en uno de sus aspectos y que es comъn a todas las garantнas reales, aun aquellas que acceden a crйditos ciertos y determinados). Lo que exceda de dicho importe, sea que involucre el capital, los intereses y en su caso, las costas de la ejecuciyn, revestirб la condiciyn de crйdito quirografario.

A ello se acade, para brindar mayor precisiyn y seguridad a este resguardo abierto, la fijaciyn de un plazo cierto para la vigencia del gravamen en estas condiciones (diez acos, como mбximo, a computarse desde la fecha de su constituciyn).

Ello asн, aunque la garantна subsista una vez transcurrido ese tйrmino pero solamente para los crйditos nacidos y que se hayan incumplido durante su vigencia.

Con lo cual, si el crйdito se ha gestado durante el plazo acordado para la existencia del gravamen "de mбximo", pero su inobservancia se verifica despuйs de concluido ese lapso, el acreedor no podrб exigir la ejecuciyn de la garantна real para perseguir su cobro.

III. Jurisprudencia

N 1. *EN GENERAL*

EL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD EN MATERIA HIPOTECARIA RIGE CON CERTEZA CUANDO SE TRATA TANTO DE LA COSA HIPOTECADA, COMO DEL MONTO DE LA DEUDA, NO EXIGIЙNDOSE IGUAL PRECISIYN EN CUANTO AL CRЙDITO ASEGURADO CON EL GRAVAMEN REAL, PUDIENDO AQUЙL SER CONDICIONAL O INDETERMINADO EN SU VALOR O LA OBLIGACIYN EVENTUAL, SUPUESTOS DONDE, AUNQUE LA INDIVIDUALIZACIYN HA DESAPARECIDO, EL GRAVAMEN RESULTA VбLIDO SIEMPRE QUE SE DECLARE EL VALOR ESTIMATIVO DE LA OBLIGACIYN GARANTIZADA EN EL ACTO CONSTITUTIVO DE LA HIPOTECA (SCBA, 16/12/2009, LEXIS Nє 1/70060968).

2. SOBRE GARANTHAS REALES PACTADAS EN MONEDA EXTRANJERA

LO PACTADO RESPECTO DEL PAGO DE LA DEUDA EN DYLARES O SU EQUIVALENTE EN PESOS, NO VULNERA EL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD DE LA HIPOTECA, SI SE HUBIERAN CUMPLIMENTADO LAS DISPOSICIONES DEL ART. 3109 DEL CYD. CIVIL Y EN TANTO ESTЄN DETERMINADOS TANTO EL INMUEBLE COMO EL CRЙDITO Y LA CANTIDAD CIERTA Y DETERMINADA DE LA DEUDA; TAMPOCO LO CONTRARHA LA CIRCUNSTANCIA DE QUE SE HUBIERE DISPUESTO UNA FORMA ADECUADA DE CONVERSIYN DE LOS DYLARES EN PESOS SEGЪN EL BLOQUE DE NORMAS QUE INTEGRAN LA LEYES DE EMERGENCIA ECONYMICA (CNCIV., SALA H, 21/4/2010, LEXIS NЄ 1/70062804).

3. SOBRE GARANTHAS REALES "ABIERTAS" O "DE MЄXIMO"

3.1. LA HIPOTECA PUEDE GARANTIZAR TODO TIPO DE OBLIGACIONES AЪN LAS EVENTUALES Y FUTURAS, BASTANDO PARA CUMPLIR CON EL PRINCIPIO DE LA ESPECIALIDAD QUE CONSTE EN EL INSTRUMENTO LA FIJACIYN DE LA RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA DEL INMUEBLE HASTA UNA SUMA DETERMINADA CON INDEPENDENCIA DE LA OBLIGACIYN GARANTIZADA, QUE SIEMPRE ESTARБ INCLUIDA DENTRO DEL TOPE O MЄXIMO PREVISTO PUES, TODA OBLIGACIYN LHCITA ES GARANTIZABLE CON HIPOTECA EN TANTO EL DERECHO REAL CONSISTE EN UN GRAVAMEN POR UN MONTO DETERMINADO O DETERMINABLE, QUE ESTБ DADO POR EL LHMITE MENCIONADO EXPRESAMENTE EN EL THTULO. TRATЄNDOSE DE UNA HIPOTECA 'ABIERTA' CONSTITUIDA EN GARANTHA DE OPERACIONES COMERCIALES, LA DEUDA PUEDE CRECER O DISMINUIR EN SU CAPITAL, SEA POR PAGOS PARCIALES, POR RECEPCIYN DE REMESAS, POR INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES, PERO EN TODOS LOS CASOS LA OBLIGACIYN A QUE ACCEDE LA HIPOTECA ESTARБ GARANTIZADA DENTRO DEL TOPE O MЄXIMO PREVISTO HASTA SU MONTO REAL Y ACTUAL, AUN CUANDO EN EL MOMENTO DE LA CONSTITUCIYN DEL GRAVAMEN EL CRЙDITO ESTЙ INDETERMINADO O NO HAYA TENIDO NACIMIENTO. ЪNICAMENTE LA CANTIDAD CIERTA DE DINERO MENCIONADA EN EL ACTO CONSTITUTIVO GOZARБ DE LAS VENTAJAS PROPIAS DE LA HIPOTECA —PERSECUCIYN Y PRIVILEGIO—; POR EL RESTO HABRБ CRЙDITO PERO NO HIPOTECA (CNCIV. Y COM. FED., SALA 1Є, 14/2/2006, LEXIS NЄ 7/16304).

3.2. SIEMPRE QUE SE CONSIGNE LA CAUSA DE LA DEUDA, SE DETERMINE EL INMUEBLE SOBRE EL CUAL RECAE EL GRAVAMEN Y SE DECLARE EL LHMITE DE COBERTURA HASTA DONDE GARANTIZARБ LA HIPOTECA, SE HABRБ DADO CUMPLIMIENTO CON EL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD. CORRESPONDERБ ADMITIR EL PEDIDO DE VERIFICACIYN CON PRIVILEGIO ESPECIAL HIPOTECARIO, AL CRЙDITO GARANTIZADO CON UNA HIPOTECA ABIERTA, SIEMPRE QUE DE LOS TЙRMINOS DE LA MISMA SURJA LA CAUSA DE LA DEUDA (AUNQUE SE TRATE DE OBLIGACIONES FUTURAS O EVENTUALES), SE DETERMINE EL INMUEBLE GRAVADO, Y SE FIJEN LA EXTENSIYN Y EL LHMITE TEMPORAL DE LA MISMA (CNCOM., SALA A, 30/12/2010, LEXIS NЄ 1/70068851).

Art. 2190.— Defectos en la especialidad. La constituciyn de la garantha es vбlida aunque falte alguna de las especificaciones del objeto o del crйdito, siempre que se la pueda integrar de acuerdo al conjunto de las enunciaciones del acto constitutivo.

I. RELACIYN CON EL CYDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

La posibilidad de secundar y complementar la garantha real con elementos ajenos al contrato por el cual se constituyy (a los que el mismo puede incluso remitir), para salvar su invalidez estб contemplada en el art. 3133 del Cyd. Civil, aunque no hay acuerdo en doctrina respecto de si esta soluciyn se aplica para sanear solamente los defectos de la deficiente descripciyn del objeto del gravamen o si puede extenderse a los otros caracteres esenciales de estos derechos reales.

En cambio, el precepto a considerar es claro en el sentido de disponer que se pueden sanear por esta vha los defectos en torno a la especialidad sobre el objeto y el crйdito por igual.

La fuente es el art. 2094 del Proyecto de Cydigo Civil de 1998.

II. COMENTARIO

Las consecuencias del defecto en la especialidad del gravamen

De no observarse el recaudo de la especialidad en cuanto al objeto y al crйdito (como de las restantes exigencias estudiadas), la consecuencia habrб de ser la nulidad del acto constitutivo del gravamen, que en principio, no arrastrarб con su ineficacia, la de la obligaciyn garantizada, que perderб tal aditamento, revistiendo ash su titular, la condiciyn de acreedor comъn o quirografario.

Ello ash, a menos que los datos faltantes se los pueda extraer de los restantes contenidos del acto constitutivo, aunque para ello deba acudirse a elementos externos a aquйl (a los que eventualmente remita).

La aplicaciyn prбctica de esta directriz queda en ъltima instancia en manos del magistrado que entienda en la causa, que podrб suplir los defectos u omisiones de las partes en la constituciyn de la garantha real, por los medios que juzgue suficientes.

La autoridad judicial evaluarб el acto y las circunstancias que lo rodean para expedirse en torno a su eficacia o no. Para ello, habrб de tener en cuanto, en lo que a descripciyn del bien se refiere, amйn de las atestaciones del acto de su constituciyn, para el caso en que sean incompletas o deficientes (y que tengan entidad suficiente para comprometer la validez de la garantha), las constancias planimйtricas, registrales y catastrales, aunque las mismas no se hayan reflejado adecuadamente en aquйl.

Por ejemplo, si la descripciyn o designaciyn del inmueble ha variado por la confecciyn y aprobaciyn de un plano que no ha sido mencionado en la escritura, donde se han consignado los datos obrantes en el thtulo antecedente de dominio al que aquйl ha modificado.

Debe tenerse en cuenta que la decisiyn jurisprudencial sylo suple defectos u omisiones de entidad suficiente en la determinaciyn del objeto o el crйdito, pero en modo alguno puede alterar o modificar la declaraciyn de voluntad negocial expresada en tal sentido, en el acto de base.

Ash, si la hipoteca se refiere a una unidad funcional, descripta de acuerdo a un plano de subdivisiyn en propiedad horizontal, que no estб aprobado y por ende, no tiene eficacia jurнdica como tal, no puede el magistrado concluir que entonces, la hipoteca, compromete a la totalidad del inmueble del que aquйlla forma parte.

En lo atinente a la especialidad en cuanto al crйdito (mбs bien, "a la garantнa"), cuando se trata de garantнas "abiertas", dada la descripciyn genйrica que contiene el contrato que configura el gravamen real de la causa fuente de la obligaciyn, pero no de esta ъltima, es evidente que dicha convenciyn no se configura como tнtulo ejecutivo *per se*, si el acreedor no justifica de manera fehaciente, en el momento de pretender hacer efectiva la potestad real, la existencia, vencimiento y exigibilidad de la deuda en cuestiyn, como asн tambiйn su vinculaciyn con el gravamen (esto es: debe demostrarse que es precisamente esa la deuda asegurada).

En este sentido, en el acto de constituciyn del gravamen se debe determinar de manera expresa y precisa, no solamente la causa eficiente de la que puede derivarse la deuda asegurada con el derecho real, sino tambiйn la forma como en su caso, habrб de liquidarse la misma y los instrumentos que lo acreditarбn, que serбn objetivamente idyneos —no pudiendo basarse exclusivamente en la declaraciyn en tal sentido del acreedor—, prestando a todo ello, ademбs, conformidad el sujeto eventualmente obligado. Ello asн, aunque los documentos indicados, no sean pъblicos (como aquel en el cual consta gravamen) o autenticados (instrumento privado con certificaciyn de firma o fecha), en la medida que observen los recaudos y formalidades usuales para esa clase de documentaciyn (v.gr. registros contables de entidades bancarias y financieras, asientos obtenidos de libros comerciales rubricados y llevados en debida forma, certificaciones emitidas por contador pъblico matriculado con su firma legalizada por el Colegio respectivo o con intervenciyn bancaria).

Si el contrato no contuviera menciyn expresa en la materia, o si versando sobre el particular, la documentaciyn aportada resultara insuficiente, contradictora o no llevada en debida forma, la cuestiyn deberб resolverse en el proceso de conocimiento pertinente, en el cual se dilucidarб de manera definitiva, el monto real de lo debido, que podrб no coincidir con el del gravamen.

Art. 2191.— Indivisibilidad. Los derechos reales de garantнa son indivisibles. La indivisibilidad consiste en que cada uno de los bienes afectados a una deuda y cada parte de ellos, estбn afectados al pago de toda la deuda y de cada una de sus partes.

El acreedor cuya garantнa comprenda varios bienes puede perseguirlos a todos conjuntamente, o sylo a uno o algunos de ellos, con prescindencia de a quiйn pertenezca o de la existencia de otras garantнas.

Puede convenirse la divisibilidad de la garantнa respecto del crйdito y de los bienes afectados. Tambiйn puede disponerla el juez fundadamente, a solicitud de titular del bien, siempre que no se ocasione perjuicio al acreedor, o a peticiyn de este ъltimo si hace a su propio interйs.

I. Relaciyn con el Cydigo Civil. Fuentes del nuevo texto

Se concentran en un solo precepto las soluciones que para la indivisibilidad de la hipoteca prescriben los arts. 3112, 3113 y 3114 del Cyd. Civil, que resultan de esta manera aplicables a todas las garantнas reales por igual.

Ello asн, aunque manteniendo la condiciyn de natural de esta caracterнstica, que puede ser derogada por pacto expreso en contrario, o por disposiciyn judicial a pedimento de parte interesada, si eso no resulta gravoso para el acreedor.

La fuente de inspiraciyn es el art. 2095 del Proyecto de Cydigo Civil de 1998.

II. Comentario

1. La indivisibilidad de las garantнas reales como regla general

Los derechos reales de garantнa se proyectan sobre toda la cosa (o derecho) que constituye su objeto y sobre cada una de sus partes, que se encuentran igualmente afectadas a aquella seguridad.

A consecuencia de ello la totalidad de la deuda gravita sobre la totalidad del objeto afectado, de manera tal que, la divisiyn de la deuda o su extinciyn parcial, no implica necesariamente la divisiyn de la garantнa ni la posibilidad de su extinciyn parcial.

La comprensiyn cabal de lo que antecede, a veces puede no resultar clara, dado que en materia de garantнas reales, a la obligaciyn inicial se le adjunta un derecho real (principio de accesoriedad).

Sylo el ъltimo es indivisible, y ello supone, que hasta tanto no se abone la totalidad de la deuda, el objeto no se verб libre del gravamen. El deudor que pagy su parte de la obligaciyn principal no puede, por tanto, pretender una cancelaciyn o liberaciyn parcial de la cosa (una o varias) y debe, en su caso, soportar su ejecuciyn ante el incumplimiento de otro de sus congйneres.

En cambio, la obligaciyn principal, puede ser o no divisible, y en su caso, mancomunada o solidaria, circunstancias que salvo pacto expreso en contrario, no modifican la indivisibilidad de la garantнa, que se mantiene incylume respecto del objeto comprometido.

2. Las excepciones a la indivisibilidad

Atento al carбcter natural de la indivisibilidad, esta puede derogarse o modificarse, en el caso concreto, por acuerdo de las partes, o por decisiyn del juzgador en oportunidad de pretender hacerse efectiva la garantнa ofrecida.

En el primer caso, las partes contratantes pueden estipular sobre la divisiyn del objeto.

Asн, tratбndose de inmuebles, ello puede hacerse en lotes o por el rйgimen de la propiedad horizontal, afectando a cada parcela o unidad resultantes de la escisiyn con una parte proporcional del gravamen inicial (en funciyn de sus superficies, valores, porcentuales, etc.).

Igualmente, cuando se comprometen varios objetos a una misma deuda, se puede convenir que ўstos respondan por una parte proporcional de la deuda y no por su totalidad, lo que puede implicar la liberaciyn de algunos de ellos, aunque quede un saldo deudor impago.

Otra estipulaciyn eficaz a estos fines, es que en el caso de existir varios objetos

afectados a la garantнa se establezca un orden para su ejecuciyn, dejando para el ъltimo lugar, por ejemplo, al bien donde estб radicada la sede del hogar conyugal del deudor o constituyente de la garantнa, o bien aquel que concentra mбs de una garantнa real.

Claro que para todo esto, en circunstancias normales, es indispensable la conformidad expresa del acreedor, quien no estб obligado a aceptar pagos parciales y otorgar las correspondientes cancelaciones sobre los lotes resultantes de la divisiyn, o bien a seguir un cierto orden en la ejecuciyn de la garantнa acordada.

La derogaciyn de la indivisibilidad de la garantнa puede derivarse, tambiйn, de la decisiyn judicial, instada por expreso pedido de parte con interйs legнtimo (el propietario deudor, el propietario no deudor, el propio titular del gravamen —la venta en bloque de todos los bienes afectados no genera los mejores precios—, los titulares de otros gravбmenes de fecha posterior que tienen interйs en que quede un remanente luego de la venta forzada para satisfacer con йste sus acreencias).

La resoluciyn del magistrado siempre debe ponderar los intereses de las partes involucradas y no debe significar en los hechos, un perjuicio para el acreedor.

En este tema gravita de modo decisivo, indudablemente, la figura del abuso de derecho (ver comentario al art. 10).

III. Jurisprudencia

1. El principio de indivisibilidad de la hipoteca significa que el gravamen debe extenderse a todo el inmueble afectado y a cada una de sus partes, por lo que mientras subsista un saldo impago, la hipoteca permanece нntegra sobre la totalidad del inmueble. El sentido de tal principio se halla en la protecciyn del crйdito para que la hipoteca cumpla, en toda su extensiyn, su funciyn de garantнa" (CNCom., sala C, 23/9/1988, LA LEY, 1990-A, 381).

2. Si bien la ley establece que la hipoteca es indivisible, no lo es la obligaciyn principal a la cual accede, por cuyo motivo esta ъltima puede dividirse a fin de ser ejecutada parcialmente por alguno de los acreedores. En otras palabras, la indivisibilidad de la hipoteca no afecta ni modifica la divisibilidad del crйdito al cual garantiza y cada acreedor solo puede reclamar su parte de aquйl. En las obligaciones simplemente mancomunadas el crйdito o la deuda se divide en tantas partes iguales como acreedores o deudores haya, si el tнtulo constitutivo de la obligaciyn no ha establecido partes desiguales entre los interesados, es decir, que cuando no rige alguna norma excepcional, el fraccionamiento de la obligaciyn se realiza por partes iguales. De tal modo, si en el *sub lite* en la escritura hipotecaria no se ha establecido la contribuciyn del capital que aporty personalmente cada acreedor al celebrarse el mutuo, resulta evidente que el ejecutante no puede reclamar el cobro total del crйdito debido sino solamente la mitad de la deuda insatisfecha, sin perjuicio, claro estб de los derechos del restante acreedor que no ha sido parte en la presente ejecuciyn (C2Є Civ. y Com. La Plata, sala 1Є, 9/11/2006, Lexis Nє 14/113810).

3. No obstante que un departamento afectado al rйgimen de propiedad horizontal pudiera dividirse material y jurнdicamente entre sus dos condyminos se debe admitir la oposiciyn del acreedor hipotecario. De lo contrario se desnaturalizarнan los tйrminos del mutuo hipotecario celebrado en tanto por el principio de indivisibilidad del gravamen la hipoteca debe permanecer нntegra mientras el total de la deuda no se cancele en tanto las partes supeditaron la transferencia del inmueble —por cualquier tнtulo— a la expresa autorizaciyn de la acreedora hasta tanto no se abone su crйdito (CNCiv., sala M, 12/3/2010, Lexis Nє 10/10276).

Art. 2192.— Extensiyn en cuanto al objeto. En la garantнa quedan comprendidos todos los accesorios fнsicamente unidos a la cosa, las mejoras y las rentas debidas.

Sin embargo, no estбn comprendidos en la garantнa:

a) los bienes fнsicamente unidos a la cosa que estбn gravados con prenda constituida antes que la hipoteca o son de propiedad de terceros, aunque su utilizaciyn por el deudor estй autorizada por un vнnculo contractual;

b) los bienes que posteriormente se unen fнsicamente a la cosa, si al tiempo de esa uniyn estбn gravados con prenda o son de propiedad de terceros, aun en las condiciones antes indicadas.

I. Relaciyn con el Cydigo Civil. Fuentes del nuevo texto

Se consagra una soluciyn general que indica la extensiyn que tiene la garantнa constituida sobre el objeto al que afecta, superando asн, la visiyn parcial que del tema brinda el art. 3110 del Cyd. Civil, para el derecho real de hipoteca, con carбcter excesivamente casuista.

La fuente es el art. 2096 del Proyecto de Cydigo Civil de 1998.

II. Comentario

La extensiyn de la garantнa en cuanto a su objeto

La garantнa real afecta tanto al objeto descripto en el acto de su constituciyn (inmueble, mueble registrable, mueble, crйdito, derecho), como tambiйn a sus accesorios, en tanto y en cuanto estйn unidos fнsicamente y de modo perdurable al principal, a las mejoras y a las rentas debidas a su propietario.

a) Respecto de los accesorios, se alude en rigor a los inmuebles por accesiyn fнsica.

Es decir, las cosas muebles inmovilizadas por su adhesiyn al suelo, en la medida que dicho vнnculo tenga carбcter de perpetuo o que estй destinado a perdurar en el tiempo (asн, las cacerнas de agua o electricidad, los artefactos de baco; las mбquinas bombeadoras de agua y demбs instalaciones de un fundo).

En cambio, no se involucran en la garantнa las cosas muebles puestas como accesorias de un inmueble, sin estar adheridas al mismo, en atenciyn a la actividad que en йste desarrolle su propietario (biblioteca, computadoras y mobiliario de un estudio jurнdico; estanterнas, anaqueles de un local comercial, etc.), o a la explotaciyn a que se lo someta circunstancialmente.

Nada obsta, empero, a que expresamente se indique en el contrato que da a luz a la garantнa real, que йsta se extienda a dichos accesorios que se encuentran en ese

momento en el inmueble, o que el acreedor imponga como condiciyn que queden incluidos (v.gr. ornamentos de valor arquitectynico importante, equipos de alarmas y seguridad, etc.).

Tratбndose de accesorios al inmueble, su separaciyn provoca que recuperen la condiciyn de cosas muebles, que el propietario podrб transmitir a terceros, no pudiendo en estas circunstancias pretender prioridad alguna el acreedor, atento a que tales objetos han dejado de integrar su garantнa.

Precisamente por ello es que el propio ordenamiento jurнdico le brinda al interesado, en estas lides, sendos remedios destinados a impedir que dichos objetos se retiren, y para el caso en que la disminuciyn material ya se hubiera concretado, las correspondientes medidas precautorias que individualicen tales bienes, cuando continъan en poder del deudor.

El precepto en anбlisis, sin embargo, respetando el principio de prioridad excluye de la garantнa hipotecaria aquellas cosas muebles que estando adheridas al inmueble principal, se encuentren afectadas a una prenda anterior, o bien que sean de propiedad de terceros, que hayan autorizado al propietario del objeto principal a servirse de ellas, pero en modo alguno a gravarlas con la hipoteca en cuestiyn (que como tal es un acto de disposiciyn jurнdica y excede con creces la facultad de usarlas conforme a su destino).

El mismo criterio se aplica a los objetos que se incorporen al principal, con posterioridad a la constituciyn del gravamen.

b) En cuanto a las mejoras, quedan incluidos por igual, los acrecentamientos de нndole natural (aluviyn o avulsiyn) y artificial (edificaciyn, siembra, plantaciyn, construcciones en terrenos baldнos, refacciones de las preexistentes, etc.).

c) La garantнa se extiende tambiйn a los frutos civiles y rentas que se deriven de la cosa gravada, en la medida que los mismos no hayan sido percibidos por el titular de aquйl.

Por regla, el dueco del bien conserva todas las potestades inherentes a dicha calidad, excepciyn hecha de aquellos actos de disposiciyn material y jurнdica que puedan comprometer el valor de la garantнa ofrecida.

Por tanto, entre dichas facultades se encuentra, precisamente, la de dar el bien en locaciyn (salvo que haya expresa prohibiciyn en el contrato que da origen a la garantнa, que ello redunde en perjuicio del acreedor o que el gravamen implique su entrega al acreedor, como sucede en la anticresis), generбndose en este caso, la hipytesis que plantea el perнodo de la norma en anбlisis.

Si el propietario puede dar en locaciyn o arriendo el objeto gravado, va de suyo que tambiйn percibirб el precio estipulado en dicho contrato.

De aquн la exigencia del precepto, en el sentido que se trate de rentas "debidas" (al propietario), pues una vez cobradas, se incorporan a su patrimonio y no podrбn ser individualizados por el acreedor para integrarlas a la garantнa.

No pueden considerarse inmuebles por accesiyn aquellos bienes muebles que son utilizados para la explotaciyn de una industria manufacturera que se desarrolla en el edificio construido sobre el suelo, cuando no se explota ni el suelo ni el edificio, sino que, desde un punto de vista econymico, estos elementos resultan accesorios. En esas condiciones, aquellos objetos muebles constituyen lo principal y no son empleados para el servicio del edificio, sino para la industria de la persona. De ello se sigue que esta clase de bienes no estбn comprendidos dentro de la garantнa hipotecaria que afecta al inmueble en cuestiyn (CNCiv., sala H, 29/2/1996, JA, 1997-II-315).

Art. 2193.— Extensiyn en cuanto al crйdito. La garantнa cubre el capital adeudado y los intereses posteriores a su constituciyn, como asн tambiйn los dacos y costas posteriores que provoca el incumplimiento. Los intereses, dacos y costas anteriores a la constituciyn de la garantнa quedan comprendidos en su cobertura sylo en caso de haberse previsto y determinado expresamente en la convenciyn.

CALEX98I. RELACIYN CON EL CYDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Se consigna en una sola norma la extensiyn de la garantнa real en cuanto al crйdito, superando el esquema parcial que presenta el Cydigo Civil para el derecho real de hipoteca en sus arts. 3111 y 3152, que no son del todo congruentes a la hora de su aplicaciyn efectiva, especialmente cuando se compara estas soluciones con la extensiyn del privilegio del acreedor hipotecario (conf. arts. 3936 y 3937 del texto legal citado).

La fuente es el art. 2096 del Proyecto de Cydigo Civil de 1998.

II. COMENTARIO

1. La extensiyn de la garantнa real en cuanto al crйdito

chEl derecho real estб encaminado a asegurar el cumplimiento en tiempo y forma del crйdito al que accede.

En rigor, el mismo consta del principal o capital (el monto de la deuda inicial) y sus accesorios (intereses, costas, gastos, dacos y perjuicios derivados del incumplimiento de la obligaciyn, etc.).

Respecto de la cobertura del capital por parte de la garantнa, no caben dudas.

A este aspecto se refiere, precisamente, el recaudo de la especialidad en cuanto al crйdito que se considery en el art. 2188 (ver su comentario).

La cuestiyn, en cambio, se plantea en torno a los accesorios antes mentados, ya que la garantнa no los cubre indefectiblemente en todos los casos.

En este sentido, el precepto en anбlisis establece que bajo el paraguas protector de la garantнa se incluyen, amйn del capital de la deuda asegurada, los intereses (compensatorios, moratorios, punitorios) posteriores a su constituciyn y los dacos y

costas que se deriven del incumplimiento de la obligaciyn principal.

En cambio, la cobertura no se extiende a los intereses, dacos y costas anteriores a la constituciyn del gravamen, salvo que se lo haya previsto de modo expreso en el momento de celebrarse la convenciyn que dio a la garantна real.

Y en todos los casos, en tanto y cuanto no exceden el monto mбximo por el cual se responderб con el objeto afectado, de acuerdo a lo previsto por el art. 2189.

De esto se infiere la posibilidad de las partes contratantes de ampliar o disminuir la extensiyn de la garantна, en cada caso concreto, excluyendo algunos de los accesorios a los que se refiere el precepto de marras, o bien a todos ellos, toda vez que los parбmetros establecidos por йste tienen por objetivo fijar el importe mбximo por el cual se responderб con el objeto del gravamen.

2. La extensiyn del privilegio del titular de la garantна real

La extensiyn de la garantна en cuanto al crйdito no es igual a la del privilegio con que cuenta su titular.

En efecto, si las prerrogativas del acreedor se hacen valer en una ejecuciyn singular, su privilegio especial se circunscribe al capital de la deuda, a los intereses correspondientes a los dos acos anteriores a su ejecuciyn, a los que corran durante el juicio y a las costas, segъn disponen los arts. 2852 y 2853 (ver sus comentarios).

Si se plantean en un proceso universal, rigen las disposiciones de la ley 24.522, a las que remite el art. 2579.

Art. 2194.— Subrogaciyn real. La garantна se traslada de pleno derecho sobre los bienes que sustituyen a los gravados, sea por indemnizaciyn, precio o cualquier otro concepto que permite la subrogaciyn real.

En caso de extinciyn parcial del objeto, la garantна subsiste, ademбs, sobre la parte material restante.

I. Relaciyn con el Cydigo Civil. Fuentes del nuevo texto

Se conjugan en un sylo precepto directivas que aparecen consagradas de modo parcial en el Cydigo Civil para el derecho real de hipoteca (v.gr. arts. 3110 y 3195) y que indican la posibilidad de reemplazar el objeto de la garantна real inicialmente establecida por una suma de dinero, o que aquйlla se reduzca a lo que perdure de la cosa, luego de su destruccyn parcial.

Esta soluciyn, en rigor, rige para todas las garantнas reales, con independencia de la naturaleza de su objeto.

La fuente es el art. 2097 del Proyecto de Cydigo Civil de 1998.

II. Comentario

1. El principio de subrogaciyn real

Frente a la posibilidad de destruccyn total o parcial de la cosa objeto del gravamen, su expropiaciyn o colocaciyn fuera del comercio, o a cualquier otra eventualidad que pueda verificarse con posterioridad a la celebraciyn del contrato que da origen al gravamen real, se consagra la posibilidad de suplantar el objeto inicial por el que en lo reemplace para no tornar ilusorios los derechos del acreedor y titular de la garantна.

Esta regla obviamente rige en el caso en que se haga efectiva la garant

'eda y se proceda a su ejecuciyn, puesto que el objeto inicialmente gravado se transfiere en propiedad al adquirente en subasta o venta privada (segъn sea el caso) ingresando en su reemplazo el precio obtenido, sobre el cual se cobrarб el acreedor, restando el remanente en poder del propietario inicial (conf. art. 2201).

Merecen una consideraciyn especial los casos de indemnizaciones y de destruccyn del objeto del gravamen.

2. Las indemnizaciones

Se suele afirmar que por aplicaciyn del principio de subrogaciyn real, la indemnizaciyn reemplaza al objeto de la garantна.

En verdad, no es que la suma de la indemnizaciyn pase a ser el nuevo objeto de la hipoteca, anticresis o prenda que por regla, seguirб siendo el inmueble que en la mayorна de los siniestros (incendios, explosiones, derrumbes, etc.) perdura como tal (lo que puede no suceder cuando se trata de garantнas mobiliarias).

Antes bien, el importe debido por el asegurador, es un remedio o complemento para mantener el valor inicialmente pactado de la garantна.

Tratбndose de sumas de dinero, corresponde distinguir si el seguro fue tomado por el propietario del objeto gravado o bien por el titular de la garantна (circunstancia comъn, cuando se trata de garantнas concedidas a favor de entidades financieras).

En este ъltimo caso, serб el propio acreedor, como contratante del seguro, quien percibirб de manera directa el importe de la indemnizaciyn acordada, debiendo entregar el excedente al propietario.

Para el primer supuesto, y a efectos de tutelar los derechos del acreedor, el art. 84 de la ley 17.418, dispone que para ejercer los privilegios reconocidos al acreedor hipotecario o prendario (debe sumarse al anticresista), йste notificarб al asegurador la existencia de la garantна real y el asegurador, salvo que se trate de reparaciones, no pagarб la indemnizaciyn sin previa noticia al acreedor para que formule oposiciyn dentro de siete dнas. Formulada la oposiciyn y en defecto de acuerdo de partes, el asegurador consignarб judicialmente la suma debida. El juez resolverб el asunto por el procedimiento sumarнsimo.

En el caso de expropiaciyn del objeto gravado se extingue el objeto de la garantна, que pasa al dominio del Estado.

De aquн que la garantна se traslade de la cosa al importe de la indemnizaciyn fijada, de acuerdo a lo dispuesto por el art. 28 de la ley 21.499 que reza asн: "ninguna acciyn de terceros podrб impedir la expropiaciyn ni sus efectos. Los derechos del reclamante se considerarбn transferidos de la cosa a su precio o a la indemnizaciyn, quedando aquйlla libre de todo gravamen".

3. La destrucciyn del objeto de la garantнa

En el caso de destrucciyn de inmuebles edificados, el gravamen subsiste solamente sobre el terreno, por lo que, en rigor de verdad, no se verifica la conclusiyn total de la garantнa de marras, sino mбs bien, la pйrdida de su valor, para el caso de proceder a su eventual ejecuciyn.

Excepcionalmente podrнan concluir tambiйn los derechos de hipoteca o anticresis, si el fundo fuera totalmente invadido por las aguas del mar o de los rнos, pasando aquйl a formar parte de estos ъltimos, incorporбndose al dominio pъblico estadual, desapareciendo asн el bien objeto de la garantнa.

Para sortear estos eventuales inconvenientes, es usual que en los contratos en que se establecen las garantнas reales, se estipule la contrataciyn de seguros, por cuenta del constituyente del gravamen, que cubran al acreedor frente a las distintas causales que puedan generar tales consecuencias (incendios, terremotos, explosiones, tumultos populares, etc.) de modo que este ъltimo pueda cobrarse, en ъltima instancia, con el importe resultante de la indemnizaciyn.

III. Jurisprudencia

0El acreedor hipotecario, en caso de incendio del bien hipotecado, cuenta con el derecho preferente al cobro de la indemnizaciyn en la medida de la cesiyn que de tales derechos le efectuara su deudor, pero no habiendo sido parte en la relaciyn sustancial —el seguro— no puede reclamar el cumplimiento del contrato de seguro de la aseguradora, sino limitarse a invocar el derecho mencionado, en la acciyn seguida por el asegurado (CNCom., sala E, 22/12/1998, Lexis Nє 1155229).

Art. 2195.— Facultades del constituyente. El constituyente de la garantнa conserva todas las facultades inherentes a su derecho, pero no puede realizar ningъn acto que disminuya el valor de la garantнa. Si esto ocurre, el acreedor puede requerir la privaciyn del plazo de la obligaciyn, o bien puede estimar el valor de la disminuciyn y exigir su depysito o que se otorgue otra garantнa suficiente.

I. Relaciyn con el Cydigo Civil. Fuentes del nuevo texto

El precepto consagra de manera precisa la prohibiciyn al propietario del objeto gravado de ejecutar todos los actos de disposiciyn material o jurнdica que puedan afectar el valor de la garantнa en detrimento de su titular.

Asimismo, se consagran los remedios para reconstituir el valor de la garantнa, cuando los actos lesivos se hubieran ejecutado pese a la limitaciyn apuntada.

Con lo cual, se generalizan para todas las garantнas reales, las directivas que los arts. 3157, 3158, 3159, 3160 y 3161 del Cyd. Civil consagran para el propietario del inmueble sobre el cual se ha constituido el derecho real de hipoteca.

La fuente la constituyen los arts. 2099 y 2100 del Proyecto de Cydigo Civil de 1998.

II. Comentario

Las consecuencias de la constituciyn de garantнa real para el propietario del objeto afectado

La constituciyn de una garantнa real imperfecciona el derecho que su propietario tiene sobre la cosa que constituye su objeto (conf. arts. 1946 y 1964).

Por ende, йste cuenta con todas y cada una de las potestades inherentes a su condiciyn de dueco y secor de la cosa afectada (derechos de poseer, usar, gozar —salvo que se trate de los derechos de anticresis o prenda con desplazamiento—, disponer material o jurнdicamente de ella, abandonarla, subdividirla, darla en locaciyn o comodato, constituir sobre йsta derechos reales de uso y goce o de garantнa, etc.), en la medida, que su ejercicio efectivo, en el caso concreto, no tenga como consecuencia, disminuir el valor de la garantнa ofrecida al acreedor, o de cualquier manera afectar el derecho real que este ъltimo tiene sobre ese objeto.

De aquн que hay un cъmulo de facultades que durante la vigencia del gravamen, el propietario de la cosa no podrб ejercer, sea porque objetivamente comprometen la garantнa de marras, o porque se ha obligado a no esgrimirlas en el acto que le da origen.

En el caso de hacerlas efectivas, la consecuencia no serб, ciertamente, la nulidad de todo lo actuado.

Antes bien, los actos de disposiciyn serбn vбlidos entre las partes involucradas, pero resultarбn inoponibles al acreedor, quien podrб disponer del bien, como si el mismo estuviera libre de las restricciones o limitaciones que le hubiera impuesto el propietario.

hSin pretender agotar las hipytesis que ingresan en la norma antes anбlisis (y en sus consecuencias), a continuaciyn se citan algunos ejemplos, aunque siempre destacando su carбcter relativo: demoler o modificar las construcciones asentadas en el inmueble (salvo cuando se tenga por fin efectuar reparaciones o reformas, o bien levantar edificaciones modernas y de mayor valor, supuestos en los cuales, comъnmente se exigirб, en el contrato hipotecario o de anticresis, la venia, conformidad o autorizaciyn del acreedor); talar bosques antes de la йpoca prevista; destruir sembrados y plantaciones existentes en los predios rurales o afectarlos a explotaciones inadecuadas; separar cosas muebles puestas como accesorias del inmueble principal (salvo que se pretenda renovarlas o repararlas) y transmitirlas a terceros de buena fe; no instar las acciones pertinentes, personales, reales o posesorias, para defender la propiedad o posesiyn del bien, del ataque o injerencia de terceros; no abonar las tasas, impuestos y contribuciones que lo gravan; darlo en locaciyn, por plazos excesivos y a valores irrisorios, entre otros supuestos.

Y ante el intento de esgrimirlas por parte del propietario del bien, el titular de la garantнa podrб impedirlo, o en su caso, requerir que se lo compense por el perjuicio que tal accionar le haya provocado a sus intereses.

Ahora bien, їcymo se evidencian, en la realidad, los remedios que tiene el acreedor para preservar el valor de su garantнa, frente a estos actos lesivos emanados del propietario de la cosa o de terceros ajenos al mismo?

Debe distinguirse respecto de los actos no ejecutados sobre el objeto del gravamen, de los ya consumados y que han provocado sus efectos dacosos.

En el primer caso, el acreedor tiene derecho a asegurar su crйdito pidiendo las medidas cautelares contra los actos de marras.

En la segunda hipytesis, se ponen a disposiciyn del acreedor distintas alternativas, en atenciyn a la magnitud del perjuicio sufrido en el caso concreto, a saber:

a) Pedir la estimaciyn de los deterioros causados sobre el objeto por su titular o terceros con su anuencia, y el depysito de lo que йstos importen.

b) Pedir un suplemento de la garantнa para cubrir el valor perdido, por las acciones u omisiones del propietario del bien o de terceros.

c) Demandar que el deudor sea privado del beneficio del plazo inicialmente acordado para cumplir con la obligaciyn principal (si el mismo existe en el contrato de base), la que se considerarб como vencida, procediendo a la ejecuciyn de la garantнa ante el no pago de la deuda.

Cabe destacar, respecto de esta ъltima soluciyn, que no resultarб procedente si el deudor ofrece al acreedor el depysito del importe que compense el valor perdido de la garantнa, o bien un suplemento al gravamen inicial.

III. JURISPRUDENCIA

1. Los actos de disposiciyn jurнdica prohibidos por el Cydigo Civil, son todos aquellos por medio de los cuales se reconocen derechos a terceros sobre el inmueble, disminuyendo el valor econymico de йste; no obstante, dichos actos son plenamente vбlidos entre el propietario y el tercero con el cual contrata pero son inoponibles al acreedor hipotecario quien al ejecutar el inmueble puede hacerlo libre de todo gravamen y ocupantes (ST Entre Rнos, sala del trabajo, 24/6/1975, JA, 1976-I-452).

2. El propietario de un inmueble gravado con derecho real de hipoteca sea deudor de la obligaciyn garantizada o constituyente ajeno a ese vнnculo, conserva el ejercicio de las facultades inherentes a su dominio, con la ъnica limitaciyn de los actos que directamente tengan por consecuencia disminuir el valor de la cosa y, por ese conducto, afectar la garantнa (SCBA, 11/6/2008, Lexis Nє 1/70047931).

Art. 2196.— Inoponibilidad. En caso de ejecuciyn, son inoponibles al acreedor los actos jurнdicos celebrados en perjuicio de la garantнa.

021317 I. RELACIYN CON EL CYDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

No existe una norma que en el Cydigo Civil indique de modo expreso la naturaleza de los actos ejecutados por el propietario del inmueble gravado con hipoteca que lesionen la garantнa del acreedor, aunque sн se consagran las consecuencias jurнdicas de aquellos especialmente en el art. 3183 donde se dispone que el ejecutante puede exigir que se subaste el inmueble libre de las servidumbres (entendidas como cargas y gravбmenes que le hubiera impuesto el tercero poseedor es decir, el propietario no deudor del bien afectado a la garantнa).

De esta directiva se deduce, por ende, la inoponibilidad al acreedor de todos los actos ejecutados por el propietario del objeto gravado que comprometan o disminuyan el valor econymico de la garantнa.

La fuente es el art. 2101 del Proyecto de Cydigo Civil de 1998.

hII. COMENTARIO

1. La eficacia de los actos prohibidos al propietario del objeto gravado

Se prescribe la inoponibilidad al titular de la garantía de los actos efectuados por el propietario del objeto gravado que disminuyan el valor de aquélla, en el caso que proceda a ejecutarla.

Esto significa que el acreedor puede actuar como si los aludidos actos de disposición no se hubieran celebrado, exigiendo que los bienes se vendan libres de los gravámenes o restricciones que le hubiera impuesto el propietario, o totalmente desocupados (haciendo caso omiso a los contratos de locación que hubiera concertado aquél con los terceros, si así estaba dispuesto en el convenio que dio origen a la garantía), que se restituyan los accesorios que se hubieran separado de la cosa principal, etc.

Ver, en este sentido el comentario al precepto anterior y al art. 396.

III. JURISPRUDENCIA

El Código Civil establece que el deudor propietario del inmueble hipotecado conserva el ejercicio de todas las facultades inherentes al derecho de propiedad, pero no puede, con detrimento de los derechos del acreedor hipotecario, ejercer ningún acto de disposición material o jurídica que directamente tenga por consecuencia disminuir el valor del inmueble hipotecado. Ello así, adquiere primordial importancia determinar en cada caso el detrimento en los derechos del acreedor hipotecario que pueda producir el ejercicio, por parte del deudor, de las facultades que conserva; el que existirá cuando el acto del deudor disminuya el valor del inmueble en medida tal que afecte o ponga en peligro la eficacia de la garantía, por lo que cabría declarar la inoponibilidad al acreedor hipotecario aun cuando se tratase de un acto de administración, ya que el perjuicio del acreedor tiene, en la referida norma, mayor importancia que el carácter de disposición en sentido estricto que pudiera tener el acto cuestionado (CNCiv. y Com. Fed., sala 1ª, 26/10/2000, Lexis Nº 7/9991).

Art. 2197.— Realización por un tercero. Si el bien gravado es subastado por un tercero antes del cumplimiento del plazo, el titular de la garantía tiene derecho a dar por caduco el plazo, y a cobrar con la preferencia correspondiente.

Si el crédito está sujeto a condición suspensiva, puede requerírsele que ofrezca garantía suficiente de la restitución de lo percibido en la extensión del artículo 349 para el caso de frustración de la condición.

I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto

En la disposición en análisis se consagran las soluciones que contemplan de manera separada los arts. 3154 y 3156 del Cód. Civil, para los créditos garantizados con hipoteca, cuando están sujetos a plazo o condición suspensiva.

II. Comentario

1. Los créditos sujetos a plazo suspensivo

En el caso, se está ante un crédito que no resulta aún exigible, pero cuyo vencimiento operará indefectiblemente, en un momento ulterior.

Por regla, este acreedor, dada la modalidad que subordina su derecho a la verificación de un término, no será quien promueva la acción de cobro, que en su caso comprometa a la garantía como integrante del patrimonio del sujeto pasivo.

Por ende, frente al reclamo dirigido por otro interesado (sea o no acreedor privilegiado), nuestro acreedor puede exigir que se le pague de inmediato, como si el plazo ya estuviera vencido a ese momento, respetando su preferencia.

Esta solución, se corresponde con lo dispuesto por el art. 353 (ver su comentario), donde se prescribe que si las cosas hipotecadas o prendadas se ejecutan en sede judicial, administrativa o extrajudicial, ello provoca la caducidad del plazo de la obligación principal, con lo cual, se actualiza el derecho del titular de la garantía real.

2. Los créditos sujetos a condición suspensiva

En esta hipótesis, la garantía real accede a un crédito que el momento de su constitución no existe como tal, dependiendo para ello de un acontecimiento futuro e incierto.

Va de suyo que como el titular del gravamen no es aún acreedor, no puede exigir el cumplimiento de la obligación principal y en su defecto, pretender cobrarse con el producido de la venta forzada del bien.

Pero ello no quita que sí pueda hacerlo otro acreedor actual y posterior al titular del derecho real de marras (a quien este postergaría, en caso de ser titular de un crédito exigible de manera inmediata), persiguiendo así el pago de su derecho, y comprometiendo con su accionar al bien afectado, diluyendo así la garantía del último.

Luego, frente a la subasta del objeto afectado practicada por otro acreedor, ¿qué derechos tiene el titular de la garantía real?

El precepto en estudio dispone que en estas circunstancias, el titular del gravamen puede pedir al ejecutante garantías suficientes de la restitución de lo percibido, para el caso que la condición se verifique a la postre.

En cambio, y por la cualidad de su derecho, no puede pretender en modo alguno, el pago del importe garantizado con el derecho real accesorio pues a ese momento no reviste la condición de acreedor.

Art. 2198.— Cláusula nula. Es nula toda cláusula que permite al titular de un derecho real de garantía adquirir o disponer del bien gravado fuera de las modalidades y condiciones de ejecución previstas por la ley para cada derecho real de garantía.

I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto

Se consagra una regla general común para todos los derechos reales de garantía, en el sentido de prohibir a su titular apropiarse del bien que constituye su objeto o disponer del mismo de un modo distinto al previsto en la regulación legal de cada uno de ellos.

De esta manera se evitan las repeticiones que en torno al pacto comisorio que en esta materia consagran los arts. 3169 (para la hipoteca), 3222, 3223 (para la prenda) y 3251 y 3252 (para la anticresis) del Cód. Civil.

La fuente es el art. 2103 del Proyecto de Código Civil de 1998.

II. Comentario

Los pactos prohibidos en materia de derechos reales de garantía

Se postula de manera general la prohibición del pacto comisorio en las garantías reales, que supone el acuerdo por el cual se estipula que frente al incumplimiento del deudor, el acreedor puede disponer directamente de la propiedad del bien afectado a la garantía, sea para incorporarla a su patrimonio, obviando el procedimiento de la ejecución y eventual adjudicación del bien a su nombre, sea para proceder a su enajenación a un tercero, y cobrarse con los importes resultantes el crédito inicialmente insatisfecho.

Ello implica una conducta abusiva de parte del acreedor que de manera inconsulta puede hacerse con la propiedad del bien gravado sin posibilidad de reclamos de parte del sujeto obligado o del propietario no deudor.

La nulidad de semejante cláusula, que afecta la esencia misma de los derechos reales de garantía, no obsta a que el deudor pueda cumplir con lo debido, por ejemplo, ofreciendo en pago de lo adeudado la propiedad del objeto hipotecado o pignorado.

Tampoco hay inconveniente en que en la subasta, el acreedor se erija en adquirente del bien gravado, como asimismo a compensar la deuda con la adquisición de la propiedad de aquél en el juicio ejecutivo.

También puede fijarse en el contrato que da origen a la convención prendaria que ante el incumplimiento del deudor, el acreedor puede adjudicarse la cosa en propiedad, por el valor que se determine al tiempo del vencimiento de la obligación y de acuerdo a la cotización que realice a ese momento un experto en la materia (conf. art. 2229).

Otra cláusula inviable es aquella por la cual el acreedor no pueda solicitar la venta forzada del bien objeto del gravamen ante el incumplimiento de la obligación asegurada por parte del deudor.

La invalidez de estas cláusulas no obstan a la vigencia del contrato de base que

da origen a la garantía (en tanto se cumplan con los requisitos básicos de accesoriedad, convencionalidad y especialidad en cuando el objeto y al crédito), dado que en la hipótesis se está, en principio ante una nulidad de índole parcial (conf. art. 389), aunque ello debe ser así resuelto en la órbita judicial.

III. Jurisprudencia

La apropiación directa del bien hipotecado afecta aquellos principios de moral y buenas costumbres contractuales, a la par que tipifica un claro abuso de derecho. Prescindir de todo proceso judicial de ejecución, pasando el inmueble hipotecado al dominio del acreedor —al margen del eventual valor del bien—, tipifica un evidente abuso de derecho pues se priva al deudor, y, eventualmente, a otros acreedores, de los derechos sobre el posible remanente del precio, saldado el crédito del actor. También es nula la cláusula prevista en el mutuo por la cual se conviene la adjudicación directa del bien a favor del acreedor hipotecario ante el fracaso de la primera subasta (CCiv. y Com. Morón, sala 2ª, 11/3/2003, JA, 2003-III-574).

Art. 2199.— Responsabilidad del propietario no deudor. El propietario no deudor, sea un tercero que constituye la garantía o quien adquiere el bien gravado, sin obligarse en forma expresa al pago del crédito asegurado, responde únicamente con el bien objeto del gravamen y hasta el máximo del gravamen.

I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto

Se concentran en cuatro preceptos sucesivos, las soluciones que el Código Civil consagra en sus arts. 3121 y 3162 a 3186, para la ejecución de la hipoteca cuando el inmueble está en manos de un "propietario no deudor" (es decir, quien constituyó la garantía real en resguardo de una deuda ajena), de un "tercer adquirente (quién detenta el inmueble gravado y asume la deuda asegurada con la hipoteca y así ha sido aceptado por el acreedor) o de un "tercer poseedor" (que obtiene el bien gravado pero no asume la deuda que dio origen a la garantía).

En rigor, esta situación puede verificarse en otras garantías reales amén de la hipoteca, y además, la terminología que emplea el Código Civil mueve a confusiones, pues en todos los casos la ejecución se endereza contra el propietario del objeto afectado a la garantía, sea que haya asumido o no la deuda.

De aquí que las expresiones "propietario no deudor" que utiliza la norma sean elocuentes para denotar el caso en que en la ejecución se sigue contra el titular de la cosa que no asumió la deuda que asegura la garantía real motivo del juicio, superando las ambiguas expresiones "tercer adquirente" y "tercer poseedor" que utiliza el Código Civil.

II. Comentario

1. La situación especial del "propietario no deudor"

En la designación que antecede están incluidas tres hipótesis distintas, a saber:

a) Cuando una persona constituye una garantía real sobre un objeto de su propiedad para asegurar el cumplimiento de la obligación de otro, pero sin afianzarla personalmente.

En este caso, se trata de una de las partes celebrantes de la convención que da origen a la garantía, por lo que no puede revestir a su respecto, la condición de "tercero", pero su responsabilidad se circunscribe al bien gravado y hasta el máximo fijado en el acuerdo de base (conf. art. 2189).

Con lo cual, en estas lides el acreedor cuenta con un solo deudor a quien reclamar el cumplimiento de lo debido, y en su defecto, proceder a ejecutar la garantía.

b) Cuando una persona adquiere la propiedad de un objeto afectado con un derecho real de garantía, pero sin asumir la deuda que le dio origen.

En este segundo caso, se está ante una persona que reviste la condición de "tercero" respecto del contrato que da lugar al gravamen, pero que le resulta totalmente oponible, por lo que frente al incumplimiento del deudor, debe soportar la ejecución y eventual desapoderamiento del bien (y no del resto de los activos que integren su patrimonio), pero hasta el monto máximo fijado en aquél.

c) Finalmente, cuando una persona adquiere la propiedad de un objeto afectado con una garantía real y pese a haber expresado su voluntad de asumir también la obligación principal, el acreedor y titular del gravamen no lo ha aceptado en tal condición.

Las consecuencias son equivalentes a las indicadas en los casos anteriores.

En suma, en los tres supuestos, se responde por la deuda asegurada solamente con el objeto gravado, y hasta el importe máximo fijado en el acto de constitución de la garantía.

2. El caso excluido

No reviste la condición de "propietario no deudor", sino más bien, la de "propietario deudor", el subadquirente del bien gravado que asume también la deuda principal asegurada, en tanto y en cuanto sea aceptado en ese rol por el acreedor y titular de la garantía real.

Así, el adquirente (y nuevo propietario) habrá de responder por ella, no sólo con el objeto gravado, sino también con el resto de los activos que integren su patrimonio al momento de hacerse efectiva la garantía.

Empero, para que la asunción del débito sea plenamente operativa se impone la conformidad del propio acreedor, a quien por hipótesis, no se le puede imponer un deudor, ni exigir la sustitución de uno por otro.

Recién con dicha conformidad, la persona revestirá la calidad de deudor principal.

Sin embargo, la aceptación por el acreedor de este nuevo deudor, no necesariamente implica que el sujeto pasivo primitivo delegue tal cualidad y se desentienda de la cuestión.

Para que esto último suceda, es menester que el acreedor, amén de aceptar al nuevo deudor, desobligue expresamente el anterior, para que quede entonces totalmente ajeno a la relación jurídica inicial.

Si ello ocurre estaremos en presencia de un caso de delegación de deuda perfecta, que supone una novación de la obligación original, por cambio del sujeto pasivo.

Por ende, si esa liberación no se produce, habrá delegación imperfecta de deuda, que no verifica un caso de novación subjetiva en sentido estricto: el deudor primigenio sigue vinculado a la obligación principal, aunque se le agrega otra persona (el adquirente del bien), que comparte tal condición. Es decir, el acreedor cuenta ahora con dos deudores, que responden con todo su patrimonio por la deuda inicial.

Si la delegación es perfecta, en cambio, existe un solo deudor, que es el titular dominial actual del objeto gravado, cuya responsabilidad no se circunscribe a la cosa adquirida y gravada, sino que abarca a todos los activos de su patrimonio.

La exoneración de marras puede producirse en el mismo acto de la enajenación del bien gravado o con posterioridad a dicho evento.

De aquí que resulte importante la participación del acreedor en el acto de la transmisión, si se quiere clarificar en qué situación jurídica quedan a su respecto, el transmitente y el adquirente.

Más aún, puede suceder que en el propio contrato que da origen al gravamen real, el acreedor en vez de prohibir a priori la enajenación del bien, o exigir la cancelación previa del primero, sujete la misma a su aceptación, la que, a su vez, no tiene por qué significar la liberación del deudor primitivo.

III. Jurisprudencia

1. El que ha constituido una hipoteca por un tercero para garantizar una deuda ajena, no está personalmente obligado al pago de ella y responde sólo con la cosa hipotecada. Se encuentra en la situación del tercer poseedor que ha adquirido el inmueble, debiendo procederse a su respecto como si lo fuera (CNCiv., sala I, 24/9/1996, Lexis Nº 10/3509).

2. Tratándose de una hipoteca en favor de un tercero, una vez consumida la garantía no puede perseguirse al titular del inmueble por las deudas de aquél (CNCom., sala A, 29/8/2002, Lexis Nº 1/504979).

3. Cuando se produce la transferencia de un inmueble gravado con hipoteca, la situación del tercero que adquiere puede quedar comprendida en alguna de las siguientes especies: a) Tercero poseedor (o responsable con la cosa): que es aquel que no se constituye en deudor del acreedor hipotecario, no existiendo relación personal alguna entre estos, sin perjuicio que el acreedor puede ejercitar el *ius persequendi* debiendo el tercero responder solamente con la cosa en el sentido que será susceptible de ejecución y subasta del bien en el proceso, si el crédito no es satisfecho; b) Tercero adquirente (o responsable personal de su patrimonio): que es el nuevo propietario de la cosa, que se constituye en deudor porque en un acto expreso de voluntad asume la deuda como propia. La diferencia es clara entre uno y otro modo de adquirir un bien hipotecado, ya que en el primer caso mencionado el comprador no está obligado a abonar el total de la deuda garantizada y sus accesorias, y puede válidamente desentenderse, entregando el bien para la subasta, y si luego de producida la misma resultare un saldo a favor del acreedor, no responde por el mismo con su patrimonio, al no haberse constituido deudor de la obligación; mientras que en la segunda hipótesis, el tercero adquirente se convierte en una especie de codeudor solidario por el total de la obligación contraída por el deudor originario, respondiendo por la deuda al acreedor no sólo con el bien grabado adquirido, ya que si éste es insuficiente para afrontar el pago completo incluyendo accesorios, responderá además con la totalidad de su patrimonio, y en este último caso, porque ha existido una delegación de deuda (ST Santiago del Estero, 1/11/2006, Lexis Nº 19/18549).

Art. 2200.— Ejecución contra el propietario no deudor. En caso de ejecución de la garantía, sólo después de reclamado el pago al obligado, el acreedor puede, en la oportunidad y plazos que disponen las leyes procesales locales, hacer intimar al propietario no deudor para que pague la deuda hasta el límite del gravamen, o para que oponga excepciones.

El propietario no deudor puede hacer valer las defensas personales del deudor sólo si se dan los requisitos de la acción subrogatoria.

Las defensas inadmisibles en el trámite fijado para la ejecución pueden ser alegadas por el propietario no deudor en juicio de conocimiento.

I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo textoar Ver lo expuesto en el artículo precedente.

Cabe destacar que no se hace mención de la opción para el propietario no deudor de "abandonar" el objeto de la garantía, que en rigor de verdad no lo es de la propiedad, sino la posesión efectiva (art. 3169 y siguientes del Cód. Civil), facultad que sigue siendo viable si así lo decide el propietario del bien gravado y con ello se facilita el procedimiento de su ejecución.

Asimismo, no se enumeran las excepciones que en estas lides puede plantear el sujeto pasivo de la ejecución (como de manera no taxativa realiza el art. 3166), cuestión que se rige en sentido estricto por los Códigos de procedimientos que se refieren a esta cuestión (v.gr. arts. 544, 545, 597, 600 y 603 del CPCCN).

II. Comentario

1. La situación del propietario no deudor ante la ejecución de la garantía real

Dada la condición de propietario no deudor del titular del objeto gravado, para activar la vía ejecutiva, el acreedor deberá previamente requerir el pago de la obligación al deudor (que por regla no se identificará con aquél), en el plazo que dispongan las leyes de procedimientos.

Si en el término acordado, el deudor no cumple, el acreedor tiene expedito el camino para reclamar, ahora, al actual titular del objeto gravado el pago de lo adeudado.

El sujeto pasivo de la intimación, cuenta con dos opciones, a saber: pagar la deuda u oponer excepciones.

1.1. Si paga la deuda

En este caso, se subroga automáticamente en los derechos del acreedor desinteresado, no sólo respecto del objeto liberado sino igualmente respecto de otros bienes afectados al mismo crédito, sin necesidad de que dicho acreedor le ceda expresamente sus acciones.

La subrogación en la garantía sobre el objeto liberado del cual resulta propietario, implica que si el mismo es ejecutado por otros acreedores (sean o no privilegiados), aquél mantendrá sobre el precio la colocación y preferencia que hubiera correspondido al acreedor que desinteresó con el pago realizado.

Asimismo el propietario no deudor podrá reclamar del deudor principal el reintegro de las sumas que invirtió en desinteresar al acreedor. Sin embargo, contra dicho sujeto pasivo inicial, tendrá un crédito quirografario, a menos que existan otros objetos en poder de aquel que se encuentren afectados a la misma garantía, supuesto en el cual podrá actuar como privilegiado con las mismas facultades del acreedor a quien subrogó en sus derechos.

Para el caso en que existan otros bienes afectados con garantías reales a la misma deuda que se está ejecutando, puede pedir la citación de sus propietarios a la causa, a fin de obtener en ella su condenación por la parte proporcional que les corresponda en el débito inicial, sea por el porcentaje que se haya acordado en la constitución del gravamen de origen, sea por el valor que tenga cada uno de los bienes gravados (ver lo expuesto en el comentario al art. 2191).

1.2. Si opone excepciones

La segunda posibilidad que se confiere a quien detenta el objeto gravado ante la intimación del acreedor será la de oponer excepciones, en el término que se le concede para pagar.

De aquí que en estas lides, el propietario no deudor, en su condición de sujeto pasivo de la ejecución y por derecho propio, podrá plantear las excepciones de incompetencia, falta de personería, litispendencia, inhabilidad de título, cosa juzgada y nulidad de la ejecución, entre otras (conf. arts. 544, 545, 599 y concs. del CPCCN).

La improcedencia de alguna de estas defensas en el juicio ejecutivo, no obsta a su deducción posterior en un proceso ordinario de conocimiento, como sucede en circunstancias comunes.

Todas las excepciones se propondrán dentro de los cinco días de recibida la intimación del acreedor, junto con el ofrecimiento de la prueba que en el caso se juzgue pertinente.

No es procedente efectuarlas de manera previa a este evento, pues hasta tanto el acreedor no dirija sus pretensiones contra el propietario no deudor, el mismo no es parte del proceso ejecutivo.

Finalmente, puede entregar el objeto gravado para su ejecución, lo que implica el abandono de su posesión efectiva, mas no de la propiedad del bien que perdurará a su nombre hasta tanto se verifique la subasta o venta del aquél.

III. JURISPRUDENCIA

Al tercero hipotecante también se lo suele designar como fiador hipotecante, pues otorga una especie de fianza real constituida espontáneamente. La posición jurídica de este tercero diferente del deudor directo se asimila al fiador, pero a modo de una caución real, ya que el tercero sólo queda obligado con los inmuebles gravados con hipoteca. Dentro del trámite de ejecución hipotecaria, el tercero hipotecante
—dueño de la cosa gravada— no debe ser requerido directamente, sin haber previamente intimado al deudor personalmente obligado, pues no hay acción autónoma en su contra. Fracasada la diligencia recién debe ser el tercero constituyente citado a juicio. El tercero hipotecante puede excepcionar en la ejecución hipotecaria. Asimilada su situación a la del tercero poseedor se le permite alegar la no existencia o la extinción del derecho hipotecario, la nulidad de la toma de razón o la no exigibilidad de la deuda (C2ª Civ. Com. Minas Paz y Trib. Mendoza, 9/4/1997, Lexis Nº 1/52688).

Art. 2201.— Derecho al remanente. Una vez realizado el bien afectado por la garantía, el propietario no deudor tiene derecho al remanente que excede el monto del gravamen, con exclusión del precedente propietario y de los acreedores quirografarios.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Se replica la solución que consagra el art. 3184 del Cód. Civil para el caso de la ejecución seguida contra el tercero poseedor, a quien se le reconoce el derecho a percibir el remanente del producido de aquélla, una vez satisfechos los intereses del actor.

II. COMENTARIO

El derecho del propietario no deudor al remanente
del precio obtenido en la subasta

Por el principio de subrogación real, una vez subastado o vendido privadamente (o en la forma que se hubiera convenido) el objeto de la garantía y adjudicado a un tercero (el adquirente), los derechos del acreedor y del propietario no deudor del bien se desplazan al precio que se haya obtenido (conf. art. 2194).

En rigor, la entrega o abandono que el propietario no deudor realice del bien gravado para que se proceda a su ejecución no implica, *ipso facto*, la extinción de su derecho real, sino que ello se concreta recién con la adjudicación que se practique al adquirente en subasta o venta.

De aquí que hasta ese momento el sujeto pasivo de la ejecución pueda liberar el bien, desinteresando al acreedor que promueva la realización del gravamen (y subrogándose en sus derechos).

Por consiguiente, una vez realizado el bien y satisfechos los intereses del ejecutante, el remanente del precio obtenido le corresponde al propietario no deudor, con preferencia a los acreedores quirografarios del deudor inicial.

Art. 2202.— Subrogación del propietario no deudor. Ejecutada la garantía o satisfecho el pago de la deuda garantizada, el propietario no deudor tiene derecho a:

a) reclamar las indemnizaciones correspondientes;

b) subrogarse, en la medida en que procede, en los derechos del acreedor;

c) en caso de existir otros bienes afectados a derechos reales de garantía en beneficio de la misma deuda, hacer citar a sus titulares al proceso de ejecución, o promover uno distinto, a fin de obtener contra ellos la condenación por la proporción que les corresponde soportar seg_fan lo que se haya acordado o, subsidiariamente, por la que resulta del valor de cada uno de los bienes gravados.

I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto

Se compilan en un solo precepto todas las prerrogativas que el Código Civil le reconoce al propietario no deudor (sea o no el constituyente del gravamen) que haya soportado la ejecución del inmueble hipotecado o abonado al acreedor su crédito para impedir su venta forzada en sede judicial (conf. arts. 3171, 3185 y 3186 de ese cuerpo legal).

II. Comentario

La subrogación en los derechos del acreedor que ejecutó la garantía

De acuerdo a lo ya anticipado en el comentario al art. 2200, el propietario no deudor que responde con el bien gravado por una deuda ajena, si afronta el pago de lo debido, o bien soporta la realización de la garantía, tiene derecho a:

a) Reclamar que se le abonen las indemnizaciones por los daños y perjuicios que haya padecido en el caso concreto, por parte de quien le transmitió el bien gravado;

b) A subrogarse en los derechos del acreedor a quien haya desinteresado para liberar al bien de su propiedad del gravamen en cuestión;

c) A exigir la citación en el proceso ejecutivo de los demás sujetos obligados por la misma deuda, para que cada uno de ellos afronte con sus bienes la parte que les corresponda en aquélla, de acuerdo a las proporciones que se hayan fijado al momento de constituirse la garantía inicial, o en su defecto, en atención al valor de los demás bienes que se hubieran afectado a esa.

En rigor, el acreedor no está obligado a ejecutar simultáneamente todos los bienes gravados (y tampoco se lo puede exigir el sujeto accionado como defensa), sino que puede perseguir uno sólo de ellos.

Por ende, el propietario no deudor puede requerir el reembolso de la parte proporcional que correspondía afrontar a los restantes propietarios de los bienes afectados a la misma garantía, claro que deduciendo el porcentaje que debe afrontar con el bien de su titularidad.

Art. 2203.— Efectos de la subasta. Los derechos reales de garantía se extinguen por efecto de la subasta pública del bien gravado, si sus titulares fueron debidamente citados a la ejecución, sin perjuicio del derecho y preferencias que les correspondan sobre el producido para la satisfacción de sus créditos.

I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto

Se replica la solución prevista por el art. 3196 del Cód. Civil para la extinción de las hipotecas, la que se torna aplicable a todas las garantías reales por igual, en tanto se cumplan las condiciones dispuestas en la norma.

II. Comentario

La extinción de las garantías reales por la subasta del bien gravado

El precepto en cuestiónchn dispone que las garantías reales se extinguen por el efecto de la subasta del bien gravado, que así se transmite al adquirente libre de todas las restricciones, gravámenes y limitaciones que le hubiera impuesto el propietario anterior.

Para que ello suceda se imponen tres condiciones, a saber:

a) Que la subasta haya sido ordenada en un juicio ejecutivo o en cualquier otro proceso en la medida que en el mismo se haya resuelto la venta forzada del bien que constituía el asiento de la garantía real.

b) Que se hayan citado a los acreedores hipotecarios, anticresistas y prendarios a fin de que puedan hacer valer sus derechos en el juicio, y especialmente para que puedan ir contra el precio obtenido en la subasta del bien afectado.

Esta participación en el proceso les permitirá controlar su regularidad, y en su caso, impugnar aquellas resoluciones que consideren lesivas de sus intereses.

La no citación de estos acreedores (a su domicilio real, o al que figure como especial, en el contrato que dio origen al gravamen) no invalida la venta forzada del bien en subasta, pero al adquirente le serán oponibles todas las garantías que estén registradas al momento de esa transmisión.

De aquí que este último, en el caso se encuentre en una situación equivalente a la del "propietario no deudor" (adquirente del bien que no asume la deuda refrendada con la garantía), por lo que podrá optar por hacerse cargo de dichos gravámenes o bien pedir la rescisión de todo lo actuado, a fin de que en una ulterior subasta se cumpla con la citación obviada.

c) Finalmente, que se respete el orden de preferencias vigente a ese momento sobre el producido de la enajenación forzada, de modo que todos los interesados

puedan satisfacer sus acreencias de acuerdo a aquél.

Tratándose de inmuebles y muebles registrables, como las garantías del caso perdurarán en el folio o legajo del bien en el Registro de la Propiedad, el adquirente deberá rogar junto con la toma de razón de su título de dominio (conformado por el pertinente testimonio de las actuaciones cumplidas en el caso o por la protocolización de ellas bajo la forma de documento notarial), la cancelación de los asientos que las publiciten, debiendo para ello, justificar que se han cumplido todas las exigencias postuladas por el artículo en análisis.

Para el caso que se decrete la nulidad de la subasta, la solución normativa en estudio no resultará aplicable, por lo que subsistirán las garantías aludidas con toda su eficacia.

III. Jurisprudencia

Corresponde mantener el gravamen hipotecario con opción al adquirente de rescindir el acto de subasta o adquirir la cuota indivisa subastada con garantía real, por cuanto el acreedor hipotecario nunca fue notificado en ningún domicilio y la notificación ficta generada por el decreto que agrega el oficio a la ejecución hipotecaria no puede suplir esa notificación de subasta a tenor de lo dispuesto por la última frase del art. 66 Cód. Procesal Civil, especialmente frente a la grave consecuencia que implica la pérdida de la garantía o de su indivisibilidad, de lo contrario se pone en jaque el presupuesto de la seguridad dinámica
(SC Mendoza, sala 1ª, 11/11/2009, Lexis Nº 16/15852).

Art. 2204.— Cancelación del gravamen. Las garantías inscriptas en los registros respectivos se cancelan:

a) por su titular, mediante el otorgamiento de un instrumento de igual naturaleza que el exigido para su constitución, con el que el interesado puede instar la cancelación de las respectivas constancias registrales;

b) por el juez, ante el incumplimiento del acreedor, sea o no imputable; la resolución respectiva se inscribe en el registro, a sus efectos.

En todos los casos puede requerirse que la cancelación se asiente por nota marginal en el ejemplar del título constitutivo de la garantía.

4I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto

Se reúnen en un solo precepto todos los casos posibles de cancelación de la inscripción registral del gravamen (cuando afecta inmuebles o muebles registrables), sea por voluntad expresa de su titular o por resolución judicial.

De esta manera, se resumen las soluciones que para el derecho real de hipoteca consagran los arts. 3199, 3200, 3201 y 3203 del Cód. Civil, las que se hacen extensivas a las demás garantías reales que recaigan sobre cosas registrables.

En cuanto a la cancelación automática del asiento registral por conclusión del plazo de su vigencia, se lo considera en ocasión de tratar a cada garantía real en particular, atento a los distintos términos fijados en este tema, para los derechos reales de hipoteca y anticresis.

II. Comentario

1. Las diferencias entre extinción y cancelación de la garantía real

5 La extinción de la garantía es el acto o evento por el cual ésta concluye, sea por vía de consecuencia o indirecta, cuando finiquita la obligación a la que accede o secunda, sea de modo directo, cuando se compromete solamente al gravamen real mas no al crédito, que como tal puede subsistir sin ella, aunque desprovisto de su condición de privilegiado.

La cancelación, en cambio es el acto por el cual el registrador, a petición de parte interesada, por orden judicial o de autoridad administrativa competentes, o por disposición legal, deja sin efecto uno o más asientos registrales que publicitan las garantías reales, extendiendo en los folios o legajos de los objetos afectados las constancias correspondientes.

Así se deduce que la cancelación afecta al asiento registral por el cual se publicita la garantía, pero no el gravamen en sí mismo, para cuya conclusión es menester que se verifique alguna de las causales previstas por la ley.

Si bien es cierto que la cancelación será, por regla, la consecuencia de la extinción de la garantía real, nada obsta a que se quiebre tal correspondencia, de modo tal que pese a suprimirse la atestación pertinente en el folio real del objeto gravado, la garantía y la obligación principal perduren.

Es claro que en estas circunstancias, el derecho real pierde la oponibilidad *erga omnes* que le es propia y su titular queda reducido a la condición de acreedor quirografario, con las consecuencias que ello tiene al momento de perseguir el cobro del crédito.

A la inversa, puede acontecer que se extinga la garantía y ello no se refleje en la matrícula o legajo del objeto afectado, a través de la atestación pertinente, aunque el deudor, o en su caso, el constituyente del gravamen y los posteriores adquirentes del mismo, podrán esgrimir suficientes defensas ante la pretensión del acreedor de ejecutar la garantía (v.gr. excepción de pago, extinción del gravamen).

De aquí que no deba presumirse, en todos los casos, que la garantía esté vigente si figura registrada en el folio o ficha registral del bien comprometido.

2. La cancelación voluntaria

En este caso se trata de un acto unilateral, emitido por el titular de la garantía en el cual expresa su voluntad de que se deje sin efecto la constancia registral que publicita el gravamen constituido a su favor.

El mismo deberá revestir una forma equivalente a la impuesta para la constitución del derecho real.

En dicho acto, podrá o no expresarse la causal de extinción de la garantía o del

crédito asegurado, aunque lo común es que así se haga.

3. La cancelación judicial

Esta segunda modalidad se verifica cuando el titular del derecho real no quiere prestar su conformidad con la supresión del asiento registral de la garantía, aunque se haya verificado la extinción del crédito principal (por ejemplo, por el pago de lo adeudado) o bien haya finiquitado el propio gravamen, por alguna de las causales previstas por el ordenamiento jurídico.

Otro tanto acontece cuando el acreedor no está en condiciones de expresar su voluntad en sentido favorable a la conclusión de la atestación registral que publicita la garantía real, por ejemplo, por hallarse ausente del lugar donde habrá de ventilarse la cuestión, o ser incapaz.

Por regla, la orden judicial de marras, surgirá de un proceso contradictorio, dirigido contra la persona del acreedor, o quien en el caso lo represente o defienda (para el caso de ausencia), o a favor de quien se hayan transmitido sus derechos y prerrogativas (cesionario del crédito garantizbch

[redacted]

CAPÍTULO 2

HIPOTECA

Por RICARDO JAVIER SAUCEDO

Bibliografía sobre la reforma: DODDA, ZULMA A., "Proyecto de Unificación de los Códigos. Derechos reales de garantía. Hipoteca", JA, 17/10/2012; FLAH, LILY R.-AGUILAR, ROXANA I., "La hipoteca en el Proyecto de Código", LA LEY, 2/8/2013.

Bibliografía clásica: ABREVAYA, ALEJANDRA D., *Ejecución hipotecaria*, Abeledo Perrot, 2ª ed., Buenos Aires, 2004; ADROGUÉ, MANUEL I., "Hipoteca constituida por el condómino", JA, 1970-113; ARRAGA PENIDO, MARIO O., "La ejecución judicial clásica ante las reformas al Código Civil y al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación por la ley 24.441", JA, 1996-IV-573; "Hipoteca: reforma de la ley 24.441, su constitucionalidad y vigencia en todo el país", JA, 1997-III-1.004; "Ejecución hipotecaria: tradición del tenedor al comprador en las subastas", JA, 1999-I-396; CAUSSE, FEDERICO J. y PETTIS, CHRISTIAN R., *Ejecución hipotecaria extrajudicial*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2004; CORNA, PABLO M., "Sistemas especiales de ejecución hipotecaria", JA, 1997-III-1014; FORNIELES, SALVADOR, "Caracteres de la hipoteca", JA, 1945-II-3; FORNIELES, SALVADOR, "Hipoteca constituida por el condómino", JA, 1954-III-3; GOLDENBERG, ALICIA E., *Ejecución hipotecaria*, La Rocca, Buenos Aires, 1999; HIGHTON, ELENA I., "Derecho de hipoteca y cláusulas reglamentarias del derecho de hipoteca", LA LEY, 1989-A, 548; MORELLO, AUGUSTO M., "Aspectos procesales de la ley 24.441 de financiamiento y construcción de vivienda", JA, 1995-II-765; MORENO, MARÍA S., "Análisis de la ejecución especial de hipotecas introducida por la ley 24.441, en su faz práctica", RDCO, 1999-73; SPOTA, ALBERTO G., "La hipoteca constituida por el condómino y la acción ejecutiva del acreedor", JA, 1955-I-262; VÁZQUEZ, GABRIELA A., "La hipoteca inmobiliaria en el Mercosur", JA, 2007-III-1095.

* * *

Art. 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.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

La noción que se brinda del derecho real de hipoteca, mantiene en esencia las notas tipificantes de esta garantía contenidas en el art. 3108 del Código Civil, pero corrigiendo sus imprecisiones, a saber: aludir a "bienes" inmuebles (cuando se trata en sentido estricto de cosas); no contemplar la posibilidad de que la garantía la constituya una persona distinta al deudor principal y no indicar de qué manera ejercerá el acreedor su poder jurídico sobre el objeto gravado.

La fuente es el art. 2104 del Proyecto de Código Civil de 1998.

II. COMENTARIO

El derecho real de hipoteca

La hipoteca es el derecho real de garantía, accesorio a un crédito u obligación, que recae sobre uno o más inmuebles determinados, a los que se afecta por una cifra o monto también determinados, siendo una prerrogativa real de origen exclusivamente convencional, que no se ejerce por la posesión de objeto alguno, pero que en última instancia, ante la falta de pago en tiempo y forma del crédito que le da origen, habilita a su titular a hacer efectiva su potestad sobre el valor del objeto gravado, a través de su desapoderamiento y venta forzada.

El artículo en análisis pone el acento en tres aspectos de este derecho real para indicar su tipicidad genérica o en abstracto, a saber:

a) Se aplica a cosas inmuebles, excepción hecha de los casos en que pueda recaer sobre muebles registrables (hipotecas de buques mayores, aeronaves y sus motores) y derechos (ver comentario al art. 2188).

b) Es una garantía real sin desplazamiento del objeto gravado, que como tal, permanece en poder de su propietario y constituyente, sea o no éste el deudor de la obligación asegurada.

c) A diferencia del Código velezano, en la misma noción de la figura se indica de

manera expresa y precisa cómo el titular de la garantía real ejerce sus prerrogativas sobre el objeto cuya posesión no detenta *ab initio*.

Esto es, frente al incumplimiento del deudor y valiéndose del *ius persequendi*, puede seguir y recuperar la cosa de manos de quien esté al momento de esgrimir la acción a los fines de proceder a su ejecución o venta forzada por el procedimiento que se haya establecido, con la finalidad de enjugar su acreencia.

Y en estas circunstancias la potestad real se completa con el *ius praeferendi*, que se traduce en la prioridad temporal por el momento de constitución del gravamen y por el privilegio que el mismo le confiere al acreedor, una vez registrado, que lo torna oponible frente a otros pretensores respecto de dicho patrimonio inmobiliario del constituyente, que eventualmente podrán beneficiarse con el remanente del producido de la subasta, pero una vez satisfecho el acreedor hipotecario.

III. Jurisprudencia

La hipoteca es un derecho real, accesorio y de garantía que procura al acreedor de una relación obligacional, mayor seguridad en el cumplimiento de la prestación en el que se grava un inmueble, hasta tanto el deudor cumpla con lo debido (CNCiv., sala J, 7/5/1993, LA LEY, 1995-A, 40).

Art. 2206.— Legitimación. Pueden constituir hipoteca los titulares de los derechos reales de dominio, condominio, propiedad horizontal, conjuntos inmobiliarios y superficie.

I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto

El precepto indica de manera extensiva quiénes son los legitimados para constituir el gravamen hipotecario, dando mayores precisiones que el art. 3119 del Cód. Civil, que alude de manera genérica a los propietarios con facultad de disponer de sus bienes inmuebles.

Ello así, dado que en el Código velezano la expresión "propiedad" tiene múltiples significados (entre otros: derecho subjetivo, derecho real, derecho real sobre cosa propia, que se ejerce por la posesión, derecho real de dominio).

La fuente es el art. 2105 del Proyecto de Código Civil de 1998.

II. Comentario

La legitimación para constituir hipotecas

Quien pretenda constituir una garantía de esta naturaleza, debe ser titular de un derecho real sobre cosa propia que recaiga sobre uno o más inmuebles (muebles registrables, o derechos, según sea el caso), en tanto no exista ninguna disposición legal que expresamente lo impida y contar con capacidad y aptitudes suficientes para hacerlo con respecto a esos objetos.

Ello así, en atención al posible destino final del objeto afectado a la garantía: su venta forzada en subasta o en otro procedimiento que se disponga y autorice en el caso, para que el acreedor pueda cobrarse de manera preferente con su producidocho.

Así se indican que están facultados a estos fines, los titulares de los derechos reales de dominio (sea éste perfecto o imperfecto), condominio, propiedad horizontal y superficie (en este último caso, sobre la propiedad superficiaria o bien sobre el derecho a construir, plantar o forestar, respetando siempre el plazo máximo previsto para la duración de esta potestad real).

La nómina que antecede no es taxativa, pues deben incluirse también como legitimados a los titulares de derechos reales que recaen sobre los conjuntos inmobiliarios (clubes de campo, barrios cerrados, parques industriales, tiempo compartido, etc.), respecto de las unidades funcionales derivadas de la subdivisión de los predios generales y que se transmiten en propiedad a los particulares.

Ello así, con la única excepción de las parcelas de los cementerios privados, atento a su carácter de inembargables, salvo que se trate de una hipoteca constituida en garantía del pago del saldo del precio de su adquisición (conf. art. 2110).

Art. 2207.— Hipoteca de parte indivisa. Un condómino puede hipotecar la cosa por su parte indivisa. El acreedor hipotecario puede ejecutar la parte indivisa sin esperar el resultado de la partición. Mientras subsista esta hipoteca, la partición extrajudicial del condominio es inoponible al acreedor hipotecario que no presta consentimiento expreso.

I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto

Se reconoce la facultad del condómino de hipotecar su parte indivisa, tal como disponen los arts. 2676, 2677, 2678, 3123 y 3124 del Cód. Civil.

Pero se aclara que los efectos de la partición del objeto común solo alcanzarán al acreedor hipotecario en tanto y cuanto haya prestado su consentimiento expreso a ella.

No se consideran, en cambio, los conflictivos casos de hipotecas constituidas por el condómino sobre la totalidad del inmueble o sobre una parte materialmente determinada de éste (arts. 2682, 2683 y 3123 del cuerpo legal citado).

Ello así, dado que se trata de gravámenes que como tales son ineficaces, pues quien los ha pactado se ha extralimitado en sus prerrogativas y que excepcionalmente pueden verse convalidados si del resultado de la partición el objeto del gravamen de adjudica en el todo o en la parte afectada al comunero hipotecante.

La fuente es el art. 2105 del Proyecto de Código Civil de 1998.

II. Comentario

1. La hipoteca constituida por el condómino sobre su parte indivisa

Entre las facultades de disposición jurídica que tiene el condómino está por cierto, la de constituir derecho reales de garantía en seguridad de obligaciones propias o ajenas.

La suerte del gravamen está ligada al resultado de la partición, que a tales

efectos opera propiamente como una condición resolutoria. Ello así, pues tal acto extintivo de la comunidad tiene efectos declarativos y retroactivos al comienzo mismo de aquélla, de manera que quien resulte beneficiario en ella será reputado como propietario inicial del bien, como sin el mismo nunca hubiera estado en varias manos.

Con lo cual, si el inmueble es adjudicado en propiedad exclusiva a un comunero distinto al constituyente de la garantía real, la misma queda sin sustento objetivo, por la ficción legal y eficacia retroactiva antes mentadas, extinguiéndose irremediablemente.

Pero esto es así, en tanto y cuanto el acreedor hipotecario haya consentido expresamente la partición extrajudicial del objeto común, como dispone de manera expresa la norma en análisis. En caso contrario, el resultado de aquélla le resulta inoponible, y por ende, puede exigir en su caso la ejecución de la garantía.

La participación del acreedor hipotecario en la partición (sea esta judicial o extrajudicial), es insoslayable, pues hace a la defensa misma del derecho real de garantía en cabeza de su titular, quien de otro modo puede verse privado de su prerrogativa en forma inconsulta.

Distinto es el caso en que el bien raíz se enajene a un tercero extraño a la comunidad, pues aquí el gravamen subsiste al no operar los efectos especiales de la partición.

En resumidas cuentas, durante la vigencia del condominio, la hipoteca sobre parte indivisa es plenamente eficaz y el acreedor puede proceder a su ejecución, aunque siempre limitada a la porción inicialmente comprometida.

Si a consecuencia de la partición extrajudicial del inmueble, consentida de modo expreso por el acreedor hipotecario, éste se adjudica en plena propiedad al constituyente del gravamen, la hipoteca subsiste aunque acotada a la parte indivisa afectada *ab initio*.

Si el resultado de la partición conformado por el acreedor favorece a un comunero distinto al hipotecante, opera la condición resolutoria y la garantía se extingue. Ello así, pues el constituyente del gravamen nunca tuvo derecho alguno sobre el inmueble de marras con lo cual mal pudo comprometerlo en tal gravamen.

2. La hipoteca constituida por todos los condóminos

En este supuesto, la hipoteca es plenamente válida, eficaz y en su caso, ejecutable, sea que la cosa esté en poder de todos los comuneros, o bien, que por el resultado de la partición, se haya adjudicado a uno de ellos, o que se haya enajenado a un tercero ajeno a la comunidad.

El gravamen del caso, recae sobre todo el inmueble, de manera que cada uno de los comuneros está obligado, a estos fines, por la totalidad de la deuda, por el principio de la indivisibilidad de las garantías reales. En rigor, por la parte del débito que corresponde a sus congéneres, cada condómino será, en sentido estricto, un propietario no deudor, con lo cual, afecta a ella el bien común (en el que se proyecta su parte indivisa), pero no el resto de su patrimonio.

Esta solución, no significa que se establezca solidaridad alguna entre los comuneros, motivo por el cual, cada uno de ellos sólo puede ser demandado por la parte que le corresponda de la deuda. Sin embargo, por ella (la parte del pasivo que le corresponda como deudor), responde con todo el inmueble gravado, toda vez que el acreedor no está obligado a realizar ejecuciones parciales.

En otros términos, se conjugan por un lado, la indivisibilidad de la hipoteca, como carga real, y la obligación por el otro, que si no se dispone en sentido contrario, será mancomunada y no solidaria. Prueba de ello es que una vez ejecutada y agotada la garantía inmobiliaria, de restar un saldo deudor, los reclamos que el acreedor dirija contra cada uno de los condóminos serán por su cuota parte mas no por el total.

En suma, en este caso se está ante una sola hipoteca constituida por todos los comuneros y no frente a la sumatoria de hipotecas de partes indivisas.

III. Jurisprudencia

La hipoteca por el condómino de su cuota queda subordinada al resultado final de la participación, a menos que se ejecute antes la garantía y se venda la parte indivisa que afecta el crédito. La partición es sólo una forma particular de extinción del condominio, pero que en modo alguno puede afectar el desarrollo del derecho durante su vigencia, ni los derechos y obligaciones de los comuneros, pendiente la división. Por ello, el acreedor puede perfectamente dar curso a la ejecución hipotecaria, sin tener que esperar la partición, ni tampoco provocarla (CNCiv., sala C, 21/9/1995, Lexis Nº 1/16473).

Art. 2208.— Forma del contrato constitutivo. La hipoteca se constituye por escritura pública excepto expresa disposición legal en contrario. La aceptación del acreedor puede ser ulterior, siempre que se otorgue con la misma formalidad y previamente a la registración.

341. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto

ochEl precepto consagra dos aspectos relevantes del derecho hipotecario como son, por un lado la forma del contrato que le da origen que debe ser la escritura pública, salvo disposición legal expresa en contrario (lo que coincide con lo dispuesto por el art. 3128 del Cód. Civil).

Por otro lado, se considera de manera expresa la posibilidad de que el contrato hipotecario sea celebrado entre ausentes, es decir, en distintos lugares y fechas, exigiéndose en estas circunstancias que se observe la forma antes prescripta tanto en el acto de la oferta, como en el de su aceptación, y que una vez conformado como tal, acceda al Registro de la Propiedad Inmueble para su toma de razón.

Este supuesto está considerado en el art. 3130 del Cód. Civil.

La fuente de inspiración es el art. 2091 del Proyecto de Código Civil de 1998 (para la forma del contrato hipotecario).

II. Comentario

1. La forma del contrato hipotecario

Se prescribe la escritura pública para exteriorizar el contrato hipotecario como forma impuesta solemne relativa (conf. arts. 969, 1107 y 1018).

Esto es: se trata de un acto en el cual la ley ha impuesto una formalidad específica para su celebración, pero su incumplimiento no acarrea la invalidez del acto, sino su conversión material, en otro distinto, por el cual las partes involucradas se ven obligadas a observar la solemnidad inicialmente dispuesta (y omitida en el caso concreto). Es decir que del acto consumado, se desprende como consecuencia propia, la obligación de acatar la forma exigida (conf. art. 285).

Por consiguiente, incumplida la forma dispuesta (v.gr. el acuerdo celebrado por instrumento privado, designado por muchos autores como "promesa" de hipoteca, por acta judicial o por acto administrativo en un expediente determinado), la consecuencia no es la nulidad del contrato sino su mutación material en otro acto por el cual las partes quedan conminadas a elevar a escritura pública el acuerdo precedente.

Cabe destacar que la escritura pública, como forma legalmente impuesta, lo es solamente para el contrato hipotecario, pero nada obsta a que la obligación a la que el mismo accede se haya documentado de manera previa, bajo otra formalidad (verbal o por instrumento privado).

La única exigencia a cumplir, por el recaudo de la accesoriedad será la mención de la obligación de base en el acto de constitución de la hipoteca.

De aquí se concluye, entonces, que la misma escritura pública que contiene el gravamen, puede receptar a la obligación así asegurada, o que los ambos consten en documentos separados, aunque el primero siempre deberá revestir la forma notarial indicada.

1.1. Las excepciones a la forma notarial dispuesta

El artículo en análisis repara también en la posibilidad que el contrato hipotecario revista una forma distinta de la notarial.

Esto sucede cuando los gravámenes hipotecarios se constituyen ante los oficiales públicos titulares y adscriptos de las Escribanías de Gobierno de las distintas jurisdicciones (v.gr. garantías concedidas para la adquisición de viviendas sociales, operatorias con inmuebles del Estado, etc.).

Estos funcionarios integran los estamentos de la Administración Pública, y por tanto, son oficiales públicos administrativos pero no notarios. De aquí que el resultado de su actuación sea un instrumento público de esa naturaleza (administrativo), pero no de corte notarial (escritura pública).

Otro tanto sucedería se la operatoria hipotecaria se celebrara ante los cónsules argentinos destacados en el extranjero, respecto de inmuebles ubicados en la República Argentina, dado que dichos funcionarios tienen una competencia material equivalente a la de los notarios.

Respecto de las hipotecas constituidas bajo la forma de instrumento público judicial, ello solamente es procedente cuando se está ante gravámenes pactados en subasta pública, como medio de asegurar el pago del saldo del precio de la adquisición. Ello así, en la medida que por expresa disposición judicial el inmueble salga a la venta en tales condiciones. En este caso, las propias actuaciones judiciales relacionarán lo referente a la adquisición de la propiedad del inmueble, como así también la hipoteca pactada.

2. El contrato hipotecario entre ausentes

Como todo contrato, es menester para su perfeccionamiento el consentimiento de todas y cada una de las partes interesadas, lo que se puede verificar en el mismo (contrato entre presentes) o distinto momento (contrato entre ausentes).

En este último caso, la génesis de la garantía se bifurca en dos etapas, como son la oferta de la hipoteca, emanada del constituyente del gravamen (por regla el propietario del inmueble), y su posterior aceptación, por el acreedor, debiendo cada uno de estos actos unilaterales revestir la forma tasada por la ley que antes se consideró.

Cabe destacar que en estas lides, antes de recabar la aceptación del acreedor hipotecario se solicitarán los certificados registrales con reserva de prioridad que disponen los arts. 23 y siguientes de la ley 17.801, de modo de verificar que no pesen sobre el inmueble gravámenes o restricciones que puedan postergar los derechos del acreedor hipotecario ni anotaciones personales por el constituyente del gravamen que le impidan disponer jurídicamente de los bienes que integran su patrimonio.

III. Jurisprudencia

1. La forma del contrato hipotecario

1.1. En la constitución de hipoteca, la omisión de la forma priva al acto de sus efectos propios pero engendra una obligación de hacer, consistente en el otorgamiento de la forma prescripta, no jugando la nulidad que sancionan los arts. 976 y 977 Cód Civil (CCiv. y Com. Mar del Plata, sala 1ª, 9/12/1992, JA, 1993-III-134).

1.2. La constitución de hipoteca por el saldo de precio de un inmueble adquirido en subasta pública se encuadra en la excepción a la regla de la escritura pública consagrada en el art. 3128 Cód. Civil (CCiv. y Com. Rosario, sala I, 14/2/1996, JA, 1999-I-513).

1.3. La constitución por el juez de una hipoteca destinada a garantizar un acuerdo logrado en un concurso comercial no es figura en ningún modo, viciosa, porque el Cód. Civil art. 3128 concibe la constitución de hipoteca por documentos distintos de la escritura pública, lo que hace oportuno recordar la enorme riqueza que el derecho ofrece a quienes sepan buscarla, de modo que los caminos infrecuentes son de tanta legitimidad y generalmente más económicos que aquellos por los cuales transitan las personas inexpertas (CNCom., sala D, 22/12/1980, Lexis Nº 11/27963).

2. El contrato hipotecario celebrado entre ausentes

No hay dudas que la hipoteca puede ser constituida por un tercero, pero tampoco las hay para que dicho contrato se encuentre concluido es menester la aceptación del acreedor, de lo contrario le falta un requisito que impide su ejecución y si antes de

producirse dicha aceptación, el tercero se retracta, el contrato no se formaliza ya que no hay concurrencia de voluntades, elemento básico para su existencia (CCiv. y Com. Tucumán, sala 2ª, 12/11/1994, Lexis Nº 25/15480).

Art. 2209.— Determinación del objeto. El inmueble que grava la hipoteca debe estar determinado por su ubicación, medidas perimetrales, superficie, colindancias, datos de registración, nomenclatura catastral, y cuantas especificaciones sean necesarias para su debida individualización.

I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto

De manera más precisa que el inc. 3º del art. 3131 del Cód. Civil, en el precepto en análisis se indican los elementos que sirven para la determinación del inmueble objeto de la garantía real hipotecaria.

II. Comentario

La determinación del objeto de la garantía hipotecaria

Ver lo expuesto en el comentario al art. 2188 respecto de inmuebleichS *Y MUEBLES REGISTRABLES (BUQUES Y AERONAVES), TODOS ELLOS SUSCEPTIBLES DE SER AFECTADOS CON HIPOTECAS.*

Art. 2210.— Duración de la inscripción. Los efectos del registro de la hipoteca se conservan por el término de veinte años, si antes no se renueva.

I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto

Se mantiene el plazo de vigencia vicenal del asiento registral que publicita la hipoteca, tal como lo disponen los arts. 3151 y 3197 del Cód. Civil.

II. Comentario

1. La vigencia del asiento registral de la hipoteca

El asiento registral a que da origen el derecho de hipoteca rige por el término de veinte años, computados desde el momento de la toma de razón inicial de la garantía, si antes de dicho evento no se pide la reinscripción del gravamen.

Transcurrido el plazo vicenal indicado, se verifica su caducidad automática, con independencia de la suerte que corran tanto el crédito garantizado, como la misma garantía, que pueden subsistir si el deudor no ha cumplido con lo debido (el plazo de vigencia apuntado es del asiento registral, pero no del derecho real al que éste se refiere).

Pero en estas circunstancias, la hipoteca como derecho real si bien no concluye, queda desprovista de la oponibilidad *erga omnes* inherente a esta categoría de derechos subjetivos, y por vía de consecuencia, del privilegio inherente a la persona del titular del gravamen.

En estos casos, no es menester la presentación de documentación alguna al Registro para la extinción del asiento hipotecario (aunque en la práctica el ente registral no proceda de oficio, sino siempre a petición expresa de parte interesada).

Esto significa que al perder oponibilidad el gravamen, cualquier adquirente de derechos sobre el inmueble, luego de tal evento, puede proceder como si la hipoteca no existiera (rogando que se cancele el asiento pertinente).

Los únicos que quedan al margen de esta solución son las propias partes del contrato hipotecario, sus sucesores, el escribano y los testigos que intervinieron en dicho acto, a quienes la garantía obliga con independencia de su publicidad registral (conf. arts. 1893 y concs.).

2. Las hipotecas cuyos asientos registrales no caducan
por el transcurso del tiempo

Debe advertirse que no todos los gravámenes hipotecarios quedan sujetos al plazo común de caducidad vicenal, impuesto por la norma en análisis.

En efecto, las hipotecas constituidas a favor de instituciones que por sus cartas orgánicas se exceptúen del régimen común, y las conferidas a bancos oficiales, sean éstos nacionales o provinciales (v.gr. Banco Hipotecario Nacional, Banco de la Nación Argentina, Banco de la Provincia de Buenos Aires, etc.), en su publicidad registral, perdurarán hasta tanto se ruegue la toma de razón de su cancelación (voluntaria o judicial), con independencia del tiempo que haya transcurrido desde la fecha de su inscripción inicial.

3. Las hipotecas abiertas

0Podría pensarse que se plantea una desarmonía entre el plazo máximo de vigencia de las hipotecas abiertas, que es de diez años (art. 2189 *chIN FINE*) y el que prescribe el precepto en análisis.

Esto así, ya que no parece congruente que el Registro Inmobiliario anoticie un gravamen hipotecario que en la práctica ha concluido.

En rigor de verdad, ello no será siempre así, si se distingue que un caso alude a la vigencia de la hipoteca como derecho real, y el otro, al asiento por el cual se publicita en sede registral.

Por ende, si se ha verificado el incumplimiento de la obligación asegurada con la garantía de máximo en el plazo de vigencia de esta última, y el acreedor ha procedido a instar la vía ejecutiva para enjugar su crédito con el producido de la subasta del inmueble gravado, no es razonable que de modo automático el funcionario del Registro cancele el asiento del gravamen que por el mentado incumplimiento, subsiste y se está haciendo efectivo.

Si no fuera éste el caso, sí corresponderá que de manera voluntaria o en su defecto, por la vía judicial (si el acreedor se niega), se pida la caducidad del asiento registral hipotecario por haber concluido el plazo máximo de duración previsto para la garantía abierta.

III. Jurisprudencia

1. La caducidad de la inscripción de la hipoteca por el transcurso del tiempo no

puede ser opuesta por las partes y quienes hayan intervenido en el acto, para impedir la procedencia de la ejecución hipotecaria (CFed. Mendoza, sala A, 28/12/2007, Lexis Nº 1/1040763).

2. La caducidad de la inscripción de la hipoteca implica que esta garantía no sea oponible a terceros, 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 la inscripción; y respecto de ellos, la hipoteca constituida por escritura pública se considera registrada , de tal modo, puede darse perfectamente el supuesto de una hipoteca cuya inscripción se haya cancelado y que, sin embargo, no se haya extinguido, quedando entonces como hipoteca no inscripta oponible sólo contra las personas recién individualizadas. Así como a la inversa, puede haberse extinguido la hipoteca —por el pago de la obligación principal— y subsistir la inscripción por no haberse efectuado la pertinente cancelación (CNCiv. y Com. Fed., sala 1ª, 11/12/2001, Lexis Nº 7/12802).

Art. 2211.— Convenciones para la ejecución. Lo previsto en este Capítulo no obsta a la validez de las convenciones sobre ejecución de la hipoteca, reconocidas por leyes especiales.

I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto

El Código Civil no se refiere de manera expresa a la ejecución de la garantía real hipotecaria, en el entendimiento que esto es de incumbencia de las leyes de procedimientos que se sancionen en cada una de las veinticuatro jurisdicciones en que esté dividida la República Argentina.

Ello así, aunque en varias de sus disposiciones (especialmente los arts. 3162 a 3186) se refiera a distintos momentos o etapas del mentado juicio hipotecario.

Empero, es la legislación complementaria a aquél la que fija en algunos casos procedimientos especiales para realizar la garantía real de marras.

La fuente de inspiración es el art. 2113 del Proyecto de Código Civil de 1998.

II. Comentario

1. El proceso judicial para la realización de la hipoteca

Como regla o principio general se puede sostener que el procedimiento para la realización de la garantía hipotecaria, será el del juicio ejecutivo.

En efecto, todos los Códigos de procedimientos de corte local regulan el juicio hipotecario, como una ejecución especial o reforzada, dentro del libro del juicio ejecutivo.

Esto es así en la medida que el título que presente el actor reúna las exigencias propias, materiales y formales, de manera que del mismo surjan por igual, la deuda y el derecho real que la garantiza.

Es de destacar que el acreedor siempre puede optar por perseguir el cobro de lo adeudado por la vía ordinaria o común, renunciando así al trámite del juicio ejecutivo.

Si bien esta alternativa no es frecuente, y menos aún en materia de garantías reales, nada obsta a que el interesado se acoja a ella, si desea obtener un pronunciamiento judicial con efecto de cosa juzgada material y por tanto, que dirima de manera definitiva la cuestión, evitando así tener que prestar fianzas u otras cauciones o resguardos por lo que perciba en el primer expediente (el del juicio ejecutivo).

2. La posibilidad de someter la ejecución hipotecaria
a procedimientos especiales

Sin embargo, debe atenderse a las ejecuciones hipotecarias y prendarias contempladas en las cartas orgánicas de algunos bancos oficiales (Hipotecario Nacional, de la Nación Argentina), que se pueden tramitar fuera del ámbito tribunalicio.

También al régimen previsto por el Título V de la ley 24.441, donde se instaura, propiamente, un régimen mixto para tornar efectiva la garantía que supone el gravamen hipotecario para el acreedor, con mayor protagonismo de éste y su letrado, en las distintas etapas de la ejecución, estando la intervención del órgano jurisdiccional acotada a distintos momentos puntuales del proceso para garantizar que el sujeto pasivo de la acción pueda esgrimir su derecho a la libre defensa en juicio, sin cortapisa o limitación algunas.

A estos regímenes especiales se refiere la última parte del precepto en análisis.

III. Jurisprudencia

1. Sin perjuicio que el ordenamiento procesal vigente en la provincia de Buenos Aires no contempla el régimen especial de ejecución de hipotecas que prescribe la ley 24.441 y que, por lo demás, la Legislatura Provincial no ha dispuesto la reforma al Código ritual en lo pertinente, no lo es menos que, al haberse expresamente convenido que el cliente acepta someterse al régimen especial de ejecución hipotecaria de la ley 24.441 este se torna aplicable (CCiv. y Com. La Matanza, sala 2ª, 24/10/2006, Lexis Nº 14/113408).

2. Las garantías constitucionales deben entenderse con sujeción a las leyes que reglamentan su ejercicio. De ahí que, no puede decirse que el procedimiento establecido por la ley 24.441 importe una irrazonable reglamentación de la garantía de defensa en juicio ni que exceda el ámbito de los poderes normales del legislador en orden a la regulación de los procesos judiciales pues, en definitiva, siempre queda abierta a los ejecutados la vía del proceso de conocimiento posterior, para discutir con mayor amplitud las defensas de que se trate (CNCiv., sala H, 17/9/2010, Lexis Nº 10/10221).

arsid3021317 Capítulo 3

GFE11274Anticresis

Por Ricardo Javier Saucedo

Bibliografía sobre la reforma: Bono, Gustavo A. y Puerta de Chacón, Alicia, "Necesaria

revitalización de la anticresis", JA, 17/10/2012; GAGLIARDO, MARIANO, "Anticresis de acciones en el Proyecto de Reforma", LA LEY, 19/4/2013.

Bibliografía clásica: GARRIDO CORDOBERA, LIDIA, *Anticresis Un instituto vigente*, Universidad, Buenos Aires, 1986.

***

Art. 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.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Se consagra a la anticresis como un derecho real que puede recaer sobre toda cosa registrable y no exclusivamente inmuebles, como dispone el art. 3239 del Cód. Civil.

Con lo cual, se perfila una garantía real con desplazamiento o entrega de la posesión del objeto gravado a la que se dota de ventajas equivalentes a las de las otras figuras reguladas (especialmente el privilegio que se concede a su titular, para el caso de perseguir su ejecución).

La fuente es el art. 2128 del Proyecto de Código Civil de 1998.

II. COMENTARIO

El nuevo perfil del derecho real de anticresis

La anticresis es el derecho real, sobre cosa ajena, de garantía, accesorio a un crédito u obligación, que recae sobre una o más cosas registrables determinadas (muebles o inmuebles), que se afectan convencionalmente por una cifra o monto también determinados y que se entregan en posesión al acreedor, o a una persona designada por él, facultándolo para percibir los frutos que se deriven de ellos, para imputarlos a los intereses y/o al capital de la deuda así garantizada, pudiendo ante su insuficiencia o vencimiento del plazo máximo de su constitución, proceder a la venta forzada del objeto de la garantía, teniendo en este último caso un privilegio sobre su producido para enjugar el crédito con preferencia a otros acreedores del constituyente de la garantía.

He aquí las notas tipificantes de esta potestad real que se presenta con un perfil remozado para hacerla más atractiva en el tráfico jurídico.

a) Respecto de su objeto, puede tratarse de inmuebles (posibilidad admitida por el Código velezano), o de un muebles registrables (buques, aeronaves, automotores).

b) Se trata de una garantía que supone la entrega de la cosa afectada al acreedor o a una persona designada por él, que la detentará a su nombre durante todo el término de vigencia de dicha potestad.

Así, se colma un vacío que hasta el momento padecía la legislación patria, ya que respecto de los muebles registrables no existía una garantía real con desplazamiento o entrega de la cosa gravada, sino siempre con registro (hipoteca o prenda, según el caso).

c) La noción que brinda el artículo en análisis pone el acento en lo que es propio de esta figura, a saber, el *ius fruendi* transferido al acreedor (que va unido al *ius utendi*, que permite gozar del primero), para la percepción de los frutos derivados de la cosa e imputarlos a la deuda, como medio para extinguirla, aspecto que puede pactarse también en la prenda común (que recae sobre cosas muebles no registrables), pero que está totalmente ausente en la hipoteca y en la prenda con registro, por no ejercitarse estas potestades a través de la posesión de los bienes afectados.

Al mismo tiempo, aclara que la potestad en cuestión secunda el cumplimiento de una obligación, lo que sirve para distinguir a la anticresis de otros derechos reales que conceden a su titular las facultades de uso y goce sobre cosas ajenas (usufructo, uso y habitación).

d) También se considera la posibilidad que la propiedad del objeto gravado corresponda a una persona distinta del deudor, lo que permite diferenciar los supuestos de constituyente del gravamen deudor de la obligación y constituyente del gravamen no deudor (o propietario no deudor), a la hora de ejecutar la garantía real (ver comentario a los arts. 2198 a 2202).

e) A la facultad que le incumbe al titular de la garantía ante el incumplimiento del deudor, de proceder a su ejecución no se refiere de modo expreso el artículo en análisis (como sí sucede tratándose del derecho real de hipoteca), pero la misma de deriva de las disposiciones comunes a todos los derechos reales de garantía (v.gr. arts. 2196, 2197, 2198, 2200, 2201 y 2203).

f) Precisamente, esta última potestad es la que pone en juego el privilegio que tiene en estas lides el acreedor anticresista, [conf. inc. e) del art. 2582], permitiéndole cobrar su crédito con prelación a otros interesados sobre el mismo objeto gravado.

Con lo cual, se supera la endeblez que este derecho real tenía en el Código velezano, donde estaba desprovisto de todo privilegio, por lo que ante el incumplimiento del deudor, al acreedor anticresista, como quirografario, le convenía retener el inmueble hasta percibir lo debido y no exigir su venta forzada, ante el riesgo de ser desplazado sobre el producido de ésta por otro acreedor privilegiado.

g) Finalmente, se trata de un derecho real que tiene un plazo máximo de vigencia, nota que no comparte con los restantes derechos de garantía (hipoteca y prenda).

Art. 2213.— Legitimación. Pueden constituir anticresis los titulares de los derechos reales de dominio, condominio, propiedad horizontal, superficie y usufructo.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Se consagra una solución equivalente a la prevista en los arts. 3241 y 3242 del Cód. Civil, en el sentido que solo están legitimados para constituir esta garantía los propietarios con facultad de disponer de los bienes gravados (la expresión "propietario" es ambigua en el contexto del Código velezano, y debe a estos efectos tomarse como sinónima de derecho real sobre cosa propia) y los usufructuarios.

La fuente es el art. 2129 del proyecto de Código Civil de 1998 (aunque en éste no se incluye como legitimado activo al titular del derecho real de usufructo).

CGRIDII. COMENTARIO

1. Los legitimados para constituir el derecho real de anticresis

Se trata de los titulares de derechos reales sobre cosa registrable propia (dominio, condominio, propiedad horizontal, superficie).

También deben incluirse a los titulares de los conjuntos inmobiliarios, con la única exclusión de los cementerios privados.

Respecto de la constitución de esta garantía por el condómino, sobre su parte indivisa, si bien es teóricamente posible, en la práctica difícilmente se verifique el caso, toda vez que la entrega de la cosa afectada al acreedor, para que ejerza sobre ésta los derechos de uso y goce inherentes al cobro del crédito, implica que el resto de los comuneros acepte al anticresista como coposeedor en tal calidad.

2. El caso de usufructuario

Se admite que el titular del derecho real de usufructo pueda constituir esta garantía real.

He aquí algunas precisiones al respecto:

a) La legitimación para constituir el derecho real de anticresis, debe circunscribirse solamente al titular del usufructo, y no extenderse por semejanza a quienes esgriman los derechos de uso o habitación sobre el inmueble.

Ello así, en atención al carácter esencialmente alimentario que tienen estas últimas potestades reales, que las toman indisponibles, inembargables e inejecutables.

b) Respecto del objeto del derecho real de anticresis, queda claro que es la cosa registrable y no el propio derecho real de usufructo.

c) De la premisa que antecede, se extrae que en los hechos, el usufructuario cede a título personal, el ejercicio de sus facultades al acreedor anticresista. Ello así, dado que frente al nudo propietario el usufructuario seguirá siendo personalmente responsable por la conservación y mantenimiento de la cosa.

Esto no obsta a que el anticresista adquiera un verdadero derecho de garantía sobre el objeto gravado, y a su vez, responda ante el usufructuario por los deterioros o disminuciones en su valor.

d) En cuanto al término de duración del derecho real de anticresis, no podrá ser superior al del usufructo.

Por tanto, si fallece el usufructuario, el acreedor anticresista no podrá negarse a la restitución de la cosa al propietario.

Lo mismo acontece si el derecho de usufructo está sujeto a plazos o condiciones resolutorias.

Por ende, el acreedor anticresista no puede ejercer frente al nudo propietario o sus sucesores, el derecho de retención, ni escudarse en el hecho de no haberse satisfecho la totalidad de la obligación garantizada, para no entregar el objeto gravado.

La única posibilidad de que subsista en estas circunstancias el gravamen real, dependerá de la necesaria participación y consentimiento del nudo propietario, en su constitución inicial. Ello así, pues entonces el caso se asimila al del constituyente (y propietario) no deudor, que expresamente contempla el ordenamiento jurídico, para todos los derechos reales de garantía.

e) Respecto de la ejecución del objeto por parte del acreedor anticresista, entiendo que ello no será jurídicamente posible, salvo que el nudo propietario hubiera expresamente consentido el acto de constitución de la garantía.

La situación del anticresista se asimila en este aspecto, a la de los acreedores embargantes del usufructo.

De acuerdo a lo dispuesto por el art. 2144 del Cód. Civ. y Com., los acreedores del usufructuario pueden pedir el embargo y/o ejecución del usufructo y que se les pague con él, prestando fianza o garantía suficientes al nudo propietario de conservación y restitución de la cosa afectada.

hEllo así, sea que el objeto continúe en poder del titular de la desmembración de uso y goce, o que se entregue en depósito a un tercero, designado judicialmente.

En nuestro caso, el acreedor anticresista está en mejor posición que dichos embargantes, desde el momento que tiene la cosa en su poder, y puede usar y gozar de la misma, y por tanto, percibir sus frutos para aplicarlos al pago de la obligación principal.

Pero de aquí no se sigue que pueda ejecutar directamente la cosa ante la falta de pago de la totalidad de la deuda, procediendo a su venta forzada, lo que significaría su pérdida definitiva para el nudo propietario, oponiéndose ello al principio de la *salva rerum substantia* y a la obligación de restitución que pesa sobre el titular del derecho real de usufructo.

Art. 2214.— Plazo máximo. El tiempo de la anticresis no puede exceder de diez años para cosas inmuebles y de cinco años para cosas muebles registrables. Si el constituyente es el titular de un derecho real de duración menor, la anticresis, se acaba con su titularidad.

I. RELACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El derecho real de anticresis se sujeta a un plazo máximo de duración que varía según la índole del objeto sobre el cual recae (inmueble o mueble registrable).

Con ello se aparta del esquema legal que de este derecho presenta el Código Civil, donde no se pone límite temporal alguno a la vigencia de esta potestad real.

Esto se corresponde con la ausencia de un privilegio especial para su titular a quien puede no resultarle útil la ejecución de la garantía ante la confluencia de otros

pretensores con prelación en el cobro.

De aquí que en el Código velezano el acreedor anticresista pueda optar por retener el inmueble e ir cobrando su crédito con los frutos que se deriven periódicamente de aquél, al no estar urgido por el vencimiento de plazo alguno en la vigencia de su derecho.

II. Comentario

El derecho real de anticresis está sujeto a un plazo máximo de vigencia

n0Se prescribe que si la garantía real anticrética recae sobre un inmueble no puede exceder en su vigencia del término máximo de diez años computado desde la fecha de su constitución.

Si afecta una cosa mueble registrable el término se reduce a cinco años.

Cabe señalar que éstos son plazos de máxima, lo que no obsta a que se puedan pactar estar garantías por términos de menor duración.

Además, ante su vencimiento, cabe siempre la posibilidad de volver a constituirlos por otros períodos de tiempo equivalentes, incluso antes de su vencimiento inicial para evitar que el acreedor pierda su prelación con respecto a otros eventuales acreedores sobre el mismo objeto. Ello así, a menos que se opte por ejecutar la garantía con las facultades inherentes al *ius persequendi* y al *ius praeferendi,* propias de los derechos reales en general, y de los de garantía en particular.

El precepto indica que si el derecho real del constituyente tiene una duración menor (v.gr. superficiario, usufructuario), la anticresis se acabará indefectiblemente junto con la titularidad de aquél.

En cuanto a la razón de las fijación de los términos máximos, los Fundamentos del Código se expiden de modo expreso: la anticresis "tiene un breve plazo máximo de 10 años para inmuebles y 5 para muebles, lo que hace que no dure toda la vida del bien como suele suceder en éste momento, aunque es poco lo que se la constituye en la práctica. La entrega abreviada sumada al privilegio, permitirá mayor agilidad, ya que permitirá un tiempo para usar la cosa y percibir frutos y si es insuficiente se ejecuta el objeto".

En suma, se considera que en esos términos se puede amortizar la deuda a través del uso y goce de la cosa gravada.

Si ello no sucede, al perdurar un saldo deudor queda expedita la opción para ejecutar la garantía real por el remanente, siempre amparado el acreedor en su privilegio especial.

Art. 2215.— Derechos del acreedor. El acreedor adquiere el derecho de usar la cosa dada en anticresis y percibir sus frutos, los cuales se imputan primero a gastos e intereses y luego al capital, de lo que se debe dar cuenta al deudor.

I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto

El artículo en análisis pone el acento en el principal derecho del acreedor anticresista como es el de servirse de la cosa para enjugar su crédito con los frutos que se deriven de ella, aunque de las siguientes disposiciones se siguen otras prerrogativas (v.gr. servirse personalmente de la cosa o darla en arrendamiento a otro —art. 2216—; derecho a que se le reintegren los gastos necesarios para la conservación de la cosa —art. 2217—), con lo cual, no se diferencia, en lo esencial, del esquema que presenta el Código Civil, donde todas estas potestades aparecen reconocidas en distintos preceptos (arts. 3246 a 3257).

Empero, existe una diferencia sustancial con el Código velezano, dado que no se repara en el derecho de retención del anticresista sobre la cosa gravada (art. 3245 de dicho cuerpo legal), atento al privilegio especial que se le reconoce sobre el precio obtenido de la ejecución de la garantía y a su plazo máximo de vigencia.

La fuente de inspiración es el art. 2130 del Proyecto de Código Civil de 1998.

9 II. Comentario

Los derechos del acreedor anticresista

250Se indican a continuación las prerrogativas que el derecho real de anticresis le confieren a su titular, a saber:

a) La facultad de usar y gozar de la cosa afectada, sea de manera personal, o bien arrendándola a un tercero (por el plazo máximo de vigencia de la garantía real), percibiendo los frutos, para aplicarlos a cubrir los gastos e intereses de la deuda asegurada, si fueran debidos, y en su defecto (por no haberse pactado los mismos o por haberse abonado con anterioridad), imputarlos al capital de la obligación principal, hasta amortizarla en su totalidad.

b) El derecho a que se le paguen los gastos de administración y conservación de la cosa, como así también las mejoras necesarias que hubiera realizado en el inmueble durante la vigencia de la garantía.

El cobro de dichos gastos se realizará descontándolos de lo obtenido en razón de los frutos del objeto (sea por su percepción directa o por su enajenación a terceros).

Esto significa que la imputación de los frutos se hará, en primer lugar, respecto de los gastos y expensas apuntados, y el remanente se aplicará a los intereses y al capital de la obligación garantizada.

Respecto de las mejoras y los gastos útiles (los que resultan de provecho o ventaja para cualquier poseedor del bien), el acreedor no está obligado a realizarlos si no median el conocimiento y la conformidad del propietario.

Empero, de haberlos ejecutado sin el consentimiento del dueño de la cosa, igualmente el acreedor podrá exigir su reembolso, en la medida que aquéllos hayan dado un mayor valor al bien y subsistan al tiempo de su devolución al propietario, por aplicación del principio del enriquecimiento sin causa.

Las mejoras voluntarias, en cambio, no serán abonadas al acreedor, quien podrá retirarlas al momento de extinguirse el derecho, en la medida que ello sea materialmente posible y no signifique un deterioro o perjuicio para el objeto.

El acreedor debe igualmente afrontar durante la vigencia del gravamen, las con-

tribuciones y cargas que pesen sobre la cosa (v.gr. impuestos y tasas).

c) El derecho a entablar las acciones posesorias y reales que sean necesarias para mantenerse en la posesión efectiva del objeto gravado, frente a actos de turbación o despojo provocados por el propietario del bien (se identifique o no con el deudor de la obligación) o terceros por igual.

d) La facultad de hacer vender la cosa en sede judicial, extrajudicial o administrativa (según se haya pactado) frente al vencimiento de los plazos acordados al deudor y al incumplimiento de la obligación secundada con el gravamen del caso.

Y en estas circunstancias, hacer efectivo el privilegio especial que la ley le reconoce sobre el producido de la ejecución de marras.

Art. 2216.— Deberes del acreedor. El acreedor anticresista debe conservar la cosa. Puede percibir los frutos y explotarla él mismo, o darla en arrendamiento; puede habitar el inmueble o utilizar la cosa mueble imputando como fruto el alquiler que otro pagaría.

Excepto pacto en contrario, no puede modificar el destino ni realizar ningún cambio del que resulta que el deudor, después de pagada la deuda, no puede explotar la cosa de la manera que antes lo hacía.

El acreedor debe administrar conforme a lo previsto por las reglas del mandato y responde de los daños que ocasiona al deudor.

El incumplimiento de estos deberes extingue la garantía y obliga al acreedor a restituir la cosa al titular actual legitimado.

I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto

Se consagran en el precepto en análisis los principales deberes del acreedor anticresista (conservación y administración adecuada de la cosa entregada), aunque no de manera exhaustiva (el deber de pagar las contribuciones y cargas respectos del objeto del cual se sirve para saldar su acreencia está contemplado en el art. 2217).

Se mantiene, en esencia, el esquema previsto por el Código Civil en sus arts. 3258, 3259 y 3260.

La fuente de inspiración es el art. 2131 del Proyecto de Código Civil de 1998.

25 II. Comentario

Los deberes del acreedor anticresista

El hecho de estar en posesión de la cosa objeto del derecho real de anticresis, determina que su titular se encuentre obligado en dos sentidos, a saber:

a) A conservar y administrar ese objeto, afrontando todos los gastos que ello irrogue, los que serán reintegrados por su propietario, de acuerdo a lo previsto en el art. 2217.

En esta obligación están incluidos el pago de los impuestos y contribuciones que graven al bien afectado y la conservación de los derechos y ventajas constituidas a su favor (v.gr. si es un inmueble, las servidumbres, velando por que no se extingan por su no uso), respondiendo ante el propietario por su pérdida o disminución.

Como ya se dijo, el uso y goce de la cosa puede verificarse a título personal por el acreedor anticresista, o bien darla en arrendamiento a un tercero, imputando los alquileres (como frutos civiles) al pago de la deuda principal.

Sea que explote la cosa a título personal, o que lo haga otro por él, el acreedor anticresista no puede modificar su destino ni efectuar ningún cambio sustancial que determine que una vez concluido el gravamen su propietario no podría servirse de ella como lo hacía antes de la constitución de la garantía (a menos que exista un pacto expreso en la materia que habilite al acreedor a efectuar las modificaciones apuntadas).

En caso que el anticresista no cumpla con esta obligación o se exceda en el desempeño de sus facultades de uso y goce (o que signifiquen un ejercicio abusivo de su derecho), el propietario podrá exigir en sede judicial la restitución de la cosa, junto con la reparación de los daños y perjuicios que tales conductas le hubieran provocado.

Ello así, aunque por la nota de accesoriedad común a todas las garantías reales, la restitución de la cosa a su propietario en estas circunstancias no implique que también concluya la deuda garantizada.

b) Restituir el objeto al constituyente de la garantía, una vez que se haya extinguido la deuda, con sus accesorios e incrementos verificados durante la vigencia del derecho real.

El hecho de concluir el crédito que era la causa fundante del gravamen determina que el anticresista se transforme *ipso facto* en tenedor de la cosa y por ende, en representante de la posesión del propietario.

Ello así, aunque con la prevención que si concluida la obligación principal el acreedor continúa percibiendo los frutos y sirviéndose del bien, estará intervirtiendo la relación real, que no será tenencia sino posesión y que lo habilitará, una vez cumplido el plazo vicenal, a impetrar la prescripción adquisitiva de la cosa, ante la inactividad del propietario en ese término.

En este sentido, el titular de la cosa tendrá la acción personal para exigir su restitución, derivada del contrato de anticresis, a la que podrá sumar, en su caso, la acción real de reivindicación, si el acreedor resiste su entrega, invocando su condición de poseedor con ánimo de dueño.

Art. 2217.— Gastos. El titular del objeto gravado debe al acreedor los gastos necesarios para la conservación del objeto, aunque éste no subsista; pero el acreedor está obligado a pagar las contribuciones y las cargas del inmueble.

El acreedor no puede reclamar los gastos útiles sino hasta la concurrencia del mayor valor del objeto.

I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto

Se consagran en una sola norma las directivas en torno a quién tiene que afrontar los gastos necesarios y útiles durante la vigencia del derecho real de anticresis.

Se siguen directivas similares a las que consagran los arts. 3250 y 3259 del Cód. Civil.

La fuente es el art. 2132 del Proyecto de Código Civil de 1998.

II. Comentario

Los gastos que se derivan de la cosa gravada con el derecho real de anticresis

El titular del objeto gravado debe afrontar los gastos necesarios efectuados por el acreedor anticresista para la conservación de la cosa durante la vigencia del gravamen y los útiles hasta la concurrencia del mayor valor del objeto al momento de su devolución.

En cambio, son a cargo del acreedor anticresista los gastos derivados de las contribuciones y cargas que pesen sobre el objeto del gravamen.

Ver en este sentido, los comentarios a los arts. 2215 y 2216.

Art. 2218.— Duración de la inscripción. Los efectos del registro de la anticresis se conservan por el término de veinte años para inmuebles y de diez años para muebles registrables, si antes no se renueva.

I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto

En atención a la naturaleza de la cosa registrable sobre la cual recae la anticresis se consagra un plazo de vigencia del asiento registral que la publicita en veinte años, si se trata de inmuebles (se ha seguido el plazo previsto por los arts. 3151 y 3197 para la hipoteca, que en la práctica se aplica también a la anticresis).

Respecto de las cosas muebles registrables se establece un plazo común para todas ellas de diez años, que no se corresponde con el vigente para las garantías reales hasta ahora admitidas: hipotecas y prendas navales (tres y cinco años); hipotecas aeronáuticas (siete años) y prendas de automotores (cinco años).

II. Comentario

La vigencia del asiento registral que publicita el derecho real de anticresis

Para la anticresis inmobiliaria se fija un plazo vicenal equivalente al de la hipoteca, computado desde la fecha de su toma de razón en el Registro de la Propiedad Inmueble que corresponda.

Ello así, aunque la vigencia del derecho real se limite al plazo máximo de diez años.

Una vez más, deben distinguirse el derecho real del asiento registral que lo evidencia.

El sentido de la mayor duración de este último puede justificarse, como se expresó en el comentario al art. 2210 (respecto de las hipotecas abiertas), en la circunstancia que si se ha verificado el incumplimiento de la obligación asegurada con la garantía en el plazo de vigencia de esta última, y el acreedor ha procedido a instar la vía ejecutiva para enjugar su crédito con el producido de la subasta del objeto gravado, no es razonable que de modo automático el funcionario del Registro cancele el asiento de una garantía que por el mentado incumplimiento, subsiste y se está haciendo efectiva.

Si no fuera éste el caso, sí corresponderá que de manera voluntaria o en su defecto, por la vía judicial (si el acreedor se niega), se pida la caducidad del asiento registral de la anticresis por haber concluido su plazo máximo de duración.

Los mismos razonamientos deben seguirse si la anticresis inmobiliaria pactada fuera "abierta" o "de máximo" o si recayera sobre cosas muebles registrables, puesto que en este último caso, pese a que el plazo de vigencia del asiento registral se reduce a diez años, esto tampoco se corresponde con el período de duración quinquenal del derecho real a que se refiere el art. 2214.

Capítulo 4

Prenda

Por Ricardo Javier Saucedo

Bibliografía sobre la reforma: Boretto, Mauricio, "Reformas al derecho privado patrimonial en el nuevo Código Civil: las garantías patrimoniales. Reflexiones sobre la cesión en garantía", ED, 23/10/2012.

Bibliografía clásica: Alvo, Sebastián E., *Prenda con registro*, Depalma, Buenos Aires, 1966; Amadeo, José L., *La prenda con registro*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1978; Gómez Leo, Osvaldo R. y Coleman, María Del Carmen, "Prenda con registro", RDCO, 1995-B-197; Chomer, Héctor O., "Breve panorama sobre la evolución de las garantías reales en Occidente. Con especial atención a las reformas al régimen de la prenda con registro", RDCO, 2003-265; De Reina Tartière, Gabriel, "La prenda de dinero como garantía autoliquidable por excelencia", JA, 2004-IV-1366; Loiza, Fabián M. y Picado, Leandro J. "La prenda de créditos como garantía autoliquidable", JA, 2008-IV-982; Macagno, Ariel A. G., "Prenda con registro. Pautas interpretativas para calibrar su funcionamiento", APC, 2009-10-1086; Molina Sandoval, Carlos, "Prenda de títulos valores, LA LEY, 2009-B, 1208; Rodríguez, Claudia B., "Reinscripción del contrato de prenda con registro", JA, 2009-I-1344; Rosas Lichtschein, Miguel A., "Tercería y prenda con registro", JA, 1974-841.

* * *

Sección 1ª

Disposiciones generales

Art. 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.

I. Relación con el Código Civil y el Código de Comercio. Fuentes del nuevo texto

Este precepto suministra la noción del derecho real de prenda común o con desplazamiento y entrega de la cosa afectada.

De esta manera, se superan las caracterizaciones parciales y simétricas que de la convención prendaria (y no del derecho homónimo) realizan los arts. 3204 del Cód. Civil y 580 del Cód. de Comercio.

En verdad, la unificación de los dos textos legales deja sin sentido y razón de ser la duplicidad normativa que sobre esta figura se percibe en el derecho privado argentino, que se sustenta exclusivamente en la naturaleza del crédito asegurado ("civil" o "comercial"), para determinar a que regulación jurídica se somete.

La fuente es el art. 2114 del Proyecto de Código Civil de 1998.

II. Comentario

1. El derecho real de prenda

La prenda común es el derecho real sobre objetos ajenos, en función de garantía que recae sobre una o más cosas muebles no registrables o créditos, que su propietario o titular, sea o no el deudor, entrega al acreedor o a otra persona designada de común acuerdo, en seguridad del cumplimiento de una obligación.

En la definición que antecede, están presentes los caracteres comunes a todas las garantías reales (accesoriedad, convencionalidad, especialidad en cuanto al objeto y al crédito), por lo que corresponde reparar en aquellas notas que son propias de esta figura, a saber:

a) Se trata de un derecho real que recae sobre cosas muebles, es decir, que pueden desplazarse de un lugar a otro por sí mismas o por una fuerza externa (conf. art. 227) y que no sean registrables, o bien sobre derechos personales o créditos, en tanto y cuanto estén documentados bajo la forma escrita (v.gr. instrumentos públicos o privados).

b) La naturaleza del objeto determina quiénes son los legitimados para la constitución de esta garantía, a saber. si se trata de cosas muebles no registrables, los titulares de los derechos reales de dominio o condominio sobre éstas (el caso de la prenda sobre cosa ajena se considera en el comentario al art. 2224); si fuera un crédito, su titular actual o acreedor.

Sin embargo, la hipótesis de la prenda sobre parte indivisa de una cosa en condominio es jurídicamente inviable (el artículo en análisis exige la constitución del gravamen por todos los comuneros, aunque la deuda asegurada sea de uno sólo de ellos, actuando los restantes, en estas circunstancias, como copropietarios no deudores).

Este impedimento se explica en la necesidad de entregar la cosa afectada al acreedor, lo que va en detrimento de los derechos de los restantes congéneres, que se verán privados de la posesión del objeto, y de la facultad de servirse del mismo.

c) El constituyente del gravamen y legitimado a estos fines puede no ser el deudor de la obligación principal asegurada (v.gr. propietario o acreedor no deudor), por lo que con esta garantía se pueden secundar deudas ajenas.

d) La forma de la convención prendaria ha de ser un documento escrito, público o privado que goce de fecha cierta (por ejemplo, por la certificación notarial de las firmas de las partes celebrantes, por su protocolización voluntaria ante el registro del escribano que se designe, etc.), pues solo de esta manera se torna oponible a terceros (arg. art. 2222).

Así, el título suficiente contrato de prenda, es formal no solemne, dado que las exigencias apuntadas están previstas a los fines de su prueba y consiguiente oponibilidad a terceros.

e) La tradición efectiva de la cosa o instrumento portante del crédito al acreedor, o a la persona designada por éste.

En rigor, como se trata de una garantía real con desplazamiento o entrega efectiva de la cosa, hasta tanto no suceda esto, no nacerá el derecho real equivalente (modo suficiente).

Y en estas lides, el acreedor será poseedor legítimo de la cosa o documento escrito portante del crédito, y podrá obrar en consecuencia.

Para la perfección de la prenda de créditos ver comentario al art. 2233.

f) Finalmente, la posibilidad de ejecutar el objeto de la garantía, frente al incumplimiento del sujeto obligado en los casos y formas previstos.

2. La prenda de dinero

Tratándose el objeto del derecho real en análisis de cosas muebles, si las mismas son fungibles o consumibles (como sucede con el dinero), el acreedor prendario adquirirá la propiedad de ellas que se incorporan así como activos a su patrimonio, debiendo restituir su equivalente (en la misma cantidad y calidad) en el caso en que el deudor cumpla en término con la obligación principal que dio motivo a la garantía.

En estas circunstancias el acreedor prendario está en una posición equivalente a la que ostenta cuando liquida la garantía, pero desde el momento mismo en que ésta ha sido constituida.

La solución que antecede, se aplica en la práctica, a los depósitos de sumas de dinero para garantizar el cumplimiento de obligaciones derivadas de los contratos de locación de inmuebles, de locación y ejecución de obras o servicios pactados.

Art. 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.

I. Relación con el decreto-ley 15.346/1946. Fuentes del nuevo texto

La noción que del derecho real de prenda con registro contiene el precepto en consideración, reproduce los arts. 1°

loch y 2° del decreto-ley 15.346/1948, complementario del Código de Comercio, aunque expurgando lo referente al aseguramiento de obligaciones en moneda extranjera.

II. Comentario

1. El derecho real de prenda con registro

La prenda con registro es el derecho real sobre cosa o bien ajenos, en función de garantía, que recae sobre uno o más derechos o cosas muebles, registrables o no, que permanecen en poder de su propietario, pero que por la inscripción y publicidad registral del convenio que le da origen, quedan afectadas al cumplimiento de una o más obligaciones determinadas.

Así, esta variante del derecho real prendario, se diferencia de la figura anterior en dos aspectos, a saber:

a) La entrega efectiva de la cosa o bien al acreedor se suplanta por la inscripción de la garantía conferida sobre aquéllos en un registro público (v.gr. de automotores y créditos prendarios, de buques), de acuerdo a la identidad del objeto comprometido, que permanece así en poder de su propietario o titular inicial (sea o no el deudor de la obligación asegurada).

De esto no debe concluirse que la publicidad registral, sea indefectiblemente constitutiva del derecho real, puesto que en la práctica, y de acuerdo a la naturaleza del objeto dado en garantía, puede revestir tal condición (como sucede respecto de automotores), o bien tener consecuencias meramente declarativas en el *iter* constitutivo de dicha potestad (como acontece con los buques menores).

De todos modos, y al igual que sucede con la hipoteca y la anticresis, la publicidad registral juega un papel decisivo respecto del privilegio del acreedor prendario, que solamente será oponible a terceros, en la medida que se haya verificado la toma de razón del negocio de base del que surge la garantía.

b) En cuanto a su objeto, puede recaer sobra cosas muebles registrables (automotores, buques), no registrables (mercaderías, maquinarias y herramientas de trabajo, materias primas, semovientes) y bienes inmateriales (derechos, patentes, marcas, etc.).

A ello se suma también, la eventual necesidad del propietario de estos objetos, de proceder a su industrialización y/o comercialización, lo que provocará la sustitución o reemplazo de unos bienes por otros.

Con lo cual, la inicial determinación que se haya hecho de ellos en el contrato de prenda, no se corresponderá (total o parcialmente), con los bienes que en última instancia se ejecuten, si el deudor no cumple en término con las obligaciones asumidas.

En esta cuestión repara el decreto-ley 15.348/1946 (ratificado por ley 12.962), donde consagra las variantes de la prenda fija y la flotante.

2. La remisión a la legislación especial

El Código Civil y Comercial solamente regula a la prenda con desplazamiento, por lo que el artículo en análisis, en lo atinente a la prenda con registro, remite a la legislación especial, que se incorpora así como normativa complementaria al primero.

En esencia, se trata del decreto ley 15.348/1946, ratificado por ley 12.962, que brinda un esquema normativo completo sobre esta figura, en sus dos variantes (prenda fija y flotante).

También, la ley 20.094 en lo referente a la prenda naval (arts. 499 y ss.) y el decreto 6582/1958 sobre prenda de automotores (art. 19).

chIII. JURISPRUDENCIA

1. La prenda fija y la prenda flotante

1.1. La principal diferencia entre la prenda fija y la flotante es que mientras en la primera rige en todo su rigor la especificación de los derechos reales, existiendo relación directa e inmediata entre la cosa y el crédito de modo que aquélla, en principio, no puede pignorarse ni transformarse, en la prenda flotante, por el contrario las mercaderías y materias primas del establecimiento comercial, únicas idóneas para constituir asiento de esta prenda, no quedan directa y especialmente afectadas a la garantía constituida, tanto que el propietario goza de la disponibilidad para su enajenación o transformación; de tal modo, una vez dispuesta por su dueño, son las nuevas mercaderías o materias primas que reemplacen a aquéllas dentro del tráfico normal del negocio las que quedan gravadas *ipso facto* en virtud del principio de subrogación (CCiv. y Com. Córdoba, sala 2ª, 2/8/2011, Lexis N° 11/790678).

2. La toma de razón del contrato prendario y sus efectos

2.1. La convención prendaria, respecto de las partes, produce efectos a partir de su celebración, de modo que el deudor no puede alegar supuestos vicios de inscripción cuando ha reconocido la autenticidad de éste, pretendiendo oponerlos a la ejecución. La inscripción es únicamente el elemento formal —no esencial— que se refiere a la publicidad del derecho real frente a terceros, siendo, en consecuencia, válido el instrumento referido para regir los derechos del acreedor y deudor, cuando la firma de éstos no ha sido desconocida (CDoc. y Loc. Tucumán, sala 2ª, 29/9/1997, Lexis N° 25/20944).

2.2. El contrato de prenda debidamente inscripto es título ejecutivo hábil sin necesidad de previo reconocimiento de firma ni de convenciones anexas (CNCom., sala D, 17/8/1995, JA, 1996-II-542).

Art. 2221.— Posesión. Los derechos provenientes de la prenda sólo subsisten mientras el bien afectado se encuentra en poder del acreedor o del tercero designado. Se reputa que el acreedor o el tercero continúan en posesión de la prenda cuando media pér-

dida o sustracción de ella o hubiera sido entregada a otro con obligación de devolverla.

Si el acreedor pierde la posesión de la cosa, puede recuperarla de quien la tiene en su poder, sin exceptuar al propio constituyente de la prenda.

I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto

Se sintetizan en una sola disposición las directivas consagradas por los arts. 3206, 3208 y 3226 del Cód. Civil, aunque ajustando la terminología a la condición de poseedor legítimo del acreedor prendario (en el último de los preceptos citados se lo designa erróneamente como "tenedor").

II. Comentario

La tradición de la cosa pignorada y sus consecuencias

La prenda requiere para su existencia como derecho real de la entrega efectiva de la cosa gravada.

Se trata de un componente que denota su condición de derecho real que se ejerce por la posesión efectiva de las cosas (conf. art. 1891).

Empero, debe señalarse que la relación posesoria que el acreedor entabla con la cosa pignorada es distinta de la que rige en materia de derechos reales sobre cosa propia o sobre cosa ajena, de uso goce.

Ello así, puesto que el titular del derecho real en análisis, como lo es en garantía de una obligación, no puede servirse de la cosa, salvo pacto expreso en contrario.

Por consiguiente, la tradición de la cosa y la relación posesoria que el acreedor entabla con ella, cumplen una finalidad propiamente publicitaria del gravamen, pero no habilitan a su titular a usar y gozar de dicho objeto, de acuerdo a su destino.

De aquí que acreedor prendario se limite a conservar y retener el objeto de marras, hasta tanto sea satisfecho en su crédito.

No obstante las limitaciones apuntadas, el mentado acreedor, es un poseedor legítimo de la cosa pignorada, y podrá ejercitar las defensas inherentes a esa relación real (acciones e interdictos posesorios, frente a los casos de turbación o despojo), como también las referidas al derecho real en sí mismo (acciones negatoria y de reivindicación), incluso contra el constituyente del gravamen, a las que se suman, las propias del derecho personal que secunda la garantía.

Ciertamente, la existencia del derecho está ligada a la persistencia de la cosa en poder del acreedor, pues es éste elemento (la posesión efectiva), el que le permite hacer efectiva, en su caso, la garantía real.

Es por eso que se dispone en el artículo en análisis que los derechos que da al acreedor la constitución de la prenda, solo subsisten mientras está en posesión de la cosa o de un tercero convenido entre las partes. En rigor, este último será depositario de la cosa mobiliaria, y por tanto tenedor de la misma, representando la posesión del acreedor.

Sin embargo, se presume a favor del titular de la garantía la continuación de su relación real con la cosa pese a la pérdida fáctica de ésta, sea por extravío, sustracción o por su entrega a un tercero con obligación de devolverla, en tanto el acreedor prendario esté en la posibilidad de obtenerla nuevamente por las vías jurídicas antes apuntadas, y la pérdida del *corpus* sea temporaria.

Art. 2222.— Oponibilidad. La prenda no es oponible a terceros si no consta por instrumento público o privado de fecha cierta, cualquiera sea la cuantía del crédito. El instrumento debe mencionar el importe del crédito y contener la designacióchn detallada de los objetos empeñados, su calidad, peso, medida, descripción de los documentos y títulos, y demás datos que sirven para individualizarlos.

LANG1034I. Relación con el Código Civil y el Código de Comercio. Fuentes del nuevo texto

Se siguen los lineamientos fijados por el art. 3217 del Cód. Civil, que prevalece así sobre lo dispuesto por el art. 581 del Cód. de Comercio que no califica ni especifica la naturaleza del documento escrito para formalizar el contrato prendario y hacerlo oponible a terceros (para el caso que fuera privado, originaba además la discusión de si debía contar o no con fecha cierta).

II. Comentario

1. La forma del contrato de prenda y sus efectos

Se anticipó en el comentario al art. 2219 que la convención que da origen a la prenda común o con desplazamiento, es un contrato formal no solemne, en el sentido que sólo se precisa de su extensión por escrito, bajo la forma de instrumento público o privado con fecha cierta, para hacerlo oponible a terceros.

En cambio, entre las partes, el negocio se perfecciona por el solo acuerdo de sus participantes, sumado a la entrega efectiva de lo pactado.

De aquí se sigue que las partes preconstituirán prueba suficiente por escrito de la celebración del convenio prendario, pues ello hace a la existencia misma del privilegio que asiste al acreedor en estas lides, y que le dará la prelación en el cobro, en el caso de ejecutarse la cosa que constituye el objeto de la garantía.

Caso contrario, la existencia del gravamen y su privilegio quedarán sujetos a los avatares de la prueba, yendo ello en franco detrimento de la posición preferencial a la que aspira el titular de la garantía en estas circunstancias.

Esto así, pues en última instancia, si no puede demostrarse la existencia de la prenda, el acreedor quedará en la condición de quirografario, que ostenta por el solo hecho de ser titular activo del crédito de base.

Se concluye entonces, que el contrato de prenda deberá extenderse bajo la forma escrita, sea en instrumento público (notarial, administrativo), o privado con fecha cierta (el procedimiento más frecuente, en este último caso, será acudir a la

autenticación notarial de las firmas de sus otorgantes), seguido de la tradición efectiva de la cosa al acreedor o a una tercera persona designada de común acuerdo por las partes.

2. Los contenidos obligatorios del contrato de prenda

Se trata de los que hacen al cumplimiento de los caracteres esenciales a todas las garantías reales, a saber:

a) La determinación de la obligación que se garantiza;

b) La descripción de los objetos gravados, según su naturaleza,

c) La indicación del monto máximo por el cual se responde con dicho objeto.

Art. 2223.— Prendas sucesivas. Puede constituirse una nueva prenda sobre el bien empeñado, a favor de otro acreedor, si el acreedor en cuyo poder se encuentra consiente en poseerlo para ambos o si es entregada en custodia a un tercero en interés común. La prioridad entre los acreedores queda establecida por la fecha de su constitución. No obstante, las partes pueden, mediante declaración de su voluntad formulada con precisión y claridad, sustraerse a los efectos de esta regla y establecer otro orden de prelación para sus derechos, a fin de compartir la prioridad o autorizar que ésta sea compartida.

sa142I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Se mantiene la solución prevista por el art. 3210 del Cód. Civil, para las prendas sucesivas, constituidas en distintos momentos sobre igual objeto pero en favor de diferentes acreedores.

Esto así, pero admitiendo que en estas circunstancias, las partes contratantes puedan fijar un orden de prioridad distinto al cronológico-temporal, por la fecha de constitución de cada uno de los gravámenes, que es el que dispone la solución del Código velezano.

La fuente es el art. 2115 del Proyecto de Código Civil de 1998.

II. COMENTARIO

Las prendas sucesivas y el orden de prelación para el cobro

Cabe la posibilidad que se constituyan dos o más gravámenes prendarios sobre un mismo objeto, a favor de diversos acreedores, de modo simultáneo o sucesivo.

En el primer caso, los interesados acordarán cuál de ellos detentará la cosa prendada, o si ésta será entregada a un tercero para que la tenga en sus nombres.

En el segundo, en cambio, se plantea como tema inicial a resolver, la manera cómo se verificará la tradición del objeto pignorado a los acreedores posteriores, puesto que sin el desplazamiento de aquél no queda perfeccionado el gravamen como derecho real.

En rigor, como debe cumplirse con esta exigencia respecto de todos y cada uno de los acreedores prendarios, éstos serían coposeedores del único objeto del gravamen.

Pero ello puede resultar enojoso y generar conflictos entre los pretensores de marras (cuya potestad real los habilita a reclamar esa entrega). Por tanto, es usual que en estas lides se designe a un tercero, equidistante de todos los interesados para que se constituya en depositario del objeto de la garantía, y como tenedor represente por igual la posesión de todos y cada uno de dichos acreedores prendarios.

También es posible que el primer acreedor (que por regla es quien ya tiene la cosa en su poder), se avenga a poseerla también en nombre del ulterior beneficiario del gravamen.

Sin embargo, en los dos supuestos resulta indispensable recabar el acuerdo y conformidad del primer acreedor prendario, a quien no se lo puede desapoderar de la cosa ni imponerle de modo unilateral e inconsulto un nuevo (y ulterior) acreedor con quien tenga que compartir sus prerrogativas.

En cuanto a la prioridad de los acreedores para el cobro de sus créditos en el caso de pluralidad de prendas sobre un mismo objeto, también debe distinguirse:

a) Si las prendas fueron establecidas de manera simultánea, se entiende que sus titulares concurren a prorrata sobre el producido de la venta forzada de las cosas que constituyan su objeto

b) Si se trata de prendas sucesivas, el orden de prelación para el cobro, por parte de los acreedores que hagan efectiva la garantía, dependerá de la fecha de constitución del gravamen (con título y modo).

Esto es, la cuestión se resuelve por el inveterado principio de prioridad temporal, estando en mejor condición aquel acreedor cuyo gravamen sea cronológicamente anterior al de los restantes titulares de la garantía real sobre la misma cosa.

Pero estas soluciones solamente rigen en ausencia en disposición expresa en la materia.

El artículo en análisis admite así posibles pactos sobre el rango o posición preferente de estos derechos reales, que puedan ser concertados por los acreedores entre sí, o bien por éstos y el deudor de la obligación que dé origen a las garantías, y que modifiquen, en la práctica, las pautas que anteceden (v.gr. prendas simultáneas con rango diferenciado; prendas sucesivas con rango concurrente).

F31505SECCIÓN 2ª

PRENDA DE COSAS

Art. 2224.— Prenda de cosa ajena. Si el acreedor que recibe en prenda una cosa ajena que cree del constituyente la restituye al dueño que la reclama, puede exigir al deudor la entrega en prenda de otra de igual valor. Si el deudor no lo hace, el acreedor puede

pedir el cumplimiento de la obligación principal aunque tenga plazo pendiente; si el crédito está sujeto a condición se aplica el artículo 2197.

I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto

Se replican de manera sintética las soluciones que consagran los arts. 3215 y 3216 del Cód. Civil, en el sentido que la prenda de cosa ajena genera obligaciones entre las partes celebrantes del contrato que le da origen, siempre que haya buena fe en el acreedor.

La fuente de inspiración es el art. 2116 del Proyecto de Código Civil de 1998.

II. Comentario

La prenda de cosa ajena

Por regla, quien constituye la garantía prendaria, ha de ser dueño del objeto afectado.

Sin embargo, cabe considerar el caso en que el constituyente del gravamen obtenga la cosa de su legítimo propietario, a título de tenedor, y por abuso de confianza, intervirtiendo la relación real, la dé en seguridad de sus propias deudas.

En este caso, si el acreedor prendario es de buena fe (lo que supone, por hipótesis, desconocer los vicios de la posesión de quien le entregó la cosa mueble de marras), pero a instancias de su legítimo propietario, se la restituye, puede exigir de su deudor, la entrega de otro objeto de igual valor en su reemplazo.

Esto así, atento a que el contrato de prenda es a título oneroso, por lo que el deudor responde frente a su acreedor por la garantía de evicción.

De aquí que se establezca el derecho del acreedor a exigir a su deudor, la entrega en prenda de otros bienes de valores equivalentes a los restituidos a su verdadero dueño, para reemplazar o recomponer su garantía, pudiendo, en su defecto, decretar la caducidad de los plazos y exigir el cumplimiento de la obligación principal, más el resarcimiento de los daños y perjuicios que el accionar del sujeto obligado le hubieren provocado en el caso concreto.

El desapoderamiento que padezca el acreedor del objeto pignorado, por no pertenecer en propiedad al constituyente de la prenda, no afecta los derechos creditorios que lo vinculan con su deudor.

Ello así, toda vez que la nulidad del derecho real prendario (y del contrato que le da origen), por versar sobre una cosa ajena, no implica la extinción o modificación de la obligación principal, aunque ciertamente el titular del crédito, se verá desprovisto de los resguardos reales con que contaba en el caso concreto.

Es por eso que la conclusión del gravamen, por su defectuosa constitución, muy probablemente precipite los reclamos de pago por parte del acreedor.

Art. 2225.— Frutos. Si el bien prendado genera frutos o intereses el acreedor debe percibirlos e imputarlos al pago de la deuda, primero a gastos e intereses y luego al capital. Es válido el pacto en contrario.

I. RelaciÓchn con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto

A diferencia del Código Civil, donde la percepción de los frutos que se derivan de una cosa es facultativa del acreedor (arts. 3231 y 3232), generándose la variante conocida como "prenda anticrética", el precepto en análisis, sin crear una nueva figura jurídica, prescribe que el titular de la garantía debe percibir los mentados frutos naturales o civiles para imputarlos al crédito asegurado, salvo que expresamente se disponga lo contrario.

II. Comentario

El acreedor prendario debe percibir los frutos de la cosa pignorada para saldar la deuda

Si la cosa mueble objeto del derecho real de prenda, tiene la particularidad de generar frutos, la garantía se extiende a ellos, aunque su propiedad corresponda al titular del bien del que se derivan, y el acreedor los perciba por cuenta de este último.

De aquí que el acreedor queda obligado (atiéndase a la expresión que utiliza el legislador en el precepto en análisis "debe") a percibirlos e imputarlos al pago de los gastos e intereses de la deuda así garantizada, si se debieran, y en su defecto, al capital hasta saldar el monto de lo adeudado.

Esto es así, a menos que en el convenio prendario se disponga precisamente lo contrario (que los mentados frutos serán percibidos por el propietario de la cosa; o que queda a opción del acreedor el hacerlo)

De acuerdo a la índole de los frutos, podrá igualmente negociarlos aplicando su producido a la imputación antes señalada.

Cabe destacar también que la percepción de los frutos por el acreedor prendario, implicará que éste pueda a esos fines, servirse y usar la cosa de la que se desprendan aquéllos, potestades que en principio tiene vedadas.

Art. 2226.— Uso y abuso. El acreedor no puede usar la cosa prendada sin consentimiento del deudor, a menos que el uso de la cosa sea necesario para su conservación; en ningún caso puede abusar en la utilización de la cosa ni perjudicarla de otro modo.

El incumplimiento de lo dispuesto en el primer párrafo de este artículo, da derecho al deudor a:

a) dar por extinguida la garantía y que la cosa le sea restituida;

b) pedir que la cosa se ponga en depósito a costa del acreedor;

c) reclamar daños y perjuicios.

I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto

Se consagra una solución equivalente a la prevista en el art. 3226 del Cód. Civil, pero se regulan de modo más preciso las consecuencias que se derivan del uso y abuso del objeto pignorado por parte del acreedor (el art. 3230 de ese cuerpo legal

solamente contempla la posibilidad para el dueño del objeto gravado, de pedir su secuestro y depósito en manos de un tercero).

La fuente es el art. 2117 del Proyecto de Código Civil de 1998.

II. Comentario

1. El acreedor prendario no puede usar la cosa dada en garantía

A diferencia del acreedor anticresista, el prendario no puede hacer uso de la cosa gravada.

En rigor, pese a ser poseedor legítimo de la cosa mueble, no pude usar ni gozar de ella, pues su potestad real esta circunscripta a detentarla y retenerla en función exclusiva de la garantía acordada.

Con lo cual, al estar dicho objeto en manos del acreedor prendario, su dueño y propietario no podrá ejercer las facultades inherentes al *ius utendi* y al *ius fruendi*, lo que en buena medida implicará que el objeto afectado a la prenda se torno en improductivo, al estar inmovilizado en poder de aquél durante la vigencia del gravamen.

Por ende, el principio general es que el acreedor prendario debe abstenerse de usar o servirse de las cosas empeñadas en provecho propio, salvo que medie autorización expresa de su propietario o bien, que se trate de objetos que produzcan frutos (ver comentario al art. 2225) o que dicho uso sea necesario para su conservación.

De todas maneras, la autorización para el uso del objeto pignorado no habilita a que éste sea abusivo ni implique su deterioro, destrucción o inutilización a futuro.

2. Las consecuencias del incumplimiento del deber genérico de abstención o del empleo abusivo de las cosas pignoradas

Si el titular de la prerrogativa real, se sirve de las cosas empeñadas (cuando nada se hubiera establecido en el contrato constitutivo del gravamen), o pretende efectuar sobre ellas actos de disposición material o jurídica, que comprometan su valor o los derechos de su legítimo propietario, se consagran tres facultades para el dueño de las cosas (el artículo se refiere al "deudor"), a saber:

a) Exigir que se declare la extinción de la garantía, y por ende, que se le restituya el objeto gravado.

En este caso, la obligación principal perdura, pero sin su accesorio y el damnificado puede lógicamente sumar a su reclamo inicial, el resarcimiento de los daños y perjuicios que la conducta abusiva e inconsulta del acreedor pudieran haber ocasionado.

b) Pedir que las cosas se pongan en depósito, a costa del acreedor.

La consecuencia de este reclamo será que el titular de la prenda se verá privado de los bienes que constituían el objeto de su garantía, que pasarán a manos de un tercero, designado por el magistrado a instancias del peticionante (el dueño de las cosas prendadas —propietario no deudor—, o en su caso, el deudor, si no coincide con aquél), a lo que se sumará, ciertamente, la responsabilidad del primero, por los daños y perjuicios ocasionados.

A diferencia del caso anterior, en éste el tercero designado judicialmente como depositario, detentará las cosas que seguirán así gravadas con el derecho real de prenda, de forma tal que el acreedor podrá recuperarlas, solamente para proceder a su ejecución, si una vez concluidos los plazos acordados, el deudor no cumple con la obligación principal que sirvió de sustento a dicha garantía

c) Finalmente, y de modo autónomo a las dos alternativas que anteceden, reclamar solamente los daños y perjuicios que en el caso se le hayan irrogado por la conducta del acreedor prendario. Ello supone, por tanto, que el gravamen prendario seguirá vigente y los objetos afectados continuarán en poder del titular de la garantía, a quien se condenará a cesar en el ejercicio de los actos prohibidos.

Cabe destacar que en las tres hipótesis, el deudor (si es también el propietario del objeto de la garantía) puede compensar su crédito por los daños y perjuicios con el importe de lo adeudado originariamente a dicho acreedor, es decir, la obligación principal asegurada.

Art. 2227.— Gastos. El deudor debe al acreedor los gastos originados por la conservación de la cosa prendada, aunque ésta no subsista.

El acreedor no puede reclamar los gastos útiles sino hasta la concurrencia del mayor valor de la cosa.

I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto

Se reiteran las soluciones consagradas en el art. 3228 del Cód. Civil.

La fuente es el art. 2118 del Proyecto de Código Civil de 1998.

II. Comentario

FCSO

Las erogaciones derivadas del derecho real de prenda

El acreedor prendario, como poseedor del objeto gravado, estб obligado a conservarlo y mantenerlo en buen estado, respondiendo por la pйrdida o deterioro derivados de su obrar negligente.

Esta obligaciyn no implica que el acreedor deba ejecutar mejoras sobre las cosas pignoradas, limitбndose a realizar los gastos que sean necesarios para su conservaciyn, los que se sumarбn al importe de lo originariamente adeudado.

Los dacos que se deriven al propietario de la cosa, por el accionar culposo u omisivo del acreedor en la conservaciyn o resguardo de las cosas empecadas, se compensarбn con el valor de la obligaciyn principal, hasta la suma inferior (si aquйl es tambiйn el deudor).

La contracara de este deber, desde la perspectiva del acreedor prendario, se traduce en derecho a cobrar las expensas y gastos necesarios que hubiere hecho

para la conservaciyn y mantenimiento de las cosas pignoradas, aunque las mismas se extingan con posterioridad.

Respecto de los gastos ъtiles, solamente serбn afrontados por el deudor (o en su caso, por el propietario de las cosas), en la medida que subsistan las ventajas o el mayor valor conferidos por ellos a los objetos pignorados, al momento de su restituciyn.

Los gastos voluntarios efectuados por el acreedor sobre las cosas empecadas, para su exclusiva utilidad, o cuando son de mero lujo o recreo, no serбn afrontadas por el deudor, pudiendo el primero retirarlos, si ello es materialmente posible, antes de devolver los objetos empecados a su propietario.

oArt. 2228.— Venta del bien empecado. Si hay motivo para temer la destrucciyn de la prenda o una notable pйrdida de su valor, tanto el acreedor como el constituyente pueden pedir la venta del bien. Asimismo, el constituyente puede recabar la devoluciyn de la prenda sustituyйndola por otra garantнa real equivalente y, si se presenta ocasiyn favorable para su venta, requerir la autorizaciyn judicial para proceder, previa audiencia del acreedor.

La cosa empecada puede tambiйn venderse a peticiyn de otros acreedores. En tal caso, como en los anteriores, el privilegio del acreedor prendario se ejerce sobre el precio obtenido.

I. Relaciyn con el Cydigo Civil. Fuentes del nuevo texto

No existen disposiciones equivalentes en el Cydigo Civil, excepciyn hecha del art. 3234 *in fine* donde se dispone que en caso de venta del objeto pignorado por otros acreedores, la potestad del titular de la garantнa se desplaza de la cosa al precio que se obtenga, pudiendo enjugar su crйdito con preferencia a otros pretensores en atenciyn al privilegio especial con que cuenta.

II. Comentario

1. La venta de la cosa empecada

El constituyente de la garantнa real prendaria no pierde el dominio de la cosa afectada y por tanto siempre puede disponer de ella, pero el adquirente en estas lides la obtendrб con dicho gravamen, a quien le resultarб totalmente oponible.

Si la transmisiyn si efectuara en subasta, el acreedor prendario serб citado para hacer valer su prerrogativa sobre el producido de aquйlla de acuerdo a lo dispuesto por el art. 2203 (ver su comentario), con lo cual en esta hipytesis el adquirente se harб de la cosa libre del peco.

El precepto en anбlisis en cambio, considera supuestos especiales en que se liquida o sustituye el objeto de la garantнa por un procedimiento o motivo distintos a los anteriores y a la ejecuciyn prendaria seguida por el titular de la garantнa real ante el incumplimiento del deudor principal.

Se incluyen asн, los siguientes casos:

a) La venta anticipada para evitar la pйrdida, deterioro, destrucciyn o disminuciyn del valor del objeto empecado o porque resulte econymicamente ventajoso hacerlo en atenciyn al mayor valor adquirido por йste;

b) La sustituciyn del objeto gravado por otro, de valor equivalente al inicialmente afectado;

c) La peticiyn de la venta efectuada por otros acreedores del constituyente del gravamen.

La iniciativa para el acto de disposiciyn de la cosa gravada puede emanar del deudor, del propietario no deudor, del propio acreedor prendario o de otros interesados ajenos al contrato que dio origen a la garantнa real.

Cabe destacar que la conformidad o anuencia del acreedor prendario es insoslayable en cualquier caso de venta anticipada como de sustituciyn de una garantнa por otra, aunque la ofertada en reemplazo sea de mayor valor, atento a que aquйl tiene en su poder la cosa y deberб entregarla para cumplir con estos menesteres.

Frente a su negativa injustificada, podrб requerirse siempre la orden judicial que habilite la venta pretendida.

De todas maneras, en cualquiera de los casos en que se verifique 1505la venta del objeto empecado, el acreedor prendario ejercerб su privilegio sobre el precio resultante, lo que lo habilitarб a cobrar con prelaciyn a otros pretensores, salvo que estos ъltimos ostenten un privilegio de mejor rango.

2. La venta de la cosa pignorada por peticiyn de otros acreedores

Como antes se secaly, el acreedor prendario si bien cuenta con la posesiyn efectiva de la cosa, no puede pretender ejercer un derecho de retenciyn absoluto sobre йsta que impida en los hechos que otros acreedores puedan solicitar su venta.

Ello asн, pues la cosa gravada se entrega en posesiyn y no en propiedad a dicho acreedor (que es poseedor legнtimo, valga la redundancia, a tнtulo de acreedor prendario, pero no de dueco), y como tal, permanece en los activos que integran el patrimonio del constituyente de la garantнa (sea que se identifique o no con el deudor de la obligaciyn principal asegurada).

De aquн que nada obsta a que dicho objeto sea asн embargado y salga a la venta por peticiyn de otro acreedor, sin que para ello sea menester la previa anuencia del titular de la garantнa real prendaria.

Por tanto, frente a la orden judicial de entregar la cosa, el acreedor prendario no puede resistirla, aunque se presentarб en el expediente donde se haya resuelto la venta forzada de йsta para percibir su crйdito con la preferencia que le acuerda su privilegio (v.gr. planteando la cuestiyn de privilegios o la tercerна de mejor derecho, si fuera necesario).

Art. 2229.— Ejecuciyn. El acreedor puede vender la cosa prendada en subasta pъblica, debidamente anunciada con diez dнas de anticipaciyn en el diario de publicaciones legales de la

jurisdicciyn que corresponde al lugar en que, segъn el contrato, la cosa deba encontrarse.

Si la prenda consiste en tнtulos u otros bienes negociables en bolsas o mercados pъblicos, la venta puede hacerse en la forma habitual en tales mercados, al precio de cotizaciyn.

Las partes pueden convenir simultбneamente con la constituciyn que:

a) el acreedor se puede adjudicar la cosa por la estimaciyn del valor que de ella se haga al tiempo del vencimiento de la deuda, segъn lo establezca el experto que las partes designen o bien por el que resulte del procedimiento de elecciyn establecido; en su defecto, el experto debe ser designado por el juez a simple peticiyn del acreedor;

b) la venta se puede realizar por un procedimiento especial que ellas determinan, el que puede consistir en la designaciyn de una persona para efectuarla o la venta por el acreedor o por un tercero a precios que surgen de un determinado бmbito de negociaciyn o segъn informes de los valores corrientes de mercados al tiempo de la enajenaciyn que indican una o mбs cбmaras empresariales especializadas o publicaciones designadas en el contrato.

A falta de estipulaciyn en contrario, estas alternativas son optativas para el acreedor, junto con las indicadas en los pбrrafos primero y segundo de este artнculo, segъn el caso.

El acreedor puede adquirir la cosa por la compra que haga en la subasta o en la venta privada o por su adjudicaciyn.

I. Relaciyn con el Cydigo Civil y el Cydigo de Comercio. Fuentes del nuevo texto

El precepto en anбlisis presenta un procedimiento бgil para la ejecuciyn de la garantнa, brindando reglas generales alternativas a la realizaciyn habitual de las cosas empecadas en sede judicial (consagrada por los Cydigos de procedimientos vigentes en cada jurisdicciyn).

A estos efectos, se mantienen algunas directivas ya contempladas en el Cydigo Civil (arts. 3223 y 3224: adjudicaciyn de la cosa en propiedad al acreedor por el valor que se determine al momento del vencimiento de la obligaciyn; posibilidad de impetrar la venta forzada de modo extrajudicial) y en el Cydigo de Comercio (art. 585: publicaciyn de edictos con una antelaciyn de diez dнas a la ejecuciyn de las cosas pignoradas, posibilidad de aplicar a la liquidaciyn de tнtulos y obligaciones negociables en el mercado de valores, el mismo procedimiento previsto para su venta, a la cotizaciyn del dнa en que se verifique йsta).

La fuente es el art. 2119 del Proyecto de Cydigo Civil de 1998.

II. Comentario

La ejecuciyn prendaria

El acreedor prendario cuenta con una potestad esencial como es el derecho a disponer la venta de las cosas empecadas ante el incumplimiento del deudor, para cobrarse con su producido, la que no puede serle recortada ni limitada so color de desnaturalizar esta potestad real y tornar invбlidos los pactos que asн lo dispongan (conf. art. 2198)

El poder de disposiciyn del acreedor, se traduce asн en proceder a la ejecuciyn del objeto de la garantнa, de modo que su potestad se traslada de las cosas gravadas, al producido de su venta forzada, cobrбndose sobre dicho importe, como acreedor privilegiado.

Para ello habrб de seguirse el procedimiento ejecutivo que tramitarб en sede judicial, de acuerdo a lo fijado por los Cydigos de procedimientos que rigen en las distintas jurisdicciones de la Repъblica (subasta pъblica, con publicaciyn de edictos con una antelaciyn no inferior a diez dнas de la fecha de la ejecuciyn prendaria), en la suposiciyn que por esta vнa se obtendrбn los mejores precios de la cosas liquidadas.

Ello asн, a menos que en el contrato prendario se dispongan otros modos de realizar la garantнa, que no pasarбn indefectiblemente por la yrbita judicial (sino que se tratarб de una venta privada, pero con activa participaciyn de las partes interesadas: el acreedor prendario, el deudor, y en su caso, el propietario no deudor) y que incluso pueden implicar que la cosa gravada se adjudique en propiedad al acreedor por el precio que se fije al momento en tornarse exigible la obligaciyn principal, sin pasar por subasta o venta algunas (serнa invбlido el pacto por el cual esta adjudicaciyn se verifique por el valor que se indique *a priori* en el pacto prendario), o que el mismo resulte adquirente en йstas y proceda asн a compensar su crйdito con el precio que deba oblar por las cosas prendadas.

En prieta sнntesis se indican los parбmetros que fija el precepto de marras:

a) Si el objeto del gravamen se refiere a tнtulos valores, bonos, acciones, cйdulas u otras obligaciones negociables, se pueden vender de manera extrajudicial en la forma habitual como se transmiten aquйllos en el mercado bursбtil, atendiendo para ello a su cotizaciyn al dнa en que se practique la venta.

b) Puede convenirse que los objetos pecados serбn adjudicados al acreedor para saldar la deuda por el valor que a esos fines determine al dнa del vencimiento de la obligaciyn principal un experto designado por las partes en el mismo contrato prendario, a posteriori por el procedimiento que en aquйl se disponga o bien el que indique el juez a peticiyn del acreedor (lo que no implica transformar a la ejecuciyn prendaria en judicial, sino que la intervenciyn del magistrado se circunscribe en este caso a la sola designaciyn del perito);

c) Establecer un procedimiento especial extrajudicial para la venta de los objetos prendados que puede consistir, en que se designe a una persona para que la lleve a cabo (un experto o perito en la materia, o que se dedique profesionalmente a la venta de cosas de esa naturaleza), o que la venta la realizarб el mismo acreedor (o un tercero designado de comъn acuerdo), por el precio que tengan las cosas empecadas a ese momento, o por una cotizaciyn que se realice a esos fines, o por

los valores que se deriven de publicaciones especializadas (v.gr. objetos de arte, joyas, antigьedades, muebles de estilo) o cбmaras empresariales especializadas que se designen en el contrato.

A falta de disposiciyn expresa en la materia, todas las alternativas antes citadas pueden ser aplicadas en el proceso de la ejecuciyn prendaria, a opciyn del acreedor.

Con lo cual, esto puede generar un procedimiento de ejecuciyn prendaria, con aspectos que no deban necesariamente resolverse en sede judicial, como es la venta de la cosa, que podrб verificarse en la yrbita privada si ello permite mayor celeridad en la liquidaciyn de las cosas empecadas y la obtenciyn de mejores precios.

Art. 2230.— Rendiciyn de cuentas. Efectuada la venta, el acreedor debe rendir cuentas, que pueden ser impugnadas judicialmente, pero ello no afecta la validez de la enajenaciyn.

I. Relaciyn con el Cydigo Civil y el Cydigo de Comercio. Fuentes del nuevo texto

No existen disposiciones expresas equivalentes en ambos textos legales.

Sin embargo, la rendiciyn de cuentas es un deber del acreedor prendario que subyace y se deriva implнcitamente de haberse seguido la venta privada de las cosas (conf. arts. 3224 *in fine* del Cyd. Civil y 585 del Cyd. de Comercio).

La fuente es el art. 2120 del Proyecto de Cydigo Civil de 1998.

II. Comentario

La obligaciyn de rendir cuentas

El acreedor prendario debe rendir cuentas de todo lo actuado cuando la ejecuciyn de la garantнa se concrete de manera extrajudicial, sea por venta privada, en el mercados de tнtulos valores o por otra vнa pactada en la que no exista el contralor de la autoridad judicial.

La misma, que abarcarб el precio obtenido y el resumen de los gastos y honorarios de los profesionales que hayan intervenido en el caso, podrб ser impugnada por el deudor de la obligaciyn principal, el propietario no deudor y cualquier otra persona que acredite un interйs legнtimo en la materia (ulteriores acreedores del propietario de las cosas liquidadas).

Empero, las eventuales objeciones a todo lo actuado no afecta la validez de la enajenaciyn de las cosas pignoradas, lo que significa que los adquirentes en estas lides no serбn molestados en sus derechos por acciones reales o personales (conf. arts. 2259 y 2260).

Ello asн, a menos que sepan y les consten las irregularidades cometidas en el procedimiento de la venta de esos objetos y esto pueda ser acreditado (v.gr. precios irrisorios, parentesco con el ejecutante, etc.).

rsid3021317 Efectuada la venta privada de la cosa pignorada, el acreedor estб obligado a rendir cuentas al deudor, presentбndole la liquidaciyn correspondiente y entregбndole el saldo que pudiere resultar a su favor (CNCom., sala D, 16/4/2007, Lexis Nє 1/1020872).

faultArt. 2231.— **Documentos con derecho incorporado. La prenda de tнtulos valores se rige, en lo pertinente, por las reglas de la prenda de cosas.**

I. Relaciyn con el Cydigo Civil y el Cydigo de Comercio. Fuentes del nuevo texto

No existen disposiciones equivalentes ni en el Cydigo Civil ni en el de Comercio.

La fuente es el art. 2121 del Proyecto de Cydigo Civil de 1998.

II. Comentario

El rйgimen de la prenda sobre tнtulos valores

Pese a que los aludidos tнtulos que pueden constar o no en soporte material escrito contienen crйditos, para el caso de ser dados en garantнa de obligaciones de su titular o tenedor, se rigen por el esquema de la prenda sobre cosas y no de crйditos.

Por ende, el acreedor prendario detentarб la posesiyn de los referidos tнtulos y harб valer los derechos a que aquйllos se refieran.

Asimismo, estб facultado para ejecutarlos, como si fuera su propietario, de modo de percibir su crйdito, restituyendo a su legнtimo titular el remanente.

Empero, el propietario del tнtulo valor siempre podrб reclamar vна acciyn personal por dacos y perjuicios al acreedor pignoraticio, cuando йste se haya extralimitado en el ejercicio de sus facultades u obtenido alguna utilidad que exceda lo que le correspondна por el gravamen de base (conf. art. 2226).

Seccyn 3є

Prenda de crйditos

Art. 2232.— Crйditos instrumentados. La prenda de crйditos es la que se constituye sobre cualquier crйdito instrumentado que puede ser cedido.

La prenda se constituye aunque el derecho no se encuentre incorporado a dicho instrumento y aunque йste no sea necesario para el ejercicio de los derechos vinculados con el crйdito prendado.

Se aplican supletoriamente las reglas sobre prenda de cosas.

I. Relaciyn con el Cydigo Civil y el Cydigo de Comercio. Fuentes del nuevo texto

Se presenta a la prenda de crйditos con una regulaciyn mбs completa, que la hace atractiva para secundar obligaciones de cierta envergadura y no para obligaciones menores como sucede con el esquema propuesto por los Cydigos Civil y de Comercio.

En lo referente a la caracterizaciyn de esta figura, se mantiene como exigencia primordial que el crйdito conste por escrito, tal como dispone el art. 3212 del Cyd. Civil, pero se le acade tambiйn el recaudo de que se trate de una obligaciyn que como tal pueda ser cedida (es decir, que no verse sobre un derecho *intuitu personae*).

La fuente es el art. 2122 del Proyecto de Cydigo Civil de 1998.

II. Comentario

La prenda de crйditos

Se trata de un derecho real en funciyn de garantнa cuyo objeto lo constituye un derecho personal o creditorio.

Para ello, el mismo debe reunir dos condiciones, a saber:

a) Que se refiera a un crйdito instrumentado, lo que significa que debe constar bajo la forma escrita, de manera tal que pueda verificarse la tradiciyn o entrega efectiva del tнtulo o instrumento en que aquйl conste, que se constituye asн en el objeto provisional del gravamen.

Ello asн aunque en ъltima instancia el derecho no estй incorporado al documento escrito ni sea necesaria su exhibiciyn para exigir su cumplimiento.

En ъltima instancia, el objeto de la prestaciyn debida, cuando ingrese al patrimonio del acreedor pignoraticio serб el objeto definitivo del gravamen, sobre el cual se podrбn ejercitar las facultades inherentes a esta garantнa.

Por tanto, si se tratara de una cosa, se aplicarбn las disposiciones de la Secciyn 2 antes considerada.

b) El crйdito a empecar, debe ser susceptible de ser cedido, lo que implica que su titularidad y ejercicio no sean inherentes a la persona de su acreedor primigenio.

Esto determina que la prenda de marras involucra de modo indefectible la cesiyn del crйdito que constituye su objeto.

Asн, el hecho de pignorar el crйdito, implica su cesiyn al acreedor, pero con esta particularidad: la cesiyn del crйdito lo es en garantнa, pero no en propiedad.

A estos recaudos debe sumarse indefectiblemente, la notificaciyn del contrato prendario al deudor del crйdito pignorado, aspecto que se considera en el artнculo que sigue.

III. Jurisprudencia

1. Es vбlida la prenda constituida sobre facturas, toda vez que es posible constituir prenda sobre cualquier crйdito, a condiciyn de que se cumplan los requisitos propios para la validez de la cesiyn de crйditos, esto es, la notificaciyn al deudor cedido y la entrega del tнtulo. Por consiguiente, si es jurнdicamente vбlida la cesiyn de crйditos emanados de facturas, tambiйn vбlida la prenda constituida sobre ellas, pues la ley permite prendar cualquier crйdito con la ъnica exigencia de que conste por escrito sin que sea necesario que el crйdito este incorporado al documento, esto es, que sea un tнtulo o papel negociable (CNCom., sala C, 20/9/2002, Lexis Nє 11/35839).

2. La prenda de crйditos guarda semejanza con la cesiyn de crйditos, aunque en virtud de la prenda no se traspasa la propiedad del crйdito, pues sylo se garantiza con йl otra operaciyn. Para que se perfeccione la prenda de crйditos es necesaria la entrega del tнtulo en que consta el crйdito y la notificaciyn al deudor (CNCom., sala A, 8/2/2006, Lexis Nє 1/1019435).

Art. 2233.— Constituciyn. La prenda de crйditos se constituye cuando se notifica la existencia del contrato al deudor del crйdito prendado.

I. Relaciyn con el Cydigo Civil. Fuentes del nuevo texto

Se mantiene la exigencia de la notificaciyn del contrato prendario al deudor de la prestaciyn objeto de la garantнa, como medio de perfeccionarla, tal como lo dispone el art. 3209 del Cyd. Civil.

La fuente es el art. 2123 del Proyecto de Cydigo Civil de 1998.

II. Comentario

La notificaciyn al deudor cedido como medio
de perfeccionar el contrato prendario

No basta con la celebraciyn del contrato de prenda entre el acreedor y el deudor o titular inicial del crйdito afectado y la entrega del tнtulo que lo contiene.

En verdad, es menester tambiйn la notificaciyn al sujeto pasivo del crйdito empecado, para que asн cumpla con la prestaciyn debida a favor del titular de la garantнa.

Por ende, si estando debidamente notificado el deudor originario paga al acreedor cedente, paga mal y deberб soportar los reclamos del cesionario, aunque lo que debe abonar a este ъltimo podrб eventualmente repetirlo del primero.

En cambio, la falta de dicha notificaciyn, provoca los efectos opuestos: si el deudor paga a su acreedor primigenio, paga bien y nada se le puede reclamar a la postre, quedando la cuestiyn circunscripta a los celebrantes del contrato prendario.

Cabe destacar que en la prenda de crйditos no existe novaciyn por cambio o sustituciyn de acreedores, toda vez que lo que se exige para su perfecciyn es la notificaciyn al deudor, pero no su consentimiento (conf. art. 937), que es innecesario a estos fines.

III. JURISPRUDENCIA

Si lo dado en prenda fue un crйdito constituye la prenda civil prevista en el art. 3209, Cyd. Civil, en tanto se cumplan los dos requisitos allн previstos: 1) notificaciyn al deudor del crйdito dado en prenda; 2) entrega del tнtulo al acreedor. El crйdito de exigibilidad eventual puede ser objeto de prenda con desplazamiento (CNCom., sala D, 30/4/1993, RDCO, 1994-475).

Art. 2234.— Conservaciyn y cobranza. El acreedor prendario debe conservar y cobrar, incluso judicialmente, el crйdito prendado. Se aplican las reglas del mandato.

Si la prestaciyn percibida por el acreedor prendario consiste en dinero, debe aplicar lo recibido hasta cubrir нntegramente su derecho contra el deudor y en los lнmites de la prenda.

Si la prestaciyn percibida no es dineraria el acreedor debe proceder a la venta de la cosa, aplicбndose el artнculo 2229.

50I. RELACIYN CON EL CYDIGO CIVIL Y EL CYDIGO DE COMERCIO. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El Cydigo Civil no contiene un precepto que disponga de manera expresa cuбles son las facultades con que cuenta el acreedor prendario en estas circunstancias.

En cambio, sн lo hace el Cydigo de Comercio en su art. 587 al prescribir que el acreedor pignoraticio queda subrogado en los derechos y facultades del titular primigenio de la obligaciyn.

Dicha soluciyn se predica del artнculo en anбlisis, que reproduce en lo sustancial, la norma de la ley mercantil antes apuntada.

La fuente es el art. 2124 del Proyecto de Cydigo Civil de 1998.

GRIDII. COMENTARIO

1. Las facultades del acreedor prendario de crйditos

El hecho de empecar crйditos implica, como ya se ha dicho, su cesiyn activa, verificando en la prбctica una sustituciyn de un acreedor por otro.

Por ende, el titular de la garantнa estб facultado para efectuar todos los actos que sean necesarios para conservar el crйdito de base y ejercer todas las prerrogativas que tenнa su titular inicial (que lo sigue siendo por el remanente, una vez enjugado el crйdito del acreedor prendario).

De esto se sigue la responsabilidad del acreedor prendario frente al titular primigenio de la garantнa si por sus omisiones el crйdito se extingue o se torna incobrable (v.gr. por prescripciyn, por vencimiento del plazo para efectuar su cobro, etc.), aspecto que no existirнa por cierto, si la cesiyn del derecho personal lo fuera en propiedad (para merituar dicha responsabilidad se aplican las reglas del mandato).

A ello se suma que tampoco puede realizar negociaciones o acuerdos transaccionales con dicho crйdito que puedan afectar a futuro, su vigencia y/o exigibilidad.

Ash, una vez satisfecha su acreencia con lo obtenido de la percepciyn del crйdito cedido en garantнa, de existir un remanente o sobrante, el acreedor prendario deberб restituirlo a su titular inicial, por el principio del enriquecimiento sin causa.

2. La facultad de percibir el crйdito

Es evidente que entre las potestades del acreedor prendario se cuenta la de percibir el crйdito cedido en garantнa, que se puede verificar tanto en sede judicial como de manera extrajudicial.

Si la prestaciyn debida es una suma de dinero, lo aplicarб a enjugar el crйdito principal (primero a los intereses y gastos, si son debidos, y luego al capital de la deuda) y el remanente deberб restituirlo al constituyente de la garantнa.

Si la prestaciyn percibida no es dinero, el titular del gravamen debe proceder a su venta por alguna de las vнas previstas por el art. 2229 (ver su comentario), de manera de cobrarse con su producido, como sucede en materia de prenda sobre cosas.

Art. 2235.— Opciyn o declaraciyn del constituyente. Cuando la exigibilidad del crйdito pignorado depende de una opciyn o declaraciyn del constituyente, el acreedor prendario puede hacer la respectiva manifestaciyn, por su sola cuenta si su propio crйdito es exigible, y de comъn acuerdo con aquйl en caso contrario.

Si la opciyn o la declaraciyn corresponden al deudor del crйdito dado en garantнa, sylo producen efecto si se comunican al propio acreedor y al prendario.

Son vбlidos los pactos en contrario que celebran el acreedor prendario y el constituyente de la prenda.

I. RELACIYN CON EL CYDIGO CIVIL Y EL CYDIGO DE COMERCIO. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

No existe una disposiciyn equivalente a la aquн analizada en ninguno de los cuerpos legales citados.

II. COMENTARIO

Aspectos que condicionan la exigibilidad del crйdito cedido en prenda

317 El precepto repara en el caso en que el crйdito objeto del peco dependa, en su exigibilidad, de una opciyn o declaraciyn que deban realizar el acreedor o el deudor de la obligaciyn inicial.

47Si dependen del acreedor primigenio (el constituyente de la garantнa), el titular de la prenda puede hacerlas, por su cuenta en tanto y en cuanto la obligaciyn asegurada sea exigible, o de comъn acuerdo con el primero en caso contrario (sino, podrнa precipitar la liquidaciyn del accesorio —la garantнa real—, cuando no fuera aъn exigible el principal —la obligaciyn asegurada—).

Si dependen del deudor del crйdito cedido en garantнa, sylo son eficaces en tanto y en cuanto las comunique fehaciente a ambos acreedores, el constituyente del gravamen y el actual o prendario (de lo contrario, la connivencia entre los sujetos

activo y pasivo de la obligaciyn inicial, podrнan postergar la liquidaciyn de la garantнa, o bien verificarse la misma con total desconocimiento del constituyente del gravamen).

Esto es asн, salvo que expresamente se disponga lo contrario en el contrato prendario (por ejemplo, que la declaraciyn u opciyn deba realizarlas en todos los casos el acreedor inicial, o que las cumplidas por el sujeto obligado al dйbito empecado solamente deban ser comunicadas al acreedor prendario).

Art. 2236.— Participaciyn en contrato con prestaciones recнprocas. Si el crйdito prendado se origina en un contrato con prestaciones recнprocas, en caso de incumplimiento del obligado prendario el acreedor puede enajenar forzadamente la participaciyn de aquйl en dicho contrato, sujeto a las limitaciones contractuales aplicables.

Si la cesiyn de la participaciyn del constituyente estб sujeta al asentimiento de la otra parte de tal contrato, y йste es negado injustificadamente, debe ser suplido por el juez.

Por participaciyn se entiende el conjunto de derechos y obligaciones derivados del contrato.

I. Relaciyn con el Cydigo Civil y el Cydigo de Comercio. Fuentes del nuevo texto

No existe soluciyn equivalente en ninguno de esos cuerpos legales.

La fuente de inspiraciyn es el art. 2126 del Proyecto de Cydigo Civil de 1998.

II. Comentario

Las facultades del titular de la garantнa real si el crйdito prendado integra un contrato con prestaciones recнprocas

El artнculo se detiene en el caso especial en que el crйdito transferido en garantнa integre un contrato con prestaciones recнprocas que involucre, por ende, a otras personas que no han sido parte del convenio que da origen al empeco, y que no pueden verse afectadas en sus prerrogativas por su celebraciyn.

En estas circunstancias se dispone que frente al incumplimiento del sujeto obligado con el crйdito afectado a la garantнa real, su titular puede proceder a la enajenaciyn forzada de los derechos y obligaciones del primero, como medio de hacer efectivo el gravamen, respetando empero, las disposiciones que sobre este aspecto contenga el acuerdo de base en torno a su transmisiyn.

Asimismo, si para dicha disposiciyn se exigiera la conformidad y asentimiento de la contraparte del negocio inicial (que como se dijo, no estб vinculada ni obligada por la garantнa real de marras) y йsta la negara sin causa justificada, el acreedor prendario puede requerir en subsidio la autorizaciyn judicial para concertar dicha transferencia.

Art. 2237.— Extinciyn. Extinguida la prenda por cualquier causa sin haberse extinguido el crйdito dado en prenda, el acreedor debe restituir el instrumento probatorio del crйdito prendado y notificar la extinciyn de la prenda al deudor del crйdito prendado.

I. Relaciyn con el Cydigo Civil y el Cydigo de Comercio. Fuentes del nuevo texto

No existe soluciyn equivalente en ninguno de esos cuerpos legales.

La fuente es el art. 2127 del Proyecto de Cydigo Civil de 1998.

II. Comentario

Las consecuencias de la extinciyn de la garantнa sobre el crйdito afectado a ella

Por regla, si se extingue la obligaciyn principal asegurada, otro tanto sucede con la garantнa real conferida por vнa de consecuencia, de acuerdo a lo dispuesto por el art. 2186, y por aplicaciyn del principio esencial de accesoriedad comъn a todos estos derechos reales.

Puede extinguirse el gravamen sin que ello conmueva la vigencia de la obligaciyn principal, que queda desprovista de ese accesorio tan importante que califica a su titular como acreedor privilegiado (deviniendo asн en quirografario).

El precepto en anбlisis se detiene precisamente en esta ъltima hipytesis, pero cuando ello no afecta tambiйn la exigibilidad y vigencia del crйdito pignorado (por ejemplo, por renuncia del titular de la garantнa a ejercitarla).

Para este caso, el acreedor prendario debe restituir el documento que exterioriza y prueba la obligaciyn empecada a su titular primigenio y al mismo tiempo notificar esa circunstancia al deudor de aquйlla, para evitar que en su caso pague erryneamente al primero, cuando ya no debe hacerlo.

Thtulo XIII

Acciones posesorias y acciones reales

Caphtulo 1

Defensa de la posesiyn y la tenencia

Por Ricardo Javier Saucedo

Bibliografнa sobre la reforma: Iturbide, Gabriela A., "Acciones posesorias. Rйgimen actual y el del Proyecto de Cyhdigo", LA LEY, 2/7/2013; Mariani de Vidal, Marina, "La defensa de la posesiyn y la tenencia en el Proyecto de Cydigo Civil y Comercial de la Naciyn. Primeras reflexiones", ED, 7/2/2013; Ichzelaya, Mario, "Acciones posesorias y acciones

reales", en RIVERA, JULIO C.- MEDINA, GRACIELA, *Comentarios al Proyecto de Cydigo Civil y Comercial de la Naciyn*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012.

Bibliografha clбsica: ADROGUE, MANUEL I., "La protecciyn posesoria en la reforma civil", LA LEY, 140-1181; "Obra vieja o ruinosa", LA LEY, 139-925; ALSINA ATIENZA; DALMIRO, *Acciones posesorias*, La Universidad, Santa Fe, 1945; ALTERINI, JORGE H., "Acciones posesorias e interdictos", LA LEY, 127-847; ALLENDE, GUILLERMO L., *La posesiyn*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1959; SRSID3021317 BENEDETTI, JULIO C., *La posesiyn. Teorha y prбctica de su amparo*, Astrea, Buenos Aires, 1978; BORDA; GUILLERMO A., "Las acciones posesorias y los interdictos", LA LEY, 146-951; DASSEN, JULIO, *Acciones posesorias*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1966; GABAS, ALBERTO A., *Juicios posesorios. Acciones e interdictos*, Hammurabi, Buenos Aires, 2003; LAJE ANAYA, JUSTO, "Legнtima defensa y legнtima defensa posesoria", DJ, 1999-I-546; MARIANI DE VIDAL, MARINA, "Denuncia de daco temido", *Lecciones y Ensayos* 40 y 41, p. 173; *Interdicto de adquirir y otros aspectos de la defensa posesoria*, Zavalha, Buenos Aires, 1971; "La reforma procesal de la ley 22.434. Interdicto de adquirir", LA LEY, 1983-C, 920; MOLINARIO; ALBERTO D., "Interpretaciyn de la protecciyn posesoria actual en funciyn de la historia interna", p. 45, *Anales de la Facultad de Ciencias Jurнdicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata*, La Plata, 1962; PAPACO, RICARDO J., "Obra nueva. Exigencias para su admisibilidad en la acciyn y en el interdicto", LA LEY, 1992-A, 278; REIMUNDIN, RICARDO, "Acciones posesorias e interdictos", JA, 1973-291; "La acciyn posesoria de obra nueva. Apuntaciones para su deslinde conceptual", JA, 1974-586; SAUX, EDGARDO I., "La acciyn de daco temido como mecanismo preventor del perjuicio todavha no causado", JA, 1994-III-705; SPOTA, ALBERTO G., "La acciyn de obra nueva como medida cautelar", JA, 1946-IV-118; "La protecciyn de la posesiyn actual y la legislaciyn procesal", JA, 1954-II-191.

***

Art. 2238.— Finalidad de las acciones posesorias y lesiones que las habilitan. Las acciones posesorias segъn haya turbaciyn o desapoderamiento, tienen por finalidad mantener o recuperar el objeto sobre el que se tiene una relaciyn de poder. Se otorgan ante actos materiales, producidos o de inminente producciyn, ejecutados con intenciyn de tomar la posesiyn, contra la voluntad del poseedor o tenedor.

Hay turbaciyn cuando de los actos no resulta una exclusiyn absoluta del poseedor o del tenedor. Hay desapoderamiento cuando los actos tienen el efecto de excluir absolutamente al poseedor o al tenedor.

La acciyn es posesoria si los hechos causan por su naturaleza el desapoderamiento o la turbaciyn de la posesiyn, aunque el demandado pretenda que no impugna la posesiyn del actor.

Los actos ejecutados sin intenciyn de hacerse poseedor no deben ser juzgados como acciychn posesoria sino como acciyn de dacos.

I. RELACIYN CON EL CYDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El precepto caracteriza a las defensas de las relaciones de poder a travйs de sus fines u objetivos y los actos o conductas que las activan en el caso concreto.

No existe correspondencia o equivalencia total con ningъn precepto del Cydigo Civil, aunque en verdad sintetiza y simplifica las soluciones que se derivan de los arts. 2469, 2487, 2492, 2496 y 2497 de ese cuerpo legal.

Corresponde secalar que el precepto tipifica con precisiyn los actos que pueden conculcar las relaciones de poder.

ASH, la agresiyn mayor se rotula como "desapoderamiento", y se la define por su resultado: exclusiyn efectiva o potencial del poseedor o tenedor de su relaciyn de poder con la cosa y no, por los medio empleados.

La de grado menor, "turbaciyn", es la que no provoca esa consecuencia.

De esta manera se superan las discusiones en torno al significado de la expresiyn "despojo" que utiliza el art. 2492 del Cydigo velezano.

En efecto, para una pòstura equivale a desposesiyn violenta (tesis restringida), mientras que para otra, involucra a todas las formas posibles de desplazamiento, abuso de confianza o clandestinidad en materia inmobiliaria, hurto y estelionato, si recae sobre cosas muebles (tesis amplia).

Empero, a la hora de brindar la defensa para semejante agresiyn, el art. 2241 del Cyd. Civil y Comercial, la denomina como "acciyn de despojo", con lo cual, la expresiyn de marras no es desterrada del sistema jurнdico argentino.

Ademбs, se admite que la lesiyn a la relaciyn de poder pueda ser efectiva o potencial, con lo cual, incorpora tambiйn al esquema de las acciones posesorias la denuncia de daco temido consagrada por la segunda parte del art. 2499 del Cyd. Civil.

II. COMENTARIO

1. El concepto de acciyn posesoria

Las relaciones de poder son valiosas por si mismas, con independencia de si implican o no el ejercicio efectivo de un derecho real o personal sobre uno o mбs objetos determinados.

Por eso, se instauran medios eficaces para su protecciyn frente a las distintas conductas que se sigan en la prбctica para atacarlas, como una manera de preservar la paz y convivencia sociales y evitar ASH, la justicia por mano propia, que no es coherente, en sentido estricto, con la vigencia del Estado de derecho.

Se aspira a que frente al conflicto, la autoridad judicial restaure el orden quebrantado, volviendo las cosas al estado anterior al ataque y ordenando la reparaciyn de los dacos que se hayan verificado en el caso concreto.

ochEllo ASH, con independencia de la identidad de actor y demandado, lo que significa que el reclamo pueda enderezarse incluso contra el propietario de la cosa motivo de la contienda, si es el autor de la agresiyn, efectiva o potencial, que perjudica o amenaza al demandante.

ASH, se definen las acciones posesorias a travйs de la finalidad que persiguen: mantener o recuperar el objeto sobre el cual el actor tiene una relaciyn de poder (posesiyn o tenencia).

Y las defiende ante la producciyn efectiva o inminente de actos materiales que signifiquen tomar la posesiyn de las cosas contra la voluntad del poseedor o tenedor.

2. Los actos que ponen en juego a las acciones posesorias

Las conductas que provocan la instancia del juicio posesorio pueden significar tanto el desapoderamiento como la turbaciyn de la relaciyn de poder de su titular, o la inminencia de ellos.

El desapoderamiento supone la exclusiyn absoluta del sujeto pasivo de su relaciyn con la cosa, es decir, la pйrdida total o parcial de la posesiyn o tenencia.

El precepto define a la figura por su resultado final o consecuencia, sin atender a los medios por los cuales se concreta (quedan involucrados asн, la violencia, la clandestinidad, el abuso de confianza, el hurto y la estafa).

Respecto de la turbaciyn, tambiйn se la identifica con su resultado final: no provocar la exclusiyn absoluta del poseedor o tenedor.

Se trata asн, de una actividad que obstaculiza o torna mбs gravosa la relaciyn de poder y genera un cambio en la situaciyn de hecho, porque el poseedor o tenedor no pueden ejercer sus prerrogativas de la manera como lo venнan haciendo hasta el momento de la molestia.

Cabe destacar que las conductas que dan origen a la turbaciyn en las relaciones de poder, en caso de perdurar en el tiempo ante la inactividad del titular de aquellas bien pueden confluir en el desapoderamiento. De aquн que se suela afirmar que la turbaciyn es un despojo en marcha.

Ahora bien, el legislador exige que las actividades descriptas, como actos materiales (conf. art. 1928), sean ejecutadas por una persona con la intenciyn de hacerse de la posesiyn de la cosa y contra la voluntad de su poseedor o tenedor.

Respecto del primer recaudo se presume del resultado del accionar (la exclusiyn o molestia en la posesiyn o tenencia), con independencia del eventual convencimiento de su ejecutor de la legitimidad de tal proceder. O, lo que es lo mismo, los hechos deben examinarse con pautas objetivas, de acuerdo a la conducta exteriorizada y a sus resultados concretos.

Por ende, no se cumple esta exigencia si la actividad provoca la destruccin o pйrdida del objeto de la relaciyn de poder, o si el agresor permite que con su accionar un tercero se haga con la posesiyn de la cosa.

Para estas hipytesis, por tanto, se aplicarб respecto de este agresor, la acciyn personal por resarcimiento de dacos y perjuicios a que se refiere la parte final del precepto en anбlisis.

El segundo recaudo es que los actos se realicen contra la voluntad del poseedor o tenedor.

En consecuencia, no hay turbaciyn o desapoderamiento cuando se trata de actividades consentidas, autorizadas o toleradas por el titular de la relaciyn de poder.

Corresponde secalar, por ъltimo, que la ejecuciyn de las decisiones cumplidas por las autoridades pъblicas, judiciales o administrativas, no pueden implicar agresiones a las relaciones de poder que puedan ser contestadas por las acciones posesorias, salvo que sean ilegнtimas, violando las garantнas constitucionales del debido proceso y la libre defensa en juicio, o realizadas de manera inconsulta y *manu militari*.

III. JURISPRUDENCIA

ch1. Las llamadas acciones posesorias, entre las que se cuentan las acciones "de despojo" y "turbaciyn" de la posesiyn, reconocen bбsicos postulados del estado de derecho: la interdicciyn de la violencia privada; es decir, la erradicaciyn de la justicia por mano propia aunque sea el titular de un derecho (C2Є Civ. y Com. La Plata, sala 3Є, 26/12/2006, Lexis Nє 14/114513).

2. Las obras clandestinas efectuadas en el fondo del terreno de los demandados menoscaban la posesiyn del accionante, al proyectar un considerable cono de sombra sobre su jardнn, pileta de nataciyn y vivienda, pero ademбs, al dacar la intimidad al permitir vistas sobre dicho predio, afectan el libre ejercicio de los derechos posesorios (CCiv. y Com. Moryn, sala 2, 15/5/1997, LLBA, 1998-1100).

3. La invasiyn fнsica y personal de un campo es un acto turbatorio de la posesiyn que basta por si mismo para justificar la procedencia de la acciyn de retener (CCiv. y Com. Cyrdoba, 25/7/2006, AP, 1/70025048-9).

4. El derecho a cruzar el espacio aйreo de los vecinos ha de ser en condiciones tales que no afecten su seguridad ni su tranquilidad y que no traigan aparejado un detrimento del valor de sus inmuebles. El cableado pendiendo sobre el techo y patio del vecino importa, ademбs de una obra incorrecta, una perturbaciyn que el nombrado no tiene obligaciyn de soportar. El interйs general de la sociedad no puede, sin indemnizaciyn, ir en detrimento de la propiedad de ningъn particular (CCiv. y Com. Mar del Plata, sala II, 31/8/1995, Lexis Nє 14-23428).

5. Si un inmueble fue declarado por ley de utilidad pъblica y luego el Estado se apodera indebidamente de йl o le impone una restricciyn de tal envergadura que lesiona la propiedad, corresponde la acciyn de expropiaciyn irregular; en cambio, si todo ello se produce sin la previa declaraciyn legislativa de utilidad pъblica, el particular puede intentar acciones policiales o posesorias en defensa de su situaciyn (CCiv. y Com., La Plata, sala III, 19/3/1996, Lexis Nє 14/30219).

6. Quien tuvo el consentimiento voluntario de su propietario, ya sea por contrato o simple anuencia, no podrб ser calificado de intruso, aun cuando permanezca en la detentaciyn, en la tenencia o, en fin, en la ocupaciyn, luego de vencido el contrato o el consentimiento inicial (Civ. Com. Minas Paz y Trib. Mendoza, 10/12/2007, Lexis Nє 1/1036166).

Art. 2239.— Acciyn para adquirir la posesiyn o la tenencia. Un tнtulo vбlido no da la posesiyn o tenencia misma, sino un derecho a requerir el poder sobre la cosa. El que no tiene sino un derecho a la posesiyn o a la tenencia no puede tomarla; debe demandarla por las vнas legales.

I. Relaciyn con el Cydigo Civil. Fuentes del nuevo texto

Se repite, con mayor precisiyn, la soluciyn del art. 2468 del Cyd. Civil, en el sentido que quien tiene un tнtulo que lo habilita a detentar la posesiyn (o tenencia, agrega el precepto del Cydigo Civil y Comercial), no puede tomarla(s) de *motu propio*, sino a travўs de las vнas legales.

Esto asн, como un medio de evitar la justicia por mano propia.

II. Comentario

1. El principio general

7La idea central que inspira esta norma es evitar el accionar de propia autoridad.

En efecto, en una comunidad jurнdicamente organizada, no solamente se arbitran los medios para lograr que una relaciyn de poder sea mantenida o restablecida (segъn la нndole de la agresiyn o ataque que en los hechos padezca su titular), sino tambiўn, para que se instaure, cuando el pretensor invoca una causa o motivo que lo legitiman en tal sentido.

Asн, quien tiene derecho a la posesiyn o tenencia de una cosa, pero aъn no las consiguiy, no puede tomarlas por las vнas de hecho, sino solamente acudiendo a las de derecho.

Empero, existe una diferencia sustancial respecto de la situaciyn en que se encuentre el interesado.

Si se trata de adquirir la relaciyn de poder con la cosa, nunca puede acudirse a la justicia por mano propia para procurбrsela, debiendo instar en cambio, las acciones pertinentes para lograr la entrega efectiva de lo que le corresponde.

En cambio, quien ya estб en la posesiyn o tenencia de un objeto determinado, sin perjuicio de poder impetrar las acciones posesorias, excepcionalmente puede acudir a la legнtima defensa extrajudicial, para mantenerlas o recuperarlas, frente a un ataque o agresiyn infundados, cuando la intervenciyn de la autoridad judicial o policial llegarнan tarde para evitar el daco (conf. art. 2240).

2. La legitimaciyn activa

El precepto se refiere a los que tienen un "tнtulo" a la posesiyn o tenencia de una cosa que aъn no les ha sido entregada en tal condiciyn.

Por ende, no se trata propiamente de poseedores o tenedores, sino mбs bien, de acreedores de una prestaciyn de dar, es decir, titulares de un derecho creditorio.

Asн, la expresiyn tнtulo debe tomarse en un sentido sustancial y no formal, como aludiendo al acto o negocio causal del cual se derive la mentada obligaciyn.

Pueden revestir esta calidad, tanto un contrato de compraventa, permuta o donaciyn inmobiliarios bajo la forma de escritura pъblica (v.gr. tнtulo suficiente), como un boleto de compraventa, un contrato de locaciyn o comodato relativos a esas cosas pero extendidos por instrumento privado.

Una vez obtenida la relaciyn de poder, si el pretensor cuenta ademбs con un tнtulo suficiente en los tўrminos del art. 1892, adquiere sobre la cosa, el derecho real pertinente, como sucede con los poseedores legнtimos, que tienen derecho de poseer la cosa.

Queda claro, entonces, que los que activen las vнas legales de marras, pueden no ser titulares de derechos reales que se ejerzan por la posesiyn de las cosas.

3. Las vнas legales para obtener las relaciones de poder con las cosas

He aquн, por tanto, las vнas legales a que pueden acudir los interesados, en estas lides:

a) La acciyn personal derivada del acto o contrato por el cual se deba entregar la cosa en posesiyn o tenencia.

Esta acciyn por cumplimiento de contrato, tramitarб por juicio ordinario o sumario, segъn lo dispongan las leyes de procedimientos.

b) Si el negocio causal se refiere a la transmisiyn en propiedad de un inmueble, estб formalizado por escritura pъblica y dicho objeto estб en manos de un tercero, el adquirente puede a estos fines impetrar la acciyn real de reivindicaciyn.

Esta soluciyn ha sido consagrada por la jurisprudencia y estб arraigada en nuestro medio, en el entendimiento que las acciones reales se ceden expresa o implнcitamente con el otorgamiento del tнtulo suficiente, si el transmitente no hace expresa reserva de aquўllas en ese acto.

Y el Cydigo Civil y Comercial no contiene disposiciyn alguna en sentido contrario a esta soluciyn.r Por cierto que si el objeto estб en poder del enajenante, cuadra esgrimir la acciyn personal por cumplimiento de contrato.

c) Si bien las leyes procesales indican como opciyn o remedio para estos casos iniciar el interdicto de adquirir, dicha alternativa es de imposible aplicaciyn en el medio, por las exigencias que se disponen en la materia.

En efecto, se requiere que nadie tenga tнtulo sobre la cosa que constituye el objeto del interdicto (en rigor, si es inmueble, ante la falta de dueco conocido, corresponde al Estado; si es mueble, por carecer de dueco o haber sido abandonada por їste, se obtiene por su sola aprehensiyn sin necesidad de acudir a vна procesal alguna) y que nadie se encuentre en la posesiyn o tenencia efectivas de ella (por lo antes indicado, si es un inmueble, siempre habrб poseedor; si es mueble, ante su ausencia, se adquiere por apropiaciyn).

III. Jurisprudencia

1. El comprador de un inmueble, a quien se le ha otorgado la pertinente escritura traslativa de dominio, puede, aъn antes de la tradiciyn de la cosa, ejercer la acciyn reivindicatoria contra el tercero poseedor de la misma (CNCiv. en pleno, 11/11/1958, LA LEY, 92-463).

2. La doctrina segъn la cual la acciyn reivindicatoria puede ser intentada por el adquirente a pesar de no haber obtenido la posesiyn de la cosa, en el carбcter de cesionario implнcito o expreso de dicha acciyn, sylo juega cuando el objeto cuya

posesiyn se pretende se encuentra en poder de terceros, pero no cuando es tenido por el enajenante, pues en este caso el actor sylo ostenta un derecho personal a obtener la entrega de la cosa en virtud de su tнtulo, de modo que contra el enajenante ъnicamente podrнa dirigir la acciyn derivada de ese tнtulo (CSJN, 3/4/1986, ED, 124-158).

Art. 2240.— Defensa extrajudicial. Nadie puede mantener o recuperar la posesiyn o la tenencia de propia autoridad, excepto cuando debe protegerse y repeler una agresiyn con el empleo de una fuerza suficiente, en los casos en que los auxilios de la autoridad judicial o policial llegarнan demasiado tarde. El afectado debe recobrarla sin intervalo de tiempo y sin exceder los lнmites de la propia defensa. Esta protecciyn contra toda violencia puede tambiйn ser ejercida por los servidores de la posesiyn.

I. Relaciyn con el Cydigo Civil. Fuentes del nuevo texto

Se reproduce, con mayor precisiyn la soluciyn consagrada en el art. 2470 del Cyd. Civil, habilitбndose asн la defensa privada y extrajudicial de las relaciones de poder, en casos excepcionales.

II. Comentario

1. El principio general

Como ya se anticipy, el legislador prohнbe la justicia por mano propia para resolver los conflictos suscitados entre particulares, e incluso, entre ellos y el Estado.

Empero, se consagra la excepciyn a esa regla, acogiйndose entonces la defensa privada y extrajudicial de las relaciones de poder, que implica, ni mбs ni menos, contestar a una agresiyn con otra (v.gr. reprimir con violencia, la violencia ajena).

Se trata de una soluciyn de carбcter especial y el legislador indica claramente las circunstancias en las que es factible acudir a las vнas de hecho para resguardar las relaciones en jaque.

Por ende, su aplicaciyn improcedente harб responsable a quien la esgrima no solo por los dacos y perjuicios ocasionados, sino que tambiйn podrб ser sujeto pasivo de las acciones posesorias que presente el sujeto lesionado.

Amйn de ello, si la actuaciyn del caso encuadra en alguna de las figuras tipificadas por las leyes penales, deberб tambiйn responderse en esa instancia.

2. La legitimaciyn activa

Esta defensa se concede por igual a poseedores de cualquier clase (aъn los ilegнtimos, de mala fe y viciosos), a los tenedores y a los servidores de la posesiyn.

De esta manera, se mantiene el esquema propuesto por el Cydigo velezano, que alude de modo genйrico al "hecho" de la posesiyn (es decir, al *corpus* posesorio) y que por ende, involucra por igual a todos los sujetos indicados.

3. La legitimaciyn pasiva

La defensa extrajudicial puede aplicarse respecto de todo aquel que proceda de manera violenta (fнsica o moral) e instantбnea, por lo que se excluye su aplicaciyn si la turbaciyn o el desapoderamiento se pretenden concretar de manera clandestina o por abuso de confianza.

La agresiyn que la motiva, debe ser ilegнtima, por lo que no serб pertinente esgrimirla, frente a la ejecuciyn de una orden judicial o administrativa tomada en debida forma (v.gr. de lanzamiento, clausura y desocupaciyn de un local comercial, etc.).

El ataque que motiva semejante reacciyn, ademбs, debe estar encaminado a provocar el desapoderamiento o turbaciyn del titular de la relaciyn real. Asн, la mera ruptura del vidrio de una ventana, por sн solo, no amerita el empleo de este remedio.

fcs14. **Los requisitos para el ejercicio de la defensa extrajudicial**

Del precepto se infieren tres recaudos, a saber:

a) Su aplicación se circunscribe a los casos en que el auxilio de la autoridad judicial o policial (es decir, la autoridad pública local competente en estas lides) llegaría tarde para impedirla.

Se trata de una cuestión de hecho (lugar y hora donde ocurre el ataque, distancia a la comisaría más cercana, etc.) que será evaluada, a la postre, en sede judicial.

b) No debe mediar intervalo de tiempo entre el ataque y la defensa.

Es decir, se trata de una reacción inmediata a la agresión sufrida, puesto que debe existir unidad de tiempo y de acción entre el ataque y la defensa.

De aquí que se excluya la posibilidad de aplicar este remedio frente al desapoderamiento clandestino, pues una vez consumado y llegado a conocimiento del poseedor o tenedor, éstos deben acudir a las vías legales para instar su recuperación.

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

Es otra cuestión de hecho que será evaluada *a posteriori* en el proceso judicial, atendiendo igualmente a lo previsto por el art. 34 del Código Penal.

III. Jurisprudencia

1. Para que se aplique el art. 2470 es menester: a) agresión violenta, que se turbe al poseedor o que se le prive de la cosa por la fuerza. La clandestinidad no da lugar en nuestro derecho a la defensa privada. El usurpador de esta última categoría está libre de la reacción del desposeído, quien ya no podrá emplearla de un modo legítimo; b) reacción inmediata, sin intervalo de tiempo, formando con el ataque una unidad temporal; c) imposibilidad de que intervenga el poder público (para evitar caer en la regla que prohíbe hacer justicia por mano propia); d) defensa adecuada, que el agredido no debe exceder los límites de la propia defensa para mantener o recuperar

la posesión (SC Mendoza, sala 2ª, 29/09/1992, Lexis Nº 16/1007).

2. El locatario o cualquier detentador, pueden repeler mediante la defensa extrajudicial, la ocupación violenta de la cosa, aún por el mismo dueño (CNCiv,. sala C, 20/12/1961, LA LEY, 106-322).

3. Cualquier lugar de la Capital Federal no es territorio donde pueda ser considerado que la justicia y sus auxilios pueden llegar demasiado tarde (CNCiv., sala B, 28/6/1979, ED, 85-455).

4. No procede hacer lugar a la aplicación de la llamada defensa extrajudicial de la posesión si la demandada fue excluida de la tenencia de la vivienda y cuando se reintrodujo había transcurrido un tiempo más que prudencial para ejercerla (CApel. Concepción del Uruguay, sala Civ. y Com., 8/3/1994, DJ, 1994-268).

5. El imputado, procediendo en defensa de su tenencia ilegítimamente atacada, no empleó un medio razonable al valerse de un arma de fuego que no guardaba proporción con el ataque del que había sido objeto, consistente en la introducción por la fuerza de animales en su campo (SCBA, 23/6/1959, AyS, 1959-II-439).

6. Actuó con exceso en la defensa quien fue agredido en su derecho al descanso, al de no ser ofendido, al de preservar la intimidad de su morada y de su propia integridad física sin que haya sido provocador del hecho y, ante la existencia de un peligro actual e inminente que legitima la necesidad de obrar para repeler la conducta persistentemente hostil de la víctima, infirió golpes con un hierro a su atacante, que fueron excesivos (SCBA, 3/12/1988, AyS, 1988-IV-580).

Art. 2241.— Acción de despojo. Corresponde la acción de despojo para recuperar la tenencia o la posesión a todo tenedor o poseedor sobre una cosa o una universalidad de hecho, aunque sea vicioso, contra el despojante, sus herederos y sucesores particulares de mala fe, cuando de los actos resulte el desapoderamiento. La acción puede ejercerse aun contra el dueño del bien si toma la cosa de propia autoridad.

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

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

Art. 2242.— Acción de mantener la tenencia o la posesión. Corresponde la acción de mantener la tenencia o la posesión a todo tenedor o poseedor sobre una cosa o una universalidad de hecho, aunque sea vicioso, contra quien lo turba en todo o en parte del objeto.

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

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

I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto

Los preceptos en análisis, son el eje central de las defensas posesorias.

En el régimen del Código Civil, de manera más o menos precisa (especialmente después de la reforma de la ley 17.711), se estableció un régimen dual para la protección de la posesión.

Así, frente a los actos de turbación, el afectado puede esgrimir la acción policial de manutención, en tanto sea poseedor o tenedor interesado (art. 2469), o bien la acción posesoria *stricto sensu* de mantener, que se brinda solamente para los poseedores calificados —anuales y con posesión pública, pacífica, continua e ininterrumpida— (arts. 2487, 2495 y 2496).

Ante el despojo, se despliegan dos remedios equivalentes: la acción policial de despojo, para todos los poseedores y los tenedores interesados, pero con efectos reipersecutorios acotados (arts. 2490 a 2494) y la acción posesoria *stricto sensu* de recobrar, solo para los mentados poseedores calificados, y con efectos reipersecutorios amplios (art. 2487).

A este doble esquema se suman con las mismas implicancias, las acciones de obra nueva, que pueden significar una turbación o un despojo, según el lugar donde se comience a realizarlas (arts. 2498 y 2499) y la denuncia de daño temido, que supone un perjuicio potencial pero aún no efectivo (art. 2499 II parte).

El Código Civil y Comercial en tren de simplificar y agilizar el régimen precedente postula la regulación de una sola acción posesoria para la turbación y otra para el desapoderamiento, con legitimación activa amplia, para poseedores y tenedores por igual (en el primer caso, sin ninguna calificación), en las que encuadra la hipótesis especial del ataque a través de la erección de una obra nueva, como también la actividad que pueda generar un daño potencial.

Es decir, reemplaza al dualismo por el monismo, pues en última instancia, lo que importa no es ofrecer al particular un amplio abanico de defensas, con distintos recaudos subjetivos y objetivos para su promoción, sino una respuesta pronta y efectiva frente al atentado a la relación de poder: la restitución o la manutención de la posesi

'f3n o la tenencia.

Como se expresa en los Fundamentos: "...la normativa debe existir para actuar en una sociedad moderna, rápidamente, a fin de restablecer la situación fáctica violentada. Sin dejar ninguna situación desprotegida, debe prevalecer lo práctico sobre lo académico".

En este sentido se ha seguido lo dispuesto por los arts. 2191 y 2192 del Proyecto de Código Civil de 1998, que consagran una sola acción para cada una de las lesiones indicadas.

II. Comentario

1. La legitimación activa

De manera simétrica, los dos preceptos disponen una legitimación activa amplia para el ejercicio de las defensas posesorias, que se conceden, así, a todos los poseedores (aun los viciosos), y a los tenedores.

Se extiende esta tutela a los titulares de concesiones y permisos sobre los bienes de dominio público del Estado, cuando son despojados o se los molesta en su relación de poder con dichos objetos por terceros.

Igualmente, cuando el ataque procede de la propia autoridad administrativa, *manu militari* y de manera arbitraria (v.gr. si no revoca previamente la concesión por causa de utilidad pública e indemniza a su titular).

De este modo, sólo quedan fuera de estos resguardos los servidores de la posesiónchn, que como ya se dijo, solamente pueden acudir a la defensa extrajudicial en los casos de excepción en que ello resulta posible, para repeler fuerza con fuerza.

2. La legitimación pasiva

Respecto del alcance de estos remedios procesales, corresponde distinguir.

Si se trata de la acción de despojo, ella procede contra el autor del hecho y sus cómplices, sus herederos universales y los sucesores particulares de mala fe (si son varios, en verdad la acción debe incoarse respecto de los que tengan la cosa en su poder al momento del reclamo), e incluso contra el dueño mismo del objeto motivo del pleito, si lo toma de propia autoridad excluyendo al demandante de su relación de poder (excepción hecha del caso de la defensa extrajudicial).

Por ende, si el sucesor singular ostenta buena fe, es decir, si desconoce los orígenes mismos de la relación de poder y los medios por los cuales fue habida por sus antecesores, no puede ser alcanzado por sus efectos.

No obstante ello, la solución en análisis debe coordinarse con otras directivas del Código Civil y Comercial, por lo que la onerosidad o gratuidad de la adquisición de la relación de poder no es totalmente indiferente, al menos en el juicio petitorio.

En efecto, respecto de cosas muebles no hurtadas o perdidas, su obtención a título oneroso y de buena fe, implica, *ipso facto*, su adquisición en propiedad.

Por ende, en estas lides no procede la acción real de reivindicación, que sí corresponde si la mentada adquisición se deriva de acto gratuito.

En el juicio posesorio, en cambio, alcanza para repeler el reclamo la buena fe del poseedor actual contra quien se dirija la acción.

Si se trata de la acción de mantener, ésta se endereza contra el autor de la turbación, por lo que no existen, en esta instancia, en sentido estricto, "sucesores particulares" de aquél.

Por consiguiente la acción de marras sólo prospera contra el agresor, sus copartícipes y los herederos de ellos, si es que persisten en la misma actitud de sus antecesores y continúan atacando al actor, todo lo que justifica la apertura del pleito posesorio.

3. Las lesiones que habilitan la instancia posesoria

Respecto de la turbación y el desapoderamiento, se remite a lo expuesto en el comentario al art. 2238.

Corresponde aquí estudiar, dos casos puntuales como son la ejecución de obras (que puede encuadrar en las dos variantes de la agresión a la relación de poder), y el daño temido (que se vincula al régimen general, como una modalidad más de los actos de turbación).

3.1. La ejecución de obras

A diferencia del Código velezano que se refiere a la figura como "obra nueva que se comenzara a hacer en inmuebles", los preceptos en estudio sólo aluden a las obras a secas.

Con lo cual, se contempla la posibilidad que éstas se ejecuten en toda clase de objetos, y no solamente en los inmuebles (que es la hipótesis que se presenta a menudo en la práctica)

Además, que no deben ser indefectiblemente "nuevas", de modo que están incluidas tanto las que comienzan a ejecutarse como la remodelación o alteración de las preexistentes.

La expresión obra debe también entenderse en un sentido amplio, compresivo de las construcciones, edificaciones, plantaciones y mejoras e igualmente de su demolición o destrucción.

Si la ejecución de la obra se realiza en objetos del actor, se ajusta al esquema de la acción de despojo; en cambio, si se practica en o desde objetos ajenos, se perfila como una modalidad de la acción de mantener.

El actor puede impetrar su reclamo, en cualquiera de sus dos variantes, sea por el comienzo efectivo de la obra o bien ante la certeza de su futura realización, pues a estos efectos, alcanza con invocar y probar una posible amenaza de daño de carácter cierto y concreto a su relación de poder con un objeto determinado.

Como la ejecución de las obras se engloba en el esquema de las defensas posesorias comunes, si ya está concluida, ello no obsta a la prosecución de la causa.

En cambio, en el Código velezano, ante ese acontecimiento, la acción de obra nueva debe trocarse en acción de manutención o de recobrar según el lugar donde hubiera sido erigida.

En nada afecta para esgrimir esta defensa el hecho de haber obtenido el ejecutor la autorización pertinente de la autoridad de contralor de la demarcación, la aprobación de los planos correspondientes o la apertura y trámite de expedientes de construcción.

La finalidad de este remedio, en cualquiera de sus dos alternativas es la sus-

pensión del comienzo o continuación de la ejecución de la obra molesta durante la tramitación del juicio, y la restitución de las cosas al estado inicial, con la consiguiente remoción, supresión o demolición de lo hecho hasta entonces en perjuicio del actor, todo ello, por cierto, a costa de la parte vencida.

Empero, el juez puede evaluar si no existe alguna otra alternativa en el caso concreto, atento a que la destrucción de lo ejecutado implica por regla, la pérdida de valores económicos importantes.

Además, no pueden ampararse por esta vía conductas abusivas del supuesto damnificado, quien permanece inactivo hasta el momento en que la obra está pronta en concluir, para recién entonces presentar su reclamo en sede judicial.

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

3.2. La denuncia por daño temido

Se trata de un caso especial de turbación en las relaciones de poder (el art. 2242 la designa como "la amenaza fundada de sufrir un desapoderamiento").

Su diferencia con el caso anterior es que acá no hay una actividad en curso (o que se esté gestando) de la cual se puede derivar un ataque (real o potencial) a la posesión o tenencia de una cosa.

Por el contrario, se trata de una situación de hecho preexistente que se pretende modificar o remover, para evitar, de esta manera, que se produzca un daño.

En otros términos, cuando se esgrime la acción de mantener con este argumento, es porque la cosa que puede producir el daño ya existe, sin que su propietario (poseedor, tenedor o representante), haya efectuado (o pretenda ejecutar) ningún cambio en ella.

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

Las consecuencias de la deducción de esta variante de la acción de mantener, en caso de prosperar, significarán que se arbitren los medios que resulten necesarios para conjurar el peligro (v.gr. reparación de las construcciones, remoción de sus accesorios en mal estado de conservación, poda o tala de árboles y arbustos, traslado de maquinarias o vehículos, etc.), tareas que estarán a costa y cargo de la parte demandada.

4. Los efectos de la sentencia

ch ***DE MANERA EQUIVALENTE, EN AMBAS NORMAS SE INDICA QUE DE TENER FAVORABLE ACOGIDA LA PRETENSIÓN POSESORIA, EL JUEZ ORDENARÁ EL CESE DE LOS ACTOS DE TURBACIÓN (DIRECTIVA QUE PUEDE SIGNIFICAR, ADEMÁS, LA PARALIZACIÓN DEFINITIVA DE UNA OBRA, O LA OBLIGACIÓN A CARGO DEL PERDEDOR DE EFECTUAR LAS REPARACIONES PERTINENTES PARA EVITAR QUE SE CONSUMEN LOS DAÑOS TEMIDOS POR EL ACTOR) O LA RESTITUCIÓN DEL OBJETO AL PRETENSOR, EN LA CONDICIÓN INVOCADA —POSEEDOR O TENEDOR—, LA REMOCIÓN DE OBRAS MÁS EMPLAZADAS, ETC.***

EN SUMA, SE TRATA DE VOLVER LAS COSAS AL ESTADO ANTERIOR AL ATAQUE, A LO QUE HAY QUE AÑADIR, POR CIERTO, LA INDEMNIZACIÓN DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS OCASIONADOS AL DEMANDANTE.

LOS EFECTOS DEL DICTAMEN HACEN COSA JUZGADA EN SENTIDO MATERIAL (COMO SUCEDE CON CUALQUIER OTRA SENTENCIA EMANADA DE AUTORIDAD COMPETENTE), EN EL ÁMBITO DE LA MATERIA DISCUTIDA (LA RELACIÓN DE PODER Y SUS CONSECUENCIAS).

POR ENDE, DICHA EFICACIA NO SE EXTIENDE A UN POSTERIOR JUICIO PETITORIO, DONDE SE ELEVE LA DISCUSIÓN A LA EXISTENCIA Y TITULARIDAD DE LOS DERECHOS REALES SOBRE LOS OBJETOS MOTIVO DE LA CONTIENDA INICIAL.

III. Jurisprudencia

1. Bienes de dominio público

Las cosas que forman parte del dominio público del Estado no pueden constituir el objeto de las acciones posesorias, principio que no resulta invalidado ni siquiera en el supuesto de admitirse defensas posesorias derivadas de relaciones nacidas del ejercicio de derechos reales administrativos como la concesión y el permiso (CSJN, 3/12/1987, AP, 2/26342).

2. Acción de mantener

2.1. En la acción judicial de manutención la legitimación activa la ostentan los poseedores de cualquier clase (anuales o no, viciosos o no) y tenedores (interesados o desinteresados) y debe dirigirse contra el autor de la turbación o sus sucesores mientras subsista la turbación con el objeto de hacerla cesar protegiendo el corpus sobre muebles o inmuebles (CCiv. Com. Minas Paz y Trib. Mendoza, sala 4ª, 21/10/2005, Lexis Nº 33/13650).

2.2. En la acción de mantener la posesión, la legitimación activa corresponde a quien tiene la cosa con la intención de someterla al ejercicio de un derecho de propiedad, y la pasiva al autor de la turbación (CCiv. Com. Trab. y Cont. Adm. Villa Dolores, 12/2/2007, LNC, 2007-12-1096).

3. Obra nueva

3.1. Habrá turbación en la posesión cuando por una obra nueva que se comenzara a hacer en inmueble que no fuese del poseedor, sean de la clase que fueren, la posesión de éste sufriere un menoscabo que cediera en beneficio del que ejecuta dicha obra (CNCiv., sala I, 2/9/2004, Lexis Nº 1/70014188-2).

3.2. La protección posesoria en nuestro Código Civil se produce de dos maneras: una extrajudicial y otra judicial; y esta última se gestiona y obtiene ante la autoridad judicial, por medio de las acciones posesorias. Una de estas acciones posesorias es la de obra nueva, que se da en protección del poseedor cuando se comenzare a hacer una obra nueva en inmuebles que no fueren del poseedor y que como consecuencia la posesión de éste sufriere un menoscabo que cediese en beneficio del que ejecuta la obra nueva o que existiese posibilidad de daño que amenace a sus

bienes. Esta acción exige en todos los supuestos que se trate de un trabajo comenzado y no terminado, pues como la finalidad perseguida por ella es que se suspenda el trabajo y en definitiva sea destruido, si hubiere lugar a ello, debe tratarse forzosamente de una obra iniciada y no concluida (CCiv. Com. Minas Paz y Trib. Mendoza, sala 4ª, 8/9/1986, Lexis Nº 33/12438).

4. Daño temido

La procedencia de la acción de daño temido intenta evitar los daños que trae aparejados una obra nueva, por lo cual son requisitos necesarios para su procedencia: la existencia de una obra nueva, y producto de dicha construcción la potencialidad de un perjuicio de carácter concreto y cierto, de suficiente envergadura que justifique una acción preventiva (CCiv. y Com. Córdoba, sala 5ª 20/3/2007, Lexis Nº 1/1019634).

5. Efectos de la sentencia

Resulta ser una posición pacíficamente aceptada tanto por esta Corte como por el más alto tribunal de la Nación, que corresponde atribuir el carácter de definitivas a las decisiones que, si bien no ponen fin al31505 pleito en cuanto a la controversia de fondo que se debate, causan un gravamen de imposible o insuficiente reparación ulterior. Así, teniendo en cuenta el objeto de la acción entablada, esto es, la recuperación de la posesión perdida, la sentencia recaída en tales procesos hace cosa juzgada respecto de la posesión en sí misma, mas no resuelve de manera final el derecho que puede asistir a las partes, materia ésta que podrá ventilarse en instancia ordinaria autónoma. En el caso, habiendo sido vencido en el posesorio, puede el quejoso promover el correspondiente juicio petitorio —una vez que hubieran sido plenamente satisfechas, claro está, las condenaciones pronunciadas contra él— (CS Santa Fe, 25/10/2006, Lexis Nº 18/28024).

Art. 2243.— Prueba. Si es dudoso quién ejerce la relación de poder al tiempo de la lesión, se considera que la tiene quien acredita estar en contacto con la cosa en la fecha, más próxima a la lesión. Si esta prueba no se produce, se juzga que es poseedor o tenedor el que prueba una relación de poder más antigua.

I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto

La fuente de inspiración de la primera parte del precepto es el art. 2195 del Proyecto de Código Civil de 1998.

La segunda parte de la norma, en cambio, sigue las directivas del art. 2471 del Cód. Civil.

II. Comentario

La prueba en el juicio posesorio

En todos los procesos instados a partir de las acciones posesorias, el actor debe justificar su relación de poder con la cosa motivo del pleito (posesión o tenencia), y también la lesión inferida a ella (turbación, desapoderamiento).

Por ende, no es pertinente, en principio, la justificación del derecho de poseer, o mejor derecho de poseer, es decir, aportar a la causa los títulos suficientes de los que se deriva que el accionante es dueño o condominio.

Ello así, atento a la marcada separación que existe entre el juicio posesorio y el petitorio, de modo que la prueba que se rinda en el primero, se circunscribe a cuestiones de hecho, en tanto que en el segundo, gira en torno a la titularidad de los derechos reales.

Pero digo "en principio", pues a renglón seguido, el art. 2270 permite incorporar al posesorio la prueba del derecho real (ver su comentario).

El precepto en análisis, se concentra en el caso en el cual resulta dudosa la titularidad de la relación de poder sobre la cosa motivo del pleito. Esto es, de la prueba rendida, no surge con exactitud, cuál de los dos contendientes era el que revestía la calidad de poseedor (o tenedor), al momento de la agresión que dio origen a la causa judicial (v.gr. porque ambos han ejercido actos posesorios sobre dicho objeto de manera continua y han intentado excluirse el uno al otro, sin mayor éxito).

He aquí un ejemplo: dos personas ejercen sobre un fundo no cercado, de manera simultánea actos posesorios (v.gr. pastoreo de animales, siembra, plantación y recolección de frutos) y en un momento dado, uno de ellos lo cerca totalmente, por lo que excluye a su congénere, quien entonces insta la acción posesoria por desapoderamiento.

En estas circunstancias, el legislador se inclina a favor de quien acredita estar en contacto con la cosa a la fecha más próxima a la lesión, o, en su defecto, a aquel que pueda acreditar mayor antigüedad en su relación de poder.

A estos efectos, como se anticipó, bien pueden incorporarse a la causa los títulos de los que se derive la relación real que pretende ostentar el litigante, que a esos fines probarán en torno a su fecha y extensión, según dispone el art. 1914.

Si esto tampoco fuera suficiente a los fines de dilucidar quién ejerce en los hechos la relación de poder, el juez asioch, lo indicará, quedando por tanto, expedita la vía petitoria, si alguna de las partes tiene derecho de poseer, es decir, es titular de un derecho real sobre la cosa motivo del juicio.

Con lo cual, en esta instancia se solucionará el conflicto, de acuerdo a la regla del art. 2471 del Código velezano, en el sentido que prevalecerá quien tenga derecho de poseer o mejor derecho de poseer la cosa.

III. Jurisprudencia

1. Al ser la posesión un hecho, el poseedor posee porque posee, su posesión es independiente de todo derecho y de todo título. No obstante ello si resulta imposible establecer cual ha sido el último estado de la posesión, es decir, quien era el último poseedor, existe una presunción en favor del poseedor más antiguo, es decir, del que primero haya entrado en posesión de la cosa; y si no se puede definir de este modo la cuestión, existe una nueva presunción a favor del único que tenga derecho de poseer, o mejor derecho si ambos lo tienen (CCiv. y Com. Santiago del Estero, sala 2ª, 11/10/1995, Lexis Nº 19/5456).

2. En el ámbito de las acciones posesorias, cuando la disputa lo es en torno a la

existencia de distintas posesiones, el debate debe versar sobre la posesión —ius possessionis— y no sobre el derecho a poseer —ius possidendi—, por lo cual cabe prescindir en principio del título que pueda o no respaldar la posesión, pudiéndose recurrir al examen del derecho o del mejor derecho de poseer cuando existan dudas sobre quién era el poseedor en el momento del ataque, juzgándose en éstos que tiene la posesión quien probare la más antigua (porque se presume que ha persistido en ella); y recién al no poder determinarse tal extremo se recurrirá al estudio del derecho a poseer o (si a ambas partes las asiste) al mejor derecho de poseer; debiendo también señalarse que lo decidido en el posesorio acerca del derecho o mejor derecho de poseer no obsta a su consideración en el eventual juicio posterior, a cuyo efecto no hará cosa juzgada (C2ª Civ. y Com. La Plata, sala 3ª, 26/12/2006, BA, B354585).

Art. 2244.— Conversión. Si durante el curso del proceso se produce una lesión mayor que la que determina la promoción de la acción, el afectado puede solicitar su conversión en la que corresponde a la lesión mayor, sin que se retrotraiga el procedimiento, excepto violación del derecho de defensa en juicio.

I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto

El precepto en análisis, incorpora a la legislación de fondo una solución que está consagrada por las leyes procesales que contemplan los interdictos, disponiendo que si durante el curso del interdicto de retener se produce el despojo, la acción continúa como interdicto de recobrar, sin retrotraer el proceso al principio, en cuanto fuera posible (conf. art. 617 CPCCN).

El Código Civil y Comercial generaliza esta cuestión, sin aludir o identificar la regla propuesta con caso alguno, inspirándose en lo dispuesto por el art. 2196 del Proyecto de Código Civil de 1998.

II. Comentario

La posibilidad de convertir la acción posesoria

0 Siguiendo las soluciones vigentes en las leyes adjetivas de algunas demarcaciones, se postula a petición del damnificado la posibilidad de convertir la acción posesoria esgrimida en otra diferente, si durante su sustanciación se agravan las lesiones sufridas.

En rigor, y como ya se anticipó, esta directiva será operativa especialmente cuando los actos de turbación, pese al inicio del juicio posesorio, logren su cometido, cual es la exclusión absoluta del actor de la cosa motivo del pleito. Ello así, porque los actos turbatorios implican en la mayoría de los casos, un desapoderamiento en marcha.

De seguirse la instancia inicial (acción de mantener) y llegar a buen término, con dictamen favorable al pretensor, atento a la mutación producida de la situación de hecho que la justificó, la ejecución de la sentencia será inoperante y de imposible cumplimiento, toda vez que se condenará al accionado a cesar en las molestias, cuando el mismo se ha hecho con la posesión definitiva de la cosa.

Por ende, cabe en estas circunstancias y antes de obtener el dictamen judicial, rogar que se convierta la petición de marras en acción de despojo, para lograr así una sentencia con visos de ejecución y cumplimiento posibles en el caso concreto.

Ello así, sin necesidad de retrotraer la instancia procesal o desistir de un proceso y comenzar *ipso facto* otro, con distinto objetivo, lo que evidentemente provocaría más demoras y dilaciones en la tramitación y solución del conflicto, agravando los perjuicios del demandante.

Por cierto que en estas lides el actor deberá acreditar el desapoderamiento, para impetrar dicho cambio y, de concederse, no debe menoscabar el derecho de defensa en juicio de las partes involucradas.

Art. 2245.— Legitimación. Corresponden las acciones posesorias a los poseedores de cosas, universalidades de hecho o partes materiales de una cosa.

Cualquiera de los coposeedores puede ejercer las acciones posesorias contra terceros sin el concurso de los otros, y también contra éstos, si lo excluyen o turban en el ejercicio de la posesión común. No proceden estas acciones cuando la cuestión entre coposeedores sólo se refiere a la extensión mayor o menor de cada parte.

Los tenedores pueden ejercer las acciones posesorias por hechos producidos contra el poseedor y pedir que éste sea reintegrado en la posesión, y si no quiere recibir la cosa, quedan facultados para tomarla directamente.

I. Relación con el Código Civil y Fuentes del nuevo texto

El precepto realiza algunas precisiones respecto del objeto de las acciones posesorias, que por regla serán una o varias cosas, o bien partes materiales de ellas.

Asimismo, considera el caso especial de la coposesión, cuando la agresión procede de otro congénere, o de un tercero ajeno a la relación de poder, siguiendo, en este sentido, la solución consagrada por el art. 2489 del Código Civil, aunque ajustando su terminología (la norma citada se refiere al "copropietario", el precepto en análisis, a los "coposeedores", evidenciando que en el caso, se trata de una regla dispuesta para cuestiones de hechos y no de derechos).

Finalmente, se considera el caso especial del tenedor como legitimado activo de las defensas posesorias.

yphpar0**II. Comentario**

s231. El objeto de las acciones posesorias

Las acciones posesorias están encaminadas a defender las relaciones de poder (posesión o tenencia), que se establecen con las cosas, sean éstas muebles, muebles registrables o inmuebles.

La norma admite también, la posibilidad de entablar las defensas para recobrar o exigir el cese de las molestias respecto de partes materiales de ellas.

En cuanto a las universalidades de hecho (libros de una biblioteca; animales de un rebaño, abejas de una colmena), esto es, conjunto de cosas, pueden ser recobradas en tal condición, sin que sea menester hacerlo una por una, en la medida que todas y cada una de ellas correspondan en los hechos al mismo titular de la relación de poder (poseedor o tenedor).

2. La legitimación activa

Las defensas posesorias se conceden con suficiente amplitud, como para que todos los titulares de las relaciones de poder (con independencia de sus cualidades) tengan protección adecuada frente a las diversas lesiones que en los hechos puedan sufrir.

Esto así, con la única excepción de los servidores de la posesión, que sólo cuentan con la defensa extrajudicial y que, por ende, en los demás casos deberán poner en conocimiento del poseedor el ataque que padecen en su relación con las cosas, para que sea éste quien active, en su caso, el juicio posesorio (el tenedor, en cambio, pese a estar obligado a informar al poseedor de cualquier ataque a la relación de poder, puede ante su inacción, esgrimir las defensas e incluso, obtener la restitución del objeto del que haya sido desplazado, si aquél no quisiera recibirlo).

2.1. El caso especial de las relaciones de poder de sujeto plural

Cuando existen varios titulares de igual relación de poder sobre un mismo objeto (una o varias cosas), que coexisten armónicamente sin excluirse los unos a los otros, hay coposesión o bien, cotenencia, aunque no tengan respaldo en la cotitularidad de derecho real o personal algunos.

Por ende corresponde indagar en estas circunstancias, cómo afrontar un ataque a dicha relación de sujeto plural.

a) Si la lesión proviene de un tercero ajeno a la comunidad de hecho (que como se dijo, puede no ser de derecho), no es menester que todos y cada uno de los cotitulares de la relación de poder insten la vía posesoria, ni que el actor, cuente a estos efectos con la anuencia y autorización de los restantes interesados.

De prosperar la acción, se logrará ora el cese de las molestias, ora la restitución de la cosa en su totalidad, puesto que la relación de poder, se ejerce sobre toda ella (los eventuales acuerdos respecto del uso y goce de aquélla, rigen entre los miembros de la comunidad de hecho, pero no respecto de terceros ajenos, que además pretenden alzarse con ese objeto contra la voluntad de los primeros).

Si el actor es vencido, ese dictamen no hace cosa juzgada respecto de los congéneres que no participaron ni fueron citados al proceso, y a quienes, por tanto, no puede afectarse en su derecho a la libre defensa en juicio.

b) Si el ataque procede de otro coposeedor o cotenedor, la solución ha de ser equivalente.

Por ende, si uno de ellos de manera inconsulta, altera el estado de hecho preexistente o el destino de la cosa objeto de la relación de poder, cercenando los derechos de los demás, puede plantearse la acción posesoria para que terminen dichas actividades y se restablezcan las cosas a su estado inicial, con la indemnización por los daños y perjuicios irrogados en el caso concreto.

Es evidente que el efecto de la sentencia favorable al pretensor no puede significar la total exclusión del vencido de su relación de poder con la cosa.

Si los conflictos entre los coposeedores o cotenedores no se derivan de la ejecución de actos materiales con intenció

lochn de provocar la exclusión de uno o más de ellos de su relación con la cosa, sino a la extensión y condiciones con que deben ejercerse las prerrogativas sobre el objeto común, el tema es ajeno a la tutela posesoria.

En consecuencia, deberán instarse las acciones de corte personal que correspondan (incluso, las derivadas del acto o negocio que dio origen a la entrega de la cosa a los polemistas).

III. JURISPRUDENCIA

1. Siempre ha sido pacífica y uniforme la jurisprudencia de nuestros tribunales en reconocer al condómino facultades para accionar sin el concurso de los demás copropietarios en procura del desahucio del intruso. Así, se ha dicho que cualquiera de los condóminos puede demandar por sí el desalojo de los intrusos que detentan su finca, y que el condómino puede promover el desalojo del intruso sin el consentimiento de los demás copropietarios (CApels. Esquel, 18/9/1995, Lexis Nº 15/4891).

2. El copropietario de un inmueble puede ejercer las acciones posesorias sin necesidad del concurso de los otros copropietarios, y puede hacerlo contra cualquiera de estos últimos que, turbándolo en el goce común, manifieste pretensiones a un derecho exclusivo sobre el inmueble (CNCiv., sala E, 17/4/1996, Lexis Nº 1/39565).

Art. 2246.— Proceso. Las acciones posesorias tramitan por el proceso de conocimiento más abreviado que establecen las leyes procesales o el que determina el juez, atendiendo a las circunstancias del caso.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El precepto en análisis, remite a las normas procesales en lo referente a la reglamentación de las acciones posesorias.

Se replica, en esencia, lo dispuesto por el art. 2501 del Cód. Civil, con la única diferencia que no indica la naturaleza del proceso judicial en que se ventilarán estos remedios (el precepto citado dispone que lo será por la vía sumaria).

En este sentido, se sigue lo dispuesto por el art. 2193 del Proyecto de Código Civil de 1998.

II. Comentario

1. El trámite judicial de las acciones posesorias

El artículo en estudio, remite a las leyes de procedimientos, en todo lo referente al trámite de las acciones posesorias, con la única previsión de que debe aplicárseles en su sustanciación, el proceso de conocimiento más abreviado que admita la norma adjetiva de cada demarcación (por regla será, en la mayoría de los casos, la vía sumarísima, salvo que se disponga expresamente otra solución), o bien, el que determine el juez, atendiendo a las circunstancias del caso.

De esto último se deduce que a pesar de lo fijado por la norma procesal, el magistrado que entiende en la causa, si lo cree pertinente, pueda imprimirle un régimen distinto al establecido en aquélla, a fin de dilucidar con mayor prontitud la cuestión (v.gr. si la norma local dispone el proceso sumario, el juez puede, empero, aplicar las reglas del sumarísimo).

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

2. La relación entre el Código Civil y Comercial y los Códigos Procesales

El Código de fondo, como ya se ha visto, ha simplificado el esquema de las defensas posesorias, suprimiendo la doble batería de acciones posesorias *stricto sensu* (sólo para poseedores calificados, anuales y no viciosos) y policiales (para todos los poseedores y los tenedores interesados) que contempla el Código velezano.

Así, se predica un marcado monismo, que supone admitir una sola defensa para cada agresión (las acciones de despojo y de mantener, que incluyen las posibles variantes de ejecución de obras y daños temidos), para todos los titulares de las relaciones de poder (poseedores y tenedores).

Esto favorece la actividad procesal y la resolución de los casos, ya que el damnificado no tendrá dudas en torno a la vía a utilizar, según la naturaleza del ataque, sin detenerse en calificar o evaluar previamente su relación de poder.

Ahora bien, las leyes procesales, consagran junto con las acciones posesorias (regidas por el derecho de fondo) los interdictos (de adquirir —de escasa aplicación, por lo que ya se dijo—, de retener, de recobrar y de obra nueva), que se sujetan al trámite sumarísimo y que cuentan con una legitimación activa amplia, con lo cual, subsiste el dualismo que el Código Civil y Comercial pretende suprimir en su articulado.

Se trata, entonces, de determinar cómo armonizar ambos cuerpos legales.

En rigor, atento a la simplificación del esquema de las defensas posesorias del Código Civil y Comercial, cuesta poco advertir las similitudes de sus soluciones con las previstas a nivel local para los mentados interdictos (la única diferencia a destacar es que las acciones prescriben al año de la agresión, mientras que los interdictos caducan en el mismo plazo).

De aquí que en los hechos, prácticamente, los últimos sean absorbidos por las primeras, que son las que terminarán prevaleciendo a futuro.

Repárese en el caso puntual de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, cuya norma procesal ha suprimido el juicio sumario (conf. ley 25.488).

Luego, ¿cuál es el proceso más abreviado que existe en esa demarcación?

f47Evidentemente el juicio sumarísimo, que es el que se aplicará para sustanciar un conflicto posesorio.

De aquí que, sea que la defensa se rotule como "acción posesoria", sea que se la designe como "interdicto", en sede procesal, seguirá las mismas reglas, lo que denota a todas luces, la falta de razón de ser de esta doble reglamentación.

En otras palabras, al haberse unificado las defensas posesorias en la legislación de fondo, dotándolas de una legitimación activa amplia (que no excluye ni desampara en los hechos, a ningún titular de las relaciones de poder), parece innecesario que sea la norma adjetiva la que plantee las diferencias (que por otra parte, no son esenciales), a la hora de hacer efectiva su protección.

III. Jurisprudencia

1. Los interdictos y las acciones posesorias se acuerdan para tutelar expeditivamente a quien resulte perturbado de hecho en el ejercicio de sus prerrogativas como poseedor o tenedor de la cosa (CApel. Trelew, sala B, 26/9/2006, Lexis Nº 15/16412).

2. Los interdictos tienden a la defensa de la posesión o tenencia actual, bastando para que proceda, la pérdida clandestina o violenta de la posesión o tenencia; debiendo probar el demandante la posesión de la cosa y la desposesión clandestina o violenta que alega, dentro del plazo legal (CCiv. y Com. Morón, sala 2ª, 30/8/1994, Lexis Nº 1/7715).

Capítulo 2

Defensas del derecho real

Por Ricardo Javier Saucedo

Bibliografía sobre la reforma: Saucedo, Ricardo J., "El estudio de títulos y las transmisiones *a non domino* en materia inmobiliaria en el derecho privado vigente y en el proyectado", JA, 29/5/2013, ps. 3 y ss.; Zelaya, Mario, "Acciones posesorias y acciones reales", en Rivera, Julio C. - Medina, Graciela, *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012.

Bibliografía clásica: Aroguè, Manuel I., "El art. 1051 Código Civil y su influencia sobre el régimen de los derechos reales", LA LEY, 143-1150; Alsina Atienza, Dalmiro, "Retroactividad de la anulación de los actos jurídicos", JA, 1950-II-3; Alterini, Jorge H., "El artículo

1051 del Código Civil y el acto inoponible 4, JA, 1971-641; "Legitimación de las acciones reales", LA LEY, 131-88; ALLENDE, GUILLERMO L., *3Panorama de derechos reales*, La Ley, Buenos Aires, 1967; "Ámbito de aplicación de las acciones reales", LA LEY, 89-794; "Soluciones inarmónicas del Código Civil", LA LEY, 130-917; AREÁN, BEATRIZ, *Tutela de los derechos reales y del interés de los terceros*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1980; "Comentario a los arts. 2756 a 2807", en BUERES, ALBERTO J. - HIGHTON, ELENA I., *Código Civil y normas complementarias. Análisis jurisprudencial y doctrinario*, t. 5 B, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2004; ARRAGA PENIDO, MARIO O., "Acción confesoria", LA LEY, 1982-C, 469; BONO, GUSTAVO A., "Comentario a los arts. 2756 a 2806", en ZANNONI, EDUARDO A. - KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA, *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, t. 11, Astrea, Buenos Aires, 2007; BORDA, GUILLERMO A., "La reforma del Código Civil. Nulidad", ED, 29-737; BORELLA, ALBERTO O., *Régimen registral del automotor*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1993; COLMO, ALFREDO "Reivindicación contra terceros adquirentes", Revista Jurídica y de Ciencias Sociales, t. 34, p. 32; CORNEJO; ATILIO, "Reivindicación entre condóminos", JA,1952-III-23; CORTES, HERNÁN, "Los efectos contra terceros de la nulidad de los actos jurídicos y la reforma de la ley 17.711", LA LEY, 139-909; DASSEN, JULIO J., "Acciones reales. Concepto de acción real en el derecho romano y en el derecho moderno", JA, 1962-III-61; "La acción reivindicatoria: sus límites", Lecciones y Ensayos nro. 6, p. 62; DÍAZ SOLIMINE, OMAR L., *Dominio de los automotores*, Astrea, Buenos Aires, 1994; FERNÁNDEZ GIANOTTI, ERNESTO, "Protección al tercer adquirente de buena fe: limitaciones al efecto de la reivindicación", LA LEY, 50-78; FORNIELES, SALVADOR, "La prueba del dominio en el juicio de reivindicación", JA, 1946-II-3 y 1959-II-470; FORNIELES, SALVADOR,1505 "Reivindicación contra el tercer adquirente de buena fe", JA, 1943-IV-7 y JA, 1959-VI-298; GRECO, ROBERTO E., "El condómino y la acción de reivindicación", LA LEY, 118-941; GUASTAVINO, ELÍAS P., "La protección a terceros adquirentes de inmuebles", JA, 1973-93; GURFINKEL DE WENDY, LILIAN N., *Clasificación de las nulidades frente al art. 1051 del Código Civil*, Depalma, Buenos Aires, 1976; HIGHTON, ELENA I., "Solución a algunos problemas que plantea el art. 1051 del Código Civil", LA LEY, 1980-D, 296; KIPER, CLAUDIO M., "Acción reivindicatoria: legitimación activa y prueba", JA, 1983-IV-328; "La prescripción adquisitiva de cosas muebles y el proyecto de unificación de la legislación civil y comercial", LA LEY, 1988-C, 868; "Comentario al art. 2412", en ZANNONI, EDUARDO A. - KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA, *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, rsid3021317 t. 10, Astrea, Buenos Aires, 2005; LLAMBÍAS, JORGE J., *Efectos de la nulidad y de la anulación de los actos jurídicos*, Perrot, Buenos Aires, 1953 y "Nulidad y terceros de buena fe", LA LEY, 1979-D, 102; MARIANI DE VIDAL, MARINA, "Automotores la buena fe como requisito para la adquisición de su dominio", LA LEY, 1991-B, 1141; MARIANI DE VIDAL, MARINA, "Cuestiones acerca de la legitimación pasiva en la acción reivindicatoria", LA LEY, 143-888; MOISSET DE ESPANÉS, LUIS, *Dominio de automotores y publicidad registral*, Hammurabi, Buenos Aires, 1981; MOLINARIO, ALBERTO D., "Alcance de la reivindicación del condómino y del coheredero contra terceros detentadores", *Estudios de Derecho Civil en homenaje a Héctor Lafaille*, Buenos Aires, 1968, p. 545; "La reivindicación inmobiliaria y el adquirente de buena fe y a título oneroso", ED, 7-195; "Solución dada por la doctrina judicial a un problema de hermenéutica de nuestro Código Civil", LA LEY, 1983-B, 546; MOSSET ITURRASPE, JORGE, *Temas de derecho civil*, Universidad, Buenos Aires, 1980; PICADO, LEANDRO S. y LOIZA, FABIÁN M., "La acción reivindicatoria en materia de automotores", JA, 2001-IV-1110; PRÓSPERI; FÉLIX F., *Régimen legal de automotores*, La Rocca, Buenos Aires, 1997; RAYCES, ALFREDO, "Alcance de la acción reivindicatoria", Revista Jurídica y de Ciencias Sociales, t. 33, p. 369; SALAS, ACDEEL E., "De la acción negatoria", JA, 56-658; "El tenedor frente a la acción de reivindicación", JA, 71-162; SAUCEDO, RICARDO J., en GURFINKEL DE WENDY, LILIAN N., *Derechos reales*, t. II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010; SMAYEVSKY, MIRIAM, "Acciones reales: su ámbito de aplicación", Lecciones y Ensayos, nro. 32, p. 83; SPOTA, ALBERTO G., "Alcance de la reivindicación por el condómino", JA, 1959-I-529; *Sobre las reformas al Código Civil*, Depalma, Buenos Aires, 1969; "El artículo 1051 del Código Civil comprende al denominado acto inexistente", ED, 106-659; "Efectos de la adquisición en venta pública de la cosa mueble robada o perdida que se reivindica", JA, 1954-III-53; "Rescisión de la compraventa y garantía de evicci

'f3n en caso de tratarse de un objeto robado o perdido", JA, 1956-III-613; TRIGO REPRESAS, FÉLIX A., "La nulidad de los actos jurídicos y los terceros adquirentes de inmuebles", Revista Notarial nro. 829, p. 1445; VENINI, JUAN C., "El artículo 1051 del Código Civil y la transmisión *a non domino*", JA, 1982-III-712 y 724; ZANNONI, EDUARDO A., "Reivindicación contra subadquirentes de inmuebles que adquieren de un enajenante *a non domino* (inaplicabilidad del artículo 1051 del Código Civil)", JA, 1982-I-781.

***

SECCIÓN 1ª

DISPOSICIONES GENERALES

Art. 2247.— Acciones reales. Las acciones reales son los medios de defender en juicio la existencia, plenitud y libertad de los derechos reales contra ataques que impiden su ejercicio.

Las acciones reales legisladas en este Capítulo son la reivindicatoria, la confesoria, la negatoria y la de deslinde.

Las acciones reales son imprescriptibles, sin perjuicio de lo dispuesto en materia de prescripción adquisitiva.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Se brinda una definición más precisa de la acción real, reemplazando en lo atinente a su finalidad, las expresiones *hacer declarar* que utiliza el art. 2756 del Cód. Civil, por el término genérico *defender*, que es comprensivo de todas las maneras posibles de tutelar estos poderes jurídicos cuando son vulnerados.

También se suprime de la noción de marras, la mención del efecto accesorio del resarcimiento del daño causado que luce en el citado art. 2756, dado que es una regla de equidad común a todo el ordenamiento jurídico (v.gr. todo aquel que ocasione un perjuicio, está obligado a repararlo).

Se mantiene la enumeración de las acciones reales típicas a que alude el art. 2757 del Cód. Civil, pero añadiendo en tal condición también a la acción de deslinde, siguiendo en esto las premisas del Proyecto de Código Civil de 1998.

A diferencia del Código Civil, que en su art. 4019 enumera algunos supuestos en particular (la acción de reivindicación de la propiedad de una cosa que está fuera del comercio, la acción negatoria para ejerce una servidumbre), el precepto en análisis predica el carácter imprescriptible para todas las acciones reales, excepción hecha de lo dispuesto en materia de prescripción adquisitiva.

La fuente de inspiración del precepto es el art. 2199 del Proyecto de Código Civil de 1998.

fs23II. COMENTARIO

1. El concepto de acción real

En un sentido amplio, acción es el medio con que cuenta el titular de un derecho subjetivo o relación de hecho calificada jurídicamente como valiosa, de reclamar la intervención del órgano jurisdiccional del Estado, a efectos de obtener su recono-

cimiento y protección cuando se los considere de alguna manera lesionados o afectados.

Una clasificación primigenia de las acciones, es la que atiende a la naturaleza del derecho o interés defendidos: si es un derecho personal, la acción será personal; si es un derecho real, la acción será entonces real.

Por regla, los mismos caracteres de los derechos subjetivos, se proyectarán a las acciones previstas para lograr su resguardo.

De aquí que si de acciones reales se trata, contarán con la misma oponibilidad *erga omnes*, que el derecho al que aspiran a proteger, en tanto que las de corte personal, tendrán efectos relativos, en la persona y bienes del sujeto obligado o deudor.

La definición propuesta en el precepto en consideración repara en dos aspectos de importancia, a saber:

a) El objetivo o finalidad que se persigue con su ejercicio, como es la defensa del derecho subjetivo lesionado. No se limita a declarar la existencia de la potestad real en cabeza del actor, sino también, a que cesen los actos que la lesionen en el caso concreto;

b) La protección de los derechos reales se cumple en tres sentidos distintos.

En efecto, en el precepto se alude a tres sustantivos que indican los ataques que pueden padecer las potestades reales: en su *existencia*, en su *plenitud* o en la *libertad* de su ejercicio.

En el primer caso, la conducta lesiva impide al titular del derecho ejercer cualquiera de sus prerrogativas sobre la cosa, puesto que el agresor lo priva de su relación real posesoria (hay despojo).

En el segundo, la persona afectada mantiene la cosa en su poder, pero no puede servirse de ella en toda la extensión de sus facultades y atribuciones. Es decir, no puede ejercitar, en todo o en parte, alguno o algunos de los derechos inherentes a su posesión, como son las servidumbres activas y las restricciones y límites al dominio por razones de vecindad.

En la tercera hipótesis tampoco existe despojo, pero el titular de la potestad real es víctima de distintos actos materiales que causan turbaciones en su vínculo efectivo con la cosa, sea porque el agresor pretende detentar derechos o facultades sobre ese objeto, o bien, porque teniéndolos legítimamente, los ejercita fuera de los límites que han sido establecidos.

2. La enumeración de las acciones reales

Se reconocen tres acciones reales típicas o clásicas, como son la de reivindicación, la confesoria y la negatoria.

Cada una de ellas está orientada a la protección del derecho real, según si se lo afecta en su existencia, en su plenitud o en la libertad de su ejercicio, según dispone el precepto en análisis.

A ellas se suma ahora la acción de deslinde, que sirve para hacer cesar el estado de incertidumbre acerca del lugar exacto por donde debe pasar la línea divisoria entre dos o más fundos contiguos.

3. El carácter imprescriptible de las acciones reales

Dada la identificación que existe entre los derechos reales y los medios para su protección, va de suyo que el sólo transcurso del tiempo no puede afectar ni la existencia misma del derecho ni los remedios consagrados para su defensa, especialmente cuando se trata de derechos reales sobre cosa propia y perpetuos (v.gr. dominio, condominio o propiedad horizontal).

Empero, cabe reparar en la influencia que en el tema tiene el instituto de la prescripción adquisitiva, en sus dos modalidades, la decenal y la vicenal, cuando el accionado invoque este modo para afirmar su señorío sobre la cosa objeto de la litis y repeler así los reclamos del pretensor.

En el primer caso, el demandado esgrimirá la prescripción como excepción, alegando precisamente que los vicios o defectos del negocio que sustenta su derecho sobre la cosa (justo título), se han visto purgados por el transcurso de los diez años que prescribe la ley, complementado con su buena fe, por lo que nada deberá restituir.

La situación es similar en materia de prescripción larga o vicenal, aunque en estas lides, el sujeto pasivo de la acción debería reconvenir por usucapión, para lograr un pronunciamiento judicial que sirva de causa definitiva para detentar la cosa.

III. JURISPRUDENCIA

11. El rasgo que permite diferenciar una acción real de una personal no debe buscarse en el derecho que por medio de ellas se pretende tutelar, sino en el objeto de esas acciones. En las acciones reales se pretende obtener el reconocimiento y mantenimiento del derecho (CS, 9/11/1989, LA LEY, 1990-B, 327).

h2. Las acciones reales son los medios de hacer declarar en juicio la existencia, plenitud y libertad de los derechos reales, con el efecto accesorio, cuando hubiere lugar, de indemnización del daño causa. Probándose que el acto del demandado no importa el ejercicio de un derecho real, aunque el poseedor fuese accidentalmente impedido en la libre disposición de su derecho, la acción si hubo daño causado, será juzgada como meramente personal (SCBA, 3/6/2009, Lexis N° 14/155680).

3. Si el titular dominial con derecho a poseer ha perdido la posesión, puede ejercer la acción reivindicatoria, ya que el dueño no deja de serlo, aunque no ejerza ningún acto de propiedad, a menos que deje poseer la cosa por otro durante el tiempo requerido para que éste pueda adquirir la propiedad por la prescripción (CCiv. y Com. Córdoba, sala 4ª, 14/11/2008, Lexis N° 1/70053931).

Art. 2248.— Finalidad de las acciones reales y lesión que las habilita. La acción reivindicatoria tiene por finalidad defender la existencia del derecho real que se ejerce por la posesión y corresponde ante actos que producen el desapoderamiento.

La acción negatoria tiene por finalidad defender la libertad del derecho real que se ejerce por la posesión y corresponde ante

actos que constituyen una turbación, especialmente dada por la atribución indebida de una servidumbre u otro derecho inherente a la posesión.

La acción confesoria tiene por finalidad defender la plenitud del derecho real y corresponde ante actos que impiden ejercer una servidumbre u otro derecho inherente a la posesión.

Las acciones reales competen también a los titulares del derecho de hipoteca sobre los inmuebles cuyos titulares han sido desposeídos o turbados o impedidos de ejercer los derechos inherentes a la posesión.

I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto

Se determina con mayor precisión el ámbito en que se mueve cada una de las acciones contempladas, partiendo de una premisa básica y elemental, como es que todo derecho real tiene que contar con un medio eficaz equivalente para su defensa, ante cualquier forma de ataque o menoscabo.

Se superan así las interpretaciones encontradas que sobre los arts. 2758, 2772, 2774, 2876, 2950, 3227, 3980 (para la acción de reivindicación), 2796, 2797 (para la acción confesoria) 2800 y 2801 del Cód. Civil (para la acción negatoria) divide hoy a nuestra doctrina.

II. Comentario

1. La finalidad que persiguen las acciones reales

Si se coordinan las acciones enumeradas en el artículo anterior con los ataques que pueden sufrir los titulares de los derechos reales, resulta que:

a) La existencia de los derechos reales se protege a través de la acción de reivindicación.

b) La plenitud de los derechos reales en su ejercicio se protege por la acción confesoria.

c) La libertad en el ejercicio de los derechos reales se protege con la acción negatoria.

De todas maneras, esta relación de correspondencia no es siempre exacta, pues hay supuestos en los cuales, se ve comprometida la existencia misma del derecho real, y la acción a esgrimir no es, precisamente, la reivindicatoria (como sucede en materia de servidumbres activas, en las que frente a su desconocimiento corresponde impetrar la acción confesoria), o bien, si se afecta la plenitud en el ejercicio de un derecho real sobre una cosa mueble (propia o ajena), pues la acción puesta a disposición del lesionado no es la confesoria.

2. La legitimación activa de las acciones reales

La consecuencia práctica de la norma en análisis es brindar reglas generales, claras y concretas que sirven para dilucidar en qué ámbito se mueve cada una de las acciones reales admitidas, superando el régimen del Código Civil que daba pie a distintas interpretaciones.

Helas aquí:

a) La acción real de reivindicación corresponde a los titulares de los derechos reales que se ejercen por la posesión, para hacer frente a los actos que provoquen el desapoderamiento de la cosa mueble o inmueble.

Así, están legitimados para esgrimirla los titulares de los derechos reales de dominio, condominio, propiedad horizontal, conjuntos inmobiliarios, tiempo compartido, cementerios privados, superficie, usufructo, uso, habitación, anticresis y prenda.

b) La acción real negatoria tiene la misma legitimación activa que la acción reivindicatoria, pero frente a un agresión menor, como es la turbación en la posesión de las cosas que no llegue al despojo (se cita expresamente el caso del ejercicio indebido de una servidumbre que no se tiene, o bien, cuando ésta se ejercita fuera de los límites acordados en el acto de su constitución).

c) La acción real confesoria se le concede a todos los titulares de derechos reales que se ejercen por la posesión, cuando se les impida el ejercicio de los derechos inherentes a dicha relación real (v.gr. servidumbres, restricciones y límites al dominio por razones de vecindad), como así también a los titulares de derechos reales de servidumbres cuando no puedan ejercitarlas en el caso concreto.

Esta acción, a diferencia de las anteriores, se circunscribe a la órbita inmobiliaria.

3. Las acciones reales en cabeza del acreedor hipotecario

Las tres acciones reales típicas se reconocen también al acreedor hipotecario, quien puede ejercitarlas a título personal y por derecho propio (no por vía de subrogación) en resguardo del valor de su garantía frente a la inacción de su titular primigenio.

Si bien es cierto que en Código velezano se le reconocía al acreedor hipotecario la posibilidad de esgrimir las acciones confesoria y negatoria, se amplia acá su legitimación de modo que pueda servirse de la más importante de las acciones reales, como es la de reivindicación, para el caso de despojo del inmueble gravado por un tercero.

III. Jurisprudencia

1. La acción negatoria se acuerda en los casos en que sin haberse producido la desposesión de la cosa el demandado traba el libre ejercicio del derecho de propiedad del actor; pero si ese impedimento es absoluto y total, si existe privación y no restricción de las facultades del propietario, la que procede es la acción reivindicatoria" (CSJN, 8/11/1939, LA LEY, 16-1162).

2. La acción negatoria sólo corresponde a los poseedores legítimos, que son los que deben ejercer el contenido de un derecho real constituido conforme las disposiciones del Código Civil (CCiv. y Com. Santa Fe, sala 2ª, 21/9/1982, JA, 1983-II-508).

3. La acción confesoria tutela a los titulares de todos los derechos reales que se ejercen por la posesión en un supuesto específico: cuando fueren impedidos de

ejercer los derechos inherentes a la posesión que se determinan en el Código Civil, los que consisten en el correlato de las obligaciones impuestas por las restricciones y límites al dominio, resguardando la plenitud de los derechos tutelados" (CCiv. y Com. Morón, sala 2ª, 28/12/1994, JA, 1998-II-Síntesis).

Art. 2249.— Demanda y sentencia. Para el progreso de las acciones reales la titularidad del derecho debe existir al tiempo de la demanda y subsistir al tiempo de la sentencia.

I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto

ItSe generaliza la solución que el art. 2774 del Cód. Civil consagra para la acción de reivindicación, para todas las acciones reales por igual.

La fuente de inspiración del precepto es el art. 2201 del Proyecto de Código Civil de 1998.

II. Comentario

El factor condicionante de la legitimación activa para impetrar las acciones reales

Para que se pueda esgrimir la acción real, el actor debe ostentar la titularidad de un derecho de esta índole.

Pero además, la potestad de marras que legitimó inicialmente al pretensor debe subsistir al momento de pronunciarse la sentencia, pues de lo contrario faltaría el fundamento mismo de la pretensión y el objetivo que con ella se persigue (v.gr. recuperar la cosa, que cesen los actos de turbación, que se restablezca el ejercicio de las servidumbres y demás derechos inherentes a la posesión de los inmuebles).

Esta directiva que es congruente con un principio de lógica y sentido común (no se puede peticionar sobre lo que no se tiene), denota la necesidad del actor de justificar la titularidad de su derecho real al momento de notificar su reclamo a los accionados.

Además, evita el dispendio de la actividad procesal, pues si el derecho se hubiera extinguido al momento de pronunciarse la sentencia, ésta no podría ser de cumplimiento efectivo.

Lo expuesto no obsta a que pueda no existir total identidad entre quien inicie el juicio petitorio y quien se vea favorecido o no al momento de dictarse la sentencia que dirima el pleito.

En efecto, puede suceder que el actor primigenio fallezca y sean sus sucesores universales legítimos o testamentarios o los legatarios de cosa cierta los que continúen en tal calidad el juicio, como también que el primero transmita por acto *inter vivos* y a título singular su derecho sobre el bien objeto de la litis, haciendo lo propio con la acción esgrimida *ab initio* (la cesión de esta última está implícita en el acto transmisivo que sirva de causa eficiente).

Asimismo, que durante el transcurso de la causa judicial se extinga su objeto, o se verifiquen modificaciones a su respecto que impidan la conclusión del expediente.

III. Jurisprudencia

Es improcedente la acción negatoria intentada por quien no es titular del dominio al tiempo de iniciarse la litis, pues se trata de una acción real, con protección *in rem*, que nace del derecho de propiedad (CCiv. y Com. La Matanza, sala 1ªich, 12/6/2007, Lexis N° 1/70042375).

Art. 2250.— Daño. El actor puede optar por demandar el restablecimiento del derecho real u obtener la indemnización sustitutiva del daño.

Si opta por el restablecimiento de su derecho, puede reclamar el resarcimiento complementario del daño.

Si opta por obtener la indemnización sustitutiva del daño, pierde el derecho a ejercer la acción real.

I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto

Se consagran de manera general, y para todos los legitimados activos que esgriman cualquiera de las acciones reales admitidas por el sistema jurídico las opciones que consagran los arts. 2779 y 2780 del Cód. Civil para quien inste el juicio de reivindicación (v.gr. restablecimiento del derecho real, o indemnización sustitutiva del daño causado).

La fuente es el art. 2217 del Proyecto de Código Civil de 1998.

II. Comentario

1. Las opciones del titular del derecho real

El precepto en análisis coloca en cabeza del interesado (el titular del derecho real lesionado en el caso concreto), dos alternativas procesales, como son perseguir el restablecimiento de su poder jurídico sobre la cosa o bien obtener la indemnización sustitutiva del daño sufrido.

La primera vía procesal busca recuperar la posesión de la cosa, que cesen los actos que la turban o bien que se le permitan al actor ejercer todas y cada una de las prerrogativas inherentes a su derecho real.

La segunda, en cambio, pretende la obtención de un valor económico que repare los efectos y consecuencias de la agresión cometida.

Por ende, no cabe confusión alguna entre ambas, que son dos vías principales, aunque con distintos resultados finales.

1.1. Si se opta por el restablecimiento del derecho real

En esta instancia, el actor reclama el restablecimiento de su derecho real, tal cual existía en la etapa previa al conflicto.

Pero a ello puede sumar la reparación por los daños sufridos.

Se trata del efecto accesorio que tienen estas acciones, que es el del resarci-

miento de los daños causados, por aplicación de la regla común en derecho que prescribe que todo aquel que provoca un daño, está obligado a repararlo.

Por ende, en estas lides no se está en presencia de dos acciones, la una real, la otra personal, que confluyen sobre un mismo legitimado activo, que puede ejercerlas a su arbitrio, sino de un único remedio judicial (real), que conlleva a ambas consecuencias.

1.2. Si se opta por la indemnización integral

ain Ahora bien, el efecto principal de la acción real (v.gr. proteger la existencia, plenitud o libertad del derecho homó47 nimo) puede resultar legalmente neutralizado en algún caso concreto.

En rigor, la elección de esta solución procederá si el actor no puede dirigir sus reclamos petitorios contra el poseedor actual de la cosa que cuenta con argumentos o defensas suficientes como para lograr el rechazo de la vía real, o bien porque el objeto se transmitió a título oneroso y por un valor conveniente al actor, que el subadquirente y poseedor actual aún no ha abonado en forma total o parcial (caso en el cual, el pretensor puede reclamar que se le pague a él); o porque, en fin, le resulte más cómodo, económico y sencillo litigar contra el transmitente y no contra quien detenta en la actualidad la posesión del objeto en juego.

De verificarse esta hipótesis, la consecuencia secundaria (el resarcimiento), operará en subsidio, y por tanto, hará las veces de único efecto principal.

Por tanto, la indemnización puede ser un efecto accesorio del ejercicio de la acción real, o bien, erigirse en la única consecuencia o resultado de su interposición, operando en reemplazo del objetivo principal de esta vía.

2. Las consecuencias de la vía escogida

De todas maneras, las vías procesales antes consideradas no se excluyen necesariamente entre sí, pues si el actor no resulta íntegramente satisfecho en sus intereses, bien puede intentar la recuperación de la cosa.

Esto sucedería si la indemnización no cubre el valor de la cosa y los daños sufridos, o si el saldo pendiente del precio de la venta de la cosa objeto del pleito realizada por el demandado es ínfimo, o se trata de una enajenación por un precio sensiblemente inferior a los valores del mercado.

Lo que sí resulta claro de la lectura atenta del artículo en análisis es, en cambio, que si obtiene la indemnización completa del daño (que incluya el valor del bien objeto del pleito), no puede pretenderse, de manera simultánea o sucesiva, la restitución de la cosa.

No hay incompatibilidad, en cambio, entre la devolución forzada de la cosa y la indemnización por los daños y perjuicios sufridos a partir del despojo o lesión cometidos, operando esta última, como efecto accesorio de la primera prestación, como se dijo en el apartado anterior.

Art. 2251.— Cotitulares. *Cosa juzgada*. Las acciones reales competen a cada uno de los cotitulares contra terceros o contra los restantes cotitulares.

Cuando la acción se dirige contra los cotitulares siempre lo es en la medida de la parte indivisa. Cuando se dirige contra terceros puede tener por objeto la totalidad o una parte material de la cosa, o puede reducirse a la medida de su parte indivisa. Restablecido el derecho sobre la totalidad o parte material del objeto, el ejercicio por cada condómino se circunscribe a su parte indivisa.

La cosa juzgada extiende sus efectos respecto de todos los que pudieron ejercer su derecho de defensa en juicio. El contenido de la sentencia relativo a la indemnización del daño aprovecha o perjudica sólo a los que han intervenido en el juicio.

I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto

Se fijan reglas generales para el caso que exista cotitularidad en el derecho sobre el objeto del petitorio, con independencia de la naturaleza de la acción real esgrimida.

Respecto de la medida de la pretensión del actor, cuando se endereza contra un tercero ajeno a la comunidad, se admite que pueda serlo tanto por su parte indivisa, como por la totalidad de la cosa, superando así las posturas doctrinarias enfrentadas que existen en la materia.

f47De esta manera se supera la versión sesgada y parcial que del tema presenta el Código Civil en sus arts. 2679, 2761, 3450, 3992 (para la acción real de reivindicación) y 2799 (para la acción real confesoria).

La fuente es el art. 2202 del Proyecto de Código Civil de 1998.

II. Comentario

1. Principio general

Se reconoce a todos y cada uno de los cotitulares del derecho real sobre un mismo objeto, la posibilidad de esgrimir todas y cada una de las acciones reales admitidas, frente a una agresión cometida por otro congénere o por un tercero ajeno a dicha comunidad.

2. La acción real se dirige contra otro cotitular de la cosa en comunidad

El comunero puede esgrimir la acción real en la medida de su porción indivisa.

Con lo cual, no puede pretender la restitución de la totalidad de la cosa (puesto que hay otros comuneros que tienen iguales derechos que el actor, entre los que se cuenta también el demandado), ni de una parte de ella materialmente determinada (puesto que su prerrogativa se circunscribe a una porción ideal, que afecta a todo el objeto de la comunidad).

La sentencia que se dicte en el petitorio, amén de declarar el derecho de quien acudió a este remedio, condenará al sujeto pasivo a la restitución de la cosa común, al cese en la turbación de la posesión común o a permitir que todos los cotitulares de

la cosa puedan ejercer en pie de igualdad las prerrogativas inherentes a su derecho.

La única peculiaridad que se advierte en este supuesto, es que la obtención de un pronunciamiento favorable no habilitará al pretensor a servirse de la cosa en su totalidad, sino solamente por su parte indivisa, y por consiguiente, no podrá desconocer el derecho equivalente en cabeza del congénere vencido, a quien tampoco se podrá excluir de la comunidad.

3. La acción real se dirige contra un tercero ajeno a la comunidad

El artículo en consideración establece que el comunero puede dirigir la acción real contra el tercero sea por su parte indivisa, por una parte materialmente determinada de ésta o por su totalidad.

Ello así, aunque muy probablemente lo haga en la práctica sobre la totalidad del objeto en el cual participa, pues de esa manera se asegura que el agresor deponga definitivamente su actitud (v.gr. restituya la cosa, deje de turbar la posesión que sobre ella ejercen el actor y sus congéneres, o les permita servirse de todas y cada una de las prerrogativas inherentes al derecho que ostentan).

Los comuneros en conjunto poseen la cosa, por lo que la fijación de partes indivisas es un artificio para el funcionamiento interno de la comunidad, pero no resulta lógico extenderlo con relación a terceros que son ajenos a ella y la agreden.

Además, las cuotas ideales que establecen la medida del derecho de cada comunero sobre el objeto único, son meras abstracciones, y como tales no pueden ser reivindicadas, si no sucede lo propio respecto de la cosa común sobre la que se proyectan.

De otra forma, se crearía un derecho real híbrido entre el reivindicante que triunfa en el petitorio y el demandado perdidoso, a quien no se podría excluir totalmente de la cosa, pues eventualmente podría pretender continuar en poder del objeto, por las partes de los comuneros que no accionaron.

3.1. Los efectos de la sentencia en el caso

Si la acción real prospera, el actor obtendrá el restablecimiento de su derecho real, y con ello se verán igualmente favorecidos los comuneros que no litigaron. Ello así, puesto que la medida de la acción es la parte indivisa, por lo que los derechos del pretensor no pueden extenderse más allá de ella.

Si la demanda es rechazada, dicho resultado también afectará a los copartícipes que en el caso concreto no hayan accionado, y respecto de los cuales la sentencia también tendrá efecto de cosa juzgada.

Esto último significa que estos comuneros no podrán impetrar *a posteriori* acciones reales contra el mismo sujeto pasivo por idéntica causa, pues los efectos de la cosa juzgada en este aspecto son indivisibles y los afectan y comprenden a todos por igual.

Empero, resultará a todas luces conveniente que el comunero al promover la acción real, o el demandado, en su escrito de responde, soliciten la citació7 n de los restantes congéneres, en el entendimiento que el juicio versa sobre una cuestión en la cual la intervención de estos últimos deviene en obligada y necesaria, de acuerdo a lo dispuesto por las normas procesales.

En cambio, respecto del efecto accesorio de la condena al resarcimiento, solamente afectará a las partes que hayan tenido intervención efectiva en el proceso, sea en la faz activa, acreditando el daño, sea en la pasiva, justificando el acto que lesiona el derecho real sobre la cosa común.

III. JURISPRUDENCIA

1. El condómino está habilitado, para promover acción de reivindicación contra terceros que poseyeran el inmueble, sin necesidad de contar con el asentimiento de los otros condueños (CCiv. y Com. Azul, sala 2ª, 5/3/2002, Lexis N° 1/5509828).

2. El condómino reivindica una parte ideal de la cosa frente a sus cotitulares cuando éstos lo han excluido de la coposesión, pero frente a terceros detentadores lo hace por el todo material de ella, pues su derecho de uso y goce se extiende sobre esa totalidad y no sobre parte determinada (CCiv. y Com. San Martín, sala 2ª, 19/10/2000, Lexis N° 1/5511025).

SECCIÓN 2ª

ACCIÓN REIVINDICATORIA

Art. 2252.— Reivindicación de cosas y de universalidades de hecho. La cosa puede ser reivindicada en su totalidad o en parte material. También puede serlo la universalidad de hecho.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Se sintetizan en un solo precepto, las soluciones que consagran de manera redundante los arts. 2759, 2760, 2761 y 2764 del Cód. Civil, en torno a los objetos que pueden ser reivindicados.

La fuente es el art. 2204 del Proyecto de Código Civil de 1998.

II. COMENTARIO

Principio general

Todas las cosas susceptibles de ser poseídas pueden ser objeto de la acción real de reivindicación.

Como se ha señalado en el comentario al art. 2251 cabe la posibilidad que la reivindicación sea de la totalidad del objeto o de una parte materialmente determinada de él.

Respecto de las universalidades de hecho (libros de una biblioteca; animales de un rebaño, abejas de una colmena), esto es, conjunto de cosas, pueden ser reivindicadas en tal condición, sin que sea menester hacerlo una por una, en la medida que todas y cada una de ellas pertenezcan al mismo titular del derecho real.ar Art. 2253.— Objetos no reivindicables. No son reivindicables los

objetos inmateriales, las cosas indeterminables o fungibles, los accesorios si no se reivindica la cosa principal, ni las cosas futuras al tiempo de hacerse efectiva la restitución.

I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto

Se le da una nueva versión al art. 2762 del Cód. Civil, suprimiendo ejemplificaciones que no son propias de un texto legal.

La fuente es el art. 2206 del Proyecto de Código Civil de 1998.

II. Comentario

Los objetos que no pueden ser reivindicados

El precepto enumera los objetos que no pueden ser reivindicados, a saber:

a) Los bienes que no son cosas, que por ende tampoco son susceptibles de ser poseídos;

b) Las cosas futuras, como sucede con los frutos y los productos, en tanto no se hayan separado del objeto principal del que se derivan y tengan existencia propia;

c) Las cosas accesorias, pues como tales, siguen la suerte del objeto principal, del que forman parte. Esto determina, por ejemplo, que las puertas y ventanas de un inmueble, los artefactos sanitarios, los ornamentos y molduras y los revestimientos se reivindican de manera conjunta con aquél, y no de modo autónomo.

Si estos objetos, en cambio, se separan de la cosa que integran y adquieren entidad propia, pasan a ser principales, y por tanto, pueden constituirse en el objeto de la acción real de reivindicación.

d) Las cosas muebles cuya identidad no puede ser reconocida o identificada en el caso concreto.

Así, sucede en general, con las cosas fungibles, el dinero y los títulos al portador.

Sin embargo, cabe la posibilidad de recuperar una suma dineraria, si se conoce la numeración de los billetes que la integran. Otro tanto sucede con cereales que estén almacenados en bolsas que pueda identificar su propietario con marcas o signos.

Art. 2254.— Objetos no reivindicables en materia de automotores. No son reivindicables los automotores inscriptos de buena fe, a menos que sean hurtados o robados.

Tampoco son reivindicables los automotores hurtados o robados inscriptos y poseídos de buena fe durante dos años, siempre que exista identidad entre el asiento registral y los Códigos de identificación estampados en chasis y motor del vehículo.

I. Relación con el Código Civil y el decreto-ley 6582/1958. Fuentes del nuevo texto

El precepto atiende a un tema específico como es la reivindicación de automotores, armonizando las soluciones que consagra el art. 4016 bis del Cód. Civil (en torno a la prescripción adquisitiva de cosas muebles registrables) y los arts. 2°, 3° y 4° del decreto-ley 6582/1958, atinente al registro, dominio e identificación de aquéllos.

fcs0 II. Comentario

narsid3021317 1. La reivindicaciyn de automotores

En materia de cosas muebles, su posesiyn de buena fe, en tanto no sean robadas o perdidas y hayan sido adquiridas a tнtulo oneroso, vale tнtulo. Por ende, estб presunciyn de propiedad, consagrada en el art. 1895 habilita a dichas personas a reivindicarlas en manos de quien estйn.

En estas lides, la mentada buena fe es la creencia sin lugar a dudas de haber adquirido dicho objeto de su legнtimo y anterior propietario y por ende, de ser su verdadero dueco y secor.

Tratбndose de muebles registrables, en cambio, la buena fe que se exige en el poseedor implica que dicho objeto se encuentre, ademбs, inscripto a su nombre.

Mбs aъn, si estamos en presencia de automotores, dado que su adquisiciyn en dominio o condominio se verifica con la confluencia del tнtulo (acto jurнdico causal formalizado por instrumento pъblico o privado que tenga por fin la transmisiyn en propiedad de esos objetos —v.gr. compraventa, donaciyn, etc.—) y el modo, que es su inscripciyn registral, la que por tanto, es constitutiva de la potestad real (conf. art. 1° del decreto-ley 6582/1958).

De aquн que tratбndose de automotores, la regla "posesiyn vale tнtulo" se reemplaza por "inscripciyn registral vale tнtulo".

Por ende, no se puede pretender ser el legнtimo dueco de un automotor si no se cumple previamente con el trбmite inscriptorio para colocarlo a su nombre, observando todos los recaudos previstos para esos fines (v.gr. adquirir de quien figura como titular registral, solicitar los certificados e informes registrales pertinentes, exigir la entrega de la documentaciyn inherente al bien adquirido, realizar las verificaciones tйcnicas sobre el vehнculo y su situaciyn jurнdica y fiscal —libre deuda de patentes, inexistencia de faltas e infracciones a la ley de trбnsito, etc.—).

Empero, el art. 2° del decreto antes citado (en consonancia con la primera parte del artнculo en anбlisis) dispone que esto es asн, en tanto y en cuanto dicha registraciyn se haya verificado respecto de automotores no robados ni hurtados (la hipytesis del rodado "perdido" es de difнcil concreciyn en la prбctica), pues sylo bajo estas condiciones se adquiere definitivamente su propiedad, y se pueden repelar las eventuales acciones que por causa de ellos esgriman terceros, sean ellas de нndole personal o real.

2. El caso de los automotores robados o hurtados

En esta hipytesis el art. 3° del decreto-ley 6582/1958 dispone que el propietario puede reivindicarlos de quien los tuviere inscriptos a su nombre, aunque resarciйndolo del valor de su adquisiciyn si el mismo fuera de buena fe.

Sin embargo, la segunda parte de la norma en estudio, siguiendo las directivas del art. 4° del decreto citado, establece para el adquirente de buena fe del automotor robado o hurtado la posibilidad de repeler los reclamos petitorios del anterior propietario si han transcurrido dos acos desde la toma de razyn de su derecho, se ha mantenido en la posesiyn efectiva del bien y existe identidad entre el asiento registral que acredita su derecho y los Cydigos o nъmeros que lucen estampados en su chasis y motor.

Se consagra asн, un caso especial de prescripciyn adquisitiva, que como nueva causa o modo para detentar el rodado, consolida definitivamente el derecho de propiedad que ostenta su titular registral, y lo coloca fuera del alcance de la acciyn de reivindicaciyn que esgrima su anterior titular.

Por descarte, procederб la reivindicaciyn de los automotores cuando su poseedor no inste la inscripciyn registral de su derecho (ya que no podrб invocar la buena fe exigida por el precepto), sepa a ciencia cierta que el vehнculo adquirido ha sido robado o hurtado a su verdadero propietario (conocimiento que obsta igualmente a su buena fe) o bien, cuando no exista la mentada correspondencia entre los datos del rodado que sirven para su determinaciyn y los que figuran en las constancias registrales.

En todas estas hipytesis, el poseedor solamente quedarб al abrigo de la acciyn real de reivindicaciyn del propietario una vez transcurrido el plazo de prescripciyn comъn o vicenal (conf. art. 1899).

III. Jurisprudencia

La buena fe de la inscripciyn se presume, pero esta presunciyn es de carбcter *iuris tantum*, pudiendo el impugnante demostrar que se hizo de mala fe. El adquirente no podrб invocar su ignorancia de las circunstancias registrales para demostrar su buena fe, pues se presume que los que adquieren derechos sobre un automotor, conocen las constancias de su inscripciyn y de las demбs anotaciones que respecto de aquйl obran en el Registro de la Propiedad del Automotor, aъn cuando no hayan exigido del titular o del disponente del bien, la exhibiciyn del certificado de dominio. En el caso de automotores robados o hurtados, el propietario desposeнdo podrб reivindicarlo, debiendo resarcir al titular registral lo que hubiese abonado, si la inscripciyn fuera de buena fe y de conformidad con las normas establecidas en el decreto-ley 6582/1958 (CCiv. Com. Minas, Paz y Trib., Mendoza, sala 1, 4/3/2010, Lexis N° 33/15401).

Art. 2255.— Legitimaciyn pasiva. La acciyn reivindicatoria debe dirigirse contra el poseedor o tenedor del objeto, aunque lo tenga a nombre del reivindicante.

El tenedor de la cosa a nombre de un tercero puede liberarse de los efectos de la acciyn si individualiza al poseedor. Si no lo individualiza, queda alcanzado por los efectos de la acciyn, pero la sentencia no hace cosa juzgada contra el poseedor.

Cuando se trata de un automotor hurtado o robado, la acciyn puede dirigirse contra quien lo tiene inscripto a su nombre, quien debe ser resarcido en los tйrminos del rйgimen especial.

I. Relaciyn con el Cydigo Civil. Fuentes del nuevo texto

Se sintetizan las soluciones que consagran los arts. 2758, 2772, 2782, 2783, 2784 y 2785 del Cyd. Civil, en torno a los sujetos pasivos de la acciyn de reivindicaciyn.

Tambiйn se consagra de manera expresa la posibilidad que tiene el actor de reclamar la cosa que estй en manos de un tenedor a nombre del propio reivindicante por la vнa del petitorio, si le resulta mбs expedita para hacerse del objeto de la litis (supuesto a que alude la nota al art. 2758 del Cyd. Civil y que da motivo a opiniones encontradas).

La fuente de inspiraciyn es el art. 2208 del Proyecto de Cydigo Civil de 1998.

II. Comentario

1. Regla general

La reivindicaciyn es dentro de las acciones reales, la mбs emblemбtica, por defender la existencia misma de los derechos reales (especialmente el dominio, que es la base del sistema jurнdico argentino), que como potestades absolutas, tienen oponibilidad *erga omnes* 1.

Luego, los alcances de esta acciyn, son en principio ilimitados, lo que equivale a decir que el propietario despojado, podrб perseguir y recuperar la cosa de manos de quien la tenga.

De aquн que como enunciado o regla general podemos decir que esta acciyn compete al propietario no poseedor, contra el poseedor no propietario.

2. La reivindicaciyn contra el poseedor actual

Procede la acciyn real de reivindicaciyn contra el poseedor que hubo la cosa por despojo contra o sin la voluntad del reivindicado.

Asimismo, respecto del poseedor que detenta el objeto por entrega voluntaria efectuada su favor por el mismo reivindicante.

Ello asн en tanto y en cuanto previamente se impugne por nulidad o ineficacia sobreviniente, el negocio que sirve para sustentar la relaciyn real con la cosa motivo del petitorio, pues al caer este, la posesiyn es incausada, y se intervierte, por efecto de la sentencia judicial, en tenencia, si el demandado se resiste a entregarla.

Igualmente procede la acciyn contra el poseedor que niega serlo, debiendo el actor en estas lides justificar la posesiyn del demandado sobre el objeto del pleito.

3. La reivindicaciyn contra el tenedor

Se distinguen dos supuestos, a saber:

a) Si el tenedor lo es a nombre del actor.

En esta hipytesis, la acciyn real procederб en la medida que aquйl no la restituya a su debido tiempo y al accionante le resulte mбs fбcil acreditar su derecho real sobre

la cosa que la existencia y eventual incumplimiento del contrato por el cual entregy la tenencia, o bien que las acciones emergentes de esta ъltima causa, por ser personales, estйn prescriptas.

Cabe destacar que este caso estaba contemplado en la nota al art. 2758 del Cydigo velezano, por lo que un sector de la doctrina no admitна su procedencia, salvo que el tenedor de marras en los hechos intervirtiera su relaciyn real con la cosa, erigiйndose asн en poseedor.

b) Si el tenedor lo es a nombre de un tercero.

En estas lides, el sujeto accionado puede asumir dos actitudes.

1) Si identifica al poseedor por quien detenta la cosa, pedirб su citaciyn al juicio, el que se suspenderб hasta tanto se verifique la participaciyn obligada en йl del poseedor denunciado, que revestirб entonces la condiciyn de demandado y sujeto pasivo definitivo del juicio petitorio de marras.

Con lo cual, el tenedor quedarна aparentemente desvinculado del juicio, aunque no de sus efectos, pues en caso de prosperar el reclamo, deberб restituir la cosa al accionante y eventualmente reclamar por evicciyn a la parte perdidosa.

2) Si no denuncia al poseedor, el juicio petitorio continuarб contra el tenedor, aunque como sigue representando la posesiyn de la persona innominada, la interposiciyn de la demanda interrumpirб la prescripciyn que estй corriendo a favor de aquйl.

La sentencia que se dicte en el proceso, de prosperar, condenarб al tenedor a restituir la cosa al reivindicante, pero no afectarб ni alcanzarб al verdadero poseedor que no tuvo intervenciyn efectiva en la causa.

Eventualmente, el poseedor omitido en el proceso y a quien por tanto, no alcanzan los efectos de la cosa juzgada, podrб *a posteriori*, entablar juicio posesorio o petitorio, si se considera con derecho a la cosa reivindicada.

De verificarse alguna de estas posibilidades, recuperada la posesiyn por el ъltimo pretensor, el reivindicante original podrна siempre promover nuevamente la acciyn real, ahora sн, dirigida certeramente contra el poseedor actual, que fuera omitido en el petitorio inicial.

np11274 Todo ello, sin perjuicio de la facultad del poseedor vencido en esta segunda instancia, de reclamar del tenedor que no cumpliy fielmente con la obligaciyn que le impone el inciso b) del art. 1940 (poner en conocimiento del poseedor todo acto que lo perturbe en su relaciyn hefectiva con la cosa detentada) los dacos, perjuicios y gastos (incluidas las costas judiciales) que se le hayan irrogado en el caso concreto por dicha actitud omisiva.

4. La reivindicaciyn de automotores robados o hurtados contra quien los haya inscripto a su nombre

Ver comentario al artнculo anterior (II.2.).

III. JURISPRUDENCIA

1. Resulta procedente la acciyn reinvindicatoria para el supuesto de que hayan transcurrido muchos acos desde la adquisiciyn de la tenencia y del cese de la causa que la originy, sin que el tenedor haya restituido la cosa, lo que hace presumir que habrб intervertido el titulo, convirtiйndose en poseedor vicioso con vicio de abuso de confianza (CNCiv., sala G, 18/9/2009, Lexis N° 1/70056252).

2. La denuncia de los terceros poseedores no desvincula al demandado del proceso por reivindicaciyn, ya que el actor podrна oponerse a la desvinculaciyn de quien invoca el carбcter de tenedor si de las circunstancias del caso resulta que se trata de una maniobra urdida por el accionado para desviar su responsabilidad (CCiv. y Com. Dolores, 21/5/2009, Lexis N° 1/70053373).

3. Tan pronto se encuentra cumplido el extremo relativo a la manifestaciyn, debe cesar la intervenciyn del tenedor demandado, para proseguir la causa contra la persona en nombre de quien detenta, sin que sea lнcito exigir la prueba de su afirmaciyn al litigante asн requerido.

Si no obstante la manifestaciyn del demandado de no ser poseedor y de tener la cosa a nombre del tercero, el actor insistiera en que aquйl es el verdadero poseedor, el juicio debe proseguir bajo la responsabilidad del actor (CNCiv., sala I, 12/3/2002, Lexis N° 1/5509127).

4. Cuando es demandado quien no es el poseedor de la cosa, йste no estб obligado a responder la acciyn, si declara el nombre y la residencia de la persona a cuyo nombre la tiene; y desde que asн lo haga, la acciyn debe dirigirse contra el verdadero poseedor de la cosa, esto es la "nominatio o laudatio auctoris", cuya consecuencia es excluir del juicio a quien formula la declaraciyn y dirigir la demanda contra el nombrado. Ello asн conforme a las normas que rigen la acciyn reivindicatoria, йsta debe ser dirigida contra quien se encuentre ejerciendo la posesiyn de la cosa, con el objeto de recuperarla (CSJN, 8/4/1986, JA, 1987-I-115).

Art. 2256.— Prueba en la reivindicaciyn de inmuebles. Respecto de la prueba en la reivindicaciyn de cosas inmuebles, se observan las reglas siguientes:

a) si los derechos del actor y el demandado emanan de un antecesor comъn, se presume propietario quien primero es puesto en posesiyn de la cosa, ignorando la obligaciyn anterior, independientemente de la fecha del tнtulo;

b) si los derechos del actor y el demandado emanan de diferentes antecesores, el tнtulo del reivindicante posterior a la posesiyn del demandado, es insuficiente para que prospere la demanda, aunque el demandado no presente tнtulo alguno;

c) si los derechos del actor y el demandado emanan de diferentes antecesores y el tнtulo del reivindicante es anterior a la posesiyn del demandado, se presume que este transmitente era poseedor y propietario de la heredad que se reivindica;

d) si los derechos del actor y el demandado emanan de diferentes antecesores, sin que se pueda establecer cuбl de ellos es

el verdadero propietario, se presume que lo es el que tiene la posesiyn.

I. RELACIYN CON EL CYDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Se concentran en un solo precepto las soluciones que consagran los arts. 2789, 2790, 2791 y 2792 del Cyd. Civil, destacando su vigencia en materia inmobiliaria.

II. COMENTARIO

1. La prueba del derecho real inmobiliario

Incumbe al actor acreditar la titularidad del derecho real para esgrimir la acciyn equivalente.

Empero, la acreditaciyn del derecho de poseer se circunscribe en la prбctica a la justificaciyn de los tнtulos que invoca el pretensor.

Esta expresiyn debe tomarse en un sentido amplio y no restringida a la causa conocida como "tнtulo suficiente" que deba ser secundada por el modo tradiciyn (conf. art. 1892), sino con un criterio amplio, comprensivo de todos los actos o hechosh que sirvan para acreditar la propiedad de las cosas, sean ўstos traslativos o simplemente declarativos de esos derechos.

En cambio, si quien acciona es el Estado, su tнtulo sobre las cosas reclamadas deriva de la propia ley, razyn por la cual, no precisa acreditar acto o causa algunos respecto de las cosas objeto de la litis.

2. Los derechos de los contendientes provienen del mismo antecesor

Si dos personas ostentan tнtulos provenientes del mismo causante, se prefiere a la primera que haya obtenido a su favor el modo tradiciyn, con independencia de la fecha que luzcan los tнtulos en conflicto.

La aplicaciyn de esta premisa estб igualmente condicionada al factor subjetivo, en el sentido que quien haya sido puesto primero en poder de la heredad debe ser de buena fe, es decir, desconocer que su transmitente se habнa obligado a hacer lo propio tambiўn respecto de otra persona.

La buena fe en el caso estб igualmente condicionada por la publicidad registral.

Ello asн, dado que el art. 23 de la ley 17.801 dispone que el oficial pъblico que autorice un negocio sobre inmuebles debe solicitar los pertinentes certificados con reserva de prioridad y tenerlos a la vista junto con el tнtulo que sirva de antecedente, al momento de su celebraciyn.

3. Los derechos de los contendientes provienen de distintos antecesores

En esta hipytesis, cabe distinguir tres casos distintos:

a) Si el tнtulo del actor es posterior a la posesiyn que esgrime el demandado.

En estas circunstancias, aunque la posesiyn del accionado no se funde en tнtulo o causa algunos que la legitimen (en ъltima instancia, el demandado posee porque posee), va de suyo que el pretensor nunca pudo establecer, de manera real y efectiva, la relaciyn posesoria correspondiente a su derecho inmobiliario, puesto que no pueden coexistir dos posesiones iguales sobre el mismo objeto.

Es decir, nunca pudo configurarse el modo suficiente tradiciyn, razyn por la cual, no se verificy de manera definitiva la adquisiciyn de derecho real alguno sobre el fundo en cuestiyn.

Con lo cual, perderб el juicio petitorio.

b) Si el tнtulo del actor es anterior a la posesiyn del demandado.

Acб el actor lleva las de ganar, pues el autor de ese acto o negocio causal que reunнa las exigencias comunes para la adquisiciyn del derecho real (v.gr. tнtulo y modo), se presume que era el verdadero propietario del inmueble, y en tal condiciyn, asн lo transmitiy al actual pretensor (aunque existan adquirentes intermedios hasta llegar a ўl).

Esto asн, sin importar si el tнtulo del que se derive esta premisa no sea el que sustenta el derecho invocado por el accionante (es decir el acto por el cual adquiriy el derecho de poseer el inmueble a recuperar).

Con lo cual se deduce que en este caso no es necesario que el actor demuestre haber tenido de manera efectiva, en algъn momento, la posesiyn de la heredad.

Por el contrario, se recuesta en la posesiyn que ejercido sobre el bien alguno de sus antecesores y en esas condiciones reivindica.

c) Si no se puede determinar cuбl de los antecesores era el verdadero propietario del inmueble objeto del litigio.

En este ъltimo caso, a los fines probatorios los litigantes estбn en pie de igualdad, por lo que el legislador se inclina por presumir que quien tiene la posesiyn efectiva del inmueble es su propietario.

Para que la presunciyn sea operativa, es necesario que del anбlisis de los respectivos antecedentes de cada tнtulo aportado, no resulte la bondad o supremacнa de uno en detrimento del otro.

Asн, la directiva legal, favorable al actual poseedor, se hace eco del principio general que dispone que a igualdad de condiciones (en nuestro caso, la imposibilidad de justificar el derecho de poseer o el mejor derecho de poseer en cabeza de alguno de los contendientes), prevalece el poseedor ("*in pari causa mellior est condictio possidentis*").

III. JURISPRUDENCIA

1. "Tнtulo", equivale al acto jurнdico que sirve de causa al dominio alegado por el reivindicante, extremo que sylo puede acreditarse mediante la realizaciyn de los actos prescriptos por la ley de fondo. La alegaciyn y acreditaciyn del tнtulo de dominio constituye un presupuesto esencial e ineludible para el ejercicio de la acciyn reivindicatoria (CS Tucumбn, sala Civ. y Penal, 19/3/2004, Lexis N° 1/76417).

2. Si alguno de los tнtulos de dominio del reivindicante o de sus antecesores que

se hubiere presentado al juicio fuese anterior a la posesiyn del reivindicado, se presume la preexistencia de la posesiyn desde la fecha del tнtulo y el demandante puede ampararse en ella para reivindicar el bien de quien lo detenta sin tнtulo. Cuando se ostenta por el reivindicante tнtulo de los antecesores para deducir la acciyn reivindicatoria contra quien no lo posee, no es menester que al reivindicante se le haya hecho tradiciyn de la cosa, pues le sirven para su acciyn la de sus predecesores (SCBA, 15/11/2000, JA, 2005-III-Sнntesis).

3. Cuando se ostenta por el reivindicante tнtulo de los antecesores para deducir la acciyn reivindicatoria contra quien no lo posee, no es menester que al reivindicante se haya hecho tradiciyn de la cosa, pues sirve para su acciyn la de sus antecesores. La presunciyn de posesiyn que la ley le acuerda al reivindicante con tнtulo sylo cede si el reivindicado acredita que ninguno de los anteriores en el dominio —y no sylo quien presenta el tнtulo— tuvieron la posesiyn del inmueble (CCiv. y Com. Quilmes, sala 2Є, 29/9/2005, Lexis N° 1/1025972).

4. La posesiyn es factor importante cuando ambos litigantes tienen tнtulo, pero pierde importancia cuando el demandado carece de йl, en cuyo caso se presume que el reivindicante que presenta titulo vбlido ha poseнdo desde la fecha del mismo. Frente a quien posee sin tнtulo, no constituye obstбculo para el progreso de la acciyn reivindicatoria la circunstancia de que el actor no haya estado en posesiyn del inmueble y por lo tanto no se haya visto personalmente privado de la misma, si resulta del tнtulo que exhibe que este se refiere al terreno en disputa y sus antecedentes son anteriores a la posesiyn del demandado (CCiv. Com. Minas Paz y Trib. Mendoza, 4Є, 6/11/2008, Lexis N° 1/70049778).

Art. 2257.— Prueba en la reivindicaciyn de muebles registrables. Respecto de la prueba en la reivindicaciyn de cosas muebles registrables, robadas o hurtadas, cuando la registraciyn del demandado es de mala fe, se deben observar las reglas siguientes:

a) se presume la mala fe cuando no se verifica la coincidencia de los elementos identificatorios de la cosa de acuerdo al rйgimen especial y tampoco se constata la documentaciyn y estado registral;

b) el reivindicante debe probar su derecho con el certificado que acredita su inscripciyn en el registro respectivo. El demandado debe justificar de igual manera el derecho que opone;

c) si el derecho invocado por el actor no estб inscripto, debe justificar su existencia y la rectificaciyn, en su caso, de los asientos existentes. Si el derecho del demandado carece de inscripciyn, incumbe a йste acreditar el que invoca contra el actor;

d) si el actor y el demandado presentan antecedentes que justifican la inscripciyn registral, emanados de un autor comъn, es preferida aquella que acredita la coincidencia de los elementos identificatorios registrales exigidos por el rйgimen especial;

e) si el actor y el demandado presentan antecedentes que justifican la inscripciyn registral derivados de personas distintas, sin que se pueda decidir a quiйn corresponde el derecho controvertido, se presume que pertenece al que lo tiene inscripto.

I. Relaciyn con el Cydigo Civil. Fuentes del nuevo texto

Se consagran soluciones especiales para el rйgimen probatorio del juicio de reivindicaciyn, cuando recae sobre muebles registrables.

En ellas, se siguen, en algunos casos, las directivas de los arts. 2789, 2790, 2791 y 2791 del Cyd. Civil, que como ya se advirtiy, estбn acotadas al бmbito de los inmuebles.

La fuente la constituyen los arts. 2211, 2212, 2213 y 2214 del Proyecto de Cydigo Civil de 1998.

II. Comentario

1. La prueba del derecho real sobre cosas muebles registrables robadas o hurtadas

La actividad del peticionante se concentrarб en aportar los "tнtulos" de los que se derive la adquisiciyn del derecho real que invoca sobre la cosa robada o hurtada.

Como se secaly en el comentario al precepto anterior, la expresiyn de marras involucra igualmente a los modos por lo que se consuma la obtenciyn de estas cosas, en los que debe incluirse la registraciyn, cuando el objeto de la contienda sea un automotor, dado su carбcter constitutivo en esas circunstancias.

Amйn de ello, los litigantes deberбn adjuntar al petitorio como elementos probatorios los informes y certificados expedidos por el ente registral que corresponda de los que surja la titularidad de la cosa a nombre de alguno de ellos.

Por regla no pueden coexistir dos inscripciones de un mismo objeto a nombre de distintas personas, salvo que se trate de un caso de comunidad de derechos. Por ende, si el demandado ha rogado la toma de razyn de su derecho, el despacho registral serб favorable a йste —aunque en alguno de los asientos precedentes luzca tambiйn el derecho del peticionante—; en caso contrario, la propiedad de la cosa objeto del pleito constarб a nombre del actor.

De aquн que la prueba a rendir pueda en algъn caso circunscribirse solamente a los tнtulos, prescindiendo de los certificados e informes emitidos por el Registro pertinente.

La procedencia de la acciyn real parte del presupuesto que el accionado es poseedor de mala fe, sea porque su derecho no cuenta con *estado registral* (es decir, no ha rogado la toma de razyn del acto causal por el cual obtuvo su derecho sobre la cosa), o porque gozando de йste, existen discrepancias entre las constancias del asiento registral que publicita el derecho o su adquisiciyn (segъn si la registraciyn es constitutiva o declarativa) y los elementos que sirven para la determinaciyn e identificaciyn del objeto del derecho real, o porque no se han cumplido con los recaudos formales de rigor en estas circunstancias (v.gr. no haber solicitado los certificados o informes registrales previos a consumar la adquisiciyn, no realizar la verificaciyn

tйcnica de la cosa, no solicitar los libre deudas de impuestos y tasas; etc.).

De otro modo, no cabe planteo de нndole real alguno.

efault2. Los supuestos previstos en la norma

7a) Actor y demandado presentan tнtulos y antecedentes que fueron en su momento debidamente inscriptos y que emanan de un autor comъn.

En este caso, se da prelaciyn a quien acredite la coincidencia de los elementos identificatorios registrales exigidos por el sistema que rija a esas cosas.

Empero, si no hubiera tal concordancia, habrб que aplicar por analogнa lo previsto en materia inmobiliaria, y por ende, inclinarse a favor del primero de los contendientes que haya cumplido con todos y cada uno de los recaudos exigidos para la adquisiciyn del derecho real sobre la cosa mueble registrable.

b) Actor y demandado presentan tнtulos y antecedentes que fueron oportunamente inscriptos y que derivan de distintas personas.

En esta hipytesis, corresponderб indagar en torno a dichos antecedentes, para determinar de cuбl de ellos se deriva la propiedad de la cosa a reivindicar.

Si pese a dicho estudio de tнtulos y antecedentes, no pudiera obtenerse certeza alguna en la materia, la norma se inclina por quien tiene la cosa actualmente inscripta a su nombre en el Registro que corresponda.

Art. 2258.— Prueba en la reivindicaciyn de muebles no registrables. En la reivindicaciyn de cosas muebles no registrables:

a) si las partes derivan sus derechos de un antecesor comъn, prevalece el derecho de la que primero adquiere el derecho real;

b) si las partes derivan sus derechos de distintos antecesores, prevalece el derecho que se derive del antecesor mбs antiguo. Sin embargo, siempre prevalece el derecho que se remonta a una adquisiciyn originaria, aunque sea mбs reciente;

c) si la cosa mueble es transmitida sin derecho y a tнtulo gratuito, procede la reivindicaciyn si el objeto se encuentra en poder del subadquirente, aunque йste sea de buena fe.

I. Relaciyn con el Cydigo Civil. Fuentes del nuevo texto

Se consagran soluciones especiales que rigen la prueba en materia de cosas muebles.

Algunas de ellas se han inspirado en las directivas de los arts. 2767, 2789, 2790, 2791 y 2792 del Cyd. Civil.

Igualmente, impera en el tema la presunciyn legal de propiedad que dimana del art. 2412 del cuerpo legal citado (en materia de muebles, la posesiyn vale tнtulo)

La fuente de inspiraciyn es el art. 2211 del Proyecto de Cydigo Civil de 1998.

II. Comentario

1. La prueba del derecho real sobre cosas muebles no registrables

Como sucede en los casos considerados en los dos artнculos anteriores, se impone al actor la prueba del "tнtulo" (entendido como causa eficiente que puede incluir tanto al tнtulo suficiente como al modo, e incluso a este ъltimo solamente como sucede respecto de la prescripciyn adquisitiva, la apropiaciyn, el hallazgo de un tesoro, la accesiyn, la transformaciyn o la sucesiyn en los derechos del causante) del cual se deriva el derecho real cuya protecciyn y reconocimiento reclama del yrgano jurisdiccional.

Dada la naturaleza del objeto motivo del petitorio, hay que sumar a las causales antes enunciadas, la presunciyn legal de propiedad que se deriva del art. 1895, de manera tal que al poseedor de buena fe de cosas muebles no hurtadas ni perdidas, se lo r

dbcheputa su legнtimo dueco.

Empero, para poder repeler la acciyn de reivindicaciyn de su verdadero propietario, se le acade tambiйn el requisito de la onerosidad en la adquisiciyn, por lo que reciйn en estas circunstancias el poseedor se erige como dueco y se05cor de la cosa *erga omnes*.

Si la adquisiciyn se verifica a tнtulo gratuito, se lo reputarб propietario frente a todos, menos respecto de su verdadero dueco, quien entonces sн puede recuperarla de manos de aquйl, aunque en algunos casos deberб reembolsarle el costo de su adquisiciyn.

2. Los casos considerados en la norma

a) Si los litigantes fundan sus derechos sobre la cosa objeto del petitorio de un mismo antecesor.

En esta hipytesis, y atento a que ninguno de los contendientes impugnarб los derechos del antecesor comъn sobre la cosa pretendida, en el sentido que no revestнa la condiciyn de legнtimo propietario (pues ello irна en detrimento de sus propios intereses), prevalecerб el derecho del que adquiriy primero su potestad real sobre dicho objeto.

b) Si los litigantes fundan sus derechos en distintos antecesores.

En esta supuesto, el legislador se inclina en primer tйrmino por el tнtulo del antecesor que resulte de una adquisiciyn originaria sobre la cosa mueble, es decir, cuando no hay un antecesor conocido, de modo que el derecho nace para su titular libre de todas las cargas o gravбmenes que pudieran haberlo afectado en algъn momento. Esto es lo que sucede con los tнtulos que se derivan de la apropiaciyn, la accesiyn o la prescripciyn adquisitiva.

Si los tнtulos de marras implican modos derivados (esto es, cuando existe un titular anterior del objeto que lo ha transmitido al actual adquirente con las cargas, limitaciones y gravбmenes que lo afectaban), lleva las de ganar el que se derive del antecesor mбs antiguo.

Esto es lo que sucede cuando operan, por ejemplo, los modos sucesiyn y tradiciyn.

c) Finalmente, si la cosa se ha transmitido sin derecho y de manera gratuita, podrб ser reivindicada de manos de quien la tenga, aunque sea de buena fe.

Ello asн, a menos que este ъltimo pueda invocar una causa distinta para mantenerse en la posesiyn y propiedad de la cosa (v.gr. por prescripciyn adquisitiva).

En todos estos casos, el actor siempre deberб acreditar su derecho real sobre la cosa pretendida, como sucede en circunstancias comunes.

Art. 2259.— Derecho a reembolso. Si se reivindica un objeto mueble no registrable robado o perdido de un poseedor de buena fe, йste no puede reclamarle al reivindicante el precio que pagy, excepto que el objeto se haya vendido con otros iguales en una venta pъblica, o en casa de venta de objetos semejantes, o por quien acostumbraba a venderlos.

Si se trata de una cosa mueble registrable robada o perdida, y la inscripciyn registral se obtiene de buena fe, el reivindicante debe reintegrar al reivindicado el importe abonado.

En caso de reembolso, el reivindicante tiene derecho a repetir el pago contra el enajenante de mala fe.

I. Relaciyn con el Cydigo Civil. Fuentes del nuevo texto

Se consagran con mayor precisiyn, los casos en los que el sujeto vencido en el petitorio puede exigir del actor el reembolso del valor que abony, en su momento, para adquirir la cosa motivo del pleito.

Se siguen las premisas de los arts. 2768, 2771 y 3214 del Cyd. Civil.

La fuente es el art. 2218 del Proyecto de Cydigo Civil de 1998.

HII. Comentario

El derecho a reembolso del sujeto pasivo de la acciyn real de reivindicaciyn

Por regla, quien esgrime la acciyn real para recuperar la posesiyn efectiva de una cosa de la cual fue privado no estб obligado a abonar suma alguna a la parte vencida, sino que esta ъltima, es la que deberб resarcir al primero de los dacos y perjuicios ocasionados con su proceder.

Sin embargo, tratбndose de cosas muebles robadas o perdidas que fueron obtenidas por terceros ajenos a las circunstancias que provocaron el despojo inicial, el legislador atiende a las circunstancias bajo las cuales se verificy su adquisiciyn por el sujeto vencido, considerando especialmente su estado subjetivo de buena fe y la onerosidad de dicha enajenaciyn.

Es cierto que en estas circunstancias, el poseedor actual no puede detener el reclamo real esgrimiendo su buena fe ni la onerosidad de su tнtulo, pero sн puede exigir del actor que le reintegre el precio que abony por esa adquisiciyn.

Esto asн, pues aunque entre ellos no exista vнnculo o relaciyn contractual que los ligue de modo alguno (y menos aъn que imponga obligaciones a cargo del verdadero dueco de la cosa reivindicada), por una elemental regla de justicia y equidad, se impone la consideraciyn y resguardo del adquirente diligente que ha confiado legнtimamente en las apariencias que rodearon la compra de la cosa mueble en cuestiyn y que ha sido vнctima de un error invencible.

Esta soluciyn excepcional se aplica en los siguientes supuestos:

a) Respecto de cosas muebles no registrables robadas o perdidas, cuando йstas hayan sido adquiridas en una venta pъblica, con otras iguales, o en casas de ventas de cosas semejantes o por quien acostumbra a venderlas (comercios minoristas habilitados, cadenas de supermercados, negocios que explotan una o mбs franquicias, adquisiciones en remates efectuados por bancos oficiales, entre otros casos).

b) Tratбndose de muebles registrables robados, hurtados o perdidos, que se hayan inscripto a nombre del sujeto accionado (lo que supone que йste ha cumplido con los recaudos legales de rigor en estas circunstancias).

En ambos casos, el actor deberб reintegrar al condenado a restituir la cosa el valor de su adquisiciyn, a los que deberбn agregarse los gastos necesarios y ъtiles realizados para su conservaciyn y mantenimiento, como tambiйn las mejoras de anбloga нndole, en tanto y en cuanto existan comprobantes o justificativos que acrediten su valor.

Todas estas erogaciones que el actor deba pagar al accionado, podrб igualmente repetirlas del enajenante de mala fe.

III. Jurisprudencia

No resulty presumible que la cosa fuera robada o perdida si se adquiriy en un lugar donde se negociaban objetos de arte, entre ellos pinturas valiosas, y el demandado se vinculy con las vendedoras a travйs del asesoramiento de un conocido especialista en cuestiones pictyricas dedicado a la comercializaciyn de cuadros, relacionado con aquйllas. El derecho del demandado se limita al pago del precio de compra del cuadro, pues al "precio" de la cosa y no a su "valor" se refiere el art. 2768, idea que reitera el art. 3214, que le impone al reivindicante el pago de lo que le hubiese "costado" al comprador (CNCiv., sala C, 22/6/1982, LA LEY, 1983-B, 541).

Art. 2260.— Alcance. La acciyn reivindicatoria de una cosa mueble no registrable no puede ejercerse contra el subadquirente de un derecho real de buena fe y a tнtulo oneroso excepto disposiciyn legal en contrario; sin embargo, el reivindicante puede reclamarle todo o parte del precio insoluto.

I. Relaciyn con el Cydigo Civil. Fuentes del nuevo texto

En cuanto al alcance de la acciyn real de reivindicaciyn cuando han mediado sucesivas transferencias, se consagra de manera definitiva la protecciyn de los derechos de los terceros adquirentes de buena fe y a tнtulo oneroso, que hayan ignorado los vicios o defectos que existнan en los antecedentes que sirvieron de

sustento para dicha adquisiciyn.

De esta manera, se sintetizan las soluciones que consagran los arts. 2775, 2776, 2777 y 2778 del Cyd. Civil, evitando el excesivo casuismo, y con ello, las posiciones encontradas en torno al caso no contemplados en ellas: el subadquirente de buena fe y a tнtulo oneroso que obtuvo la cosa de un enajenante de buena fe (es decir, que o no fue parte del negocio causal viciado, o bien, ignoraba esa deficiencia en el tнtulo)

La soluciyn adoptada se hace eco igualmente de lo dispuesto por el art. 1051 in fine del Cydigo Civil en materia de nulidades.

Asimismo, y siguiendo la postura dominante en doctrina y jurisprudencia, el resguardo al subadquirente no rige cuando falta la participaciyn en la celebraciyn del negocio causal de base, del verdadero titular del derecho real a transmitir.

La fuente de inspiraciyn es el art. 2216 del Proyecto de Cydigo Civil de 1998.

II. Comentario

1. Los alcances de la acciyn real de reivindicaciyn

La acciyn real de reivindicaciyn se perfila en principio como inexpugnable, y es lygico que ello sea asн, pues en la medida que estб encaminada a proteger la existencia misma de los derechos reales, siempre que existan defectos en las transmisiones (especialmente las inmobiliarias), el particular damnificado (el propietario originario) debe tener habilitada una vнa procesal para recuperar sus bienes.

Esta soluciyn es ni mбs ni menos que el corolario o consecuencia del principal postulado de la seguridad jurнdica "estбtica", que apunta a defender a ultranza los derechos de las personas sobre cosas y bienes mal transmitidos.

Por ende, a menos que el actual poseedor de la cosa pueda invocar otra causa para mantenerla en su poder (v.gr. prescripciyn adquisitiva), deberна restituirla siempre al accionante.

Sin embargo, frente a este criterio se presenta otro tan loable y atendible como aquнl, el de la seguridad jurнdica "dinбmica", que propone la protecciyn de las adquisiciones mobiliarias e inmobiliarias consumadas por terceros (es decir, personas ajenas a los actos causales viciados o defectuosos) de buena fe (ignorantes de esos inconvenientes) y a tнtulo oneroso, aunque no haya transcurrido aъn el plazo de prescripciyn vicenal.

2. Los lнmites a la acciyn real de reivindicaciyn en materia de cosas muebles no registrables

En materia de muebles, la posesiyn vale tнtulo, razyn por la cual, quien se encuentre en poder de un objeto de esta нndole, podrб repelar con eficacia los reclamos reales o personales dimanados de su inicial propietario, o sus sucesores.

47 El art. 1895 se inclina por el poseedor de buena fe, de cosas muebles no hurtadas ni perdidas, adquiridas a tнtulo oneroso, a quien erige entonces en propietario.

Se crea una presunciyn de propiedad mobiliaria, que deviene en *iuris et de iure*, en la medida que se conjuguen los distintos recaudos de la norma: posesiyn, de buena fe, de cosas no hurtadas ni perdidas, habidas a tнtulo oneroso.

Luego, reunidas estas cuatro exigencias, el poseedor podrб rechazar con йxito la acciyn de reivindicaciyn que entable el verdadero propietario del objeto mobiliario, quien deberб enderezar sus reclamos resarcitorios contra aquellos que con su accionar hayan permitido que se consolidara dicha adquisiciyn en cabeza del primero (v.gr. tenedores que dieron a la venta las cosas ajenas).

3. Los lнmites de la acciyn real de reivindicaciyn en materia de cosas registrables (muebles e inmuebles)

En estas lides, la segunda parte del precepto en anбlisis dispone que la acciyn real no puede enderezarse contra el subadquirente de buena fe y a tнtulo oneroso.

Esto supone tres condiciones para la protecciyn del actual poseedor, como son:

a) Que se trate de un subadquirente, es decir, que no haya sido parte del acto o negocio traslativo de la propiedad defectuoso, sino que eventualmente haya adquirido su derecho de quien participy en aquнl (o, lo que es lo mismo, que se trate de un tercero", como sucesor en los aludidos derechos).

b) Que haya consumado su adquisiciyn de buena fe, la que no consiste solamente en la mera creencia de obtener el derecho de su titular, sino cumplir tambiйn con los recaudos legales y los usos y costumbres que rigen en las transmisiones de esas cosas (v.gr. en materia inmobiliaria, adquirir de quien figura inscripto como propietario en el Registro Inmobiliario, realizar el estudio de los tнtulos que sirvan de sustento a la adquisiciyn y de los que no se desprendan defectos o vicios evidentes y manifiestos —conf. art. 1138 *in fine*—, rogar a su vez, la toma de razyn del instrumento pъblico que contiene dicha adquisiciyn, etc.)

c) Que la obtenciyn de su derecho se haya cumplido a tнtulo oneroso (v.gr. compraventa, permuta, daciyn en pago, aporte para la constituciyn de una persona jurнdica, etc.).

A todas estas exigencias, el precepto le acade que no se trate de una transmisiyn *a non domino*, es decir, celebrada sin la participaciyn del verdadero titular del derecho real sobre la cosa registrable objeto de la contrataciyn (conf. tambiйn art. 392, en materia de nulidades).

Y esto rige tanto para el acto transmisivo que sirve de sustento al derecho que invoca el poseedor actual (hipy

lochtesis en la cual, en sentido estricto, no es "subadquirente", sino propiamente, parte del negocio viciado), como al que haya servido de antecedente para consumar su adquisiciyn.

III. Jurisprudencia

1. El art. 1051 Cyd. Civil actъa en casos de transmisiones nulas o anulables, es decir, cuando el propietario ha intervenido efectivamente en el acto aunque en dicha intervenciyn pueda estar viciada. En cambio los arts. 2777 y 2778 son aplicables en caso de que no medie intervenciyn o participaciyn alguna del propietario, por lo cual suele reputarse a estos actos como inexistentes (CCiv. Com. Minas, Paz y Trib. Mendoza, 3Є, 28/12/1992, Lexis N° 33/7643).

2. El art. 1051, Cyd. Civil sylo se aplica si en la enajenaciyn nula o anulable intervino el propietario mas no en las transmisiones a non domino, como en el caso de no probarse participaciyn alguna del titular de dominio en la enajenaciyn. Salvo que una norma concreta otorgue amparo a quien recibiy la cosa de manos de quien no tenнa derecho para transmitirla, tal adquirente serб pasible de la acciyn de reivindicaciyn, ya que el principio general es la protecciyn de la seguridad estбtica, el amparo del titular de dominio, siendo la protecciyn de la seguridad dinбmica la excepciyn (CCiv. y Com. Bahнa Blanca, sala 2Є, 6/12/2007, Lexis N° 1/70041735).

Art. 2261.— Sentencia. Si se admite la demanda, el juez debe ordenar la restituciyn del objeto, parte material de йl o sus restos. En cuanto a las reglas de cumplimiento de la sentencia, se aplican las normas del Capнtulo 3 del Tнtulo II de este Libro.

Si se trata de una cosa mueble registrable y media inscripciyn a favor del vencido, debe ordenarse la rectificaciyn del asiento registral.

I. Relaciyn con el Cydigo Civil. Fuentes del nuevo texto

En torno a los efectos de la sentencia favorable al actor en el juicio de reivindicaciyn, se siguen las soluciones consagradas por los arts. 2793 y 2794 del Cyd. Civil.

A ellas se acaden directivas especiales para las cosas muebles registrables.

La fuente de inspiraciyn es el art. 2215 del Proyecto de Cydigo Civil de 1998.

II. Comentario

Los efectos de la sentencia dictada en el juicio de reivindicaciyn

La sentencia que se dicte en el proceso, no solamente se limitarб afirmar y reconocer la existencia del derecho de poseer (o mejor derecho de poseer) en cabeza del actor, sino que igualmente condenarб al demandado a la restituciyn de la cosa objeto del planteo judicial.

He aquн, pues el efecto principal del pronunciamiento, que tiende a restablecer la situaciyn imperante de manera previa a la agresiyn sufrida por el accionante (el despojo), y por tanto, la existencia misma del derecho real que invoca este ъltimo.

Asн, la condena a restituir genera desde la perspectiva del vencido, una obligaciyn de dar, a la cual no se puede sustraer, salvo que pretenda esgrimir otra causa o razyn para continuar detentando la cosa.

Debe restituir el objeto de la pretensiyn,

dbchsea la cosa, una parte material de ella o sus restos, si se hubiera destruido.

Asн, si se trata de cosas muebles que estбn en poder del demandado, se le impone el deber de entregarlas al pretensor en el lugar donde se encontraban al momento de serle notificada la demanda.

Si las hubiera transportado a un lugar distinto, deberб restituirlas a su localizaciyn inicial, asumiendo los gastos y erogaciones que ello demande.

Respecto de los inmuebles, el sujeto accionado debe dejarlo desocupado, para que el actor pueda retomar su posesiyn.

Es decir, se tienen que recrear las condiciones de vacuidad en la posesiyn, de modo tal que no existan contradictores al restablecimiento de dicha relaciyn real con el inmueble por parte del demandante.

Junto con la restituciyn de la cosa (mueble o inmueble), deben incluirse sus accesorios.

Tratбndose de inmuebles, solamente se comprenderбn las cosas muebles por accesiyn fнsica, pero no las que se le hayan unido por accesiyn moral, pues por regla, pertenecerбn al poseedor (que es quien hizo tal afectaciyn, y podrб retirarlas antes de la restituciyn del inmueble).

Respecto de los frutos, productos, gastos y mejoras, se deben aplicar las soluciones previstas por los arts. 1932 a 1940, en cuanto a los derechos y obligaciones de los poseedores de buena o mala fe.

Como en toda sentencia, la que condena al demandado a la devoluciyn de las cosas en cuestiyn, deberб cumplirse en el plazo que ella disponga.

Junto con el deber de restituir, la sentencia del juicio petitorio impondrб, como efecto accesorio o secundario, el resarcimiento de los dacos y perjuicios que la conducta del demandado le haya provocado al actor, aspectos que deberбn ser acreditados en el proceso, como sucede en circunstancias comunes.

Finalmente, respecto de cosas registrables, corresponderб el libramiento del oficio judicial por el cual se ordene que se rectifique el asiento registral que publicitaba la titularidad del derecho real a nombre del demandado vencido, para que luzca de ahн en mбs el nombre del reivindicante.

Seccyn 3Є

Acciyn negatoria

Art. 2262.— Legitimaciyn pasiva. La acciyn negatoria compete contra cualquiera que impida el derecho de poseer de otro, aunque sea el dueco del inmueble, arrogбndose sobre йl alguna servidumbre indebida. Puede tambiйn tener por objeto reducir a sus lнmites verdaderos el ejercicio de un derecho real.

I. Relaciyn con el Cydigo Civil. Fuentes del nuevo texto

El precepto en cuestiyn sigue las directivas de los arts. 2802 y 2804 del Cyd. Civil.

II. Comentario

La legitimaciyn pasiva de la acciyn negatoria

Los actos que dan motivo a este remedio procesal se traducen en una turbaciyn de la relaciyn real posesoria, pero en modo alguno pueden implicar o significar el

despojo, pues entonces caerнamos en el juicio de reivindicaciyn.

Los casos mбs comunes son los mentados en el precepto en anбlisis, a saber: cuando el accionado pretende detentar sobre un fundo ajeno una servidumbre inexistente, o existiendo esa potestad real, se la ejercite fuera de los lнmites previstos en el acto de su constituciyn.

En el primer supuesto, los efectos de la interposiciyn de la acciyn implicarбn el cese de las molestias para el poseedor del inmueble afectado; en el segundo, que la servidumbre activa, se reduzca en su ejercicio a los lнmites inicialmente previstos.

La conducta que sigue el demandado en estas lides, es que los actos que turban la posesiyn del actor, son realizados por aquйl con la intenciyn y convicciyn de ejercer un derecho real, cuyo contenido contemple, precisamente, la ejecuciyn de aquйllos, en la medida que ese accionar sea antijurнdico.

Por tanto, el ejercicio de un derecho reconocido por la ley no puede dar motivo al inicio del juicio petitorio.

En cambio, sн se activa este procedimiento, cuando tal potestad real no existe, o bien cuando existiendo, se la pretende ejercer de manera abusiva y fuera de los lнmites que le hayan sido inicialmente fijados.

De lo expuesto se sigue que si el accionar del demandado no importa en la prбctica el ejercicio de un derecho real, la acciyn impetrada como real, solamente tendrб efectos personales, en lo referente a la condena a resarcir los dacos ocasionados a la parte actora por aquйl.

III. Jurisprudencia

1. Si la acciyn negatoria se acuerda para defender la libertad de ejercicio de los derechos reales contra todo aquel que lo impida, la misma para ser viable requiere que se trate de actos que realmente impidan la libertad de ejercicio de los derechos reales, y por ende, la existencia de un tercero que se atribuyera el derecho de servidumbre u otro rcheal sobre la cosa, para que el juez, a pedido del "Dominus" declare la inexistencia de tales gravбmenes , y es debido a estos extremos que la carga de la prueba se impone legalmente a quien reclama en su beneficio la existencia de una servidumbre que como contrapartida impone, de existir, una restricciyn al derecho real que niega —acciyn negatoria mediante— la existencia de dicha carga real (CCiv. y Com. Santa Fe, sala I, 30/5/1997, LLLitoral, 1998-I-292).

2. La acciyn negatoria —normada en los arts. 2800 y ss. Cyd. Civil— tiene un бmbito mбs general que hacer cesar una servidumbre que se ha usurpado, y puede ser intentada siempre que alguien impida obrar a otro como propietario en la extensiyn permitida por el derecho, con tal que la lesiyn que se infiera noich sea demasiado grave como para que proceda el ejercicio de la acciyn reivindicatoria (SCBA, 12/12/2001, Lexis N° 14/79681).

Art. 2263.— Prueba. Al demandante le basta probar su derecho de poseer o su derecho de hipoteca, sin necesidad de probar que el inmueble no estб sujeto a la servidumbre que se le quiere imponer o que no estб constrecido por el pretendido deber inherente a la posesiyn.

I. Relaciyhn con el Cydigo Civil. Fuentes del nuevo texto

El rйgimen de la prueba en la acciyn negatoria sigue lo dispuesto por el art. 2805 del Cyd. Civil.

II. Comentario

La cuestiyn de la prueba

La prueba a rendir en el juicio petitorio iniciado a partir de la acciyn negatoria deberб versar, como en circunstancias comunes, sobre el derecho real que invoca el actor (mбs precisamente, la causa tнtulo a partir de la cual el fue adquirido que puede involucrar el modo, como ya se dijo), la agresiyn que padece en el caso concreto y los dacos y perjuicios que se le hayan ocasionado, atendiendo al principio de causalidad.

En cambio, el peticionante no se encuentra obligado a acreditar que el objeto de la litis, no estб gravado o afectado con el derecho real que pretende detentar el sujeto pasivo de la acciyn negatoria (o que el mismo, en caso de existir, es menos gravoso que el que invoca el demandado).

Ello asн, como consecuencia del principio de libertad que rige en materia de dominio, en el sentido que se presume perfecto y por tanto exento de todo gravamen o restricciyn (art. 1941), y que por vнa de analogнa, se extiende a los demбs derechos reales que se ejercen por la posesiyn de las cosas.

En verdad, estarб a cargo del accionado la prueba de la existencia y alcances del pretendido derecho real que esgrime sobre la cosa ajena y que ha dado origen a la contienda judicial.

Asн, en lo referente a la prueba del derecho real que invoca el accionante, corresponde distinguir dos casos:

a) Si quien esgrime la acciyn es un poseedor legнtimo, deberб aportar el tнtulo del cual surja que detenta sobre la cosa objeto del pleito, el derecho real que se ejerce por la posesiyn;

b) Si quien deduce esta vнa procesal es el acreedor hipotecario, la prueba a rendir serб doble, a saber: su derecho hipotecario y el derecho de poseer el inmueble por parte del constituyente del gravamen, pudiendo concretarse en un mismo tнtulo la acreditaciyn de ambas prerrogativas.

Seccyn 4Є

Acciyn confesoria

Art. 2264.— Legitimaciyn pasiva. La acciyn confesoria compete contra cualquiera que impide los derechos inherentes a la posesiyn de otro, especialmente sus servidumbres activas.

I. Relaciyn con el Cydigo Civil. Fuentes del nuevo texto

Se reitera lo previsto por el art. 2797 del Cydigo Civil.

II. COMENTARIO

1. La legitimaciyn pasiva de la acciyn confesoria

Los accionados serбn en este caso, todos los que incumplan con los derechos inherentes a la posesiyn de los inmuebles, como son las servidumbres activas y las restricciones y lнmites al dominio por razones de vecindad.

Cabe destacar que la identidad de ellos no debe corresponderse de manera forzosa con los poseedores legнtimos de los inmuebles sirvientes, o desde los cuales se verifique la infracciyn a las limitaciones dispuestas sobre el dominio.

Dada la expresiyn que utiliza el precepto ("cualquiera"), estбn comprendidos los titulares de derechos reales o personales sobre esos inmuebles (v.gr. duecos, condyminos, usufructuarios, usuarios, habitadores, acreedores anticresistas, locatarios, comodatarios, etc.), como asн tambiйn los que detenten sin derecho alguno, la posesiyn o tenencia de esos bienes, o bien revisten la condiciyn de meros servidores de la posesiyn ajena (v.gr. dependientes, operarios, etc.).

La determinaciyn de la condiciyn de legitimado pasivo, por tanto, se derivarб de la comisiyn de alguno de los actos que impliquen, en la prбctica, impedir el ejercicio de las prerrogativas apuntadas en la norma, y por ende, afectar con ello la plenitud de los derechos reales.

Igualmente, la acciyn real podrб enderezarse contra el cotitular del derecho lesionado, tal como se indicy en el comentario al art. 2251.

Siempre deberбn citarse a todos los que se considere responsables (como ejecutores o instigadores) de los actos que afecten la plenitud de los derechos reales en juego, para que los efectos de la sentencia sean plenamente aplicables a todos ellos.

Art. 2265.— Prueba. Al actor le basta probar su derecho de poseer el inmueble dominante y su servidumbre activa si se impide una servidumbre; y su derecho de poseer el inmueble si se impide el ejercicio de otros derechos inherentes a la posesiyn; si es acreedor hipotecario y demanda frente a la inacciyn del titular, tiene la carga de probar su derecho de hipoteca.

I. RELACIYN CON EL CYDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Se sigue lo previsto por el art. 2798 del Cyd. Civil.

II. COMENTARIO

1. La cuestiyn de la prueba

El precepto en anбlisis distingue la prueba a rendir, de acuerdo a la identidad del actor y la naturaleza del ataque, a saber:

a) Cuando lo que se afecta es una servidumbre activa, la prueba que deberб acercar el pretensor serб doble, a saber: su derecho de poseer el fundo dominante y la existencia y vigencia de la servidumbre afectada sobre el fundo sirviente (atendiendo en este ыltimo caso, al modo como ella fue constituida o adquirida).

b) Cuando no se respetan las restricciones y lнmites por razones de vecindad, el actor debe probar su derecho de poseer el inmueble, aportando el correspondiente tнtulo (entendido como negocio causal por el cual se adquiriy dicha prerrogativa), que estarб revestido de la forma de instrumento pъblico en atenciyn al objeto sobre el que recae).

Como las restricciones de marras derivan de la ley, acreditada la titularidad del derecho real que se ejerce por la posesiyn, se tendr_e1n igualmente justificadas las primeras.

c) Cuando se afectan los derechos inherentes a la posesiyn de un inmueble hipotecado, y quien esgrime la defensa real es el titular de la garantнa real, ante la inacciyn del titular corresponde distinguir:

trchmites por razones de vecindad, el нi) Si no se respetan las restricciones y l parte del actor tiene que incorporar a la causa la prueba del derecho de poseer por .s, su derecho hipotecarioбconstituyente del gravamen y adem

PUEDE SUCEDER QUE UN MISMO TÍTULO SIRVA A TALES FINES (V.GR. COMPRAVENTA CON HIPOTECA POR SALDO DE PRECIO), O BIEN QUE DEBAN ADJUNTARSE POR IGUAL EL TÍTULO QUE ACREDITE LA TITULARIDAD DEL DERECHO REAL SOBRE COSA PROPIA Y EL QUE CONTENGA EL CONTRATO HIPOTECARIO;

II) SI NO SE PERMITE EL EJERCICIO EFECTIVO Y PLENO DE UNA SERVIDUMBRE ACTIVA, LA CARGA PROBATORIA DEL ACTOR SE TRIPLICA, A SABER: DEBERÁ APORTAR EL TÍTULO QUE ACREDITE EL DERECHO DE POSEER EL FUNDO DOMINANTE POR PARTE DEL CONSTITUYENTE DEL GRAVAMEN; EL QUE SIRVE PARA JUSTIFICAR LA EXISTENCIA Y VIGENCIA DE LA SERVIDUMBRE ACTIVA SOBRE EL FUNDO SIRVIENTE Y EL QUE EVIDENCIE EL DERECHO REAL HIPOTECARIO.

III. JURISPRUDENCIA

SI POR MEDIO DE UNA ACCIÓN CONFESORIA SE PRETENDE EL RECONOCIMIENTO Y RESTITUCIÓN DE UNA SERVIDUMBRE DE TRÁNSITO QUE SE AFIRMA EXISTÍA POR HABER SIDO CONSTITUIDA POR DESTINO DEL PADRE DE FAMILIA, ES NECESARIO QUE EL ACTOR DEMUESTRE NO SÓLO LA INVOCADA FUENTE DE NACIMIENTO DE SU DERECHO, SINO TAMBIÉN LA MATERIALIDAD DE LA EXISTENCIA DE LA SERVIDUMBRE ***(SCBA, 23/7/1980, LA LEY, 1982-C, 469).***

SECCIÓN 5ª

ACCIÓN DE DESLINDE

ART. 2266.— FINALIDAD DE LA ACCIÓN DE DESLINDE. CUANDO EXISTE ESTADO DE INCERTIDUMBRE ACERCA DEL LUGAR EXACTO POR DONDE DEBE PASAR LA LÍNEA DIVISORIA ENTRE INMUEBLES CONTIGUOS, LA ACCIÓN DE DESLINDE PERMITE FIJARLA DE MANERA CIERTA, PREVIA INVESTIGACIÓN FUNDADA EN TÍTULOS Y ANTECEDENTES, Y DEMARCAR EL LÍMITE EN EL TERRENO.

NO PROCEDE ACCIÓN DE DESLINDE SINO REIVINDICATORIA

CUANDO NO EXISTE INCERTIDUMBRE SINO CUESTIONAMIENTO DE LOS LÍMITES.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

SE REGULA CON MAYOR PRECISIÓN LA ACCIÓN DE DESLINDE, SEPARÁNDOLA DEL DERECHO REAL DE CONDOMINIO CON EL CUAL NO TIENE, EN SENTIDO ESTRICTO VINCULACIÓN ALGUNA.

ESTO ES, SE TRATA DE UN REMEDIO PARA HACER CESAR EL ESTADO DE INCERTIDUMBRE EN TORNO AL LUGAR POR DONDE PASA LA LÍNEA DIVISORIA DE DOS O MÁS FUNDOS CONTIGUOS, Y CON ELLO, PRECISAMENTE, PONER FIN A UN APARENTE ESTADO DE COMUNIDAD DE DERECHOS ENTRE LOS TITULARES DE LAS RESPECTIVAS HEREDADES.

DE AQUÍ LA DIFERENCIA SUSTANCIAL CON EL ESQUEMA NORMATIVO QUE PLANTEA EL ART. 2746 DEL CÓD. CIVIL, QUE PARTE DE LA PREEXISTENCIA EN ESTAS LIDES, DE UN CONDOMINIO DE FUENTE LEGAL, AL QUE LOS INTERESADOS PUEDEN PONERLE FIN POR LA VÍA INDICADA.

SE MANTIENE, EMPERO, LA DISTINCIÓN ENTRE ESTA ACCIÓN Y LA DE REIVINDICACIÓN, TAL COMO LO DISPONE EL ART. 2747 DEL CITADO CUERPO LEGAL.

LA FUENTE DE INSPIRACIÓN SON LOS ARTS. 2219 Y 2222 DEL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL DE 1998.

II. COMENTARIO

1. LA ACCIÓN REAL DE DESLINDE Y SUS EFECTOS

ESTA ACCIÓN ESTÁ ENCAMINADA A REQUERIR DE LA AUTORIDAD JUDICIAL QUE SE INDAGUE Y FIJE DE MANERA CIERTA Y PRECISA EL SITIO POR DÓNDE PASA LA LÍNEA QUE DIVIDE LOS INMUEBLES VECINOS, PUES EXISTE UN ESTADO DE DUDA E INCERTIDUMBRE EN LA MATERIA.

ESTA VÍA PROCESAL, POR TANTO, TIENE DOS FINALIDADES QUE LE SON PROPIAS, A SABER:

A) QUE SE INVESTIGUEN LOS LÍMITES CONFUSOS, A PARTIR DE LOS TÍTULOS DE PROPIEDAD QUE APORTEN LOS LITIGANTES, LOS PLANOS DE MENSURA, CÉDULAS O PLANCHAS CATASTRALES Y DEMÁS ELEMENTOS QUE SE AGREGUEN A LA CAUSA;

B) QUE SE PROCEDA A LA DEMARCACIÓN DE LA LÍNEA SEPARATIVA DE LAS HEREDADES, COLOCÁNDOSE LOS MOJONES Y DEMÁS OBJETOS QUE SIRVAN PARA DETERMINAR SU UBICACIÓN EXACTA.

LA NATURALEZA REAL DE ESTÁ ACCIÓN ES A TODAS LUCES EVIDENTE, DADO QUE EL JUEZ, CON EL DICTADO DE LA SENTENCIA, EN LOS HECHOS DISTRIBUIRÁ LA ZONA CONFUSA ENTRE LOS LITIGANTES, DE ACUERDO A LA PRUEBA RENDIDA EN LA CAUSA, O EN SU DEFECTO, SEGÚN SU LEAL SABER Y ENTENDER.

O, LO QUE ES IGUAL, REALIZARÁ ADJUDICACIONES EN PROPIEDAD DE LOS DISTINTOS SECTORES COMPRENDIDOS EN EL ÁMBITO ESPACIAL MOTIVO DEL PLEITO, QUE POR CIERTO, PODRÁN MODIFICAR LAS MEDIDAS, SUPERFICIE Y LINDEROS DE LOS INMUEBLES AFECTADOS, QUE NO SE CORRESPONDERÁN ASÍ, CON LOS QUE LUZCAN LOS TÍTULOS RESPECTIVOS (LO QUE SUPONE, POR ENDE, QUE LA SENTENCIA JUDICIAL COMPLETARÁ LOS RESPECTIVOS TÍTULOS DE PROPIEDAD QUE HAYAN APORTADO LOS LITIGANTES).

EL PRECEPTO EN ANÁLISIS NO DISPONE QUE EN ESTAS CIRCUNSTANCIAS, Y HASTA TANTO SE CONCLUYA EL PROCESO, EXISTA UN CONDOMINIO DE FUENTE LEGAL TRANSITORIO ENTRE LOS TITULARES DE LOS FUNDOS AFECTADOS.

ELLO ASÍ, PUES COMO SEÑALA BIBILONI, EN LA HIPÓTESIS EN ESTUDIO NO HAY ZONA INTERMEDIA QUE PERTENEZCA A LOS DOS VECINOS, UNO LLEGA EXCLUSIVAMENTE A DONDE LLEGA EXCLUSIVAMENTE EL OTRO; NO LEVANTAN CONTROVERSIA DE DERECHOS Y ESTÁN DE ACUERDO EN SUS LÍMITES. SÓLO DESEAN ESTABLECERLOS EN EL TERRENO. SERÍA UN CONDOMINIO SIN COPROPIEDAD, EN EL QUE NO SE BUSCA DIVIDIR LO COMÚN; SINO DESLINDAR LO EXCLUSIVO. NINGUNO PRETENDE LO QUE NO ES SUYO. RECLAMA LO PROPIO.

ELLO NO EMPECE A QUE EN LOS HECHOS, EN EL EJERCICIO EFECTIVO DE SUS DERECHOS SOBRE LA ZONA AFECTADA, LOS TITULARES DE LAS HEREDADES INVOLUCRADAS, SE PUEDAN COMPORTAR COMO SI FUERAN CONDÓMINOS DE ÉSTA, HASTA TANTO SE FIJE EL SITIO POR DONDE DEBE PASAR LA LÍNEA DIVISORIA.

ESTO SIGNIFICA QUE UN VECINO NO EXCLUYE NI IMPIDE EL ACCESO DEL OTRO AL SECTOR SUJETO A LA CONFUSIÓN, PUES DE SUCEDER ESTO, SE ESTARÍA ANTE UNA CONTROVERSIA O CONFLICTO QUE DEBERÁ SOLUCIONARSE POR LA ACCIÓN REAL DE REIVINDICACIÓN.

2. SU DIFERENCIA CON LA ACCIÓN DE REIVINDICACIÓN

CUANDO EXISTEN DISCREPANCIAS EN TORNO AL LUGAR POR DONDE PASA LA LÍNEA QUE SEPARA A LAS HEREDADES CONTIGUAS, LA CUESTIÓN DEBE RESOLVERSE EN UN JUICIO DE REIVINDICACIÓN.

ELLO ASÍ, PORQUE EN ESTE CASO UNA DE LAS PARTES RECLAMA LA POSESIÓN EFECTIVA DE UN SECTOR DEL INMUEBLE AL QUE CREE TENER DERECHO Y RESPECTO DEL CUAL HA SIDO DESPLAZADO POR SU VECINO LINDERO.

DE AQUÍ QUE EL OBJETO DE LA DISPUTA SEA SUSTANCIALMENTE DISTINTO AL DE LA ACCIÓN DE DESLINDE (V.GR. RECUPERAR LA POSESIÓN EFECTIVA DEL SECTOR DEL INMUEBLE AFECTADO; QUE CESEN LOS ACTOS TURBATORIOS SOBRE ÉSTE, QUE SE REPONGAN LOS MOJONES O SEÑALES INDICATIVAS DE LA LÍNEA SEPARATIVA Y QUE FUERON DESTRUIDOS O ALTERADOS PARA CONSUMAR EL DESPOJO, ETC.).

EN TORNO A LA CARGA DE LA PRUEBA SOBRE EL DERECHO, TRATÁNDOSE DE UN JUICIO DE REIVINDICACIÓN LE INCUMBE AL ACTOR.

EN CAMBIO, EN LA ACCIÓN DE DESLINDE, AMBAS PARTES SON AL MISMO TIEMPO, ACTOR Y DEMANDADO, POR LO QUE DEBEN APORTAR LAS PRUEBAS QUE ACREDITEN SUS RESPECTIVOS DERECHOS SOBRE LOS INMUEBLES CONTIGUOS.

RESPECTO DE LAS FACULTADES JUDICIALES, TAMBIÉN EXISTEN DIFERENCIAS SUSTANCIALES.

47EN LA ACCIÓN DE REIVINDICACIÓN, EL MAGISTRADO DEBE FALLAR CONFORME A LAS PRUEBAS APORTADAS POR LOS LITIGANTES.

EN CAMBIO, EN LA ACCIÓN DE DESLINDE, SI PESE AL ESTUDIO EXHAUSTIVO DE LOS TÍTULOS NO PUDIERA DETERMINARSE CON EXACTITUD EL SITIO POR DONDE DEBE PASAR LA LÍNEA SEPARATIVA, EL JUEZ PODRÁ FIJARLA COMO LO CREA CONVENIENTE, REALIZANDO CON SU VEREDICTO, LAS ATRIBUCIONES DE PROPIEDAD CORRESPONDIENTES.

III. JURISPRUDENCIA

LA DIFERENCIA ENTRE LA ACCIÓN DE DESLINDE Y LA REIVINDICATORIA SON SUSTANCIALES. EN EFECTO, AMBAS SE DISTINGUEN EN QUE EN LA PRIMERA CADA LITIGANTE ES ACTOR Y DEMANDADO, LO QUE CONDUCE A QUE AMBOS DEBAN APORTAR LAS MEDIDAS PROBATORIAS TENDIENTES AL ESCLARECIMIENTO DE SUS RESPECTIVAS PRETENSIONES. POR ELLO, EN ESTA ACCIÓN, CADA UNO DEBE EXHIBIR LOS TÍTULOS Y APORTAR LOS ELEMENTOS DEL JUICIO. EN LA REIVINDICACIÓN, EN CAMBIO, UNA PARTE ES ACTOR Y LA OTRA DEMANDADA, DE MODO QUE EL ONUS PROBANDI PESA —PRINCIPALMENTE— SOBRE EL PRIMERO. EL JUICIO DE DESLINDE TIENE COMO OBJETO PROPIO NO LA RECUPERACIÓN O ADQUISICIÓN DE UNA HEREDAD, SINO LA PRECISIÓN DE LOS LÍMITES DE LA MISMA. EN OTRAS PALABRAS, EL DESLINDE SE ORIENTA A DEMARCAR UNA HEREDAD, NO A PROCURAR OBTENER LA PROPIEDAD DE NUEVAS HEREDADES (TS CÓRDOBA, 19/5/2003, LEXIS N° 32/4541).

ART. 2267.— LEGITIMACIÓN ACTIVA Y PASIVA. EL TITULAR DE UN DERECHO REAL SOBRE UN INMUEBLE NO SEPARADO DE OTRO POR EDIFICIOS, MUROS, CERCAS U OBRAS PERMANENTES, PUEDE EXIGIR DE LOS COLINDANTES, QUE CONCURRAN CON ÉL A FIJAR MOJONES DESAPARECIDOS O REMOVIDOS O DEMARCAR DE OTRO MODO EL LÍMITE DIVISORIO. PUEDE CITARSE A LOS DEMÁS POSEEDORES QUE LO SEAN A TÍTULO DE DERECHOS REALES, PARA QUE INTERVENGAN EN EL JUICIO.

LA ACCIÓN PUEDE DIRIGIRSE CONTRA EL ESTADO CUANDO SE TRATA DE BIENES PRIVADOS. EL DESLINDE DE LOS BIENES DE DOMINIO PÚBLICO CORRESPONDE A LA JURISDICCIÓN ADMINISTRATIVA.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

RESPECTO DE LA ÍNDOLE DE LOS FUNDOS CONTIGUOS ENTRE LOS QUE SE PLANTEA LA INCERTIDUMBRE, SE SUPRIME EL CALIFICATIVO DE "RÚSTICOS" A QUE ALUDE EL ART. 2748 DEL CÓD. CIVIL, ASPECTO QUE LA DOCTRINA EN GENERAL NO RELACIONABA CON LA UBICACIÓN DE LOS PREDIOS AFECTADOS, SINO CON EL HECHO DE QUE NO ESTUVIERAN SEPARADOS POR EDIFICACIONES, CERCOS O MUROS MEDIANEROS.

SE CONSAGRA UNA LEGITIMACIÓN ACTIVA AMPLIA PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN, AL IGUAL QUE DISPONE EL ART. 2749 DEL TEXTO LEGAL CITADO.

RESPECTO DE LOS BIENES DE DOMINIO DEL ESTADO, SE CONSAGRA UNA SOLUCIÓN EQUIVALENTE A LA PREVISTA POR EL ART. 2749 DEL CÓD. CIVIL.

LA FUENTE DE INSPIRACIÓN LA CONSTITUYEN LOS ARTS. 2220 Y 2221 DEL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL DE 1998.

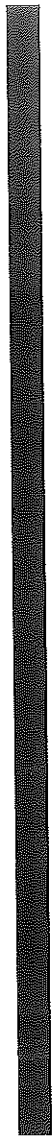
II. COMENTARIO

1. LOS REQUISITOS PARA LA PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN REAL DE DESLINDE















B) Los inmuebles afectados deben ser contiguos o vecinos, lo que no sucede si están separados por un terreno, espacio o bien público (calles, rutas, ríos).

C) Los límites entre dichas heredades deben estar confundidos;

D) Los inmuebles deben pertenecer a distintos propietarios.

2. LA LEGITIMACIÓN ACTIVA

La norma en análisis consagra correctamente una legitimación activa amplia, a favor de todos y cada uno los titulares de derechos reales sobre inmuebles que reúnan los requisitos indicados en el apartado anterior.

Por ende, pueden esgrimir esta vía procesal tanto los titulares de derechos reales sobre cosa propia (v.gr. dominio, condominio, conjuntos inmobiliarios, superficie, si existe propiedad superficiaria), como los que recaigan sobre cosa ajena (v.gr. superficie —si no existe propiedad superficiaria—, usufructo, uso, habitación, anticresis).

También están legitimados los titulares de derechos reales sobre inmuebles que no se ejerzan por la posesión, como sucede con los titulares de servidumbres activas y el acreedor hipotecario.

Todos ellos tienen un interés legítimo en que se investiguen los límites de los fundos en cuestión, y se proceda a su amojonamiento y deslinde, pues con eso, se favorece el ejercicio (actual o futuro) de sus prerrogativas jurídicas (v.gr. piénsese en el caso especial del acreedor hipotecario que pretenda hacer efectiva su garantía a través de la ejecución del inmueble y no logre postores para su adquisición por no saberse a ciencia cierta, cuál es su exacta extensión).

Ello así, sin perjuicio de citarse a los restantes titulares de derechos reales sobre el mismo bien (especialmente, el dueño o los condóminos, que son quienes deberán aportar los respectivos títulos de propiedad), para que tengan intervención activa en el proceso y la producción de la prueba, de modo tal que la sentencia que se dicte les sea plenamente oponibles (ver comentario al art. 2251).

Carecen en cambio de legitimación activa, los titulares de derechos personales.

3. LA LEGITIMACIÓN PASIVA

A diferencia del caso anterior, la acción habrá de enderezarse contra los propietarios del fundo contiguo (dueño, condóminos), que son quienes aportarán los títulos y demás elementos que acrediten sus derechos, a fin de dirimir la cuestión.

4. LOS INMUEBLES DEL ESTADO

Si se tratara de bienes de dominio público del Estado, su deslinde es ajeno al Código Civil y debe ventilarse en la órbita de la jurisdicción administrativa.

Si en cambio, alguno de los bienes en cuestión (o ambos), pertenece(n) al dominio privado del Estado, rigen las soluciones en análisis.

En el supuesto especial en que uno de los inmuebles pertenezca al dominio público del Estado y el otro, a un particular, la acción de deslinde procede.

Ello así, pues del texto del precepto en análisis se deduce que sólo cuando todos los bienes son de dominio público estatal (se emplea el plural) debe acudirse a la jurisdicción administrativa.

ART. 2268.— PRUEBA Y SENTENCIA. CADA UNA DE LAS PARTES DEBE APORTAR TÍTULOS Y ANTECEDENTES A EFECTOS DE PROBAR LA EXTENSIÓN DE LOS RESPECTIVOS DERECHOS, EN TANTO EL JUEZ DEBE PONDERAR LOS DIVERSOS ELEMENTOS PARA DICTAR SENTENCIA EN LA QUE ESTABLECE UNA LÍNEA SEPARATIVA. SI NO ES POSIBLE DETERMINARLA POR LOS VESTIGIOS DE LÍMITES ANTIGUOS, POR LOS TÍTULOS NI POR LA POSESIÓN, EL JUEZ DEBE DISTRIBUIR LA ZONA

CONFUSA ENTRE LOS COLINDANTES SEGÚN, FUNDADAMENTE, LO CONSIDERE ADECUADO.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

SE SUPRIME EL PROCEDIMIENTO EXTRAJUDICIAL PARA EL DESLINDE, CONSAGRADO EN EL ART. 2753 DEL CÓD. CIVIL, QUE SUPONE LA CELEBRACIÓN DE UN ACUERDO BAJO LA FORMA DE ESCRITURA PÚBLICA ENTRE LOS TITULARES DE LOS FUNDOS CONTIGUOS, EL QUE DEBE SER HOMOLOGADO, A LA POSTRE, POR LA AUTORIDAD JUDICIAL, PARA SU PLENA EFICACIA.

DE AQUÍ QUE PERDURE SOLAMENTE EL PROCEDIMIENTO JUDICIAL PARA LOGRAR EL MENTADO DESLINDE, AL QUE SE REFIERE EL ART. 2754 DEL CUERPO LEGAL CITADO.

SE MANTIENE LA DIRECTIVA DEL ART. 2755 DEL CÓD. CIVIL, EN TORNO A LA POTESTAD DEL MAGISTRADO, ANTE LA AUSENCIA DE ELEMENTOS PROBATORIOS O LA INSUFICIENCIA DE LOS APORTADOS, DE RESOLVER LA CUESTIÓN DE ACUERDO A LO QUE CONSIDERE MÁS CONVENIENTE EN EL CASO.

LA FUENTE ES EL ART. 2223 DEL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL DE 1998.

II. COMENTARIO

EL PROCEDIMIENTO JUDICIAL PARA EL DESLINDE DE LOS FUNDOS CONTIGUOS ESTÁ REGULADO POR LOS CÓDIGOS DE PROCEDIMIENTOS VIGENTES EN LAS DISTINTAS JURISDICCIONES DE LA REPÚBLICA ARGENTINA, LO QUE EXPLICA QUE EL ARTÍCULO EN ANÁLISIS SE LIMITE A DAR PREMISAS GENERALES.

EN EFECTO, SE PRESCRIBE EL DEBER DE LAS PARTES DE ADJUNTAR A LA CAUSA LOS TÍTULOS Y ANTECEDENTES QUE JUSTIFIQUEN SUS DERECHOS SOBRE CADA UNO DE LOS FUNDOS CONTIGUOS CON LOS LÍMITES CONFUSOS, LOS QUE EL JUEZ DEBE PONDERAR JUNTO CON LOS DEMÁS ELEMENTOS DEL PROCESO.

SON LAS LEYES DE PROCEDIMIENTOS LAS QUE INDICAN EN ESTAS LIDES CUÁL ES EL JUEZ COMPETENTE (EL DEL LUGAR DE SITUACIÓN DE LAS HEREDADES DONDE EXISTE LA CONFUSIÓN DE LÍMITES), LA NATURALEZA DEL PROCEDIMIENTO (ORDINARIO O SUMARIO) Y LA PRODUCCIÓN DE LA PRUEBA.

EN RIGOR, EN ESTAS CAUSAS JUDICIALES SE DESIGNARÁ UN PERITO AGRIMENSOR PARA QUE REALICE LA MENSURA DE LOS INMUEBLES EN CUESTIÓN, VALIÉNDOSE PARA ELLO NO SÓLO DE LOS TÍTULOS DE PROPIEDAD, SINO TAMBIÉN DE LAS CONSTANCIAS E INFORMES QUE REMITAN LAS OFICINAS DE CATASTRO TERRITORIAL.

DICHO PROFESIONAL IGUALMENTE PROCEDERÁ A VERIFICAR IN SITU LA EXISTENCIA DE MOJONES U OTROS VESTIGIOS QUE PUEDAN SERVIR PARA CUMPLIR CON LA DELIMITACIÓN PETICIONADA.

UNA VEZ RENDIDO EL DICTAMEN DEL EXPERTO, SE DARÁ TRASLADO A LAS PARTES PARA QUE PRESTEN ACUERDO CON LA TAREA REALIZADA.

DE NO EXISTIR OBJECIONES, EL JUEZ APROBARÁ LA MENSURA, ESTABLECIENDO EL DESLINDE DE LOS INMUEBLES EN BASE A LO ALLÍ PREVISTO.

EXISTIENDO DISCREPANCIAS EN TORNO A LA PERICIA REALIZADA, O SI DE ELLA NO SURGIERA CERTEZA ALGUNA EN CUANTO AL LUGAR POR DONDE PASA LA LÍNEA QUE DIVIDE A LOS INMUEBLES EN JUEGO, EL JUEZ EVALUARÁ EL RESTO DE LA PRUEBA RENDIDA Y SI TAMPOCO DE ELLA RESULTARAN INDICIOS SUFICIENTES PROCEDERÁ A DISTRIBUIR LA ZONA AFECTADA POR CONFUSA, COMO MEJOR LE PAREZCA.

SE TRATA DE UNA SOLUCIÓN DE EQUIDAD QUE ESTÁ SUJETA AL PRUDENTE ARBITRIO DEL MAGISTRADO INTERVINIENTE, QUIEN EN SU DICTAMEN NO ESTÁ CONSTREÑIDO A EFECTUAR ADJUDICACIONES DE MANERA EQUIVALENTE, PUDIENDO EN LA PRÁCTICA, UNA DE LAS PARTES RECIBIR MÁS QUE LAS OTRAS.

EL TESTIMONIO DE LA SENTENCIA EN CUESTIÓN COMPLEMENTARÁ LOS TÍTULOS DE PROPIEDAD QUE OSTENTEN LAS PARTES LITIGANTES, Y DEBERÁ ROGARSE SU TOMA DE RAZÓN ANTE EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD INMUEBLE QUE CORRESPONDA.

CAPÍTULO 3

RELACIONES ENTRE LAS ACCIONES POSESORIAS Y LAS ACCIONES REALES

POR RICARDO JAVIER SAUCEDO

BIBLIOGRAFÍA DE LA REFORMA: 7 ZELAYA, MARIO, *"ACCIONES POSESORIAS Y ACCIONES REALES", EN RIVERA, JULIO C. - MEDINA, GRACIELA, COMENTARIOS AL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN, ABELEDO PERROT, BUENOS AIRES, 2012.*

BIBLIOGRAFÍA CLÁSICA: KIPER, CLAUDIO M., "COMENTARIO AL ART. 2483", EN ZANNONI, EDUARDO A. - KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA, CÓDIGO CIVIL Y LEYES COMPLEMENTARIAS. COMENTADO, ANOTADO Y CONCORDADO, T. 10, ASTREA, BUENOS AIRES, 2005.

***

ART. 2269.— PROHIBICIÓN DE ACUMULAR. NO PUEDEN ACUMULARSE LAS ACCIONES REALES CON LAS ACCIONES POSESORIAS.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

SE MANTIENE LA SEPARACIÓN ENTRE LAS ACCIONES REALES (JUICIO PETITORIO) Y LAS POSESORIAS (JUICIO POSESORIO), QUE POR APUNTAR A DISTINTOS OBJETIVOS (LA TUTELA Y RESGUARDO DE LOS DERECHOS REALES, EN EL PRIMER CASO, LA PROTECCIÓN DE LAS RELACIONES DE PODER SOBRE LAS COSAS, COMO SON LA POSESIÓN Y LA TENENCIA, EN EL SEGUNDO) NO PUEDEN SER ACUMULADAS EN LA INSTANCIA JUDICIAL.

LA METODOLOGÍA DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL ES IMPECABLE, PUES A DIFERENCIA DEL CÓDIGO VELEZANO (QUE TRATA EL TEMA EN EL TÍTULO III DE SU LIBRO III, EN EL RÉGIMEN DE LAS ACCIONES POSESORIAS), CONSAGRA UN CAPÍTULO ESPECIAL PARA REGULAR LOS VÍNCULOS Y RELACIONES QUE EXISTEN ENTRE AMBOS PROCESOS JUDICIALES.

ASÍ, LA SEPARACIÓN DE AMBAS VÍAS PROCESALES DETERMINA LA VIGENCIA DE DOS PRINCIPIOS RECTORES EN EL TEMA, COMO SON EL DE NO ACUMULACIÓN Y EL DE PRELACIÓN, CONSAGRADOS DE MANERA GENÉRICA EN EL ART. 2482 DEL CÓDIGO CIVIL.

El Código Civil y Comercial mantiene y hace aplicación efectiva de dichas reglas en todos los preceptos del capítulo en análisis.

La fuente de inspiración es el art. 2225 del Proyecto de Código Civil de 1998.

II. COMENTARIO

1. LAS DIFERENCIAS ENTRE LOS JUICIOS POSESORIO Y PETITORIO

El Código Civil y Comercial presenta una doble batería de acciones para proteger a las relaciones de poder (posesión y tenencia) y a los derechos reales.

En rigor, si la posesión es legítima ello supone en los hechos el ejercicio efectivo de un derecho real sobre cosa propia o ajena. Por ende, la tutela de esa relación de poder involucra también el derecho a que aquélla es inherente.

Además, las agresiones a las relaciones de poder (despojo, turbación), se corresponden, en esencia, con las que puede padecer el titular de un derecho real en iguales circunstancias (que le permiten incoar las acciones reales de reivindicación y negatoria, respectivamente).

Empero, existen marcadas diferencias entre las acciones y los procesos en estudio, las que se indican a continuación:

05A) La legitimación activa para impetrar las acciones reales solamente corresponde a quienes puedan acreditar la titularidad de un poder jurídico sobre el objeto de la contienda. Las acciones posesorias, en cambio, recaen no sólo sobre los poseedores legítimos (v.gr. titulares de derechos reales), sino también sobre los ilegítimos y los tenedores.

B) Respecto de la prescripción las acciones reales no prescriben (conf. art. 2247), salvo que el sujeto accionado pueda invocar en su defensa la prescripción adquisitiva para mantener la cosa en su poder. Las acciones posesorias, en cambio, prescriben al año de la agresión (conf. inc. b) del art. 2564).

C) En cuanto a la prueba a rendirse en cada uno de estos procesos, es en esencia distinta: en el petitorio, deberá acreditarse la titularidad del derecho real (conf. arts. 2256 a 2258); en el posesorio, en cambio, deberá justificarse la relación de poder, aunque ella no se corresponda con derecho real alguno y la lesión sufrida (turbación o despojo). En otros términos, en el primer caso se prueba el derecho de poseer (ius possidendi), en el segundo, la posesión (ius possessionis) o tenencia.

D) Finalmente, los objetivos que persiguen cada uno de estos procesos, son sustancialmente distintos. En el juicio posesorio se protege la relación de poder afectada (posesión o tenencia), disponiéndose, en la medida de lo posible que las cosas vuelvan al estado anterior al ataque, sin investigarse a quién pertenece el derecho a poseer o detentar el objeto motivo del litigio. En el petitorio, en cambio, la cuestión gira en torno a la existencia y titularidad del derecho real sobre la cosa u objeto a que se refiere el conflicto.

2. LA PROHIBICIÓN DE ACUMULAR AMBOS PROCESOS

Si el poseedor agredido es titular de un derecho real, puede servirse indistintamente de ambos remedios procesales.

En efecto, puede acudir al posesorio, acreditando su relación de poder con la cosa y la lesión sufrida, o bien, instar la vía petitoria, justificando la titular de la potestad real pertinente.

Como son dos procesos de diferente jerarquía, no se los puede acumular o seguir de modo simultáneo, sino solamente sucesivo, y respetando el grado de prelación que existe entre ellos.

La prohibición de acumularlos implica por ende, para el actor, el ejercicio de una opción, que lo constriñe a acatar sus consecuencias o resultados aunque le sean adversos.

En efecto, si comienza discutiendo la relación de poder, ante la imposibilidad de acreditar en el juicio su posesión efectiva sobre la cosa, no puede cambiar su pretensión en esa instancia alegando que debe prevalecer su interés por detentar la titularidad de un derecho real, que supera a la eventual relación real que sin sustento en derecho alguno, pueda justificar o invocar el accionado.

En suma, la iniciación del juicio posesorio obsta a la iniciación del juicio petitorio, mientras el primero esté pendiente, como así también al planteo de otro proceso posesorio entre las mismas partes y respecto de los mismos hechos, por razones de litispendencia.

Esta conclusión no rige respecto de hechos sobrevinientes o distintos a los que motivaron la deducción de la acción que originó el juicio actualmente en trámite.

III. JURISPRUDENCIA

1. El posesorio y el petitorio son dos juicios de naturaleza muy distinta, por tratarse en el primero, tan solo la posesión actual que corresponda a una de las partes, y en el segundo, la acción real o derecho de propiedad que tiene el que reclama como suyo el inmueble poseído por otro y al estar este juicio e505xpresamente autorizado por la ley civil a favor de quien fuese vencido en el primero, es lógico que no lo perjudique la resolución pronunciada en ese juicio por no tratarse de la misma cosa (CNCiv., sala E, 21/11/1972, LA LEY, 150-276).

NG1034ART. 2270.— INDEPENDENCIA DE LAS ACCIONES. EN LAS ACCIONES POSESORIAS ES INÚTIL LA PRUEBA DEL DERECHO REAL, MAS EL JUEZ PUEDE EXAMINAR LOS TÍTULOS PRESENTADOS PARA APRECIAR LA NATURALEZA, EXTENSIÓN Y EFICACIA DE LA POSESIÓN.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

UNA DE LAS CONSECUENCIAS QUE SE DERIVA DE LA SEPARACIÓN ENTRE EL POSESORIO Y EL PETITORIO, ES LA INUTILIDAD DE LA PRUEBA SOBRE LA EXISTENCIA DEL DERECHO REAL EN LA CAUSA EN QUE SE VENTILE LA AGRESIÓN A UNA RELACIÓN DE PODER Y VICEVERSA.

EN ESTE SENTIDO, SE SIGUE LA DIRECTIVA CONSAGRADA POR EL ART. 2472 DEL CÓDIGO CIVIL, AUNQUE NO SE PLANTEA DE MODO ABSOLUTO Y ESTRICTO.

LA FUENTE DE INSPIRACIÓN ES EL ART. 2224 DEL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL DE 1998.

II. COMENTARIO

LA PRUEBA A RENDIR EN CADA PROCESO

DADOS LOS DISTINTOS OBJETIVOS QUE PERSIGUEN LOS JUICIOS POSESORIO Y PETITORIO, ES LÓGICO DEDUCIR QUE LA PRUEBA A PRODUCIRSE EN ELLOS SEA SUSTANCIALMENTE DISTINTA.

EN RIGOR, SI SE TRATA DE UN JUICIO POSESORIO, LA CARGA DE LA PRUEBA QUE PESA SOBRE EL ACTOR VERSARÁ SOBRE SU RELACIÓN REAL CON LA COSA U OBJETO MOTIVO DEL PROCESO, Y LA AGRESIÓN QUE DICHA RELACIÓN DE PODER HAYA PADECIDO.

SI ES UN JUICIO PETITORIO LA PRUEBA GIRARÁ, EN CAMBIO, EN TORNO A LA TITULARIDAD DE UN DERECHO REAL QUE LEGITIME EL ACCIONANTE EN ESAS CIRCUNSTANCIAS PARA EXIGIR UN DICTAMEN FAVORABLE A SU EXISTENCIA, LIBERTAD O PLENITUD, DE ACUERDO A LA ÍNDOLE DE LA ACCIÓN REAL INCOADA EN LA CAUSA DE MARRAS.

DE AQUÍ LA APARENTE INUTILIDAD DE APORTAR PRUEBA DISTINTA A LA ANTES INDICADA EN DICHAS CAUSAS JUDICIALES (V.GR. JUSTIFICAR LA TITULARIDAD DEL DERECHO REAL, EN LA INSTANCIA POSESORIA, O BIEN, LA RELACIÓN DE PODER —POSESIÓN O TENENCIA— EN LA VÍA PETITORIA).

EMPERO, ESTA DIRECTIVA ESTÁ DIRIGIDA AL MAGISTRADO QUE DEBE RESOLVER EN LA CAUSA CONCRETA, PERO EN MODO ALGUNO A LOS CONTENDIENTES QUE SÍ PUEDEN INCLUIR LAS MENTADAS PRUEBAS EN EL PROCESO, SI LO CREEN PRODUCENTE PARA DILUCIDAR EL CONFLICTO.

Y SERÁ EN ÚLTIMA INSTANCIA EL JUEZ QUIEN LA EVALUARÁ Y CONSIDERARÁ PARA RESOLVER LA DISPUTA, SIN MODIFICAR, POR SUPUESTO, LA NATURALEZA DEL PROCESO (V.GR. DICTAMINANDO SOBRE EL DERECHO DE POSEER EN EL POSESORIO, O SOBRE LA POSESIÓN O TENENCIA EN EL PETITORIO).

POR ESO, EL PRECEPTO EN ANÁLISIS FACULTA AL MAGISTRADO A CONSIDERAR LOS TÍTULOS APORTADOS POR LAS PARTES EN UN PLEITO POSESORIO, PARA APRECIAR Y DETERMINAR, EN EL CASO CONCRETO, LA NATURALEZA (SI ES POSESIÓN O TENENCIA), EXTENSIÓN Y EFICACIA DE LA RELACIÓN REAL INVOCADA. ESTA SOLUCIÓN SE CORRESPONDE CON LO DISPUESTO POR EL ART. 1914 DEL CÓDIGO (SI MEDIA TÍTULO, LA RELACIÓN DE PODER SE PRESUME QUE COMENZÓ DESDE LA FECHA DE AQUÉL Y CON LA EXTENSIÓN ALLÍ INDICADA).

DE AQUÍ QUE EL TÍTULO DE MARRAS PUEDE SERVIR PARA DETERMINAR LA FECHA EN QUE COMENZÓ LA RELACIÓN DE PODER CON LA COSA OBJETO DEL LITIGIO.

EN EL JUICIO PETITORIO TAMBIÉN PUEDE SUCEDER LO PROPIO.

EN RIGOR, SI BIEN ES CIERTO QUE LO RESUELTO EN EL JUICIO POSESORIO NO HARÁ COSA JUZGADA EN EL PETITORIO DADOS SU NATURALEZA Y OBJETIVO DIFERENTES (DILUCIDAR LA EXISTENCIA Y EVENTUAL RESPETO DE UN DERECHO REAL), NADA OBSTA A QUE EL VENCEDOR EN AQUÉL, APORTE AL SEGUNDO SU SENTENCIA, COMO MEDIO DE ACREDITAR SU RELACIÓN REAL EFECTIVA Y ACTUAL CON EL OBJETO MOTIVO DEL PLEITO PETITORIO (V.GR. LA POSESIÓN).

Y ADVIÉRTASE QUE SI EL ACTOR DE ESTA SEGUNDA CAUSA NO PUEDE AGREGAR UN TÍTULO DE FECHA ANTERIOR A LA POSESIÓN QUE ESGRIME (Y ACREDITA DE MODO SUFICIENTE) EL DEMANDADO, DIFÍCILMENTE PUEDA OBTENER UN DICTAMEN FAVORABLE EN ESTAS LIDES (CONF. INC. B) DEL ART. 2256).

III. JURISPRUDENCIA

1. LA INCORPORACIÓN DE LOS TÍTULOS A LA CAUSA POSESORIA PUEDE SERVIR DE PRUEBA A LOS EFECTOS DE ESTABLECER SI SE TRATA DE POSESIÓN O TENENCIA DE LAS COSAS MOTIVO DEL PROCESO (CCIV. Y COM. ROSARIO, SALA II, 26/6/1969, REP. LA LEY, XXX-42, SUM. 3).

2. SI BIEN EL FALLO DICTADO EN EL JUICIO POSESORIO NO HACE COSA JUZGADA EN EL PETITORIO, ES INDUDABLE QUE LAS CONCLUSIONES DEL PRIMERO, EN CUANTO A LOS HECHOS Y SITUACIONES JURÍDICAS DE SU INCUMBENCIA, COMO SON LAS REFERENTES A LA POSESIÓN MISMA, DEBEN CONSIDERARSE VÁLIDAS Y FIRMES EN EL SEGUNDO, CON MAYOR RAZÓN SI TODO EL PROCESO DEL INTERDICTO PREVIO DEDUCIDO POR UNA DE LAS PARTES SE HA INCORPORADO COMO PRUEBA EN EL PETITORIO (CSJN, 22/10/1928, JA, 28-540).

ART. 2271.— SUSPENSIÓN DE LA ACCIÓN REAL. INICIADO EL JUICIO POSESORIO, NO PUEDE ADMITIRSE O CONTINUARSE LA ACCIÓN REAL ANTES DE QUE LA INSTANCIA POSESORIA HAYA TERMINADO.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

SE REITERA EN EL PRECEPTO EN ESTUDIO LA SOLUCIÓN CONSAGRADA POR EL ART. 2484 DEL CÓD. CIVIL.

II. COMENTARIO

LA PRIORIDAD DEL JUICIO POSESORIO

LA CONSECUENCIA OBLIGADA DE LA PROHIBICIÓN DE ACUMULAR LOS JUICIOS POSESORIO Y PETITORIO DERIVADOS DE UN MISMO HECHO LESIVO, PROVOCA QUE UNA VEZ INICIADO EL PRIMERO, NO PUEDE IMPETRARSE ACCIÓN REAL ALGUNA, HASTA QUE EL PROCESO PENDIENTE NO HAYA CONCLUIDO.

EN RIGOR, Y COMO YA SE DIJO, SI EL ACTOR ES TITULAR DE UN DERECHO REAL Y OPTA POR DISCUTIR SOBRE LA RELACIÓN DE PODER CON EL OBJETO DE LA DISPUTA, DEBE ATENERSE A LAS CONSECUENCIAS DE SU ELECCIÓN.

ESTO ES: DEBE AJUSTARSE A LA VÍA ESCOGIDA Y ACATAR SU RESULTADO, AUNQUE NO LE RESULTE FAVORABLE.

POR ESO, ANTE LA IMPOSIBILIDAD DE TRAMITAR DE MANERA SIMULTÁNEA AMBOS PROCESOS, SI UNA VEZ INICIADO EL JUICIO POSESORIO IMPETRARA LA ACCIÓN REAL DERIVADA DEL PODER JURÍDICO QUE TIENE SOBRE EL OBJETO MOTIVO DEL LITIGIO, EL JUICIO PETITORIO DEBE SER SUSPENDIDO HASTA TANTO CONCLUYA EL PRIMERO.

EN VERDAD, Y PESE AL TEXTO DEL PRECEPTO EN ANÁLISIS, LO QUE SE SUSPENDE NO ES LA ACCIÓN REAL, SINO LAS EVENTUALES CONSECUENCIAS DE SU EJERCICIO ANTICIPADO (ESTO ES, ANTES DE FINIQUITADO EL PROCESO POSESORIO), ES DECIR, EL JUICIO PETITORIO.

ART. 2272.— CUMPLIMIENTO PREVIO DE CONDENAS. QUIEN SEA VENCIDO EN EL JUICIO POSESORIO, NO PUEDE COMENZAR LA ACCIÓN REAL SIN HABER SATISFECHO PLENAMENTE LAS CONDENACIONES PRONUNCIADAS EN SU CONTRA.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

EL PRECEPTO EN ANÁLISIS REITERA LA REGLA CONTENIDA EN EL ART. 2486 DEL CÓDIGO CIVIL, AUNQUE PERFECCIONA SU REDACCIÓN.

EN EFECTO, EN EL DISPOSITIVO LEGAL CITADO SE MENCIONA SOLAMENTE AL DEMANDADO VENCIDO, MIENTRAS QUE EL PRECEPTO DEL CÓ DIGO CIVIL Y COMERCIAL SE REFIERE A LA PARTE VENCIDA, QUE PODRÁ SER TANTO EL ACTOR COMO EL DEMANDADO.

50II. COMENTARIO

EL CUMPLIMIENTO DE LA SENTENCIA DEL POSESORIO COMO RECAUDO INELUDIBLE PARA INSTAR EL PETITORIO

HABIENDO COMENZADO LA DISPUTA POR LA RELACIÓN DE PODER, PARA QUE QUEDE EXPEDITA LA ACCIÓN REAL, ES MENESTER LA CONCLUSIÓN DEL JUICIO POSESORIO Y EL CUMPLIMIENTO DE SU SENTENCIA POR LA PARTE VENCIDA. ESTO ASÍ, PARA QUE NO SE TORNE ILUSORIA SU OBSERVANCIA A TRAVÉS DE LA INMEDIATA PROMOCIÓN DEL PETITORIO.

AHORA BIEN, CORRESPONDE DISTINGUIR SEGÚN LA IDENTIDAD DEL SUJETO VENCIDO ATENTO A LA REDACCIÓN DEL PRECEPTO EN ANÁLISIS, QUE LO DISTINGUE SUSTANCIALMENTE DE LA SOLUCIÓN CONSAGRADA EN EL CÓDIGO VELEZANO.

SI SE TRATA DEL DEMANDADO, DEBERÁ RESTITUIR LA COSA QUE OBTUVO POR DESPOJO AL ACTOR O A QUIEN LA DETENTABA A SU NOMBRE, O BIEN, CESAR EN LOS ACTOS DE TURBACIÓN Y MOLESTIA DE LA RELACIÓN REAL QUE TENGA EL PRETENSOR CON EL OBJETO DEL PLEITO.

A ELLO HAY QUE SUMAR LAS CONDENACIONES ACCESORIAS QUE INCLUYEN LAS COSTAS DEL JUICIO Y LOS DAÑOS Y PERJUICIOS OCASIONADOS AL RECLAMANTE.

EN CAMBIO, SI LA PARTE PERDIDOSA ES EL ACTOR (QUE POR REGLA, HABRÁ SUFRIDO LA TURBACIÓN O EL DESPOJO), DEBERÁ ABONAR LAS COSTAS DERIVADAS DEL PROCESO, QUE ES LA ÚNICA CONDENA POSIBLE A SU RESPECTO,

CON LO CUAL, SI NO SE CUMPLE CON DICHA OBLIGACIÓN NO PODRÁ INSTAR LA ACCIÓN REAL PERTINENTE PARA RECUPERAR LA COSA.

SEMEJANTE SOLUCIÓN PUEDE RESULTAR INICUA EN ALGÚN CASO CONCRETO.

ASÍ, SI EL PROPIETARIO A QUIEN SE HA DESPOJADO DEL INMUEBLE CUYAS RENTAS CONSTITUYEN SU ÚNICA FUENTE DE INGRESOS SE LO CONMINA A PAGAR LAS COSTAS DEL JUICIO POSESORIO EN QUE RESULTÓ VENCIDO, DIFÍCILMENTE PUEDA CUBRIRLAS SI NO CUENTA CON OTROS RECURSOS.

CON LO CUAL EN ESTAS CIRCUNSTANCIAS SE VERÁ SERIAMENTE AFECTADA LA TUTELA DE SU DERECHO REAL (Y CON ELLO, LA POSIBILIDAD DE RECUPERAR EL OBJETO DE DICHA POTESTAD), POR LO QUE LA SOLUCIÓN LEGAL DEBERÁ SER MITIGADA POR EL JUEZ, POR EJEMPLO, ACEPTANDO ALGUNA OTRA CAUTELA O RESGUARDO EN REMEDIO DE LO DEBIDO, PARA ASÍ PODER IMPETRAR LA ACCIÓN REAL.

III. JURISPRUDENCIA

PARA QUE SE HABILITE LA VÍA PETITORIA EL DEMANDADO DEBE RESTITUIR LA POSESIÓN AL DEMANDANTE O CESAR EN SU TURBACIÓN Y SATISFACER LAS CONDENACIONES ACCESORIAS (COSTAS, DAÑOS Y PERJUICIOS) (CFED. CIV. 2ª, 23/5/1932, JA, 38-338).

ART. 2273.— ACCIONES POR UN MISMO HECHO. EL TITULAR DE UN DERECHO REAL PUEDE INTERPONER LA ACCIÓN REAL QUE LE COMPETE O SERVIRSE DE LA ACCIÓN POSESORIA; SI INTENTA LA PRIMERA, PIERDE EL DERECHO A PROMOVER LA SEGUNDA; PERO SI INTERPONE LA ACCIÓN POSESORIA PUEDE INICIAR DESPUÉS LA REAL.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

EL PRECEPTO EN ANÁLISIS REPRODUCE, EN ESENCIA LO DISPUESTO POR EL ART. 2482 DEL CÓD. CIVIL.

LA FUENTE DE INSPIRACIÓN ES EL ART. 2226 DEL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL DE 1998.

II. COMENTARIO

LA PRELACIÓN DEL PETITORIO SOBRE EL POSESORIO

SO YA SE HA SEÑALADO QUE QUIEN CUENTA CON EL DERECHO DE POSEER UN OBJETO, FRENTE A UNA LESIÓN O MENOSCABO A SU PODER JURÍDICO O A LA RELACIÓN REAL SOBRE AQUÉL PUEDE ESCOGER COMO VÍAS ALTERNATIVAS, DISCUTIR LA POSESIÓN (O TENENCIA) O LA TITULARIDAD DEL DERECHO REAL. EN CAMBIO, EL POSEEDOR SIN DERECHO, SÓLO CUENTA CON LAS ACCIONES POSESORIAS PARA MANTENERSE EN LA RELACIÓN DE PODER CON LA COSA, SIN POSIBILIDAD DE ACUDIR AL PETITORIO.

AHORA BIEN, SI SE IMPETRA UNA ACCIÓN POSESORIA Y NO PROSPERA, EL INTERESADO SIEMPRE PUEDE ESGRIMIR A LA POSTRE LA ACCIÓN REAL, EN TANTO Y EN CUANTO CUMPLA PREVIAMENTE CON LA SENTENCIA DICTADA EN EL JUICIO POSESORIO.

ESTO ASÍ, PUES EN LA INSTANCIA POSESORIA SE RESUELVEN CUESTIONES FÁCTICAS Y POR ENDE, EL EFECTO DE COSA JUZGADA DE LA SENTENCIA ALLÍ DICTADA SE CIR-

CUNSCRIBE A ESOS TEMAS, PERO EN MODO ALGUNO PUEDE EXPANDIRSE A LA EVENTUAL TITULARIDAD O NO DE DERECHOS REALES QUE PUEDA ALEGAR Y PROBAR LA PARTE VENCIDA EN UN ULTERIOR PROCESO PETITORIO, DERIVADO DEL MISMO HECHO.

DE AQUÍ QUE EN ESTAS LIDES NO PUEDA CONDICIONAR LA SOLUCIÓN DEL PROCESO EN QUE SE DISCUTA (AHORA) LA TITULARIDAD DE UN DERECHO REAL SOBRE ESA COSA (CUYA POSESIÓN O TENENCIA ACTUALES YA HAN SIDO DILUCIDADAS). ESTO ASÍ, AUNQUE EL DICTAMEN PRECEDENTE PUEDA SER APORTADO COMO PRUEBA POR LA CONTRAPARTE Y MANTENGA SUS EFECTOS EN LO QUE A LA RELACIÓN DE PODER SE REFIERA Y QUE INCLUSO PUEDE RESULTAR DEFINITIVO SI EN ESTA ÚLTIMA INSTANCIA EL PETICIONANTE TAMBIÉN ES VENCIDO.

SIN EMBARGO, POR LA REGLA DE PRELACIÓN Y ATENTO A LA PREEMINENCIA O JERARQUÍA QUE TIENE LA DISPUTA SOBRE LOS DERECHOS REALES (QUE SE VENTILA A TRAVÉS DE PROCESOS ORDINARIOS, DE CONOCIMIENTO, CON AMPLITUD DE PRUEBA Y DEFENSA), RESPECTO DE LA QUE SE CIRCUNSCRIBE A MERAS RELACIONES REALES COMO LA POSESIÓN O LA TENENCIA (QUE SE PLANTEAN EN JUICIOS ABREVIADOS Y SIN TAL AMPLITUD DE PRUEBAS), QUIEN ASPIRA A LO MÁXIMO (LA ADMISIÓN Y DEFENSA DEL DERECHO REAL) Y RESULTA PERDEDOR, NO PUEDE INCOAR LA ACCIÓN SUBSIGUIENTE PARA DISPUTAR UNA EVENTUAL RELACIÓN DE PODER SOBRE DICHO OBJETO.

ESTO ES: LA OPCIÓN POR EL PETITORIO, IMPLICA LA PÉRDIDA DEL DERECHO A INTENTAR LAS ACCIONES POSESORIAS.

MUCHO SE HA DISCUTIDO EN TORNO A LOS FUNDAMENTOS O RAZONES DEL LEGISLADOR PARA CONSAGRAR ESTA SOLUCIÓN.

ASÍ, SE ENTIENDE QUE LA ELECCIÓN DE LA VÍA PETITORIA SUPONE LA RENUNCIA A ESGRIMIR LAS ACCIONES POSESORIAS POR ENTENDER QUE NO SE TIENE DERECHO A EJERCERLAS, O QUE IMPLICAN EL RECONOCIMIENTO DE LA POSESIÓN QUE OSTENTA EL DEMANDADO.

ENTIENDO QUE DEL HECHO DE ESCOGER UNA ACCIÓN NO DEBE PRESUMIRSE CONDUCTA O RECONOCIMIENTO ALGUNOS DE PARTE DEL ACTOR.

EN EFECTO, ÉSTE DISPONDRÁ DE LA ACCIÓN QUE EN EL CASO LE RESULTE MÁS CONVENIENTE PARA DEFENDER SUS INTERESES.

LO QUE EN VERDAD SUCEDE ES QUE EL DICTAMEN DEL JUICIO PETITORIO ES DEFINITIVO Y POR REFERIRSE A LA TITULARIDAD DE UN DERECHO REAL (SEA QUE LO ADMITA O LO NIEGUE), HACE COSA JUZGADA MATERIAL EN EL CASO CONCRETO.

SI EL PRETENSOR CARECE DE POTESTAD REAL SOBRE LA COSA, NO TIENE SENTIDO QUE CONTINÚE ARGUMENTANDO LUEGO RESPECTO DE UNA EVENTUAL RELACIÓN DE PODER CON AQUÉLLA, QUE POR REGLA, ESTÁ EN MANOS DE LA CONTRAPARTE, CON O SIN DERECHO (EL PRIMERO, ES CLARO QUE NO LA TIENE).

EN SUMA, SE PUEDE IR DE MENOR A MAYOR (POSESORIO A PETITORIO), PERO NO A LA INVERSA (PETITORIO A POSESORIO).

PARA QUE LA REGLA DE PRELACIÓN SE CUMPLA DEBE EXISTIR IDENTIDAD DE PARTES CONTENDIENTES Y EL PLEITO DEBE ORIGINARSE EN RAZÓN DE UN MISMO HECHO.

DICHA SOLUCIÓN TAMBIÉN SE EXTIENDE, RESPECTO DEL ACTOR, A LOS HECHOS ANTERIORES A LA INTERPOSICIÓN DE LA ACCIÓN REAL (VER COMENTARIO AL ART. 2274).

FINALMENTE, CABE REPARAR QUE SI SE HA DESISTIDO DE LA DEMANDA PETITORIA, HA DE REGIR LA REGLA DE LA PRECLUSIÓN, PUES COMO ANTES SE INDICÓ, LA OPCIÓN INICIAL POR LA VÍA PETITORIA, CIERRA LA POSIBILIDAD DE ACUDIR LUEGO A LA ACCIÓN POSESORIA.

EN SENTIDO ADVERSO, KIPER SEÑALA QUE LA ALUDIDA PRELACIÓN ES OPERATIVA EN TANTO Y EN CUANTO EXISTA UN PRONUNCIAMIENTO DEFINITIVO, CON EFECTO DE COSA JUZGADA, FAVORABLE O NO A LA EXISTENCIA Y TUTELA DEL DERECHO REAL QUE INVOCA EL ACTOR.

POR ENDE, EN TANTO HAYA SOLAMENTE DESISTIMIENTO DEL PROCESO, PERO NO DEL DERECHO QUE ESGRIME EL INTERESADO, NADA OBSTARÁ A LA CONSIGUIENTE INTERPOSICIÓN, EN ESTAS CIRCUNSTANCIAS, DE LA ACCIÓN POSESORIA.

Art. 2274.— Acciones por distintos hechos. El demandante en la acciyn real no puede iniciar acciones posesorias por lesiones anteriores a la promociyn de la demanda, pero sн puede hacerlo el demandado.

SRSID3021317 I. RELACIYN CON EL CYDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Se reproduce, con mayor precisiyn (el epнgrafe se refiere a "distintos hechos", para separarlo de la soluciyn consagrada en el precepto anterior), la regla del art. 2485 del Cyd. Civil.

La fuente de inspiraciyn es la primera parte del art. 2227 del Proyecto de Cydigo Civil de 1998.

II. COMENTARIO

1. La aplicaciyn de la regla de prelaciyn del petitorio al posesorio respecto del actor

Este precepto, y los que siguen hasta concluir el capнtulo, consagran soluciones especiales derivadas de la aplicaciyn de la regla de prelaciyn que el juicio petitorio tiene sobre el posesorio, en casos concretos, consideradas desde la perspectiva del actor y del demandado respectivamente.

Ya se ha secalado que el actor, si ostenta un derecho real, puede escoger entre la acciyn posesoria y la acciyn real para proteger sus intereses.

Si elige la primera vнa procesal, y triunfa su reclamo, no hay nada mбs que decir.

Si el dictamen es adverso, puede impetrar la acciyn real, para discutir ahora la titularidad de su derecho subjetivo y no, la relaciyn real que lo unнa al objeto del pleito, previo cumplimiento de la sentencia antes dictada.

Si escoge, en cambio, la acciyn real y pierde, no puede a la postre, discutir en torno a su relaciyn de poder con la cosa objeto del juicio.

Ahora bien, esto es asн respecto al actor y en razyn de un mismo hecho lesivo a sus intereses, o bien de otros que sean anteriores a la promociyn de la acciyn real.

En cambio, nada obsta a que se interpongan acciones posesorias luego de dirimirse el petitorio, frente a agresiones sobrevinientes a ese dictamen (conf. art. 2276).

Esto es posible, respecto de quien ha sido turbado en la posesiyn de un inmueble y ha impetrado, a esos fines, la acciyn real negatoria. En estas circunstancias, frente a nuevos hechos turbatorios el damnificado puede acudir a la acciyn posesoria de mantener.

En cambio, si se verificy *prima facie* el despojo y existe un dictamen adverso en el petitorio, activado por la acciyn real de reivindicaciyn, no puede, a la postre, plantearse un juicio posesorio por nuevos hechos de turbaciyn, pues en la prбctica el reclamante, no tiene la cosa en su poder, y por tanto, a estos fines, no puede padecer nuevas agresiones que justifiquen la apertura de esa vнa procesal.

2. La aplicaciyn de la regla de prelaciyn del petitorio al posesorio respecto del demandado

Corresponde ahora considerar la misma problemбtica, pero desde la yptica del accionado.

El demandado, si detenta una relaciyn de poder con la cosa objeto del pleito, cuenta con las acciones pertinentes para su defensa, en un juicio posesorio.

Asн, si el actor activa su acciyn posesoria, en estas lides no se plantean inconvenientes.

En cambio, si escoge el camino de la acciyn real, de aplicarse en sentido estricto el principio de prelaciyn, el accionado se verнa privado de esgrimir sus defensas posesorias.

Por ende, cabe distinguir si se trata de un mismo hecho lesivo, o bien de uno distinto al que motiva el reclamo del accionante.

En el primer caso, debe aplicarse la regla de prelaciyn, de acuerdo a lo dispuesto por el art. 2273.

En cambio, tratбndose de hechos o lesiones anteriores a la interposiciyn de la demanda real o bien sobrevinientes, la conducta procesal del actor no puede coartar o limitar unilateralmente el derecho de defensa del demandado.

Por ende, el accionado puede entablar el posesorio por turbaciones anteriores al jцicio petitorio instado por el actor (conf. artнculo en anбlisis), lo que provocarб, a consecuencia de la prohibiciyn de acumulaciyn de juicios, que el ъltimo se suspenda hasta tanto finalice la discusiyn en torno a la relaciyn de poder sobre el objeto del conflicto.

Si se tratara de hechos posteriores a la interposiciyn de la acciyn real, nada obstarб a que el demandado tambiйn pueda deducir las acciones posesorias que crea pertinentes (conf. art. 2276).

Art. 2275.— Turbaciones o desapoderamientos recнprocos. Si los hechos constituyen turbaciones o desapoderamientos recнprocos, quien es condenado en la acciyn posesoria y cumple con la sentencia de restituciyn, puede a su vez entablar o continuar la acciyn posesoria o real respecto del hecho anterior.

I. Relaciyn con el Cydigo Civil. Fuentes del nuevo texto

No existe disposiciyn equivalente en el Cydigo Civil.

4II. Comentario

El caso de las agresiones recнprocas

Corresponde aquн conjugar las reglas de prelaciyn y no acumulaciyn de procesos, al caso especial en que actor y demandado realizan actos que implican turbaciones o desapoderamientos recнprocos respecto de los objetos del litigio.

El precepto se circunscribe a indicar que instado el juicio posesorio y existiendo sentencia que obligue a la restituciyn de la cosa (que puede extenderse al cese de las turbaciones en la relaciyn real), el vencido debe cumplirla para poder acceder asн, a la vнa petitoria (sea para iniciarla, o para continuarla, si estaba suspendida por la apertura del juicio posesorio), o bien, a un nuevo pleito posesorio, por un hecho anterior la interposiciyn de la primera acciyn.

A modo de ejemplo, si el dueco del inmueble ha sido despojado, e intenta recuperarlo sin йxito, a travйs de actor turbatorios, el actual poseedor puede entablar el juicio posesorio para que se ordene el cese de las molestias. Una vez dictada y cumplida la sentencia, el vencido puede esgrimir (o continuar —si estб suspendida—) la acciyn real de reivindicaciyn para obtener la restituciyn del inmueble, motivada en el hecho anterior del despojo.

Art. 2276.— Hechos posteriores. La promociyn de la acciyn real no obsta a que las partes deduzcan acciones de defensa de la posesiyn y la tenencia por hechos posteriores.

I. Relaciyn con el Cydigo Civil. Fuentes del nuevo texto

No existe un dispositivo que expresamente consagre esta soluciyn en el Cydigo Civil, aunque se derive implнcitamente de lo dispuesto por el art. 2485 que restringe sus directivas a los hechos anteriores a la interposiciyn de la acciyn real, pero no a los posteriores o sobrevinientes a ese evento.

La fuente de inspiraciyn es la segunda parte del art. 2227 del Proyecto de Cydigo Civil de 1998.

II. Comentario

Ver lo expuesto en el comentario al art. 2274.