



Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Sede Regional Rosario

Carrera Abogacía

“Numerus clausus- Numerus apertus”

Tutor: Dra. Diana Pilot

Alumna: Silvia Adriana Paganti

Titulo que aspira: Abogada

Fecha de presentación: Diciembre 2012

I- Resumen

Entre los romanos, el derecho real era el señorío que ejercía una persona sobre una cosa, independientemente de la relación que ésta se hallaba con otras personas. Estaban, tutelados por una acción in rem. Esto es de particular importancia atento al hecho que los romanos no formularon científicamente una clasificación entre derechos reales y personales, sino de las acciones respectivas.

El Derecho Romano no reconoce al lado de la propiedad, sino un pequeño número de derechos reales, especialmente determinados, y era por lo tanto privada la creación arbitraria de nuevos derechos reales.

Los derechos reales conocidos por los romanos eran: la propiedad, la servidumbre, la enfiteusis, la superficie, y en general, la prenda y la hipoteca. Pero entre la propiedad, derecho real, máximo y los demás derechos, existía tal diferencia que no se podía hablar de una misma categoría conceptual, porque los otros derechos reales tenían un carácter subordinado, no existiendo sino sobre una cosa que fuera propiedad de alguien.

Fueron los glosadores quienes por primera vez, incorporaron la propiedad a los iura in re, para formar una categoría única.

En nuestro Código Civil argentino los Derechos reales se encuentran legislados en el Libro III, el cual se encuentra dividido en 16 títulos.

De acuerdo con las pautas del Código, las cosas constituyen el objeto de los Derechos Reales, en tanto que la posesión es el contenido de los mismos.

El Artículo 2503 los enumera:

Son derechos reales:

1. El dominio y el condominio.
2. El usufructo.
3. El uso y la habitación.
4. Las servidumbres activas.
5. El derecho de hipoteca.
6. La prenda.
7. La anticresis.
8. La superficie forestal. (agregado por la ley 25.509).

Vélez Sarsfield, se inspiró en Freitas al enumerar los derechos reales. Este último, en los artículos 3704 y 3705 del Esboco, al efectuar la enumeración, mencionó: “Sobre cosas propias son únicamente derechos reales”, Sobre cosas ajenas son únicamente derechos reales”. El adverbio únicamente fue suprimido por el Codificador.

Se ha sostenido que ello se debió a que Vélez Sarsfield lo consideró sobreabundante, ya que el carácter taxativo surge de la propia fuente de la norma.

Si bien Vélez Sarsfield se inspiró en Freitas al enumerar los derechos reales, lo hizo con algunas modificaciones: Vélez Sarsfield no enumera la “enfiteusis”, que Freitas coloca en primer lugar, en el art. 3705 (inc.1) antes del usufructo (inc.2), porque la enfiteusis tiene una amplitud de contenido mayor que el usufructo. En la nota al art., 2503, Vélez Sarsfield comienza diciendo: “No enumeramos el derecho de superficie ni la enfiteusis porque por este Código no pueden tener lugar”.

El concepto de derecho real según El Doctor Guillermo L. Allende:

“Es un derecho absoluto, de contenido patrimonial, cuyas normas sustancialmente de orden público establecen entre una persona (sujeto activo) y una cosa (objeto) una relación inmediata, que previa publicidad obliga a la sociedad (sujeto pasivo) a abstenerse de realizar cualquier acto contrario al mismo (obligación negativa), naciendo para el caso de violación una acción real y que otorga a sus titulares las ventajas inherentes al ius perseguendi y al ius preferendi.

En lo que hace a los derechos reales, su objeto exclusivo son las cosas (el derecho real tiene su origen en la palabra res, que en latín significa cosa), de ahí que el Codificador inicia el Libro Tercero, refiriéndose a ellas.

En materia de derechos reales, la publicidad es la exteriorización de las situaciones jurídicas reales (referidas a cosas individualizadas), a los efectos de que posibilitando su cognoscibilidad por los terceros interesados, puedan serles oponibles. La razón de ser y la necesidad de la publicidad en materia de derechos reales no sería más que la consecuencia del carácter absoluto de la relación jurídica real, es decir, de la necesidad en que se encuentra el sujeto pasivo de esa relación, o sea, todos los integrantes de la sociedad, de respetar los derechos reales.

Los derechos reales sólo pueden ser creados por la ley. Todo contrato o disposición de última voluntad que constituyese otros derechos reales o modificarse los que por este Código se reconocen, valdrá sólo como constitución de derechos personales, si como tal pudiesen valer.

El principio del numerus clausus crea una valla a la autonomía de la voluntad, que en cambio, juega con amplitud, en materia de derechos creditorios.

Los particulares no pueden crear otros derechos reales a los establecidos en la ley, ni modificar por pactos privados las normas que rigen, porque las normas relativas a los derechos reales no son meramente supletorias de la voluntad de las partes, como en general acontece con los derechos personales, sino que se le impone, en tanto y en cuanto ellas mismas no dispongan lo contrario.

Esto no quiere decir que los derechos reales no pueden tener su origen en un contrato, y aun algunos de ellos sólo pueden nacer por convención, como los derechos reales de garantía.

En estos casos, la voluntad de las partes se limita a dar a luz el derecho real, siempre que sea uno de los establecidos por la ley, y sus caracteres y reglamentación estarán predeterminados por ella misma, sin que la convención pueda modificarlos.

Cabe preguntarnos ¿Qué sucede si a pesar de lo dicho se constituye un derecho real no enumerado?

La solución viene dada por la segunda parte del artículo 2502 del Código Civil: esta constitución es nula, solamente si pudiera valer como constitución de un derecho personal tendría relevancia jurídica el constituido, pero no como derecho real, sino personal.

Un dato histórico-político-jurídico es que el codificador francés (que tanta influencia ejercerá sobre Vélez), estaba presente el temor de que se volviera a formas feudales de relación, y eso inspiraba la idea de que los derechos reales sobre cosa ajena debían ser perfectamente tasados, para evitar que por la puerta de la autonomía de la voluntad se introdujeran desde el pasado que se intentaba dejar atrás modos y formas feudales a los que se había cerrado la puerta con el Code, y se podían renacer de sus ceniza como el Fénix, bajo la fórmula de derechos reales atípicos

El hombre en este país y en todo el mundo y en todas las épocas desde antaño, siempre ha buscado un lugar de descanso y disfrute lejos del bullicio de la gran ciudad para su relax y así alejarse de sus preocupaciones cotidianas. Antiguamente los poderosos tenían, además de sus palacios, viviendas en la ciudad, las villas, mansiones y palacios, de recreo para fines de semana y para vacaciones. La gente con menores recursos que no ha podido acceder a situaciones como las referidas también ha buscado organizar sus paseos y distracción alejándose de la vida cotidiana a otros lugares para permitirse un mayor contacto con el verde.

Con el tiempo comenzó a desarrollarse la práctica deportiva como complemento para gozar de una buena salud y con el ingrediente de realizarla en lo posible al aire libre en contacto con la naturaleza. De esta forma nacieron por un lado los clubes y también se originaron las casas quintas para el disfrute del fin de semana.

En los últimos años en nuestro país algunos clubes e instituciones sociales, culturales, y educativas, tuvieron la iniciativa de organizar sus propias quintas con comodidades para que sus socios por un lado tengan la posibilidad de la actividad deportiva y por otro puedan pasar el día disfrutando con la familia en contacto con la naturaleza. En esta última iniciativa se llega a complementar con la idea de que los socios del club puedan tener una vivienda para el disfrute del fin de semana dentro o cercana a las aéreas deportivas. Esto último dio nacimiento a lo que se conoce en nuestro país como Country, hoy llamados clubes de Campo. Contemporáneamente, la iniciativa particular comenzó a desarrollar emprendimientos privados exclusivos únicamente para los participantes que tengan la vivienda y en esta forma se expande una nueva forma comunitaria privada para el disfrute del fin de semana. Se conocen los primeros country en los que resulta preponderante la configuración del lugar teniendo en cuenta lo mejor que puede brindar la naturaleza: la arboleda, el campo y el aire puro, la cercanía a hermosos lugares como ser el río y la montaña y el clima. Asimismo es preponderante la ubicación geográfica para lograr la mejor y más fácil comunicación con la ciudad. El incremento y la modernización de las vías de comunicación que acortaron sustancialmente las distancias desde y hacia la ciudad intensificaron prodigiosamente estos emprendimientos, que pensados para fin de semana, recreación y actividades deportivas, dieron lugar a la vivienda permanente en contacto con el verde con o sin área recreativa y de esparcimiento comunitario originándose los barrios residenciales. El necesario cercamiento, seguridad y esencial tranquilidad de los moradores, produce el fenómeno y el boom de estas urbanizaciones, en donde los moradores van a disponer significativas extensiones de tierra.

El presente trabajo, tiene por finalidad ver el encuadre jurídico actual sobre las nuevas formas de ocupación del espacio y la transformación de los usos del suelo. En este contexto, interesa poner de manifiesto la necesidad de modificar algunos aspectos de la normativa vigente en materia de Urbanizaciones, a la vez que introducir una mirada urbanística sobre un tema cuyo tratamiento se debate casi exclusivamente en el plano jurídico y sociológico. Asimismo se intentarán describir las complejas relaciones que mantienen sus habitantes con el municipio, vínculo que fluctúa entre la queja y la indiferencia y pone en crisis, muchas veces, los límites entre lo público y lo privado.

Si bien las denominadas nuevas formas de dominio han sido tema de constante tratamiento por parte de la Doctrina especializada en la materia, debido a que a través de ellas se puso de manifiesto una situación tan complicada de resolución como es la de carecer de normas aplicables al caso, y consiguientemente, la aparición de un alejamiento del derecho con la realidad negocial que en la actualidad impera en el mundo.-

Por eso recibieron esa denominación, un poco como respuesta provisoria al interrogante jurídico que estas formas novedosas ocasionaron, y otro tanto como para dejar por sentado que era una tarea casi utópica enrostrarlas en las categorías de derechos que hasta este momento se conocían.-

Lo cierto es que, al margen de las soluciones dadas, es una realidad ineludible que poco se ha avanzado en el afán de lograr el total consenso acerca de las mismas.-

Tal es así, que solamente la primera preocupación nacida en el seno de la Doctrina fue suficiente como para sembrar una división en ella. Dicha división se fundamentó en decidir sobre si estas figuras formaban parte de los llamados derechos reales, o bien, eran un tipo más de los llamados derechos personales, diferencia que desde su comienzo mismo es de singular importancia determinar, por cuanto son ampliamente conocidos los regímenes legales que el Código Civil posee para cada uno de ellos, y naturalmente, las consecuencias que derivarían según se los ubique en uno u otro tipo serían totalmente disímiles.-

Los primeros apuntan a recordar el sistema de “*numerus clausus*” que rige en nuestro sistema normativo al momento de legislar sobre los derechos reales. Vale decir, el artículo 2.502 del Código Civil es terminante al establecer que los derechos reales sólo pueden ser creados por la ley. Incluso hacen mención a la segunda parte del primer artículo mencionado al decir que si por contrato, o disposición de última voluntad se constituyen otros derechos reales o se modificasen los que por el Código se reconocen, valdrán sólo como constitución de derechos personales, si como tales pudiesen valer.-

Las *NUEVAS FORMAS DE DOMINIO EN ARGENTINA*, una situación de hecho real y concreta y a la vez un dilema, que no posee en la actualidad una legislación plena y acorde a las exigencias de su propia evolución.

Por ello la realización del presente trabajo, en el cual aborde en su temario las normas y encuadres legales que son utilizados en el presente, sus inconvenientes, de las diferencias de concepto y naturaleza de los derechos reales y personales, hablaré de los decretos, leyes y demás reglamentos, sin remitir o acusar un tratamiento acabado y

definitivo en la materia; menos aún, mediante un adecuado reenvío (a mi criterio) de la problemática, en alguna forma o figura de derecho preexistente en nuestro Código Civil.

La problemática que se plantea con respecto a las nuevas formas de dominio, no pueden quedar azarosamente a la elección de las partes, porque desde el inicio, hay una clara situación desventajosa entre la persona que desea integrar el lugar y la sociedad o empresa que lucra con la misma; producto del propio y si se quiere justificado desconocimiento de la legislación aplicable y su complejidad. Esta desproporción, debe ser necesariamente igualada por la ley y por los propios remedios jurídicos que ésta generase, y en ese formato proteger al más débil, que no es más que el propio individuo deseoso en formar parte de un emprendimiento inmobiliario moderno.

Como asimismo que el inexorable paso del tiempo, no puede seguir corriendo frente a la inseguridad jurídica que genera la falta de una legislación común aplicable y la ausencia de herramientas jurídicas contundentes que protejan el derecho de propiedad en toda su extensión. De lo que cierro abogando por valorar el sentido y criterio de muchos doctrinarios en pos de que se opere una modificatoria en nuestra normativa a efectos de proveer de una Ley Nacional, con la convicción de que de ésta manera a más de lo ya referido, también se propiciaría solución e integración a demás situaciones, problemas y controversias, originadas por la incumbencia de otras profesiones, que necesariamente son vinculantes con las normas del derecho en éste área, como son geólogos, ingenieros, agrimensores y otros.

II- Estado de la cuestión.

Actualmente el Código Civil enumera en su artículo 2503 a los derechos reales, estableciendo que los mismos son *numerus clausus*.

Vélez Sarsfield, se inspiró en Freitas al enumerar los derechos reales. Este último, en los artículos 3704 y 3705 del Esboco, al efectuar la enumeración, mencionó: “Sobre cosas propias son únicamente derechos reales”, Sobre cosas ajenas son únicamente derechos reales”. El adverbio únicamente fue suprimido por el Codificador.

El concepto de derecho real según El Doctor Guillermo L. Allende: “Es un derecho absoluto, de contenido patrimonial, cuyas normas sustancialmente de orden público entre una persona (sujeto activo) y una cosa (objeto) una relación inmediata, que previa publicidad obliga a la sociedad (sujeto pasivo) a abstenerse de realizar cualquier acto contrario al mismo (obligación negativa), naciendo para el caso de violación una acción real y que otorga a sus titulares las ventajas inherentes al *ius persequendi* y al *ius preferendi*.”

En lo que hace a los derechos reales, su objeto exclusivo son las cosas (el derecho real tiene su origen en la palabra *res*, que en latín significa cosa), de ahí que el Codificador inicia el Libro Tercero, refiriéndose a ellas.

Los derechos reales sólo pueden ser creados por la ley. Todo contrato o disposición de última voluntad que constituyese otros derechos reales o modificarse los que por este Código se reconocen, valdrá sólo como constitución de derechos personales, si como tal pudiesen valer.

El principio del *numerus clausus* crea una valla a la autonomía de la voluntad, que en cambio, juega con amplitud, en materia de derechos creditorios.

Los particulares no pueden crear otros derechos reales a los establecidos en la ley, ni modificar por pactos privados las normas que rigen, porque las normas relativas a los derechos reales no son meramente supletorias de la voluntad de las partes, como en general acontece con los derechos personales, sino que se le impone, en tanto y en cuanto ellas mismas no dispongan lo contrario.

Esto no quiere decir que los derechos reales no pueden tener su origen en un contrato, y aun algunos de ellos sólo pueden nacer por convención, como los derechos reales de garantía.

En estos casos, la voluntad de las partes se limita a dar a luz el derecho real, siempre que sea uno de los establecidos por la ley, y sus caracteres y reglamentación estarán predeterminados por ella misma, sin que la convención pueda modificarlos.

Si a pesar de lo dicho se constituye un derecho real no enumerado por un particular: la segunda parte del artículo 2502 del Código Civil establece que esta constitución es nula, solamente si pudiera valer como constitución de un derecho personal tendría relevancia jurídica el constituido, pero no como derecho real, sino personal.

Hoy en día nos encontramos con nuevas formas de dominio que no tienen legislación plena y específica. Por ello la realización de este trabajo tiene como finalidad abordar las problemáticas actuales ante la laguna que se vislumbra en dichos temas, como así también abordar la posible reforma del Código Civil que se ocupa de este tema específico de las nuevas formas de dominio dándole un marco dentro de los derechos reales.

III- Marco teórico.

En nuestro Código Civil argentino los derechos reales se encuentran legislados en el Libro III, el cual se encuentra dividido en 16 títulos.

De acuerdo con las pautas del Código, las cosas constituyen el objeto de los Derechos Reales, en tanto que la posesión es el contenido de los mismos.

El Artículo 2503 los enumera:

Son derechos reales:

1. El dominio y el condominio.
2. El usufructo.
3. El uso y la habitación.
4. Las servidumbres activas.
5. El derecho de hipoteca.
6. La prenda.
7. La anticresis.
8. La superficie forestal. (agregado por la ley 25.509).

El derecho real según el Doctor Guillermo L. Allende: “Es un derecho absoluto, de contenido patrimonial, cuyas normas sustancialmente de orden público entre una persona (sujeto activo) y una cosa (objeto) una relación inmediata, que previa publicidad obliga a la sociedad (sujeto pasivo) a abstenerse de realizar cualquier acto contrario al mismo (obligación negativa), naciendo para el caso de violación una acción real y que otorga a sus titulares las ventajas inherentes al ius perseguendi y al ius preferendi.

En lo que hace a los derechos reales, su objeto exclusivo son las cosas (el derecho real tiene su origen en la palabra res, que en latín significa cosa), de ahí que el Codificador inicia el Libro Tercero, refiriéndose a ellas.

Los derechos reales sólo pueden ser creados por la ley. Todo contrato o disposición de última voluntad que constituyese otros derechos reales o modificarse los que por este Código se reconocen, valdrá sólo como constitución de derechos personales, si como tal pudiesen valer.

IV- Introducción.

El tema a tratar en el presente trabajo pertenece a la rama del Derecho Privado y dentro de ella, a los Derechos Reales.-

Analizaremos los Derechos Reales, su implicancia y regulación dentro de nuestro Ordenamiento Jurídico interno y su impacto normativo con relación a las nuevas formas de dominio que han surgido con el devenir de los años y con estas analizaremos si es posible seguir sosteniendo el *numerus clausus* de los Derechos reales.

El problema a dilucidar es ¿Los derechos reales existentes son capaces de captar en su marco regulatorio la naturaleza jurídica y el dinamismo o la funcionalidad de las nuevas formas de comercializar la propiedad inmobiliaria?

El presente trabajo intentara demostrar que en nuestro Ordenamiento Jurídico tenemos Instituciones que no están enmarcadas dentro de lo que hoy llamamos derechos reales, y por esta razón carecen de legislación específica ante la aparición de algunos problemas, generando así lagunas difíciles de llenar.

Actualmente nuestro ordenamiento jurídico considera a los Derechos Reales como *Numerus Clausus* y nos encontramos con que las nuevas formas de Dominio que surgieron en los últimos años carecen de legislación o encuadre específico.

El Nuevo proyecto de Reforma del Código Civil trata el tema de Derechos Reales y reafirma el hecho de que son *numerus clausus* pero incorpora en su enumeración a la propiedad comunitaria indígena; la propiedad horizontal; los conjuntos inmobiliarios; el tiempo compartido; el cementerio privado, solucionando de esta manera el gran vacío legislativo en el cual nos encontramos y el que voy a abordar en esta tesis.

Los objetivos generales de este trabajo serán:

- Analizar la problemática actual sobre los Derechos Reales en Argentina
- Describir el encuadre jurídico que se les da en la actualidad a las nuevas formas de Dominio.
- Analizar el proyecto de reforma del Código Civil con relación a los Derechos Reales.

Los objetivos específicos del presente trabajo serán:

- Analizar la Ley aplicable en materia de Derechos Reales en la Argentina.
- Considerar el Proyecto de Reforma del Código Civil con relación al tema de las nuevas formas de Dominio.

CAPITULO I

DERECHOS REALES: Introducción

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Evolución histórica de la consideración de la regla en los Derechos Reales. 3. El Libro III del Código Civil Argentino. Contenido. 4. Metodología. 5. Enumeración de los derechos reales según Vélez Sarsfield. 6. Carácter enunciativo o taxativo de la enumeración. 7. Concepto de los Derechos Reales 8. Definición analítica del Derecho Real y exposición de los caracteres y elementos necesarios para la existencia del derecho 9. Concepto de derecho real según Marina Mariani de Vidal. 10. Caracteres de los Derechos Reales. 11. El objeto de los Derechos Reales. 12. Clasificación de los Derechos Reales. 13. Publicidad de los Derechos Reales. 14. Importancia económica de la regulación de los Derechos Reales. 15. Conclusiones

1- Introducción

Desde que la materia del derecho real trata acerca de la vinculación jurídica entre las personas y las cosas, ofrece siempre, y más allá de su contenido intrínseco, muy interesantes aspectos respecto del pensamiento de tal sociedad.

Así, y ya en lo estrictamente jurídico, el estudio acerca de cómo se han estructurado los derechos reales en un ordenamiento jurídico determinado, ofrece datos acerca de los valores jurídicos que guían al mismo.

Dentro del derecho civil, los derechos reales ocupan un lugar de nota: suponen el conocimiento previo de los grandes conceptos de la parte general y se colocan después del derecho de obligaciones y contratos, ya que comportan relaciones más complejas.

Una buena definición de los mismos, la da el artículo 1815 del Proyecto del Código Civil de 1998: “El derecho real es el poder jurídico, de estructura legal, que se ejerce directamente sobre su objeto, que atribuye a su titular las facultades de persecución y preferencia, y las demás previstas en este Código”.

Ya que además que, como las obligaciones, en los derechos reales hay un sujeto activo, el titular, pero, si buscamos un sujeto pasivo u obligado, veremos que no es una persona concreta que debe una determinada prestación, sino que afecta al resto del universo, que tiene un deber general de respeto hacia aquella titularidad real y de abstenerse de realizar actos que la perturben.

Siguiendo con este paralelismo, mientras los contratos nacen por voluntad de las partes y sus estipulaciones resultan lícitas mientras no sean contrarias a la ley, la moral o el orden público, los derechos reales son, en general, *numerus clausus* por voluntad del legislador civil liberal contrario a la disgregación de las facultades de las personas respecto de los bienes.

La particular proyección de los derechos reales en el universo civil no se detiene allí: se proyectan indiscutiblemente sobre el denominado derecho patrimonial de familia, el cual implica la formación de un patrimonio conyugal en los regímenes de comunidad y, en cualquier caso, la posesión de una vivienda familiar, cuyo uso pueda ser objeto de litigio en los casos de separación y divorcio; también tratará de derecho de familia sobre la protección de los bienes que puedan corresponder a menores e incapacitados.

En cuanto al derecho sucesorio, mantiene una conexión fortísima con la materia real: la sucesión por causa de muerte transmite a los herederos las propiedades del

difunto y, en numerosas ocasiones, derechos reales limitados tan significativos como el usufructo.

Y aún si situaciones nuestra mirada fuera del derecho civil, sería difícil encontrar una disciplina jurídica cuya comprensión no requiera el conocimiento de los derechos reales.

En el estado moderno, quizás debemos pensar en primer lugar en el derecho administrativo. Habida cuenta de que el poder sobre las cosas no es ejercido unánimemente por las personas físicas privadas, los entes públicos son siempre titulares de derechos reales: existen unos bienes de dominio público, como también existe la propiedad privada de los entes públicos. Pero al mismo tiempo, la historia registra un creciente intervencionismo y control estatal sobre los derechos reales, hasta el punto que se ha llegado a decir que la historia de la propiedad es la historia de sus limitaciones. De la propiedad en el derecho romano como un derecho de usar y de abusar, tal derecho absoluto se ha venido limitando a favor de la actual función social del dominio. Dichas limitaciones están a caballo del derecho civil y del derecho administrativo. En el derecho penal los derechos reales inciden en un doble sentido: protector, el título XIII se dedica a los delitos contra el patrimonio a favor de su titular, y en el sentido contrario es limitador de sus poderes, ya que la misma función social de la propiedad hace que esta se limite hasta impedir al propietario sustraer la cosa propia a su utilidad social o cultural.

El derecho fiscal grava la transmisión, modificación y extinción de derechos reales, ya sea por contrato, por herencia o por donación, hasta el punto de que los actuales impuestos de sucesiones y donaciones y los de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados se estudiaban bajo el nombre de impuestos de derechos reales.

Algunos derechos reales tienen una importancia práctica y sustantiva tan grande que para su ejercicio disponen de procedimientos especiales, que forman parte del derecho procesal y que a menudo se estudian en esta disciplina, como son los interdictos que protegen la posesión o la acción reivindicatoria, que reclama el dominio.

En el derecho mercantil existe una parte de contratos, paralela a la misma parte del derecho civil. A pesar de que dichos contratos pueden generar derechos reales, no existen unos derechos reales mercantiles, pero sí existen los derechos sobre los títulos valores que se transmiten por medios propios del derecho civil o del mercantil; especialmente, las acciones o participaciones sociales son objeto de derechos reales que en ocasiones revisten una gran complejidad: por ejemplo, la propiedad de acciones

propias por la sociedad o el usufructo de acciones, donde es tan difícil distinguir que es fruto (del usufructuario) y que es sustancia (del nudo propietario).

En el derecho constitucional aparece el reconocimiento y la protección de la propiedad privada, dentro de un sistema de economía de mercado.

Y aún dentro del ámbito propio de los derechos reales, encontramos conceptualmente una parte especialmente amplia y compleja, el denominado derecho registral. Que de la mano de la creciente importancia del tráfico jurídico inmobiliario, y ha partir de la registración de los derechos reales, ha escalado en importancia hasta convertirse en un tópico jurídico con identidad propia.

2. Evolución histórica de la consideración de la regla en los Derechos Reales

Entre los romanos, el derecho real era el señorío que ejercía una persona sobre una cosa, independientemente de la relación que ésta se hallaba con otras personas. Estaban, tutelados por una acción in rem. Esto es de particular importancia atento al hecho que los romanos no formularon científicamente una clasificación entre derechos reales y personales, sino de las acciones respectivas¹.

El Derecho Romano no reconoce al lado de la propiedad, sino un pequeño número de derechos reales, especialmente determinados, y era por lo tanto privada la creación arbitraria de nuevos derechos reales².

Los derechos reales conocidos por los romanos eran: la propiedad, la servidumbre, la enfiteusis, la superficie, y en general, la prenda y la hipoteca. Pero entre la propiedad, derecho real, máximo y los demás derechos, existía tal diferencia que no se podía hablar de una misma categoría conceptual, porque los otros derechos reales tenían un carácter subordinado, no existiendo sino sobre una cosa que fuera propiedad de alguien.

Fueron los glosadores quienes por primera vez, incorporaron la propiedad a los iura in re, para formar una categoría única³.

El comienzo de una llamada crisis del Imperio se sitúa a finales del siglo II, años en los que ya se preludiaba la catástrofe con la etapa de la anarquía militar representada en la conmoción política sin precedentes que sacudió. A partir de este periodo la organización del Imperio sufriría una crisis que afectaría de manera global a todas sus

instituciones, por tratarse del resquebrajamiento del sistema o modo de producción esclavista sobre el que se habían asentado y que comenzaba a manifestarse obsoleto.

Desde el punto de vista jurídico, el significado de la crisis se sintetiza en torno al fenómeno de la adscripción de las personas a la tierra, al cargo, o al oficio. Al intento de Diocleciano de fijar el precio de las cosas para evitar el desmoronamiento de los precios, siguió un intento de fijar a las personas. Así los colonos, aparceros y arrendatarios en general, quedarían adscriptos a la tierra que cultivaban para asegurar con ello la permanencia en las tierras de mano de obra y la continuidad del cultivo aún en el caso de que la tierra fuera transferida. También significaba, por una parte, que las personas al quedar de algún modo privadas de su libertad de movimientos pasaban a una situación similar a la esclavitud, aunque formalmente participasen de un status jurídico de libertad.

También los cargos municipales se convirtieron en obligatorios e irrenunciables y dadas las dificultades para tener funcionarios encargados de cobrar impuestos, a partir de una medida tomada por Diocleciano y Constantino, los componentes de las Curias municipales fueron obligados a responder con su patrimonio de las cantidades que se les asignaban para cobrar.

Ninguna de estas medidas lograría evitar que las ciudades se despoblaran y que se produjera el desmoronamiento de las instituciones del municipio.

Los dueños de los grandes latifundios fueron acaparando la economía y la administración de esos latifundios y de las gentes que los habitaban, no solo a efectos comerciales, sino también a efectos tributarios, y de administración de justicia, invadiendo con ello un campo por definición reservado al poder público del Estado y estableciendo un sistema de autarquía casi completa.

La generalización de esta tendencia constituyó un sustrajo propicio para el posterior surgimiento del régimen señorial.

El régimen señorial es la organización económica, social y jurídica derivada de las relaciones de dependencia que, ya por razón de la persona, ya de la tierra, vinculan a los habitantes de un gran dominio con el propietario o señor de éste. En este orden de cosas resulta que el propietario o señor de un gran dominio añade a su derecho dominial sobre la tierra, otra serie de derechos que sitúan bajo su potestad, en diversos aspectos, a los habitantes o cultivadores de sus campos, que quedaban vinculados a él por razones de dependencia señorial.

La formación del régimen señorial hunde sus raíces en el Bajo Imperio romano, pero su desarrollo se vio favorecido como causa general por la reconquista, y como

causas concretas por las donaciones de tierras del patrimonio regio otorgadas por los reyes a un magnate, iglesia o monasterio, y por las donaciones que de sus fincas y campos hacían sus propietarios a una iglesia para la salvación de sus almas (donaciones pro anima).

Se dieron distintos tipos de señorío. En los señoríos reales o tierras de realengo, la organización se basaba en que el rey, como señor eminente de las tierras, constituía la suprema autoridad tanto pública como privada. Los señoríos eclesiásticos tenían su origen en las roturaciones hechas por los monasterios que, mediante el empleo de colonos y siervos como mano de obra, pudieron alcanzar grandes dimensiones a consecuencia de la fuerte estructura jerárquica de las Órdenes religiosas. Por su parte, los señoríos nobiliarios laicos tuvieron su origen en los encargos de la colonización que se recibieron por parte del rey.

Los tipos de señoríos mencionados podían ser, según su naturaleza jurídica, solariego o jurisdiccionales. Los segundos implicaban que el señor ejercía, con relación al territorio y a los habitantes del señorío, una serie de funciones que correspondían al rey o a sus oficiales por su naturaleza jurídico-pública.

Las monarquías medievales de Europa se formaron y consolidaron como instituciones políticas en la misma etapa en la que el sistema feudal alcanzaba en Occidente su máximo esplendor y las relaciones feudales afectaban la práctica totalidad de las relaciones jurídico-públicas y jurídico-privadas.

Dado que el feudalismo en mayor o menor medida supone la interacción de unas estructuras feudalizantes que se interpone en la relación general de un rey con sus súbditos, al suplantar los señores feudales al monarca en muchas de sus funciones dentro de los señoríos, y también fuera de ellos, algunos historiadores han cuestionado la existencia de un verdadero Estado en la Alta Edad Media, por entender que el feudalismo fue en realidad disolvente de la idea misma de Estado y que no pueden darse ambas entidades en un mismo plano.

El derecho feudal, vio florecer múltiples derechos reales, en especial sobre los inmuebles, en virtud de la posibilidad que beneficiaba al señor de imponer a sus vasallos las más variadas prestaciones (dinero, especies, servicios personales), que se configuraban como derechos reales⁴.

Es por ellos que desde la Edad Media las leyes de casi todos los Estados de Europa crearon derechos reales por el arrendamiento perpetuo o por el contrato de cultura perpetua, y por mil otros medios. En España la constitución de rentas perpetuas como los censos, creó un derecho real sobre los inmuebles que las debían; y el creador

del canon tenía derechos para perseguir la cosa a cualquiera mano que pasase. Los escritores españoles se quejan de los males que habían producido los derechos reales sobre una misma cosa, el del propietario y del censalista, pues las propiedades iban a su ruina. En otras cosas, se veía ser uno el propietario del terreno y otro el de los árboles que en él estaban. Algunas veces uno era propietario del pasto que naciera, y otro el de las plantaciones que hubiesen hecho⁵.

En la época moderna, el derecho racionalista, a diferencia del tradicional, vio con malos ojos la proliferación de derechos reales⁶.

Es por ellos que en los sistemas legales postfeudales, junto al surgimiento del estado moderno, limitaron en número y reglamentaron las maneras básicas de la propiedad, como sus desgajes⁷.

Esa reacción contra el estado de cosas propio del feudalismo, comenzada antes de la Revolución Francesa (1789), se consolida con ella, al quedar libre la tierra de las cargas que las gravaban. La postura del Código Francés de 1804, exteriorizada en el art. 543, ha sido motivo de intensa polémica doctrinaria, sobre si adoptó el número cerrado o, si por el contrario, permite la libre creación de los derechos reales. De cualquier modo, para la época de la sanción del Código Civil argentino, eran mayoría los autores contrarios a captar en el Código Francés el “*numerus clausus*”, lo que resalta la circunstancia de que Vélez haya adoptado la tesis minoritaria de Demolombe y sus seguidores, luego exitosa⁸.

En realidad, el *numerus clausus* viene a darse, como un fenómeno fuertemente vinculado al surgimiento del Estado Moderno, surgido a partir de la consolidación de los poderes regios a expensas de la estructura del feudalismo, poder monárquico que reivindica para sí el señorío y lo monopoliza, de establecer derechos reales, antes dispenso de las manos feudales.

3. El libro III del Código Civil Argentino. Contenido.

En nuestro Código Civil los derechos reales se encuentran legislados en el Libro III, el cual se encuentra dividido en 16 títulos.

El título I se refiere a las cosas, el II a la posesión y el III a las acciones posesorias. Vélez Sarsfield, en la nota al libro III, explica que trata a las cosas y a la posesión antes que a los derechos reales porque ambas son elementos de éstos.

El título IV se ocupa de los derechos reales "en general", estableciendo disposiciones comunes, en tanto que a partir del título V son legislados los derechos reales "en particular". Es así que desde el título V hasta el VIII encontramos los derechos reales sobre cosa propia (dominio y condominio) y a partir del título X hasta el XVI se desarrollan los derechos reales sobre cosa ajena (usufructo, uso y habitación, servidumbre, hipoteca, prenda y anticresis).

El título IX se refiere a las acciones reales, siendo criticada su ubicación en el Código Civil porque al estar localizado luego de los derechos reales sobre cosas propias, parece que las acciones reales sólo protegen a este tipo de derechos reales, cuando en realidad pueden ejercerse para proteger cualquier derecho real.

4. Metodología

De acuerdo con las pautas del Código, las cosas constituyen el objeto de los Derechos Reales, en tanto que la posesión es el contenido de los mismos.

Vélez explica el porqué de la metodología del Libro III, indicando que "al tratar de las cosas y de la posesión antes que de los derechos reales, seguimos la opinión y el método de Mackeldey, porque las cosas y la posesión son los elementos de los derechos reales".

Para Mackeldey la cosa y la posesión son los elementos de los derechos reales: la primera, como objeto de dicho derecho, la segunda como poder de disponer físicamente de esa cosa, concretando ambas la posibilidad legal de actuar sobre la misma, que es lo que configura el derecho real.

5. Enumeración de los derechos reales según Vélez Sarsfield

Artículo 2503: Son derechos reales:

1. El dominio y el condominio.
2. El usufructo.
3. El uso y la habitación.
4. Las servidumbres activas.
5. El derecho de hipoteca.
6. La prenda.

7. La anticresis.
8. La superficie forestal. (agregado por la ley 25.509).

Vélez Sarsfield se inspiró en Freitas al enumerar los derechos reales⁹. Este último, en los artículos 3704 y 3705 del Esboco, al efectuar la enumeración, mencionó: “Sobre cosas propias son únicamente derechos reales”, Sobre cosas ajenas son únicamente derechos reales”. El adverbio únicamente fue suprimido por el Codificador.

Se ha sostenido que ello se debió a que Vélez Sarsfield lo consideró sobreabundante, ya que el carácter taxativo surge de la propia fuente de la norma.

El problema que se plantea deriva del artículo 2614, que admite la existencia de otro derecho real como la renta real o censo por no más de cinco años, concluyéndose que la nómina del artículo 2503, con la adición del 2614, se cerraría y, de acuerdo a la metodología utilizada, solo podría ampliarse para incorporar nuevos derechos reales si el legislador considerara la posibilidad de su existencia.

Sin embargo, esta postura no es unánime y ha dado lugar a innumerables debates.

Si bien Vélez Sarsfield se inspiró en Freitas al enumerar los derechos reales, lo hizo con algunas modificaciones: Vélez Sarsfield no enumera la “enfiteusis”, que Freitas coloca en primer lugar, en el art. 3705 (inc.1) antes del usufructo (inc.2), porque la enfiteusis tiene una amplitud de contenido mayor que el usufructo. En la nota al art., 2503, Vélez Sarsfield comienza diciendo: “No enumeramos el derecho de superficie ni la enfiteusis porque este Código no pueden tener lugar”, exponiendo a continuación, en esa larga y valiosa nota, las razones por las cuales esos derechos reales son prohibidos en el régimen legal consagrado por el Código Civil.

6. Carácter enunciativo o taxativo de la enumeración

Existen divergencias doctrinarias¹⁰ en torno al carácter de la enumeración de los derechos reales. Legón, con un criterio restrictivo, rechaza la existencia de otros derechos reales fuera de los enumerados en el artículo 2503, ni siquiera admite los mencionados en el artículo 2614, por considerar que la enumeración es taxativa.

Por su parte, Areán sostiene que se trata de una enumeración taxativa, argumentando que ése ha sido el criterio seguido por Freitas, inspirador de esta norma, quien utilizó la expresión “Son únicamente derechos reales”, entendiendo que Vélez pudo haber suprimido el adverbio únicamente por considerarlo superabundante.

Laquis señala que los derechos establecidos originalmente en el Código Civil son los enumerados en el artículo en análisis, que no excluye que por ley se puedan crear otros, entendiendo que la restricción del artículo 2503 se refiere a su creación por la libre voluntad de los particulares. Un ejemplo de ello es la propiedad horizontal instituida por la ley 13.512.

Asimismo, consideran Dassen y Vera Villalobos que es “ocioso discutir si la enumeración del artículo 2503 es meramente ejemplificativa o taxativa, pues de lo que se trata es de saber si un derecho real determinado está autorizado o no por un texto legal, sea éste el Código Civil u otra ley cualquiera”.

Peña Guzmán sostiene que a pesar de la precisa enumeración dada por el Código, debe considerársela meramente enunciativa en el sentido de que, además de los derechos reales mencionados, existen otros admitidos por el mismo cuerpo legal, como las rentas establecidas por menos de cinco años, o bien por leyes especiales dictadas al margen del Código.

Lafaille, considera que la enumeración del artículo 2503 tiene carácter enunciativo, sosteniendo que sería lo más simple que cada Código fijara la nómina de los derechos reales, pero no se llega, sin embargo, en esta forma a clausurar definitivamente la lista de tales categorías, puesto que siempre el Estado, por sus órganos autorizados, podría instituir otras nuevas, Si así no ocurriera, se estancaría la legislación o sería indispensable cada vez, modificar los códigos.

Llambias y Alterini, esclareciendo la cuestión entienden que ésta se clarifica y simplifica si se plantea en sus verdaderos términos. No cabe confundir la cuestión de si los mencionados en el artículo 2503 son o no los únicos derechos reales admitidos por el Código Civil, con otra paralela, aunque sin embargo muy diferente, que es la relacionada con la posibilidad de que existan otros derechos reales, además de los indicados por ese artículo. El artículo 2502 persuade que en un tanto una ley los cree pueden incorporarse al Derecho positivo nuevos derechos reales, bastando pensar al respecto en la propiedad horizontal, que no obstante expresa prohibición del artículo 2617 fue incorporada al ordenamiento argentino por la ley 13.512 de 1948.

7. Concepto de los Derechos Reales

La doctrina clásica describió a los derechos reales como aquellos que creaban entre la persona y la cosa “una relación directa e inmediata”, distinguiéndolos por la

única existencia de dos elementos: la persona, que es el sujeto activo, y la cosa, objeto de los mismos.

El artículo 497 define a los derechos reales por exclusión, al sostener que: “A todo derecho corresponde una obligación personal”, el párrafo precedente sostiene que: “No hay obligación que corresponda a derechos reales, infiriéndose de ello la ausencia de otros elementos integradores de la relación sustancial.

Esta definición de los derechos reales ha sido combatida por las teorías no clásicas que se sustentan en distintas hipótesis, como, entre otras:

? La unificación de los derechos reales y personales en una sola categoría: derechos personales (teoría unitaria personalista sostenida por Planiol, Michas, Kant);

- La unificación de los derechos reales y personales en una sola categoría: los derechos reales (teoría unitaria realista).

- La distinción de los derechos únicamente por su mayor o menor contenido institucional (Teoría de la Institución).

- La diferenciación de los derechos según su ejercicio resulte más o menos cómodo y su oponibilidad sea más fuerte o más débil, así los derechos reales serían más cómodos en el ejercicio, porque no dependen de la voluntad de otra persona, y más fuertes, por resultar oponibles a terceros (teoría de Demogue);

- La introducción en la relación jurídica del aspecto externo que, previa publicidad del derecho real, obliga (deber de inercia) a toda la sociedad a abstenerse de realizar actos contrarios a aquél (teoría ecléctica en la cual se enrola Allende);

- La posición que admite la posibilidad del dualismo poderes-facultades (sostenida por Gatti).

No obstante las divergencias doctrinarias, se considera que el artículo 497 ensaya una definición categórica de la que se infiere que el derecho real es aquel que carece de una obligación correlativa, denotando ello una marcada distinción del derecho personal.

Esta diferencia guarda trascendental relevancia, construye idealmente una división dicotómica que impera en todo el método del Derecho.

Surge de las notas al artículo 497 (donde se cita a Ortolán) y la correspondiente al Título III del Libro Cuarto (donde se cita a Demolombe) que el Codificador siguió la teoría clásica. No obstante, se acepta actualmente que el concepto clásico sobre los derechos reales debe ser integrado con una visión del aspecto externo, por lo que ha tenido éxito la postura de Allende.

8. Definición analítica del Derecho Real y exposición de los caracteres y elementos necesarios para la existencia del derecho

El Doctor Guillermo L. Allende, da la siguiente definición del derecho real¹¹:

“Es un derecho absoluto, de contenido patrimonial, cuyas normas sustancialmente de orden público entre una persona (sujeto activo) y una cosa (objeto) una relación inmediata, que previa publicidad obliga a la sociedad (sujeto pasivo) a abstenerse de realizar cualquier acto contrario al mismo (obligación negativa), naciendo para el caso de violación una acción real y que otorga a sus titulares las ventajas inherentes al ius perseguendi y al ius preferendi”.

Explicación sumaria de los distintos ítems de la definición:

- Derecho absoluto: ya que implica su oponibilidad contra todos.
- De contenido patrimonial: los derechos reales son susceptibles de valor, por lo que integran el patrimonio.
- Naturaleza jurídica de sus normas: las normas que regulan los derechos reales son sustancialmente de orden público, es decir, están vinculadas al plexo de principios de orden superior, políticos, económicos, morales y alguna veces religiosos, a los cuales una sociedad considera estrechamente vinculada la existencia y conservación de la organización social establecida¹² y que por eso mismo, no pueden ser dejadas de lado por las convenciones privadas.

Esta característica surge principalmente del artículo 2502 del Código Civil, que aprehende el principio del numerus clausus, y de la nota al artículo 2828, donde se expresa que “la naturaleza de los derechos reales en general está fijada en consideración al bien público y al de las instituciones política y no depende de la voluntad de los particulares”.

Lo expuesto no significa que todas las normas relativas a los derechos reales son de orden público, por eso dice sustancialmente.

- Sujeto activo¹³: puede serlo una persona, tanto física como de existencia ideal.
- Objeto: Son las cosas en el sentido del artículo 2311 del Código Civil.
- Relación inmediata: El derecho real establece una relación directa e inmediata con la cosa, lo que quiere decir que el titular, para extraer el beneficio de la cosa sobre que recae el derecho, no necesita de ningún intermediario¹⁴.
- Publicidad: Si el derecho real puede oponerse a todos, es indispensable que ese derecho puede ser conocido también por todos. De allí que la publicidad de la que deben gozar todos los derechos reales para poder oponerse a terceros. La publicidad puede cumplirse a través de dos sistemas: la tradición y la inscripción en registros especiales.
- Sujeto pasivo y su deber de abstención: el sujeto pasivo del derecho real esta constituido por toda la sociedad, sobre la que pesa un deber de abstención de no hacer, porque a través de ella no se priva a ninguna persona de un derecho que le competía, sino que consiste solamente en respetar la acción del titular del derecho sobre su cosa y en consecuencia, una obligación de inercia, según la califica la nota al artículo 2507, segundo párrafo.
- Acciones reales: Los derechos reales están protegidos, en caso de que se atente contra su existencia, plenitud o libertad, por las acciones reales, cuyo estudio no corresponde hacer aquí y que son: la acción reivindicatoria, la acción confesoria y la acción negatoria.
- Ius perseguendi e ius preferendi: el derecho real otorga a su titular estas dos ventajas, de las que no goza, el derecho creditorio.

Ius perseguendi: el derecho real se imprime, directamente sobre la cosa, y es oponible a todos, su titular puede perseguir aquélla en manos de cualquiera que la tenga y ejercer su derecho, con las limitaciones que le impone la propia ley, por razones de seguridad jurídica.

Ius preferendi: esta otra ventaja de la que gozan los derechos reales tiene dos connotaciones:

- La de privilegio: que no es un signo de los derechos reales; algunos créditos también gozan del derecho de preferencia y que solo corresponde a los derechos reales de hipoteca y prenda.

- La de derecho de exclusión, que se materializa en la posibilidad de dejar de lado y prevalecer, no sólo sobre los derechos personales sino aun sobre los derechos reales de fecha posterior, y que se concreta en la máxima qui prior est tempore, potior est iure. Vélez en la nota al art. 2508, dice que es una de las diferencias entre el derecho real y el derecho personal.

9-Concepto de derecho real según Marina Mariani de Vidal

Concepción clásica:

Establece una distinción intrínseca entre derechos reales y personales: los primeros crean una relación directa, inmediata, con la cosa que es su objeto y de la cual puede el titular sacar el provecho que le corresponde por sí mismo, sin ningún intermediario; los segundos tienen por objeto la actividad de un sujeto determinado o determinable, obligado a dar, hacer o no hacer algo (prestación) y la cosa es solo mediatamente su objeto, interponiéndose entre ella y el titular del derecho creditorio, la persona del deudor.

Esta diferencia fue expuesta de manera “límpida y definitiva” por Pothier, que llamo derechos reales ius in re y a los personales ius ad rem¹⁵.

A. Concepciones no clásicas

Dentro de esta categoría podemos enrolar tres tesis: la personalista, también llamada de la obligación pasivamente universal, la institucionalista y las realistas.

1. Tesis personalista o de la obligación pasivamente universal.

Ya en el siglo XIX la distinción entre derechos reales y personales que se fundamentaba en la relación directa con la cosa objeto, existente entre los primeros, y no en los segundos, fue objeto de severas críticas. Kant en sus principios metafísicos del derecho, ya había señalado el camino, al decir que todo derecho es necesariamente una relación entre personas y que a todo derecho corresponde necesariamente un deber.

A partir de dicha idea se construyeron las teorías que atacaron a la clásica en cuanto a la conceptualización del derecho real como relación directa e inmediata con la cosa, debido a que una relación jurídica siempre se establece entre personas y no entre persona y cosa.

El derecho real debe ser concebido como una obligación en la cual el sujeto activo está representado por una persona (titular del derecho), mientras que el sujeto pasivo es ilimitado en su número y comprende a todas las personas que puedan ponerse en contacto con el sujeto activo.

Las tesis personalistas niegan la distinción entre derechos reales y personales: ambos tienen la misma naturaleza, son obligaciones. Las diferencias son de efectos, que derivan no de la distinta naturaleza del vínculo sino del hecho de que son disímiles el objeto y el número de los sujetos pasivos y nada más.

Critica a la teoría personalista: esta concepción, tiene el inconveniente de señalar como característico de los derechos reales, un aspecto que es común a todos los derechos, el deber a cargo de toda la sociedad de respetar los derechos ajenos y además, define al derecho real por su contenido negativo, despreciando lo que hay en el de típico que es, precisamente, el señorío del titular sobre la cosa.

Por otra parte esta pretendida obligación que ligaría al titular del derecho real con los otros miembros de la sociedad no sería de la misma naturaleza que la que liga al deudor y acreedor en los derechos personales; no tiene naturaleza patrimonial, no figura en el pasivo del patrimonio de esos miembros obligados a respetar el derecho real, como figuraría, por ejemplo, una obligación de no hacer. Efectivamente: si yo me obligo a no hacer algo, me privo por ello de un derecho que me pertenecía; pero el hecho de que deba respetar los derechos reales de los demás, no implica la privación de ninguna facultad por mi parte.

Aunque fue el primero que la expuso de una manera orgánica, Planiol no es el descubridor de este sujeto pasivo indeterminado, fue uno de sus discípulos Minchas.

En Roma, cuando se trataba de la *actio in rem*, la intención de la fórmula no contenía el nombre del demandado, a diferencia de la *actio in personae*, donde existía un sujeto pasivo determinado, ligado al acto por la *obligatio*.

Savigny también nos habla ya de la clasificación de los derechos según que nuestro derecho sea directo contra todos los hombres en general (derechos reales y derecho de herencia) o contra individuos determinados (derechos creditorios y de familia).

En el Esbozo de Freitas, queda demostrado que se tenía en cuenta a la persona en relación a los derechos reales, y así dice en su artículo 19:

“Son derechos personales los que tienen por objeto inmediato las personas, aunque mediatamente puedan tener por objeto las cosas. Son derechos reales los tienen por objeto inmediato las cosas, aunque mediatamente tengan por objeto las personas.

Hasta el propio Vélez Sarfield, dice en la nota al artículo 2507, 2 parte:

“Hay otro dominio que se llama dominio internacional. Todo lo que antes hemos dicho de los derechos absolutos y de los derechos reales, es exactamente aplicable al dominio internacional o propiedad de Estado a Estado. No consiste en una relación especial de acreedor y de deudor, entre una nación y otra, como toda la que es relativa a los derechos reales, obligación de inercia, de respetar la acción de cada pueblo sobre su territorio, no turbarla ni imponerle obstáculo alguno...”

Tesis institucionalista.

Según esta postura, es un grupo social organizado. En ella suelen aparecer situaciones a favor del grupo, especialmente la relación del hombre con las cosas, ya que este para satisfacer sus necesidades, siempre que se pone en contacto con ellas. Reiteradas en el tiempo estas situaciones se objetivizan y se convierten en derechos, que permiten hacer respetar la situación por los terceros y por los propios miembros del grupo: habría nacido un derecho subjetivo.

El derecho subjetivo individual es un reconocimiento de la institución a favor del individuo y no al revés, como lo quieren ciertas teorías, donde la institución tiene los derechos que el individuo, su originario titular, consiente en traspasarle. Para hacer respetar esos derechos subjetivos existen dos clases de normas: las constitutivas del derecho disciplinario, que sujetan a los integrantes del grupo imponiéndole aun sin su consentimiento; aquí ubicaríamos a los derechos reales; y las constitutivas del derecho estatutario, que por contemplar intereses particulares tienen en cuenta la voluntad individual. Aquí se ubicaría el derecho de las obligaciones y de los contratos.

Esta tesitura acepta la diferencia entre derecho real y personal, pero la basa en que el derecho real tiene su origen en el derecho disciplinario, o sea es base institucional; mientras que el derecho personal surge de los contratos y el comercio jurídico, teniendo como basamento el derecho estatutario, donde impera la autonomía de la voluntad.

Tesis realistas

Así como los sostenedores de la tesis de la “obligación pasivamente universal” quieren reducir todos los derechos a “obligaciones”, éstas, al revés, quieren reducirlos todos a derechos reales.

Gaudemetm en su tesis sobre la cesión de deudas, expresa que el derecho obligacional es un derecho sobre los bienes. La única diferencia con el derecho real es que primitivamente no pesa sobre una cosa determinada sino sobre un patrimonio entero.

Jallu, sostiene que el derecho obligacional es un derecho sobre las cosas, o por lo menos subsidiariamente recae sobre las cosas, sobre el conjunto de los bienes del deudor. El centro de la gravedad de la obligación lo desplaza así como el sujeto al objeto. Agrega que el derecho obligacional, en la ejecución forzada recae sobre el objeto (como por ejemplo en la obligación de entregar un caballo, recae sobre un caballo”) o subsidiariamente sobre todas las cosas que integran el patrimonio del deudor (indemnización de daños y perjuicios, que se ejecuta sobre el patrimonio).

Estas posiciones son susceptibles de ciertos importantes reparos:

a) No recalcan la diferencia existente en la relación de persona y cosa según se trate de derecho real (donde es directa, inmediata) o de derecho personal (donde siempre se necesita la actividad de un sujeto, el deudor, para acceder a la cosa). Se despersonaliza así la obligación, al mirar solamente al objeto sobre el que va a ejercerse la conducta del deudor.

b) Enfocan la obligación en el momento del incumplimiento, que es cuando recae sobre los bienes de deudor; es decir, que la contemplan en su anormalidad, ya que es lo común que las obligaciones se cumplan.

C) Conclusión

Sin renunciar a lo típico del derecho real, creemos que es la posibilidad de que el titular ejerza un señorío directo y sin intermediarios sobre la cosa, una buena definición del derecho real debe tener en cuenta tanto el aspecto interno- relación directa e inmediata entre el titular y la cosa objeto- cuanto el aspecto externo, que nos mostraría a ese mismo titular frente a la sociedad “obligada” a abstenerse de realizar cualquier acto que implique violación de ese señorío.

10. Caracteres de los Derechos Reales

1. Incidencia del orden público. En el orden público domina el ámbito de los derechos reales- aunque no exclusivamente, como se verá- por tener una íntima vinculación con la organización social del país, resultando innegable su trascendencia política y económica. El margen reservado a la voluntad de los particulares es escaso.

Así lo expreso el legislador en la nota al artículo 2828, al sostener que: “Los actos y contratos particulares no podrían derogar las disposiciones del artículo, porque la naturaleza de los derechos reales en general, y especialmente la del usufructo, está fijada en consideración al bien público y al de las instituciones políticas, y no depende de la voluntad de los particulares”, y en la nota al artículo 2508 que dice “Cuando establecemos que el dominio es exclusivo, es con la reserva que no existe con este carácter, sino en los límites y bajo las condiciones determinadas por la ley, por una consideración esencial a la sociedad: el predominio, por el mayor bien de todos y de cada uno, del interés general y colectivo, sobre el interés individual”.

Este predominio del orden público no es absoluto, existiendo excepcionalmente normas de carácter supletorio, como aquellas que facultan para disponer que la revocación del dominio carezca de efecto retroactivo (artículos 2669 y 2672), para dispensar al usufructuario de dar fianza (artículo 2851), para autorizar al acreedor prendario para servirse de la cosa (artículo 3226), para convenir que en la anticresis no se compensen los frutos con los intereses (artículo 3247), etcétera.

En general se pueden afirmar que son de orden público aquellas normas que enuncian y describen la amplitud, naturaleza del contenido y elementos de los derechos reales.

En una postura distinta a la expuesta se enrola Molinario, al sostener que los derechos reales son “creados y organizados exclusivamente por la ley” agregando que la “regulación total de los derechos reales es de orden público”.

2. Numerus Clausus. No existen otros derechos reales que los determinados por las leyes. Vélez Sarsfield, inspirándose en Demolombe y en el sistema que regía el Derecho Romano, adopto el principio del numerus clausus, como la mayoría de los Códigos modernos (entre otros, el brasilero, el italiano, el alemán y el suizo).

Constituye esta característica de los derechos reales, una diferencia esencial en comparación a los derechos personales que quedan librados a la voluntad de las partes, en virtud de lo dispuesto por el artículo 1197.

La incidencia de orden público en los derechos reales impide, por medio del principio enunciado, la creación de institutos distintos a los admitidos por la ley, lo que alcanza también una modificación. Esta concepción surge implícitamente de la segunda parte del artículo 2502, puesto que la alteración del contenido de los derechos reales importaría la creación de derechos reales no reconocidos por la legislación.

3. Tipicidad. Los derechos reales se hallan tipificados genéricamente en cuanto a su extensión y a la naturaleza de su contenido, lo que indudablemente guarda estrecha vinculación con la consagración del principio del numerus clausus en la norma analizada.

Existe también una tipicidad específica o particular correspondiente a cada derecho real. Así en el artículo 3000 se admite la creación de otras servidumbres, cualquiera sea la restricción a la libertad, siempre que procuren una ventaja al titular, constituyendo este extremo una atipicidad específica. No se considera que esta norma atente de ningún modo contra el numerus clausus, porque continúa rigiendo en el caso la tipicidad genérica prevista en el artículo 2971.

El legislador ha contemplado expresamente tipos específicos en materia de usufructo, al prever algunos supuestos particulares como el “usufructo de montes” (artículo 2873) y el “usufructo de rebaños” (artículo 2902), sin perjuicio de los que existan dentro de los límites de la “tipicidad genérica”.

4. Oponibilidad erga omnes. Los derechos reales son oponibles erga omnes (frente a todos), lo que implica que el poder o facultad del titular conduce al correspondiente deber de abstención de los demás de inmiscuirse en el ejercicio de esos derechos.

11. El objeto de los Derechos Reales

En lo que hace a los derechos reales¹⁶, su objeto exclusivo son las cosas (el derecho real tiene su origen en la palabra res, que en latín significa cosa), de ahí que el Codificador inicia el Libro Tercero, refiriéndose a ellas. Vélez siguiendo el método de Mackeldey, trató primero de las cosas y de la posesión, por ser estos los elementos de los derechos reales. Si bien las cosas, también pueden ser objeto de los derechos personales, pero hay que tener presente que en los derechos reales son el objeto inmediato, siendo además la relación entre la persona y la cosa directa e inmediata,¹⁷ no

sucediendo lo mismo con los derechos personales, donde siempre se interpone la actividad de otro sujeto.

Habría que tener en cuenta, que sólo las cosas materiales son el objeto de los derechos reales, es lo que representa uno de sus aspectos esenciales. Además de la materialidad, el objeto del derecho real se caracteriza también por la especialidad, siendo solo posible sobre cosas individualizadas, específicas y actuales. Esto lo diferencia con los derechos de crédito, que pueden tener por objeto bienes genéricos y/o futuros. Si por un contrato se enajenan cosas genéricas o futuras, nacerá el derecho real cuando la cosa sea individualizada o llegue a existir (un ejemplo de esta situación puede verse en las ventas de departamentos en construcción, una vez que la cosa esté construida, existirá el derecho real de propiedad horizontal).

Al ser la cosa el objeto del derecho real, la pérdida de la cosa, por destrucción total, acarrea la extinción del derecho real, es indiferente que la pérdida haya sido fortuita, negligente o dolosa, generando en estos casos otras obligaciones por los daños producidos. También la pérdida puede ser jurídica, cuando una ley dispone que la cosa esta fuera del comercio.

Si vemos el artículo 2312 de su redacción se desprende un concepto amplio de bienes: las cosas (objetos materiales) y los objetos inmateriales susceptibles de valor. Solo las cosas pueden ser objeto de los derechos reales, no así los bienes que no constituyen cosas (refiriéndonos a los bienes inmateriales). Además las cosas deben estar en el comercio para ser susceptibles de posesión (artículo 2400); y así poder constituir el objeto de un derecho real.- Y deberá serlo la cosa íntegra (artículo 2405) y si hay una universalidad de hecho, el derecho real se aplicará a cada una de las cosas singulares que lo componen (artículo 2404).- Si hablamos de universalidad de derechos, habría imposibilidad para constituirse en objeto de un derecho real, ya que estaría integrada por cosas y bienes que no son cosas (objetos inmateriales).-

Como consecuencia de la característica apuntada, el codificador señala que "el derecho real supone necesariamente la existencia actual de la cosa a la cual se aplica, pues la cosa es el objeto directo, y no puede haber un derecho sin objeto; mientras que el derecho personal, no teniendo en realidad por objeto sino el cumplimiento de un hecho prometido por la persona obligada, no exige necesariamente la existencia actual de la cosa, a la cual ese hecho deba aplicarse". La palabra cosa está tomada en su sentido técnico de objeto material susceptible de tener un valor económico (artículo 2311).

El artículo 2311 originario se refería a objetos "corporales", mientras que la ley 17.711 reemplazó dicha expresión por la de "materiales", quizás para armonizarlo con el artículo siguiente, que se refiere a objetos "inmateriales", (pero esa armonía no se da en los textos de otros artículos como el 1444 y 2838). El Código adopta una posición restringida a la idea de objetos materiales o corporales. Debemos aclarar que la persona humana si bien tiene una realidad corporal, no es una cosa ni es objeto de los derechos sino titular de ellos.-

De lo expresado hasta el momento, se puede destacar que la importancia de la cuestión en el ámbito de los derechos reales es innegable, ya que son las cosas su objeto.

La definición legal habla de "objetos materiales susceptibles de tener valor" y reconoce como fuente directa al artículo 317 del *Esboco de Freitas*, quien dice que "todos los objetos materiales susceptibles de una medida de valor son cosas". No obstante, con la materialidad no es suficiente, ya que se exige también que "sean susceptibles de tener un valor", la influencia de Freitas en este punto, fue muy importante, dejándose de lado la concepción romana recibida en las Leyes de Partidas y en el Código francés.

La mayor parte de la doctrina argentina se refiere al valor pecuniario en la nota al artículo 2312, aunque algunos autores se refieren al valor en que no siempre puede ser pecuniario sino también afectivo, dando como ejemplo las cartas misivas (Spota).-

El valor de los bienes a que se refieren los artículos 2311 y 2312 es, esencialmente, el valor económico y este valor resulta de las relaciones económicas y es una cuestión previa al Derecho. Y este valor se determina por la expectativa de satisfacción que despierta en sus posibles adquirentes y en las necesidades subjetivas que sienten esos adquirentes en función del entorno y circunstancias que les toca vivir.

Hay cosas que están fuera del comercio porque una ley o un acto jurídico impide su enajenación y, a pesar de no tener un valor de cambio, son reputadas cosas por el artículo 2337 y 2338 y son objeto de los derechos reales. Así, por ejemplo, si se dona un inmueble con cláusula de no enajenar por diez años (artículo 2613), de acuerdo al artículo 2337, inciso 2º, dicho inmueble está fuera del comercio, pero tiene un dueño por lo que es objeto de un derecho real.

Como resulta de lo expuesto, las cosas deben tener existencia actual, deben estar determinadas, y deben ser singulares para ser objeto de los derechos reales.-

Las XVIII Jornadas nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires septiembre de 2001) concluyeron en que "I. Los derechos reales tienen por objeto: a) las cosas; b) las partes materiales de las cosas, y c) los derechos, excepcionalmente, si la ley lo

establece. II En todos los casos, la relación del titular con el objeto debe ser directa y conferir los derechos de persecución y preferencia" (despacho de la comisión N° 4).-

12. Clasificación de los Derechos Reales

Existen distintos criterios¹⁸ para clasificar los derechos reales:

- a) Derechos reales sobre cosa propia (dominio, condominio) y sobre cosa ajena (uso y habitación, usufructo.).
- b) Derechos reales sobre cosa ajena de disfrute (usufructo, uso, y habitación, servidumbre) y de garantía (hipoteca, prenda, anticresis).
- c) Derechos reales principales (derechos sobre cosa propia y los de disfrute) y accesorios, que son aquellos que dependen de un derecho personal (hipoteca, prenda, anticresis).
- d) Derechos reales sobre la sustancia (dominio, por ser un derecho que permite disponer materialmente de la cosa), la utilidad (el condominio y la propiedad horizontal recaen sobre la utilidad (el condominio y la propiedad horizontal recaen sobre la utilidad debiendo adicionarse poderes de disposición jurídica; el usufructo, el uso y la habitación recaen sobre la utilidad pura) y el valor (los derechos de garantía comprometen únicamente el valor de la cosa que constituye su objeto).
- e) Derechos reales ejercidos por la posesión (artículo 2355) (dominio, condominio y anticresis) y los no ejercidos por la posesión (hipoteca y servidumbres activas).
- f) Según el sujeto, se pueden clasificar en exclusivos, aquellos que no permiten la pluralidad de titulares (dominio, propiedad horizontal) y no exclusivos, que son los que admiten tal concurrencia (derechos reales de garantía).

13. Publicidad de los Derechos Reales

En materia de derechos reales, la publicidad es la exteriorización de las situaciones jurídicas reales (referidas a cosas individualizadas), a los efectos de que posibilitando su cognoscibilidad por los terceros interesados, puedan serles oponibles. La razón de ser y la necesidad de la publicidad en materia de derechos reales no sería

más que la consecuencia del carácter absoluto de la relación jurídica real, es decir, de la necesidad en que se encuentra el sujeto pasivo de esa relación, o sea, todos los integrantes de la sociedad, de respetar los derechos reales, tal como dice Vélez Sarsfield siguiendo a Freitas, al final del 2º ap. De la nota al artículo 577: “no se concibe que una sociedad este obligada a respetar un derecho que no conoce”.

La publicidad viene a ser así, una de las muchas pautas que distinguen los derechos reales de los derechos personales, dado el carácter relativo de la relación jurídica personal, cuyo sujeto pasivo está constituido por persona o personas determinadas, lo que hace que los derechos personales sean ajenos a la idea de publicidad.

No existe acuerdo en doctrina, tanto romanista como civilista, acerca de los orígenes de la publicidad. Es cierto que en el Derecho Romano, de los tres modos de transmisión del dominio, la *mancipatio*, la *in iure cessio* y la *traditio*, los dos primeros, además de solemnes, eran eminentemente públicos; es cierto también que en los pueblos de la antigüedad, como los hebreos, los caldeos, los egipcios y los griegos, los actos de transmisión del dominio y constitución de derechos reales son objeto de una publicidad aún mayor e inclusive, están sometidos muchas veces a registración, pero cabe preguntarse si esas exteriorizaciones y constataciones de las mutaciones jurídicas reales están destinadas a cumplir una función de publicidad, es decir, de tutela de los intereses en juego en las relaciones jurídicas reales, o si, como se ha dicho el instituto de la publicidad en orden a la transmisión de la propiedad, es ignorado por los derechos antiguos y desconocido en la historia del derecho hasta tiempos relativamente recientes.

Como lo ha dicho Coviello¹⁹: “Las formas solemnes de transferencia de la propiedad entre los pueblos antiguos, estarían inspiradas en motivos distintos de la finalidad de la publicidad, que es esencialmente la certeza de las posesiones en el interés de los terceros y la buena fe, y tales motivos serían: tutela de los derechos sobrevivientes de la comunidad y de la familia (hebreos, caldeos, antiguos griegos); fines fiscales y conservación de la prueba (Egipto, Estados Griegos en la época histórica), residuos del consentimiento de la colectividad.

Recuerdos de la colectividad o consideraciones fiscales explicarían también la solemnidad del Derecho germánico y los derechos estatutarios. Los orígenes verdaderos de la publicidad en los traspasos inmobiliarios serían a un mismo tiempo los orígenes de los institutos de la transcripción en Francia y de la inscripción en Alemania.

El actual artículo 2505 (después de la reforma de la ley 17.711) establece que “La adquisición o transmisión de derechos reales sobre inmuebles, solamente se juzgará

perfeccionada mediante la inscripción de los respectivos títulos en los registros inmobiliarios de la jurisdicción que corresponda. Esas adquisiciones o transmisiones no serán oponibles a terceros mientras no estén registradas."

Este artículo nos dice que se deben inscribir en el Registro de la Propiedad Inmueble toda adquisición, transmisión o extinción de los derechos reales sobre inmuebles, dejando de lado la duda de si dicha inscripción era constitutiva o declarativa del derecho real.

Luego de la ley 17.801 de Registro de la Propiedad Inmueble quedó claro que la tradición es constitutiva del derecho real, mientras que la inscripción es su medio de publicidad para ser oponible ese derecho frente a terceros (es decir, no tiene carácter constitutivo).

En síntesis:

El derecho real se adquiere y transmite con título suficiente y modo suficiente. La inscripción registral del título se agrega para darle oponibilidad frente a terceros (artículo 2° de la ley 17.801).

La transmisión de derechos reales por actos entre vivos requiere título suficiente y modo suficiente. La inscripción registral del título se agrega, en los inmuebles, para darle oponibilidad frente a terceros (artículo 2° de la ley 17.801).

La transmisión de derechos reales por causa de muerte no requiere la posesión ni la tradición de la cosa, pues al morir el heredero se convierte en propietario y poseedor de los bienes que le corresponden.

14-Importancia económica de la regulación de los Derechos Reales

Desde una perspectiva económica, los derechos reales se hallan vinculados con la riqueza individual y, consecuentemente, con la del país donde se encuentran ubicados los bienes, resultando indispensables para el desarrollo de la economía comercial, financiera, agropecuaria, etcétera. Por tal razón el Estado interviene celosamente en la regulación de las relaciones jurídicas vinculadas a esta materia, colocando a los derechos reales dentro del orden institucional, hallándose reservada la facultad de reglamentarlo sobre todo la extranjera en todos los casos. La teoría de los derechos reales ha recibido, desde su recepción en nuestro ordenamiento, una importante influencia de la economía de los bienes, inspirada en el pensamiento liberal imperante

hacia fines del siglo XIX. El sistema numerus clausus, que limitaba a un número reducido y uniforme la existencia de los derechos reales, favoreció la evolución de los factores de producción y comercialización de mercaderías; la implementación legislativa no se trató de una cuestión de principio, sino de una solución instrumental, tendiente a satisfacer las necesidades económicas de aquella época, por lo que no se descarta que en el futuro se efectúen modificaciones legislativas acordes a las necesidades económicas actuales.

15- Conclusiones

En el presente capítulo se ha desarrollado la evolución histórica de los Derechos Reales, como así también la enumeración y ubicación que tienen estos en la actualidad en el Código Civil argentino.

Se ha establecido que la enumeración que se hace en el Código Civil acerca de los Derechos Reales es taxativa, y también nos hemos ocupado de la conceptualización de los mismos según diversos autores.

También se ha hecho una clasificación de los Derechos Reales y una exposición de sus caracteres y elementos.

Sobre el final del mismo hablo sobre la importancia económica acerca de la regulación de los Derechos Reales en nuestro derecho; tema que hoy se está debatiendo en el ámbito del congreso dentro de la reforma de nuestro Código Civil.

CAPITULO II

Diferencia de los derechos reales

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Distinción con los derechos personales. 3. Cuadro comparativo. 4. Creación de otros derechos reales o modificación de los existentes. 5. Extensión de los Derechos Reales 6. Derechos reales no incluidos en el Código Civil. 7. Conclusiones.

1. Introducción

Este capítulo es una suerte de comparación de los derechos reales con los derechos personales, teniendo en cuenta cada uno de los factores que hacen que se diferencien unos de otros.

2. Distinción con los derechos personales

Los derechos reales se diferencian de los personales a través de diversos factores distintivos:

a) Elementos constitutivos. El objeto de los derechos personales es la prestación, conducta del deudor a la que se obliga a favor del acreedor (dar, hacer o no hacer); el de los derechos reales es la cosa, la inherencia de la cosa es el rasgo característico de esta clase de derechos, lo que resulta ajeno a los derechos personales.

En cuanto a los sujetos, la doctrina clásica sostiene que los derechos reales se diferencian de los personales por la ausencia de sujeto pasivo. No obstante ello, la doctrina sustentada por Planiol y Michas, que data de fines del siglo XIX, sostiene que los derechos reales también se hallan compuestos por un sujeto pasivo, integrado por toda la sociedad que tiene la obligación de respetar ese derecho. Se trata, de una obligación pasivamente universal. La crítica que se efectúa es que no constituye este deber de respeto una obligación en sentido jurídico, porque no se sacrifica un derecho propio ni se encuentra en el pasivo del patrimonio.

Los derechos personales admiten la unidad o pluralidad de sujetos activos y/o pasivos, resultando siempre factible su concurrencia sin limitaciones. Los derechos reales, según su naturaleza, pueden ser concurrentes o exclusivos, es decir que permiten o prohíben la concurrencia sobre un mismo objeto del mismo derecho real.

b) Caracteres de la relación jurídica. En los derechos personales, impera el principio de la autonomía de la voluntad, con la sola limitación que impone el orden público, la moral, las buenas costumbres, la buena fe. En los

derechos reales predomina el orden público, reservando un estrecho espacio a la autonomía de la voluntad.

En los derechos personales el número es ilimitado, pues las partes se encuentran facultadas para crear las relaciones jurídicas de acuerdo a su voluntad. En los derechos reales rige el principio de números clausus, el número es cerrado y reducido por la ley, hallándose vedada la posibilidad de los particulares de crear o modificar los derechos reales.

En los derechos personales la relación es indirecta o mediata entre el titular del derecho y el objeto, puesto que el cumplimiento de la obligación depende, en principio, de la conducta del deudor. En los derechos reales, el titular obtiene el beneficio directo de la cosa, sin que medie la actuación de otra persona.

Los derechos personales se originan en la causa que determina la ley (título), en los derechos reales basta, en algunos casos, el hecho o acto jurídico para que nazca el derecho real (título), mientras que en otros se requiere que sobrevenga o preceda otro hecho o acto (modo) para que se produzca la adquisición del derecho.

Los derechos personales son relativos en cuanto a su oponibilidad, mientras que los derechos reales son absolutos (son oponibles erga omnes).

Los derechos personales no requieren publicidad, precisamente por ser relativos; la publicidad es ajena a estos derechos. Los derechos reales, por tratarse de derechos absolutos y con finalidad de que resulten oponibles y sean respetados, deben ser conocidos por todos.

Los derechos reales permanecen en el tiempo con respecto al beneficio que acuerdan al titular; pueden ser perpetuos o temporarios. Los derechos personales tienen un carácter instantáneo o transitorio, pues el momento de la obtención del beneficio por el acreedor coincide con la extinción del derecho.

c) Ventajas para el titular. El sujeto titular de un derecho real goza del ius perseguendi, lo que implica que puede perseguir la cosa, sin importar, en principio el sujeto que la tenga bajo su poder. El derecho personal, en general, carece de ius perseguendi con relación a la cosa que puede ser su objeto mediato.

Asimismo, el titular del derecho real goza también del ius preferendi, que importa el derecho de ser preferido en el ejercicio de su derecho con respecto a

otros derechos reales de igual o distinta naturaleza sobre la misma cosa, posteriormente constituidos conforme al principio *prior in tempore potior in iure*. También algunos derechos reales cuentan con privilegio para el cobro (hipoteca). En los derechos personales, el acreedor no se halla facultado para invocar ninguna preferencia para la satisfacción de su crédito con relación a los acreedores posteriores del mismo deudor. Cuando la ley excepcionalmente reconoce un privilegio al acreedor, la preferencia no responde casi nunca a la fecha del crédito, salvo que éste, a su vez, este conectada a un derecho real de garantía (hipoteca o prenda).

d) Contingencias concernientes al sujeto. Ante la muerte de una persona, sus derechos personales se dividen *ipso iure* entre los herederos; los derechos reales no se extinguen con la muerte, pues se transmiten a los herederos a través de la indivisión hereditaria.

El acreedor puede renunciar a sus derechos personales en beneficio del deudor, lo que implica un modo de extinción de las obligaciones. El titular de un derecho real puede abdicar de él mediante el abandono o la renuncia de su derecho. En el caso de que se trate de un inmueble y se abandone el dominio o la propiedad horizontal, se beneficia al Estado; si se abandona el condominio, a los condóminos o propietario horizontal. Si el Objeto es mueble, beneficia al sujeto que se ha apropiado de él, a los condóminos y al dueño o condómino.

e) Contingencias concernientes a la cosa. En el derecho real, cuando la cosa, se pierde, se opera su extinción; no así en el derecho personales, ya que no se extingue aunque desaparezcan todos los bienes del deudor.

f) Contingencias relacionadas con el tiempo. Cuando, por el transcurso del tiempo, se opera la prescripción adquisitiva, ésta importa un modo de adquisición de determinados derechos reales, mientras que en los derechos *personae* rige la prescripción liberatoria, que los extingue impidiendo que la obligación pueda ser reclamada en juicio (art. 515).

Existe, sin embargo, un modo de extinción de derechos reales mediante una suerte de prescripción liberatoria que extingue los derechos reales de goce o disfrute sobre cosa ajena y que se produce por el no uso.

g) Competencia- para el ejercicio de las acciones reales sobre inmuebles es competente el juez del lugar donde están situados; si recaen sobre muebles, el del lugar donde se encuentran o el del domicilio del demandado, a elección del actor, y si tienen por objeto muebles e inmuebles conjuntamente, el del lugar donde estuvieren situados estos últimos (art. 5º, inc. 1 y 2 del CPCCN). Para el caso de las acciones personales, resulta competente el juez del lugar en que debe cumplirse la obligación y, en su defecto, a elección del actor, el del domicilio del demandado o el del lugar del contrato, siempre que el demandado se encuentre en él, aunque sea accidentalmente en el momento de la notificación. (art. 5º, inc. 3 del Cod. Cit.)

h) Ley aplicable. Los derechos personales deben regirse por la ley del lugar de celebración, a excepción de que los contratos deban cumplirse fuera del mismo. En ese supuesto cabe aplicar la ley del lugar donde deben cumplirse en cuanto a su validez, naturaleza y obligaciones. La capacidad de hecho para estos actos se rige por la ley del domicilio de las partes, y la de derecho por la ley territorial respectiva. En los derechos reales sobre inmuebles y sobre muebles con situación permanente rige la ley del lugar en que están situados, en cuanto a su calidad de tales, el régimen legal de los derechos para adquirirlos y las solemnidades que deben acompañar estos actos (cuando se trata de inmuebles). Los muebles que no tienen situación permanente se rigen por la ley del domicilio del dueño (Areán).

Sin perjuicio de las diferencias descriptas, señala Peña Guzmán que la regulación de algunos derechos reales se entremezclan disposiciones de naturaleza obligacional, como la obligación de conservar el inmueble en buen estado, que la ley impone tanto al locatario como al anticresista (art. 1561 y 3258). También los títulos y papeles de comercio, se trate de letras, cheques, acciones, etcétera, tienen las características de ambos derechos, pues el titular ejerce el derecho de propiedad sobre el instrumento, como cosa corporal, y a la vez, es el titular del derecho de crédito incorporado en el instrumento.

3. Cuadro comparativo: Diferencias entre derechos reales y personales. Dejando de lado los casos "fronterizos", existen las diferencias que se detallan en el siguiente cuadro:

	Derechos reales	Derechos personales (creditorios)
Relación	Directa e inmediata con la cosa	No hay una relación directa e inmediata con la cosa
Elementos	Sujeto activo (titular del derecho) y el objeto (la cosa)	Sujeto activo (acreedor), sujeto pasivo (deudor) y objeto (prestación)
Objeto	Cosa individualizada y de existencia actual.	El hecho del deudor, no se exige existencia actual ni que la misma esté individualmente determinada (ejemplo, el objeto es entregar diez litros de leche)
Exclusividad	El derecho real es exclusivo pues "es imposible que lo que me pertenece en el todo pertenezca al mismo tiempo a otro" (nota al artículo 2508).	El derecho personal no es Exclusivo pues "nada impide que la misma cosa que me es debida sea también debida a otro" (nota al artículo 2508).
Preferencia y persecución	Gozan los derechos reales.	No gozan los derechos personales.
Tradicición	El mero consentimiento no basta para adquirir ni transmitir derechos reales, debe realizarse la tradición.	En los derechos personales no se necesita la tradición para adquirirlos.
Oponibilidad	Oponibles erga omnes, son	Son oponibles en principio sólo al

	derechos absolutos..	deudor.
Prescripción	Puede adquirirse por posesión continuada, calificada o no por el justo título y la buena fe, durante el tiempo requerido por ley.	No se adquieren por prescripción, solamente rige para los derechos personales la prescripción extintiva.
Renuncia o Abandono	Existe la posibilidad del titular del derecho real de exonerarse de las cargas que gravan la cosa sobre la que recae el derecho, mediante el acto unilateral de su renuncia o abandono.	El titular del derecho personal no tiene la facultad de exonerarse de las cargas abandonando o renunciando.
Posesión	Los derechos reales se ejercen normalmente por la posesión (salvo hipoteca y servidumbre activa).	Los derechos creditorios nacen para extinguirse mediante el pago.
Sanciones	Los derechos reales se protegen por medio de las "acciones reales".	Los creditorios se protegen por medio de acciones personales que se dirigen sólo contra el deudor.
Creación	El número y reglamentación de los derechos reales están sujetos a la ley (artículo 2502 – numerus clausus)	Para los derechos personales impera el principio de autonomía de la voluntad (artículo 1197).

4. Creación de otros derechos reales o modificación de los existentes

Los derechos reales solo pueden ser creados por ley. Por motivos de orden público y de seguridad jurídica, los particulares se encuentran vedados de hacerlo.

Si se constituyen otros derechos reales que los previstos en la ley o se modificasen los existentes, el mismo artículo dispone expresamente su sanción, estableciendo que serán considerados como derechos personales siempre que ellos fuere posible, por no hallarse afectados por algún vicio propio de los actos jurídicos.

La solución de este artículo ha sido severamente criticada por la doctrina, configurando un caso de aplicación de la teoría de la conversión de los actos jurídicos, pues un acto jurídico real nulo valdrá como acto jurídico obligacional “si como tal pudiese valer”.

El artículo 2502 extiende la prohibición también a la modificación de los derechos reales existentes, pero se pueden hallar otras normas que atemperan el rigor como las previstas en los artículos 2863, 2952, 3019 y 3116 referidos a los derechos y obligaciones del usufructuario, al régimen del uso y la habitación, a la extinción de las servidumbres constituidas por voluntad del propietario, y a la amplitud de facultades para la modificación de la hipoteca y la prenda, siempre que se afecten intereses de terceros.

5. Extensión de los Derechos Reales

La extensión de los derechos reales consiste en el alcance que adquieren con relación al objeto, en lo que concierne a sus límites, accesorios, frutos, etcétera.

Los artículos 2518 a 2522 rigen respecto a la extensión del derecho real del dominio, pero debe extenderse su aplicación a todos los derechos reales, en la medida en que no contraríen su contenido específico.

Tienen importancia los confines excepcionales que reducen el contenido del derecho real, que lo convierten en imperfecto o menos pleno. Encuentran su fuente en la voluntad de los particulares y su contenido consiste en restricciones que nunca pueden consistir en una acciones sino en una conducta negativa (no hacer, no tolerar).

6. Derechos reales no incluidos en el Código Civil

Además de los derechos reales previstos en el artículo 2503, existen otros creados por leyes nacionales.

En primer lugar, cabe mencionar la propiedad horizontal prevista en la ley 13.513, que es el derecho sobre cosa propia que recae sobre inmuebles edificados. La propiedad horizontal es un derecho real autónomo que otorga facultades sobre la unidad funcional, privativa del titular, y sobre las partes comunes del edificio, dentro de un equilibrio armónico de las facultades de cada titular frente a los demás copropietarios.

En el ámbito del Derecho Comercial, los warrants, legislados en las leyes 928 y 9643, constituyen derechos de garantías sobre cosas muebles (mercaderías, frutos o productos), a los efectos de la movilización del crédito prendario.

Los debentures, legislados actualmente por la ley 19.550, constituyen también derechos de garantía tendientes a garantizar el crédito público de las sociedades por acciones, y se materializa emitiendo estos títulos, que pueden tener garantía especial o flotante.

La prenda con registro, contemplada por el decreto-ley 15348/46 y por la ley 12.962, es el derecho de garantía mediante el cual se gravan cosas muebles que quedan en poder del deudor, debiéndose inscribir el instrumento en un registro especial. El acreedor cuenta con algunas ventajas según el régimen legal, vinculadas con la ejecución judicial y un privilegio especial.

La ley 20.094 de Navegación regula la copropiedad naval y la hipoteca naval que grava buques de más de 10 toneladas y la prenda naval con desplazamiento para buques de menos de 10 toneladas.

El Código Aeronáutico, ley 17.285, tiene prevista la hipoteca aeronáutica, que es un derecho de garantía sobre aeronaves o una parte indivisa o su motor.

La ley 25.509, que crea el derecho real de superficie forestal constituido a favor de terceros por los titulares de dominio o condominio sobre un inmueble susceptible de forestación o selvicultura, ha sido incorporada al título 2503.

7- Conclusiones

En este capítulo se ha tratado de investigar la distinción de los Derechos Reales con los personales haciendo un cuadro comparativo.

También se desarrolló sobre la posibilidad de la creación o modificación y extensión de los Derechos Reales; y se trató cuáles son los derechos reales no incluidos en el Código Civil y cuáles han sido tratados a través de leyes que los regulan.

CAPITULO III

Numerus clausus

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Orden Público y numerus clausus 3. Los fundamentos del codificador 4. Numerus clausus o apertus: ¿un contrapunto inevitable? 5. Numerus clausus: concepto e importancia. 6. Conclusiones.

1. Introducción

El artículo 2502 de Código Civil establece que los derechos reales solo pueden ser creados por la ley. Todo contrato o disposición de última voluntad que constituyese otros derechos reales o modificase los que por este código se reconocen, valdrá sólo como constitución de derechos personales, si como tal pudiese valer".

La razón de ser de este artículo es la de evitar multiplicidad de derechos reales.

2. Orden Público y numerus clausus

La importancia política, económica y social de los derechos reales que poseen en razón de múltiples factores, determina que su régimen esté presidido por la noción de orden público²⁰.

Tal naturaleza jurídica de sus normas, surge del art. 2502 del Código Civil, que impone en la materia la regla del "numerus clausus", y de la nota al art. 2828 en donde expresa que "la naturaleza de los derechos reales está fijada en consideración al bien público y al de las instituciones políticas, y no depende de la voluntad de los particulares", lo cual no debe llevar a pensar que todas las norma relativas a los derechos reales sean de orden público.

El orden público, en la definición que aún mantienen los administrativistas franceses, destaca un orden público material, es decir, el ordenamiento de las cosas públicas y en lugares públicos; el cuidado del buen orden de las cosas y actividades públicas, especialmente las que se desarrollan en los lugares y vías públicos, pero también el orden en el ejercicio de los derechos individuales. La actividad policial aparece como el cuidado de las cosas y actividades públicas, especialmente las que se desarrollan en los lugares y vías públicos, pero también el orden en el ejercicio de los derechos individuales. La actividad policial aparece como el cuidado de las cosas públicas frente a las perturbaciones provenientes de actividades individuales y del ejercicio de los derechos individuales. La policía de seguridad se destaca, así, como actividad administrativa que asegura el ejercicio efectivo de los derechos de los individuos y también de tranquilidad y paz públicas, que representan el orden público²¹.

Alterini y Gatti, en comentario de las notas de Vélez a los artículos 2825 y 2828 entienden que la incidencia del orden público en los derechos reales los ubica inconstitucionalmente entre los de familia y los personales. Porque los derechos de

familia están organizados en integridad con miras a intereses colocados por encima de los individuos que comprende; en los derechos personales gobierna el principio de la autonomía de la voluntad, limitado por pautas del orden público y de la moral y las buenas costumbres. En los derechos reales la incidencia del orden público adquiere relevancia principal y la autorregulación de los intereses es excepcional²².

En dichos artículos, cuando trata el usufructo, el codificador refiere la relación entre derechos reales y orden público tanto como un producto jurídico del orden social, destinado a asegurarlo, como que “la naturaleza de los derechos reales en general.. está fijada en consideración al bien público y al de las instituciones políticas, y no depende de la voluntad de los particulares..²³”

Enrique Martínez Paz define a las normas de orden público como aquella parte del orden jurídico que asegura los fines esenciales de la colectividad. Son aquellas normas jurídicas cuya observancia es necesaria para el mantenimiento de un mínimo de condiciones indispensables para la normal convivencia y que, por lo tanto, no pueden ser dejadas de lado por los particulares.

En este mismo sentido el artículo 21 del Código Civil expresa: “Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres. Por ejemplo no pueden celebrarse contratos expresamente prohibidos por la ley, pero, por el contrario, fuera de órbita del orden público, la libertad de los particulares es amplia. En consecuencia, las leyes de orden público marcan el límite de la autonomía de la voluntad²⁴.”

Además, frente a las leyes de orden público, está prohibida la aplicación del derecho extranjero. Y toda ley de orden público puede tener efecto retroactivo, siempre y cuando no vulnere principios constitucionales.

El concepto de orden público varía en razón del tiempo y en especial, tales ideas dominantes en una sociedad, se transforman incesantemente.

Dicho instituto no coincide con el de derecho público; son de orden público no sólo en principio todas las normas de derecho público, sino también muchas consideradas tradicionalmente de derecho privado (algunas relativas a familia, matrimonio, gran parte del régimen sucesorio y de los derechos reales).

Allende sostiene que las normas que rigen los derechos reales son “substancialmente de orden público”, apunta a la idea de que no lo serían en su totalidad de ese carácter.

Molinario con distinto criterio, significa que los derechos reales son creados y organizados exclusivamente por la ley y que la regulación total de los derechos reales es de orden público²⁵.

La presencia de orden público es dominante en los derechos reales, pero no exclusiva, al entender de los autores precedentemente citados, comprenden exclusivamente como normas de orden público a las que hacen a la esencia del derecho real, que denominan estatutarias: Las disposiciones indican cuales son los derechos reales y los alcances de su contenido . Las normas reglamentarias atinentes a los derechos reales no son de orden público.

Una de las principales consecuencias del orden público en los derechos reales es el denominado principio del numerus clausus, que establece nuestro Código Civil en su art. 2502. Y que implica:

- a) Que los derechos reales solo pueden ser creados por la ley, estando en consecuencia sustraídos de la autonomía de la voluntad de los particulares.
- b) Que todo acto de particulares que pretende hacerlo será totalmente inválido a tales efectos.
- c) Que igualmente la ley será la única fuente de derecho capaz de estructurar el contenido duro o esencial de tales derechos.

Numerus clausus viene del latín y significa número limitado. En materia de derechos reales significa, que solo pueden ser creados por la ley. Si alguien pretendiera constituir un derecho real distinto a los enumerados en el Código, a sea por contrato o disposición de última voluntad, valdrá sólo como constitución de derechos personales, pero no sería nunca un derecho real.

Una cuestión muy debatida por civilistas en varias partes del mundo, y de diversos sistemas jurídicos, es la de la posibilidad o no de admitir en un determinado ordenamiento jurídico más derechos reales que los expresamente regulados por la ley. Por lo tanto, los dos sistemas existentes son los conocidos como el sistema limitado (numerus clausus) y el ilimitado (numerus apertus) que es el que si permite la creación de otros derechos reales que los expresamente regulados en su propia legislación.

Nuestro sistema jurídico sigue la tradición y el criterio del derecho romano, en virtud de que no permite más derechos reales que los que se especifica y se encuentran previamente establecidos y regulados de manera clara y precisa en nuestra legislación.

La contrapartida de dicho sistema, es el sistema de ilimitación de los derechos reales, o de *numerus apertus*, que deja librado a la voluntad de los interesados el crear distintos tipos de derechos reales, que pueden coincidir en todo o en parte con los ya establecidos.

3. Los fundamentos del codificador

Vélez cita como fuentes de su artículo 2502, a Demolombe, quien se mostró partidario de tal solución, contra muchos jurisconsultos franceses.

Puede verse así que la regla era objeto de preocupación en la doctrina desde tal época.

En su justificación de la introducción de la regla del *numerus clausus* a nuestro sistema civil, Vélez expresa que la multiplicidad de derechos reales sobre unos mismos bienes es una fuente fecunda de complicaciones y de pleitos, y puede perjudicar mucho a la explotación de esos bienes y la libre circulación de las propiedades, cuando por las leyes de sucesión esos derechos se dividen entre muchos herederos, sin poderse dividir la cosa asiento de ellos. Las propiedades se desmejoran y los pleitos nacen cuando el derecho real se aplica a una parte material de la cosa que no constituye, una propiedad desprendida y distinta de la cosa misma, y cuando no constituye una copropiedad susceptible de dar lugar a la división entre los comuneros o la licitación²⁶.

Debemos destacar en cuanto a la presente cuestión que no debe perderse de vista su consideración, un dato histórico-político-jurídico cierto, tal es el que el codificador francés (que tanta influencia ejercerá sobre Vélez), estaba presente el temor de que de alguna forma se volviera a formas feudales de relación, y eso inspiraba la idea de que los derechos reales sobre cosa ajena debían ser perfectamente tasados, para evitar que por la puerta de la autonomía de la voluntad se introdujeran desde el pasado que se intentaba dejar atrás modos y formas feudales a los que se había cerrado la puerta con el Code, y se podían renacer de sus cenizas como el Fénix, bajo la fórmula de derechos reales atípicos²⁷.

4. Numerus clausus o apertus : ¿un contrapunto inevitable?

El legislador puede crear nuevos derechos reales y configurarlos sin que exista problema de ello, De hecho, ha ocurrido así sin que se produzca hecatombe jurídica alguna de nuestro mundo jurídico-real²⁸.

El siguiente paso es lógico: ¿y los particulares, pueden también crear nuevos derechos reales? Viejo tema sobre el que han existido opiniones diversas, además de divergencias entre las opiniones teóricas. Ambos son temas diferentes, pero están interconectados por una raíz común bastante obvia: el presunto listado de derechos reales, ¿es mejor que se halle cerrado o que permanezca abierto? Y ¿Qué entendemos por abierto o cerrado? Es un tema de separaciones tajantes, que no admite medias tintas, o podemos encontrar vías intermedias.

De entrada, la consecuencia de todo ello es clara: en nuestro ordenamiento existen unos derechos reales más o menos conocidos y consolidados, con una tradición histórica. Lo cierto es que esa lista, que ninguna ley establece, no es cerrada, pues si algo demuestra nuestra historia jurídica es que el legislador puede estimar como necesaria la inclusión en nuestro ordenamiento de un nuevo derecho real, y lo crea, sin más.

Cuando el legislador crea un nuevo derecho real. La situación suscitada es sencilla, desde que no hay artículo ni en el código Civil ni en ningún otro cuerpo legal que ofrezca una lista cerrada de derechos reales, sino que existen, como se ha expresado en el punto anterior, una serie de derechos reales previstos legalmente, y si lo demuestra la publicación de esta ley es que se pueden crear nuevos derechos reales por el legislador, y configurarlos del modo que estime más oportuno, dentro de ciertos límites (sin sobrepasar el propio orden público delimitado por él mismo.)

Así, hemos asistido en especial en la materia de las servidumbres, a la creación legal pero fuera del Código Civil de nuevas formas de ellas. Por caso la arqueológica (ley 9080), de bienes históricos (ley 12.665), de fronteras (ley 14027), ferroviaria (ley 18374), de electroducto (ley 19552), de minería (arts. 48 y siguientes del Código de minería), aeronáutica (art. 30 a 34 del Código Aeronáutico²⁹). De nuestra parte, sumamos a la enumeración a la ley 25.509 que instituye, tan discutidamente en su factura técnica, el derecho de superficie forestal.

La creación legal de nuevos derechos reales, por dentro y por fuera del Código Civil, entiende Quesada Sánchez³⁰ que resulta acertada desde el punto de vista del

progreso del Derecho, ya que permite que nuevos derechos se formen y configuren, sin que haya que estar anclados al texto codificado, decimonónico, no lo olvidemos. Ofrecer una lista cerrada de derechos reales conlleva, de entrada, considerar cerrada la lista de derechos reales en el momento histórico en que se redacta, pero está claro que la realidad social está por delante de ella: es lógico, por ejemplo, que el codificador, teniendo en mente su concepción de la propiedad, no pudiese prever en ningún momento que cien años después podía pretenderse un turno en el ejercicio de las facultades del propietario, como conllevaba la multipropiedad, o ya definida legalmente, optar por configurar ese derecho como un nuevo derecho real. Si hubiese existido lista cerrada de derechos reales, o bien se modifica dicha lista cada vez que surge un nuevo derecho real (algo que tampoco parece jurídicamente intachable: establecer una lista cerrada e irla ampliando a golpe de movimiento jurídico), o bien se impide de hecho el avance del Derecho, dado que se cierra el paso a la creación de nuevos derechos reales, que es tanto, a medio y largo plazo, como pretender que el Derecho no avance conforme a las nuevas realidades sociales.

Con buen criterio, prosigue en su razonamiento el antes citado autor, no existe lista cerrada en ningún sitio como tal. Así que el Poder Legislativo pueda crear un derecho real tiene una consecuencia bien clara, y que afecta de modo necesario en el próximo aspecto a estudiar: la lista de derechos reales existentes (inexistente, realmente) no es cerrada, sino está bien abierta a nuevas figuras, al menos de configuración legal. El legislador puede perfectamente crear un nuevo derecho real y configurarlo como estime más oportuno, conforme a las necesidades que demande la vida jurídica en cada momento. Y esto abre otro debate, claro está: si la lista no es cerrada, y el legislador puede crear derechos reales, ¿es posible que también los particulares creen nuevos derechos reales? En principio, dado que no existe numerus clausus como tal, ya que al menos en su acepción literal, parece cuando menos imaginable.

Pero esto no debe llevar a pensar que la voluntad del legislador es omnímoda ni mucho menos. Como señala Jorge H. Alterini “La inflación legislativa es todavía más reprochable cuando da lugar a la multiplicación desenfrenada de los derechos reales. Con mayor razón deben descartarse esos intentos, si se piensa que bajo la apariencia de derechos reales novedosos, no son más que matizaciones de figuras conocidas, que al enmascararse como diversas suman confusión e incertidumbre en un ámbito como el de los derechos reales donde son deseables la certeza y la simplicidad”³¹.

En concordancia con estas ideas se expidieron las “XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil” (Bs. As. 1987), cuya Comisión n° 4, en el Despacho B, que obtuvo mayoría de adhesiones en el Plenario, declaró: “... debe descartarse la creación arbitraria de nuevos derechos reales (nota al art. 2502 del Código Civil). La creación indefinida de derechos reales conspira abiertamente contra “*numerus clausus*”. Este principio, si bien posibilita la creación legislativa de nuevos derechos reales, impone al mismo tiempo que ello ocurra tan sólo ante la imposibilidad estructural de encuadrar la nueva situación en las categorías existente. No deben oprimirse las energías vitales de la comunidad son excesos legisferantes³².

Pasando ahora a la posibilidad que los particulares creen derechos reales, vemos que la afirmación o negación de tal facultad ha sido cuestión determinante a la hora de entender si un ordenamiento jurídico adoptaba un sistema de *numerus clausus* de derechos reales o de *numerus apertus*, y en ese problema estará implícita en definitiva la cuestión del radio de acción que se concederá a la autonomía de la voluntad de los particulares para crear derechos reales.

La doctrina del *numerus apertus* de cuño español, por caso, defiende que el número de derechos reales que existe en su ordenamiento no es cerrado, y los particulares podrán, dentro de ciertos límites, constituir derechos reales atípicos. Y el ordenamiento señala, que no establece impedimento alguno para el resultado satisfactorio de esta postura. De entrada, no existe prohibición alguna en ningún precepto del Código Civil español para crear nuevos derechos reales. Tampoco existe un listado de derechos reales existentes en tal ordenamiento. Lo más cercano son dos artículos que sirven para justificar esta doctrina: en primer lugar, el artículo 2 de la ley de hipoteca, que señala que en el Registro de la Propiedad se inscribirán los títulos en que se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan derechos de usufructo, uso habitación, enfiteusis, hipoteca, censos y otros cualesquiera reales, alusión ésta que deja abierta la lista para incluir cualquier otro derecho real que pudiese crearse. El artículo 7 del Reglamento Hipotecario incide en dicha regulación, y alude a ciertos derechos reales, así como a “cualquiera otros relativos a derechos de la misma naturaleza”. La enumeración no parece exhausta, por lo tanto. Y aplican aquí la regla de lo que no está expresamente prohibido se reputa permitido³³.

La doctrina *numerus clausus*, sin embargo, señala que no existen más derechos reales que los regulados en las leyes, debido a que la creación de los mismo afecta al orden público, debido a que puede frenar la libre circulación de bienes y provocar que terceros deban soportar cargas a cuyo nacimiento fueron ajenos. Estas ideas, de origen

romano, se asentaron en bastantes países de nuestro entorno (Alemania, Suiza, Austria, Suecia, Finlandia, Holanda o Portugal). Cabe señalar que estas ideas sintonizan muy bien con el espíritu codificador que temía la creación de nuevos derechos reales, ya que aquellos a los que se había cerrado la puerta del código por considerarlo reliquia del anterior régimen, puede colarse por la ventana de la autonomía de la voluntad³⁴.

La Dirección General del Registro Nacional de España, por su parte, que hasta hace no mucho ha sido favorable a la doctrina del *numerus apertus*, en el presente ha puesto bastantes límites de hecho para inscribir nuevos derechos. Tiende, no obstante a ser tolerante con derechos que nacen fruto de necesidades urbanísticas o económicas, pero siempre exige el cumplimiento de ciertos requisitos: en primer lugar, el nuevo derecho real debe cumplir los requisitos típicos de los derechos reales; en segundo lugar, no debe contradecirse el orden público, entendiendo preferentemente como orden público económico; en tercer lugar, es necesaria la adecuada descripción del objeto gravado y del derecho que pretende inscribirse, conforme al artículo 9 de La Ley Hipotecaria, así como, en cuarto lugar, respetar los adecuados requisitos formales para acceder al Registro; por último, es necesaria la existencia de una concreta tutela jurídica de los intereses de las partes, a través de la creación del derecho real³⁵.

Quesada Sánchez se pronuncia a favor del *numerus apertus*, el cual le parece la solución más correcta, teniendo en cuenta nuestro ordenamiento español en su conjunto, y dado que el legislador puede crear nuevos derechos reales, como ya hecho, defenderse la teoría de que no existe un número cerrado de derechos reales de entrada, sino que pueden nacer nuevos derechos reales (salvo en el caso de los derechos reales de garantía, porque parece esquivar la regla por *conditio creditorum* sólo debe hacerlo el legislador). Esa creación puede ser legal, pero, además, cabe la posibilidad de que los particulares constituyan nuevos derechos reales, ya que nada lo prohíbe, y sería poco lógico cercenar la posibilidad de evolución de este campo, aunque debe ser posible siempre con ciertos límites. Tiene en cuenta para ellos que ya el derecho concede gran margen a la autonomía de la voluntad para regular el contenido de los propios derechos reales típicos, algo, que, si bien no es idéntico tema que el de la creación de derechos reales (el derecho real típico existe ya), sí que es indicio de que la autonomía de la voluntad tiene juego en este campo, dentro de ciertos límites.

Sin embargo termina entendiendo que parece evidente que el problema es más teórico que práctico, ya que en los derechos de goce y de adquisición preferente, parece poco imaginable la creación de un derecho que difiera sustancialmente de los ya establecidos.

Quesada Sánchez, respecto al estado actual de la cuestión y desde la realidad de los derechos reales españoles, pone de manifiesto una idea que entiende fruto de la evolución de un derecho, como consecuencia de la evolución de la vida extra-jurídica, y que pese a que no modifica el espectro de derechos reales, al menos por ahora, sí que debe tenerse en cuenta a la hora de reflexionar sobre los derechos reales y sus contenidos. El derecho de propiedad ha sufrido importantes modificaciones en su concepción, fruto del propio devenir económico-social, y que el propietario ya no es aquel propietario que hacía y deshacía como mejor estimaba y era propietario desde el cielo hasta los infiernos, por utilizar terminología clásica.

La mentalidad cambia, y se comprueba la gran demanda que puede tener el no ser propietario de un bien, para gozar y disponer de él, debido a los beneficios que puede reportar el acceder simplemente a los mismo, sin mayores problemas. Situación social que es fuente de la necesidad de nuevos derechos reales, los cuales se han denominado, entre otras formas, como multipropiedad, o propiedades especiales.

Quesada Sánchez, entiende que la creación legal de un derecho real no conlleva que directamente los particulares, sin más puedan también crearlo, pero sí que elimina la concepción de que la lista de derechos reales es cerrada y completa, y eso, cuando menos, entreabre la puerta a los particulares, no les cierra en la nariz esa posibilidad directamente.

5. Numerus clausus: concepto e importancia

El principio de numerus clausus o del número cerrado se materializa con relación a los reales en el art. 2502 Código Civil. “Los derechos reales sólo pueden ser creados por la ley. Todo contrato o disposición de última voluntad que constituyese otros derechos reales o modificarse los que por este Código se reconocen, valdrá sólo como constitución de derechos personales, si como tal pudiesen valer³⁶”.

La razón de ser de esta disposición la dan las notas a los arts. 2502 y 2503: la preocupación de Vélez por evitar la multiplicidad de derechos reales, que en el derecho feudal habían causado graves males a la riqueza inmobiliaria. También leemos en la nota al artículo 2828 del Código Civil “Los actos y contratos particulares no podrían derogar la disposición del artículo porque la naturaleza de los derechos reales está fijada en consideración al bien público y al de las instituciones políticas y no depende de la voluntad de los particulares.

El principio del numerus clausus crea una valla a la autonomía de la voluntad, que en cambio, juega con amplitud, en materia de derechos creditorios.

Los particulares no pueden crear otros derechos reales a los establecidos en la ley, ni modificar³⁷ por pactos privados las normas que rigen, porque las normas relativas a los derechos reales no son meramente supletorias de la voluntad de las partes, como en general acontece con los derechos personales, sino que se le impone, en tanto y en cuanto ellas mismas no dispongan lo contrario.

Esto no quiere decir que los derechos reales no pueden tener su origen en un contrato, y aun algunos de ellos sólo pueden nacer por convención, como los derechos reales de garantía.

En estos casos, la voluntad de las partes se limita a dar a luz el derecho real, siempre que sea uno de los establecidos por la ley, y sus caracteres y reglamentación estarán predeterminados por ella misma, sin que la convención pueda modificarlos.

Hay autores que formulan la cuestión de si la enumeración contenida en el art. 2503 Código Civil taxativa o enunciativa³⁸.

El planteamiento carece de sentido, debido a que el art. 2502 no se refiere solo al Código Civil, sino que dice que los derechos reales solo pueden ser creados por ley.

No solo el Código Civil se contemplan los derechos reales, sino también en otras leyes, como la de propiedad horizontal, warrants, emisión de debentures, el Código de Comercio, el Código Aeronáutico, la ley que reglamenta el bien de familia, la ley de prenda agraria y la de prenda con registro, etc. Y esa posibilidad encuadra dentro del art. 2502, que se refiere a cualquier ley.

¿Qué sucede si a pesar de lo dicho se constituye un derecho real no enumerado?

La solución viene dada por la segunda parte del artículo 2502: esta constitución es nula, solamente si pudiera valer como constitución de un derecho personal tendría relevancia jurídica el constituido, pero no como derecho real, sino personal.

6- Conclusiones

En el presente capítulo se expone que los derechos reales solo pueden ser creados por ley, por lo tanto todo contrato o disposición de última voluntad que constituyese otros derechos reales o modificase los que por este código se reconocen, valdrá sólo como constitución de derechos personales, si como tal pudiesen valer. La razón de ser de principio establecido en el Código Civil es la de evitar multiplicidad de derechos reales.

También en este capítulo hablamos sobre la noción de orden público; la naturaleza de los derechos reales está fijada en consideración al bien público y al de las instituciones políticas, y no depende de la voluntad de los particulares, lo cual no debe llevar a pensar que todas las normas relativas a los derechos reales sean de orden público.

Hacemos hincapié en los fundamentos del codificador cuando introduce como regla el *numerus clausus* a nuestro sistema civil, Vélez expresa que la multiplicidad de derechos reales sobre unos mismos bienes es una fuente fecunda de problemas y pleitos, y puede perjudicar mucho a la explotación de esos bienes y la libre circulación de las propiedades, y cuando por las leyes de sucesión esos derechos se dividen entre muchos herederos, genera complicaciones sin poderse dividir la cosa asiento de ellos.

Y por último también hacemos referencia acerca de la posibilidad de que el legislador cree nuevos derechos reales y hablamos de las consecuencias que ello podría originar.

CAPITULO IV

NUEVAS FORMAS DE DOMINIO

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La aparición de las urbanizaciones privadas cerradas en la Argentina. 3. Aspectos legislativos. La necesidad de una mirada urbanística. 4. Las relaciones entre lo público y lo privado. 5. La emergencia de una nueva territorialidad. 6. Necesidad del dictado de una ley?. 7. Derechos reales frente al numerus clausus y el orden público. 8. Vacío legislativo. 9. Urbanizaciones privadas especiales. 10. Concepto de cada una de estas urbanizaciones especiales o nuevas formas coparticipativas de propiedad. 11. Problemática del encuadre legal de estos emprendimientos. - CONCLUSIONES DE LAS XXII JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL - COMISIÓN N ° 5 DERECHOS REALES. 12. Conclusiones.

1- Introducción

El hombre en este país y en todo el mundo y en todas las épocas desde antaño, siempre ha buscado un lugar de descanso y disfrute lejos del bullicio de la gran ciudad para su relax y así alejarse de sus preocupaciones cotidianas. Antiguamente los poderosos tenían, además de sus palacios, viviendas en la ciudad, las villas, mansiones y palacios, de recreo para fines de semana y para vacaciones. La gente con menores recursos que no ha podido acceder a situaciones como las referidas también ha buscado organizar sus paseos y distracción alejándose de la vida cotidiana a otros lugares para permitirse un mayor contacto con el verde.

Con el desarrollo de la práctica deportiva como complemento para gozar de una buena salud y con el ingrediente de realizarla en lo posible al aire libre en contacto con la naturaleza, nacieron por un lado los clubes con espacios destinados esas prácticas deportivas. En los últimos años en nuestro país algunos clubes e instituciones sociales, culturales, y educativas, tuvieron la iniciativa de organizar sus propias quintas con comodidades para que sus socios por un lado tengan la posibilidad de la actividad deportiva y por otro puedan pasar el día disfrutando con la familia en contacto con la naturaleza. En esta última iniciativa se llega a complementar con la idea de que los socios del club puedan tener una vivienda para el disfrute del fin de semana dentro o cercana a las aéreas deportivas. Esto último dio nacimiento a lo que se conoce en nuestro país como Country, hoy llamados clubes de Campo. Contemporáneamente, la iniciativa particular comenzó a desarrollar emprendimientos privados exclusivos únicamente para los participantes que tengan la vivienda y en esta forma se expande una nueva forma comunitaria privada para el disfrute del fin de semana. Se conocen los primeros country en los que resulta preponderante la configuración del lugar teniendo en cuenta lo mejor que puede brindar la naturaleza: la arboleda, el campo y el aire puro, la cercanía a hermosos lugares como ser el río y la montaña y el clima. Asimismo es preponderante la ubicación geográfica para lograr la mejor y más fácil comunicación con la ciudad. El incremento y la modernización de las vías de comunicación que acortaron sustancialmente las distancias desde y hacia la ciudad intensificaron prodigiosamente estos emprendimientos, que pensados para fin de semana, recreación y actividades deportivas, dieron lugar a la vivienda permanente en contacto con el verde con o sin área recreativa y de esparcimiento comunitario originándose los barrios residenciales. El necesario cercamiento, seguridad y esencial tranquilidad de los

moradores, produce el fenómeno y el boom de estas urbanizaciones, en donde los moradores van a disponer significativas extensiones de tierra.

El presente capítulo tiene por finalidad analizar las nuevas formas de ocupación del espacio, la transformación de los usos del suelo. En este contexto, interesa poner de manifiesto la necesidad de modificar algunos aspectos de la normativa vigente en materia de Urbanizaciones Cerradas, a la vez que introducir una mirada urbanística sobre un tema cuyo tratamiento se debate casi exclusivamente en el plano jurídico y sociológico. Asimismo se intentarán describir las complejas relaciones que mantienen sus habitantes con el municipio, vínculo que fluctúa entre la queja y la indiferencia y pone en crisis, muchas veces, los límites entre lo público y lo privado.

2-La aparición de las urbanizaciones privadas cerradas en la Argentina

Las urbanizaciones cerradas³⁹ que se han consolidado en algunas aglomeraciones urbanas de nuestro país, como Buenos Aires, Santa Fe, Córdoba, Rosario, San Juan o Mendoza, representan modelos espaciales y formas de habitar diferentes a los de la ciudad tradicional, y constituyen un modo de organización del espacio construido que ya tiene siete décadas de antigüedad en el país. En cierto sentido, constituyen una de las manifestaciones espaciales del modelo socioeconómico que logró cambiar los comportamientos sociales y el mapa urbano argentino reciente.

La provincia de Buenos Aires presenta la mayor cantidad y diversidad de este tipo de urbanizaciones, que han cambiado la estructura territorial del aglomerado urbano y han sido objeto de estudios específicos.

El fenómeno comienza en Buenos Aires alrededor de 1930 con la creación del Tortugas Country Club y en su descripción aporta elementos que aparecen luego en las distintas urbanizaciones de este tipo que se radican en el país.

Por esos años las nuevas urbanizaciones buscaban afincarse más al norte de Buenos Aires y ofrecían a una élite la posibilidad de una segunda residencia, generalmente austera, en contacto con la naturaleza y rodeada de infraestructura deportiva acorde: actividades ecuestres y golf. Esta expansión de la ciudad tradicional hacia el norte fue posible gracias al desarrollo de una buena red de comunicaciones, un correcto funcionamiento de los servicios de ferrocarriles y tranvías y el auge del automóvil a partir de 1920.

Un segundo escalón en este proceso se desarrolló a partir de 1970. Los nuevos country o clubes de campo ya no apuntaban exclusivamente a las clases más altas de la sociedad sino que incorporaron a la clase media en ascenso. Las construcciones comenzaron a abandonar la austeridad que imponía el “campo” y comenzaron a trasladar allí todas las comodidades de la ciudad traducidas en calles pavimentadas y redes de agua, cloacas y gas.

Ya por estos años, estos enclaves comienzan a erigirse como las primeras respuestas al sentimiento de inseguridad que preocupaba a las clases altas, las que eligen un modo de vida “hacia adentro”.

La modalidad actual se inicia a fines de los años ochenta y se consolida durante la década de 1990 en correspondencia con el orden económico imperante que apuntaba a contraer el Estado mediante la privatización de empresas públicas; la descentralización y la desregulación sumadas al desmantelamiento del sistema social y a la decreciente capacidad redistributiva del Estado, limitaron seriamente su capacidad de gestión, lo que sirvió para profundizar más la brecha entre ricos y pobres y favorecer la exclusión. En ese momento comienza una nueva historia que representa una verdadera transformación respecto del modelo precedente: una vez más se amplía el perfil social de aquellos a quien va dirigida la oferta y por eso mismo, la oferta residencial también se multiplica y se diversifica. El tema de la inseguridad se torna cada vez más preocupante y los nuevos habitantes deciden ahora vivir de manera permanente dentro de estas urbanizaciones.

Este período que media entre 1970 –cuando aparecen estos modelos de urbanización– pasando por la década de 1990 cuando se acelera este modo de ocupación del territorio bajo la forma genérica de barrios cerrados, y hasta la actualidad.

Desde ese momento y hasta la actualidad se intensificó el contraste entre ricos y pobres, la tendencia de urbanización lineal en torno del ferrocarril perdió importancia y la construcción de autopistas intraurbanas que permitieron la aceleración del tránsito volvió atractiva la zona periférica para las clases medias y altas. Estas autopistas no sólo acentuaron la linealidad sino que también favorecieron la formación de los nodos fragmentados que hoy podemos observar en el perímetro urbano y que caracterizan la dinámica urbana actual.

En el proceso de expansión de estas modalidades de urbanización en la Provincia de Buenos Aires, se deben citar como elementos clave la Ley Provincial 8912/77 y su decreto reglamentario 9404/86. Estos instrumentos legales permitieron el cercamiento total de las áreas ocupadas por los Clubes de Campo, incluyendo las calles

públicas circundantes, y la asunción de la prestación de los servicios, habitualmente de carácter comunal, por parte de los responsables de estos emprendimientos. Estas son diferencias fundamentales entre estas urbanizaciones y el resto de la ciudad, no sólo desde el punto de vista de la configuración espacial, sino también en lo que respecta a su funcionamiento, constituyéndose en el antecedente más importante dentro de la legislación de nuestro país.

La tendencia actual a afincarse en el lugar y cambiar la residencia de fin de semana por la vivienda única y permanente, trajo aparejada la necesidad de considerar allí la instalación de una serie de servicios complementarios a la actividad residencial, como son las capillas, los locales comerciales, los dispensarios, el destacamento policial, los clubes recreativos, como también colegios y universidades.

De este modo ya no existe una unidad económica a partir de la cual se divide la tierra, sino que la misma deberá ser repensada en función de los distintos usos. Se inicia así un proceso de multiplicación y redistribución de la renta urbana así como de una creciente movilidad social en el sector que modifica sustancialmente el otro “mapa rural”.

3. Aspectos legislativos. La necesidad de una mirada urbanística

Mientras las nuevas manifestaciones urbanísticas⁴⁰ en las que el hombre expresa su deseo de vivir en contacto con la naturaleza se presentan como un hecho y su desarrollo avanza más allá de lo que disponga la escasa legislación sobre el tema, el debate instalado se centra ahora entre contemplar estas nuevas formas de ocupación del territorio sin provocar una embestida contra la propiedad privada, pero intentando recuperar lo público como espacio de socialización, hoy amenazado por el proceso de privatización creciente.

Se intenta entonces legislar sobre los puntos en común que, desde un enfoque urbanístico, presentan las urbanizaciones privadas.

En este sentido, más allá de las particularidades que cada modalidad de urbanización (country, club de campo, barrio cerrado, barrio privado, chacra, condominio, mega emprendimientos, mini barrios y otros) pueda presentar desde el punto de vista jurídico, se entiende que todas ellas comparten como característica fundamental y común denominador estas particularidades:

- Una situación tipo enclave –entendiendo por esto no sólo al territorio incluido en otro de mayor extensión con características diferentes, sino al que tiene un alto grado de autonomía en lo que hace a su funcionamiento y desarrollo respecto de aquel que lo contiene–, la materialización de sus límites a partir de marcadores territoriales que toman la forma de cercos o alambrados perimetrales, a través de los cuales manifiestan físicamente el uso privado,

- Los controles de ingreso al sector,
- La disponibilidad de seguridad privada,
- La propiedad privada de los espacios de circulación (mal llamados calles),
- El uso privado de los espacios verdes,
- La conformación de grandes manzanas rodeadas de espacios parquizados,
- El diseño laberíntico interno que rompe con la cuadrícula tradicional,
- La superficie de los lotes sustantivamente mayor a lo requerido en la planta urbana,
- El predominio del verde por sobre las superficies edificadas,
- El uso residencial transitorio o permanente previsto para cada parcela,
- La prohibición de levantar más de una vivienda en cada lote,
- La homogeneidad arquitectónica en aumento, hasta la elección de casas por catálogo que los diferencia del “afuera”,
- Su ubicación dentro de zonas rurales, con la consiguiente alteración del paisaje natural.

Todas estas características suponen un determinado impacto sobre el territorio que no varía si el régimen jurídico adoptado es la subdivisión simple, la propiedad horizontal o el que surja de la reforma del Código Civil que está en estudio, si el emprendimiento prevé áreas comunes o no, si contempla infraestructura deportiva o se trata sólo de un complejo residencial; por esto el proyecto de Ordenanza para regularlos desde el punto de vista urbanístico prefiere referir a Urbanizaciones Especiales Privadas Cerradas y no a alguna de las modalidades en particular.

4- Las relaciones entre lo público y lo privado

El auge de las urbanizaciones cerradas que alcanzan su apogeo en la década de 1990 como rasgo de un nuevo tipo de suburbanización, debe leerse junto con otros emprendimientos que proliferan gracias a un nuevo tipo de intervención privada en gran escala: shoppings, hipermercados, centros de entretenimiento y multicines entre otros. Durante esa década la ciudad fue el escenario de un proceso de ventas y concesiones de tierras de dominio público: se privatizó el espacio público. La clave, entonces, fue la puesta en disponibilidad para el mercado, la masiva privatización de los servicios públicos y la privatización en gran escala de sectores urbanos completos.

Los servicios y las regulaciones públicas dentro de los enclaves urbanos cerrados y privados, son reemplazados por servicios brindados por parte de empresas no estatales y por reglamentaciones privadas que surgen del accionar de las asociaciones de propietarios o residentes de estos barrios cerrados. Cada vez más ciudadanos buscan una organización privada y eficiente de su vecindario que les provea de los servicios que antes eran públicos.

Esto no es más que parte de la ya citada “retirada” del Estado, de la dimensión de su función de planificación urbana, del abandono del control del desarrollo urbano y de su apropiación por parte de actores privados en quienes el Estado, con su “dejar hacer”, ha delegado esta función.

Se trata de un nuevo estilo de gobernabilidad y de nuevas formas de control de la vida cotidiana, emanados no ya desde el Estado, sino desde los mismos individuos, como una respuesta al fracaso del Estado en estos aspectos.

Este mismo Estado que se ausenta a la hora de satisfacer determinadas demandas, es el mismo que contribuye a fomentar un proceso de segregación mediante la permisión del desarrollo de este tipo de emprendimientos privados, que lleva a que algunos “privilegiados” logren atender esas necesidades por sus propios medios, avalando con esta actitud que se opere sobre los efectos del problema sin atacar sus causas, y alentando o simplemente consintiendo una respuesta individual a problemas que son sociales.

Por otro lado, la privatización de los servicios surgida del accionar de los propios vecinos, trae aparejada una cuestión no menos espinosa en esta relación, que tiene que ver con la imputación de los tributos. Mientras el municipio aduce una intención de equidad en el cobro de los servicios, muchos de los nuevos residentes

cuestionan la aplicación de una tasa diferencial por zonificación así como también su disconformidad respecto de la escasez de las prestaciones.

Otro tema que genera desacuerdos se cierne en torno a privatización de lo público en los barrios cerrados y a la pérdida de significación del espacio público como tal. De hecho, uno de los efectos más importantes de los barrios cerrados radica en la privatización del espacio público y su apropiación, modificando, a partir de la naturaleza y el verde como los principales elementos de valor y distinción de estos emprendimientos, dos conceptos que acompañaron el proceso de formación de las ciudades en nuestro país hacia fines del siglo XIX. En ese entonces, Sarmiento subrayaba las virtudes educativas del espacio urbano y concebía a la naturaleza al servicio de la creación de un espacio público productor de ciudadanos, y, por lo tanto, con ciertas aspiraciones de nivelación e igualdad social; pero en manos de los desarrolladores, comercializadores y residentes, el verde es puesto al servicio de la conformación de un espacio privado que acentúa la segregación y que responde a un proceso de alta selectividad social (Girola, 2004).

Mientras Gorelik teoriza acerca de la anulación del espacio público frente a espacios comunes privados que los reemplazan y Svampa trabaja la deserción del espacio público por parte de ciertos grupos, para Caldeira esta privatización significa no sólo la apropiación de unos pocos de algo que fuera anteriormente de todos (calles, veredas, plazas), impidiendo el libre acceso a ellos sino, además, la pérdida de significación social de los espacios públicos y el desprecio de todo lo que es público en la ciudad abierta. Así podemos hablar de una “relación desigual” entre conciudadanos, en tanto y en cuanto los habitantes de los barrios cerrados impiden el uso de su espacio en forma libre y democrática por parte de los que no residen en ellos, pero necesitan, sin embargo, de los bienes y servicios producidos en la ciudad abierta para satisfacer sus necesidades cotidianas. Entonces, ¿hasta qué punto los barrios cerrados pueden aislarse por completo de la ciudad abierta? Y, por lo tanto, ¿pueden ser realmente autosuficientes?

Lo cierto es que ante estas situaciones, muchas veces el Estado desempeña un rol muy pasivo, y sólo algunos gobiernos locales han logrado implementar ciertas estrategias tendientes a equilibrar esta relación, que dependerá de la postura más o menos flexible que se adopte desde ambas partes: los habitantes de estos complejos residenciales representando al sector privado, y el municipio como gestor de la ciudad y de la cosa pública.

Teniendo en cuenta lo dicho anteriormente respecto de la procedencia de los habitantes de las nuevas urbanizaciones, el tema se torna particularmente difícil. En la ciudad de Santa Fe, mientras la mayoría de las familias desarrollan sus actividades cotidianas en la ciudad, acentuando el modelo de ciudad dormitorio, parecen tener la necesidad de prescindir de las autoridades de una ciudad “que no es la suya” y a la que miran desde el otro lado del vallado.

Esto ha dado lugar a numerosas gestiones con la intención de beneficiar tanto a los habitantes de estos barrios como a los residentes de la ciudad abierta y, de este modo, al municipio mismo.

En la ciudad de Santa Fe, un emprendimientos tiene inconvenientes con la accesibilidad, dado que próximo a su lote, Vialidad Provincial no ha expropiado oportunamente el camino colector reglamentario y éste se encuentra cercado dentro de los límites del terreno contiguo. Si bien las expropiaciones son a cargo del Estado Provincial a partir de un proyecto de ley, los inversores del nuevo barrio están dispuestos a abonar los costos que implique esta medida, mientras que el municipio por su parte se ha comprometido a realizar las gestiones necesarias para que el Estado Provincial declare a estas tierras de interés público. Por otro lado, siendo ésta una infraestructura que mejora la accesibilidad de todos los habitantes, la municipalidad accedería a reconocer la apertura de la colectora como parte de la compensación urbanística exigible a la hora de aprobar la urbanización.

Desde la normativa también puede apreciarse otro avance en pos de considerar los intereses de los distintos actores intervinientes. El nuevo proyecto busca acelerar los tiempos de la aprobación de estas urbanizaciones, por lo que empieza a considerarla en dos instancias: primero la anuencia del loteo, es decir la subdivisión de la tierra, y posteriormente, una vez cumplimentadas las obras de infraestructura requeridas para lo cual tienen un plazo de dos años, la aprobación de la urbanización. Para asegurar el cumplimiento de esta segunda etapa, la primera instancia incluye un depósito de garantía equivalente al valor de las obras exigidas.

Lo beneficioso de otorgar la visación del plano de mensura y subdivisión antes del plazo de dos años que demandan las obras de infraestructura tiene que ver con que la mensura aprobada es el requisito fundamental para poder comercializar los lotes y escriturarlos.

De este modo no sólo se evitan las ventas irregulares y la intranquilidad de los compradores, sino que se beneficia a quien pretende comercializar rápidamente los lotes para financiar con sus dividendos parte de las inversiones, se respalda a los adquirentes

de las nuevas parcelas que al momento de la compra estarán en condiciones de escriturar, y se beneficia el municipio que, una vez efectuada la subdivisión, queda en condiciones de emitir y cobrar una factura de tasa General de Inmuebles por cada lote resultante.

Estos ejemplos sirven para ilustrar el modo en que las autoridades municipales han manifestado su decisión de acompañar el desarrollo de estas urbanizaciones aunque ajustando sus ansias de autorregulación, poniendo de manifiesto que las reconoce como una parte de la ciudad que, aunque con características propias, debe acusar su pertenencia a un orden territorial más allá de sus límites.

5- La emergencia de una nueva territorialidad

Mientras en el marco del capitalismo industrial o fordista de mediados del siglo XX la ciudad invadía el espacio rural circundante dando lugar a una expansión urbana continua, con una clara separación entre campo y ciudad, en tiempos del capitalismo avanzado o posfordista la “ciudad compacta” se desvanece en favor de una urbanización dispersa y fragmentada. La nueva realidad urbana habla de una movilidad creciente, de la expansión y complejización de los usos urbanos, de la multiplicación de redes de flujos y de la dilución de las unidades territoriales convencionales.

Y éste es entonces el nuevo desafío: ¿cómo gobernar estas nuevas realidades territoriales con las relaciones que se entretajan entre municipios fronterizos cuando empresas y ciudadanos se asientan en uno de ellos y desarrollan gran parte de sus actividades económicas y sociales en el otro?

Las ciudades, aunque se encuentren separadas físicamente, forman redes con una compleja división espacial de la actividad económica y el trabajo; las jurisdicciones políticas resultan cada vez más artificiales y tienen, en la mayor parte de los casos, escasa relación con la dinámica socioeconómica de los territorios (Freire, 2008).

Se trata entonces de gobernar un sistema cada vez más complejo e interconectado que no cuenta con límites definidos; es necesario tomar “decisiones territoriales” (aquellas que involucran un conocimiento de su entorno).

6- Necesidad del dictado de una ley?

Es necesario debatir sobre la necesidad o conveniencia del dictado de una ley especial de carácter nacional para la regulación de estos conjuntos inmobiliarios o si son suficientes los derechos previstos por nuestra legislación para su efectiva regulación.

En cualquiera de ambos supuestos, nueva ley o derecho existente, se deja expresamente establecido que corresponderá a cada jurisdicción local, provincial o municipal, regular sobre ocupación del suelo y aprovechamiento de la tierra, como asimismo, fijar condiciones de factibilidad y prefactibilidad para la instalación de dichos emprendimientos.

En caso de optar por una nueva legislación, la decisión legislativa tendrá un nuevo desafío: la adaptación de algunos de los derechos reales existentes, como ser el caso del derecho real de propiedad horizontal o la creación de un nuevo derecho real.

7-Derechos reales frente al numerus clausus y el orden público

Dentro de este planteo, la vía legislativa es la única válida, tanto para la creación de un nuevo derecho real, como para la modificación del contenido de algunos de los ya contemplados, cumpliendo de esta forma con el principio del numerus clausus impuesto por nuestro código civil, hallándose vedada a los particulares la posibilidad de crear estos derechos por acuerdo de voluntades.

Por otra parte la existencia del orden público en gran parte de las normativas regulatorias de nuestros derechos reales, tienen el mismo efecto, es decir, priva a los particulares de reglar por acuerdo de sus voluntades ciertos aspectos, que hacen a la estructura, contenido, ejercicio, alcance, extinción u otros aspectos de los derechos reales ya consagrados por nuestro Código Civil o por otras leyes nacionales.

Este aspecto de los derechos reales es el que más ha determinado a intentar por vía legislativa, sea la creación de un nuevo derecho real para regular las urbanizaciones, sea la modificación de algunos de los existentes, entiendo que la forzosa aplicación de algunos de ellos, sabiamente previsto para captar otras realidades, traería como consecuencia la vulneración del orden público imperante en la normativa de los derechos reales a ser aplicada, y la desnaturalización de la esencia y finalidad de estas nuevas realidades urbanísticas que siguen a la espera de un marco regulatorio más adecuado.

8-Vacío legislativo

Este vacío legislativo, con relación al marco normativo adecuado para estas nuevas urbanizaciones ha pretendido llenarse en dos niveles distintos:

a) Dentro de un nivel general, con el avance de la normativa urbanística, a través de leyes provinciales, decretos municipales o resoluciones de los Registros de Propiedad Inmuebles, Direcciones y Secretarías de Tierras, Catastros Provinciales o de organismos similares, que por mas buena voluntad empleada en tratar de legislar sobre el tema, constitucionalmente son inadecuadas para reglar aspectos del derecho de fondo, conservando la Nación a través de la labor del Congreso Nacional.

b) Dentro de un nivel particular, teniendo en miras reglamentos y escrituras de las actuales urbanizaciones, a través de la inserción de poderes especiales, irrevocables, renunciaciones de derechos, restricciones y límites a los mismos, cláusulas de adhesión impuestas en los reglamentos que rigen la funcionalidad de los complejos, reservas de derechos y demás cláusulas y soluciones de dudosa validez.

9- Urbanizaciones privadas especiales

Dentro del planeamiento global de las ciudades, han surgido urbanizaciones privadas especiales, que se caracterizan en general por lo siguiente:

- Existencia de una zona regida por un ordenamiento particularizado.
- Existencia de múltiples inmuebles independientes.
- Vinculación entre ellos por un destino funcional.
- Existencia de servicios comunes.
- Interconexión con relaciones de carácter real,
- Agrupación de los propietarios en una entidad administradora, encargada del mantenimiento y prestadora de servicios.

- Implican un repliegue de lo estatal a lo privado.
- Área perimetral cerrada.

La doctrina agrupa dentro de esta categoría a los barrios cerrados o privados, clubes de campo (country club), parques industriales, centro de compras, cementerios privados y multipropiedad o tiempo compartido.

Respecto a la denominación en general que se les da a estas figuras “nuevas formas de dominio u otras propiedades”, parece no aconsejable no utilizar aquella que los individualiza como dominio, dado que el sentido técnico de este vocablo (artículo 2506, no resulta absolutamente compatible con la figura del tiempo compartido. Tampoco es precisa la denominación de propiedades, por ser muy vaga. Dado el carácter distintivo de participación recíproca de cada inmueble en estos complejos, respecto de los espacios comunes y las entidades administradoras, pareciera más precisa la denominación “nuevas formas coparticipativas de propiedad.

10-Concepto de cada una de estas urbanizaciones especiales o nuevas formas coparticipativas de propiedad

Clubes de campo:

Son un complejo residencial recreativo, ubicado en zona sub-urbana, limitado en el espacio, integrada por lotes construidos o a construirse, independientes entre si, que cuentan con una entrada común, con espacios destinados a actividades deportivas, culturales y sociales, existiendo entre los diversos espacios una relación funcional y jurídica que lo convierte en un todo inescindible⁴¹.

Barrios privados o cerrados:

Son un emprendimiento urbano destinado a uso residencial, con equipamiento comunitario y perímetro cercado⁴².

Centros de compras:

Se trata de un emprendimiento que nuclea a una variedad de negocios independientes, en un edificio en el que se aprovechan espacios, estacionamiento y se comparten servicios comunes, bajo la vinculación de normas reglamentarias y una organización comunitaria de limitados alcances⁴³.

Parques Industriales:

Son un conjunto de parcelas o lotes destinados a ser adquiridos por industrias diferentes, concentrados en un lugar determinado donde comparten servicios comunes y pueden recibir tratamientos impositivos diferenciados⁴⁴.

Cementerios privados:

Abarcan aquellos que no pertenezcan al dominio público del Estado⁴⁵.

En nuestro ordenamiento civil se carece de regulación específica en materia de sepulcros. La cuestión relativa al derecho de inhumación y custodia de los despojos mortales se mal codifica en el artículo 15 del Código Civil. Los restos mortales no pueden constituir cosa en los términos del artículo 2311 del Código Civil. Al no tener un valor económico no pueden recaer sobre ellos, ni derechos reales, ni derechos personales. Toda persona goza del derecho de disponer sobre sus propios despojos mortales, pero como no puede hacerlo por sí, salvo acto de última voluntad, y el ordenamiento jurídico no lo contempla, se aplica un orden de prioridad similar al derecho sucesorio. Los lugares de enterramiento dentro de nuestro derecho, a partir de 1821, pasan a ser dominio del estado, delegado al ámbito municipal. Ello es así dado que en tanto el cementerio es un bien de dominio público, el acto por el que se concede a alguien una parcela para que levante allí un sepulcro no es sino una concesión regida por el derecho administrativo, sea la concesión perpetua o temporal. El sepulcro o construcción erigida en la parcela del cementerio público no constituye una propiedad del derecho común, pues el Estado sólo concede un derecho: el de sepultar. En consecuencia, el derecho que los particulares poseen sobre el sepulcro o bóveda allí construido, no es un derecho real, sino un derecho administrativo configurado a la manera de un derecho real del derecho civil. Los cementerios son del dominio público municipal y los particulares tienen sobre el sepulcro un derecho real administrativo, que bien se equipararía al derecho de superficie.

- **Cementerios privados. Problemática en cuanto al encuadre legal**

Derecho personal. Los contratos que el titular del cementerio celebre con los que serán titulares de los respectivos sepulcros pueden constituir meramente derechos personales, aunque el contrato sea de carácter consensual o real (artículos 1140, 1141, 1142, Código Civil). Podría consistir el contrato en una locación de cosas. Sin embargo, la locación de cosas se encuentra en nuestro derecho, sujeta a la limitación temporal de diez años, lo que resulta incompatible con los fines perseguidos al contratar respecto de un sepulcro.

Derecho real dominio y condominio. Descartamos desde ya la posibilidad de constitución de un derecho real de dominio sobre la sepultura.

Usufructo. En efecto, el titular de la sepultura tendría en vida el uso y goce de la cosa, pero estas facultades se extinguirían a su muerte, que es cuando en realidad necesita hacer uso de su derecho. Sus herederos no podrían invocar derecho alguno

Derecho de uso y habitación. En materia de sepulcros este instituto ha tenido gran predicamento, ya que es el que han adoptado la mayoría de los cementerios privados de la Provincia de Buenos Aires, es por ello que, ni siquiera podría encuadrarse el derecho al sepulcro como un derecho de uso, sino de co-uso; lo cual produce incertidumbre en el usuario que no encuentra garantía suficiente en la determinación de su parcela; ya que la misma podría variar al pasar del constituyente o de los co-usuarios.

Servidumbres. No aplicable

Propiedad horizontal. No aplicable

Clubes náuticos y clubes chacras:

Son variantes de los clubes de campo, caracterizados los primeros por servicios náuticos y los segundos por ofrecer lotes de mayor extensión y más alejados de los centros urbanos.

Housing:

Son también variantes de los clubes de campo y de los barrios privados, aunque consideren en el ofrecimiento de un lote con vivienda terminada, cuyo modelo puede elegirse entre algunos disponibles.

11- Problemática del encuadre legal de estos emprendimientos

Las nuevas formas de propiedades coparticipativas no están legisladas en la ley de fondo, a quien le corresponden en virtud de tratarse de derechos patrimoniales⁴⁶.

La base del problema encuentra su encuadre jurídico en la incompatibilidad de la estructura actual de los derechos reales con la vinculación de los inmuebles como complejo y sus relaciones personales accesorias.

En nuestro ordenamiento legal rige el principio del numerus clausus en materia de derechos reales artículo 2502 Código Civil.

Esta tipicidad de los derechos reales impide su modificación sin una ley de fondo que lo hubiere receptado.

Frente a este vacío legal, se ha procurado adaptar esta figura a los derechos vigentes. En tal sentido, se han intentado soluciones a partir de los derechos reales vigentes, otras a partir de los derechos personales y otras con combinaciones de ambas.

a) *Encuadre sobre la base de los derechos reales:*

Se ha intentado dar soluciones a estos complejos urbanísticos a través de la aplicación de los siguientes derechos reales: dominio (perfecto e imperfecto), condominio, usufructo, uso y habitación, servidumbre y propiedad horizontal.

1- Dominio: artículo 2506: el dominio es el derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y a la acción de una persona.

Se ha propuesto utilizar el derecho real de dominio del particular sobre su lote sumado al dominio de una entidad sobre los espacios comunes. Esta propuesta soluciona la necesidad de vinculación jurídica que debe existir entre ambos espacios, relación que no puede exigirse desde el derecho real de dominio. Esta alternativa no da seguridad alguna al adquirente.

2- Dominio revocable: artículo 2507: el dominio se llama pleno o perfecto cuando es perpetuo, y la cosa no está gravada con ningún derecho real hacia otras personas. Se llama menos pleno, o imperfecto, cuando debe resolverse al fin de un cierto tiempo al advenimiento de una condición, o si la

cosa que forma su objeto es un inmueble gravado respecto de terceros con un derecho real como servidumbre, usufructo, etcétera.

Algunos autores proponen la aplicación de la figura del dominio revocable (Colman Lerner). Consiste en que el desarrollista solo transfiere al comprador del lote un dominio revocable, sujeto a las siguientes condiciones resolutorias:

- Que no se construya la vivienda en un plazo resolutorio determinado.
- Que se construya fuera de las normas previstas por el desarrollista.
- Realización de actos que atenten contra los intereses del reglamento, tales como cambiar el destino de la unidad, construir sin planos aprobados;
- Que se revenda a un tercero no admitido como socio;
- Que se incumpla con los pagos impuestos o expensas. Estas condiciones se transmiten a los sucesivos adquirentes. Además el desarrollista se reserva el dominio perfecto sobre las partes comunes, con lo cual mantiene el poder de decisión sobre dichos espacios.

Críticas a esta propuesta:

- Se propone un dominio revocable permanente, que nunca podría convertirse en dominio pleno a favor del adquirente.
- Genera una desigualdad irrazonable con el desarrollista mientras este podrá siempre revocar el dominio, el adquirente de una parcela no cuenta con fuerza jurídica para exigir el cumplimiento de las obligaciones de aquel.
- Además exigiría acordar que en el caso de revocación, el revocante debe abonar el valor del lote y sus mejoras, en caso contrario se configuraría un enriquecimiento sin causa.
- En caso de controversia sobre la causal de revocación, deberá dirimirse en juicio.
- Si bien ante el incumplimiento se podría revocar el dominio, no se podría compeler al propietario imperfecto a que cumpliera sus obligaciones.

- Los adquirentes no podrían acceder al crédito, porque las entidades bancarias no aceptarían garantías sujetas a la revocabilidad.

3- Condominio. Podría pensarse en afectar la totalidad del complejo a un condominio. A todas luces no brinda solución a la problemática.

- Los adquirentes no serían de sus parcelas sino de porcentajes indivisos, por lo que todos serían dueños de todos, en proporción a sus partes.

- El condominio está concebido naturalmente hacia su partición.

- El modo de administración no es compatible, ya que en el condominio se requiere el quórum de todos y se resuelve por la mayoría absoluta de valor (mayoría absoluta de porcentajes indivisos).

- El derecho de veto entre los condóminos es incompatible con el avance de estos complejos.

- Podría desvincularse la parte recreativa de la parcela, a través de la enajenación voluntaria o forzada de la parte indivisa.

- Cabría el abandono del porcentaje indiviso sobre la parte recreativa en virtud de la falta de pago de sus gastos, con lo que nuevamente podrían separarse la parcela de las partes recreativas.

4- Dominio y condominio.

Se ha propuesto otorgar al adquirente el dominio exclusivo sobre su lote y el condominio sobre las partes comunes.

Los problemas que se plantean frente a esta propuesta son:

- Conforme al artículo 2692, cada condómino podría pedir en cualquier tiempo la división.

- Además conforme al artículo 2693, no se puede renunciar de manera definitiva a pedir la división, aunque podría convenirse la indivisión por un plazo de cinco años, renovable.

Esta precariedad es incompatible con una estructura que requiere ser permanente. Por ello se ha intentado salvar este inconveniente proponiendo que el condominio sea de indivisión forzosa

5- Usufructo.

Se ha planteado para estas figuras el usufructo en dos alternativas:

- Una consiste en transferir al adquirente el dominio pleno de su parcela y a todos los adquirentes o a una entidad las partes comunes. Luego el condominio de los adquirentes o la entidad otorgan usufructo a favor de cada adquirente de parcela.

- Otra es que el desarrollista mantenga el dominio de las parcelas y solo transfiera a los adquirentes de parcelas el usufructo sobre la misma y sobre las partes comunes.

Las objeciones son muchas:

- Las facultades del usufructuario y de nudo propietario para introducir modificaciones en el inmueble son muy limitadas.

- Terminado el usufructo, las mejoras quedan en propiedad del nudo propietario, sin derecho a reclamo.

- El usufructo se extingue con la muerte del usufructuario si es persona física y a los veinte años si es persona jurídica.

- El usufructuario no puede ceder su derecho de usufructo.

- Las expensas exceden el marco de los gastos regulados en el usufructo.

- Frente a la muerte del usufructuario, será inválida la promesa del nudo propietario de constituir nuevamente el usufructo a favor de los descendientes del usufructuario.

Dado que la vivienda es construida o pagada por el adquirente de parcela, este derecho real resulta incompatible con la figura.

6- Uso y habitación:

Rigen mismas críticas que para el usufructo.

7- Servidumbre:

Consiste en estructurar lo siguiente: dominio pleno del adquirente sobre la parcela más servidumbres sobre la parte recreativa. Concretamente, funcionarían:

- Las parcelas serían fondos sirvientes de una servidumbre de abstenerse de ejecutar construcciones sin cumplir con el código interno de edificación y sin contar con la aprobación del titular del fondo dominante.

- Las parcelas serian por otra parte fundos dominantes de una servidumbre de afectación al área recreativa del club de campo.
- Las partes comunes son fundos sirvientes a favor de la parcelas, sobre las siguientes actividades:
 - Afectación a área recreativa, lugar de esparcimiento y práctica de deportes.
 - Abstenerse de realizar construcciones de ningún tipo diferentes a las previstas para el club de campo;
 - Abstenerse de subdividir el predio común;
 - Abstenerse de anular las aéreas recreativas. Los gastos de mantenimiento pueden ser asumidos por el fundo dominante o eventualmente por le mismo sirviente.
- Las partes comunes son fundos dominantes de la servidumbre de abstenerse de realizar construcciones sin cumplir con el código interno de edificación y sin contar con aprobación del titular.
- Entre fundos se constituye servidumbres reales, gratuitas y perpetuas.

Sin embargo, existen diversas objeciones:

- Se ha sostenido que la servidumbre produce una utilidad pero no tan amplia como se pretende, dado que lo hacen asemejar al usufructo, que tiene un plazo limitado.
- La servidumbre es un derecho real sobre cosa ajena y aquí aparece como sobre cosa parcialmente propia.
- Una grave es que se grava al fundo sirviente con una obligación de hacer, lo que está prohibido en los derechos reales. Valdrá entonces como derecho personal, con la inseguridad que ello implica.
- La idea de una servidumbre forzosa de mero recreo es ajena al Código Civil.

8- Propiedad horizontal

Esta figura implicaría dominio exclusivo sobre la parte privativa y condominio con indivisión forzosa sobre las partes comunes.

Es el tipo que más se ha utilizado, permite la afectación a propiedad horizontal de edificios en construcción, en tanto consideraron a las parcelas como futuras unidades funcionales, independientes de las demás unidades.

Las objeciones son variadas:

-La ley 13.512 establece que el suelo es común, mientras que en el club de campo se pretende que cada adquirente tenga dominio pleno de su parcela.

- Se hace recaer el derecho real sobre una unidad aun inexistente.

- Las partes comunes en los clubes de campo revisten un interés e importancia mucho mayor que la prevista para las partes comunes de la propiedad horizontal.

- La ley de propiedad horizontal se aplica a edificios ya construidos, mientras que en los clubes de campo normalmente las viviendas se encuentran sin construir.

- En la propiedad horizontal se afecta empleando como elemento un plano definitivo de propiedad horizontal, mientras que en club de campo sería un plano en permanente cambio, debido a las modificaciones constantes que iría sufriendo cada parcela en construcción.

- Estas modificaciones de planos implicarían modificaciones al reglamento de copropiedad y administración.

- No sería compatible el carácter común de los cimientos, muros maestros, techos, fachada, etc.

- El régimen de sanciones en el club de campo es distinto que en la propiedad horizontal.

En la práctica negocial, se intentan salvar estos obstáculos a través de las siguientes consideraciones contractuales:

- Reservas sobre unidades a construirse: se exige al adquirente de una unidad que otorgue un poder especial irrevocable a favor del desarrollista para tramitar modificaciones de planos y reglamentos, modificar superficies y porcentajes de dominio, suscribir escrituras rectificatorias.

- Reservas de desarrollista para ampliar el terreno o el edificio.

- Se otorga poderes a favor del desarrollista o de una entidad para que administre las partes comunes, lo represente en asambleas, vote, etc.

Sin embargo, se reconoce que un sistema similar al de la propiedad horizontal sería el adecuado, en tanto y en cuanto permite la existencia permanente del condominio con indivisión forzosa, asegura el destino de las partes comunes, requiere de unanimidad para modificaciones sobre dichos sectores, asegura el funcionamiento como todo inescindible.

b- Encuadre sobre la base de los derechos personales

1- Formas societarias.

Se ha propuesto la utilización de diversas formas asociativas:

- La sociedad civil prevista en el artículo 1648: este tipo de sociedad presenta la dificultad que prevé esencialmente el fin de lucro, lo que no es compatible con el club de campo.
- La asociación civil es más apta que la anterior.
- Se ha utilizado el tipo de sociedad cooperativa, pero presenta inconvenientes en cuanto a la transmisión de cuotas sociales que debieran transmitirse entre asociados y con acuerdo del consejo de administración.
- La más utilizada es la sociedad anónima, utilizando un estatuto normal, aunque se le suele adicionar un reglamento interno que se inscribe con el estatuto social. Se utiliza la figura prevista en el art. 3 de sociedades. Los aportes necesarios y cotidianos se incluyen en el reglamento ya que pueden estar previstos en el estatuto social.

Presenta los siguientes inconvenientes:

No otorga garantía a los adquirentes, dado que se trata de un derecho personal, está sujeta a los riesgos de la administración, no son admitidos en la práctica como objeto de garantía.

- Es muy común advertir la combinación de dominio o propiedad horizontal más sociedad o asociación. En algunos casos se aportan las parcelas a una sociedad, pero origina el inconveniente de la vinculación de una acción a una parcela. Se han observado la consideración de distintos tipos de socios, con

el fin de diferenciar a los propietarios de parcelas, de su familia, de los invitados, etc.

En la práctica, se han observado consecuencias disvaliosas con estas combinaciones, concentraciones del poder en pocas personas, acciones sociales con facultades tan limitadas que pueden ser interpretadas como una violación al régimen de los derechos reales, además del riesgo de los administradores que puede llegar hasta en poder en peligro los bienes sociales.

**CONCLUSIONES DE LAS XXII JORNADAS NACIONALES
DE DERECHO CIVIL -**

COMISIÓN N ° 5 DERECHOS REALES

PRESIDENTES: Doctores Gabriel Ventura, Eduardo R. Mundet y Carlos Clerc.

VICEPRESIDENTES: Doctores Amara Bittar de Duradle y Alicia Puerta de Chacón.

SECRETARIOS: Doctores Gustavo Alejandro Bono, Víctor Martínez y Silvia Tanzy.

RELATORA: Doctora Gabriela Alejandra Vázquez.

COMISIÓN REDACTORA. Doctores Gabriel Ventura, Eduardo Mundet, Amara Bittar de Duralde, Víctor C. Martínez, Lydia Calegari de Grosso, Emilio Díaz Reyna, Alicia Puerta de Chacón, Nelson Cossari, Juan José Guardiola, Daniel Luna, Marcela Tranchini, Eduardo Molina Quiroga y Gabriela Alejandra Vázquez.

**FORMAS COPARTICIPATIVAS DE PROPIEDAD:
TENDENCIAS ACTUALES**

DECLARACIÓN GENERAL

Debe ratificarse lo declarado por las XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Bs. As. 1987), en el sentido que la creación indefinida de derechos reales conspira abiertamente contra el 'numerus clausus' y sólo deben crearse nuevos tipos cuando existe la imposibilidad estructural de encuadrar la nueva situación fáctica en las categorías existentes (POR UNANIMIDAD).

PROPIEDAD COMUNITARIA INDÍGENA

I. Despacho A. La propiedad comunitaria indígena es una propiedad especial de fuente constitucional (artículo 75 inciso 17 CN) cuya naturaleza real integra una compleja relación multidimensional de pertenencia de esos pueblos con su entorno físico, social y cultural (POR MAYORÍA).

Despacho B. Se trata de un derecho real de dominio en favor de la comunidad indígena acotado sólo en cuanto a su inenajenabilidad e inembargabilidad (POR MINORÍA)

II. A. No obstante la operatividad de la norma constitucional, esta propiedad especial aconseja, atendiendo a su particular naturaleza y características, el dictado de una ley que asegure su armónica inserción y sistematización dentro del ordenamiento jurídico dada la insuficiencia de las disposiciones de la ley 23.302 (POR MAYORÍA).

II. B. La norma del artículo 75 inciso 17 de la Constitución Nacional es programática (POR MINORÍA),

FORMAS DE PROPIEDAD COPARTICIPATIVAS

I. URBANIZACIONES PRIVADAS

1. **De lege lata.** El régimen legal de la propiedad horizontal es el que guarda mayor afinidad para las formas coparticipativas de propiedad: clubes de campo, barrios cerrados, parques industriales, centros de compra, clubes náuticos, pueblos de chacras, de viñas y demás urbanizaciones privadas. Debe propugnarse una interpretación funcional y dinámica de la ley 13.512, adaptada a los nuevos tiempos, que posibilite su aplicación a las mismas. En consecuencia, es recomendable la derogación de las normas locales que impiden la aplicación de la ley de propiedad horizontal a estos complejos y del acceso registral de los reglamentos convencionales de estas urbanizaciones, con independencia de la configuración jurídica que hubiesen adoptado (UNANIMIDAD).

2.- De lege ferenda.

Declaración unánime. Resulta imperioso que el Poder Legislativo de la Nación dicte normas que regulen las urbanizaciones privadas a fin de dar seguridad jurídica a los adquirentes.

DESPACHO A. El derecho real de propiedad horizontal es el que mejor

atiende a dicha finalidad. En consonancia con lo declarado por las XIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (San Miguel de Tucumán, 1993), se recomienda la modificación de la ley 13.512 para su mejor adaptación a las nuevas realidades inmobiliarias.

DESPACHO B. A los fines de regular estas nuevas manifestaciones de propiedades coparticipativas, es menester el dictado de una ley especial que, incluyendo el derecho real de propiedad horizontal, las contemple con una tipicidad genérica, precisando en capítulos las particularidades de cada una.

Ambas posiciones recibieron el mismo número de apoyos.

II. TIEMPO COMPARTIDO

De lege lata. La ley 26.356 de Sistema Turístico de Tiempo Compartido (STTC) es insuficiente como instrumento de seguridad jurídica y presenta graves y ostensibles defectos de técnica legislativa (POR UNANIMIDAD).

De lege ferenda.

Es necesario que el Poder Legislativo regule adecuadamente el derecho de tiempo compartido (POR UNANIMIDAD).

DESPACHO A. La regulación de este derecho debe otorgar a los particulares la posibilidad de optar por un derecho real o personal (POR MAYORÍA).

DESPACHO B Debe regularse exclusivamente como derecho real (POR PRIMERA MINORÍA)

DESPACHO C. Debe regularse exclusivamente como derecho personal (POR SEGUNDA MINORÍA).

III. CEMENTERIOS PRIVADOS

De lege ferenda.

DESPACHO A. El cementerio privado debe estructurarse como derecho real privatístico sin perjuicio de las restricciones y límites de naturaleza administrativa

en función de su particular afectación (POR MAYORÍA).

DESPACHO B. Los cementerios deben ser del dominio público confiriendo derechos de naturaleza administrativa (POR MINORÍA).

OBSERVACIONES. La Comisión hace constar que entre las numerosas ponencias presentadas no hubo tiempo para tratar con profundidad la medulosa ponencia "Comunidad hereditaria" expuesta por su autor el doctor José María Orelle.

12- Conclusiones

En el presente capítulo hablamos sobre las nuevas formas de dominio que surgieron en la Argentina en los últimos tiempos, tales como las urbanizaciones privadas, sus aspectos legislativos, y la necesidad de una mirada urbanística. También hacemos referencia a las relaciones que surgen entre lo público y privado, es decir los servicios y las regulaciones públicas dentro de los enclaves urbanos cerrados y privados, que hoy son reemplazados por servicios brindados por parte de empresas no estatales y por reglamentaciones privadas que surgen del accionar de las asociaciones de propietarios o residentes de estos barrios cerrados. En la actualidad cada vez más ciudadanos buscan una organización privada y eficiente de su vecindario que les provea de los servicios que antes eran públicos.

Asimismo, describimos y conceptualizamos cada una de las formas nuevas de urbanización y su tratamiento actual.

También hacemos mención acerca de la necesidad del dictado de una nueva ley que contemple todas estas nuevas formas de dominio que se han ido incorporando con el devenir de los días, que si bien algunas ya están incluidas en alguna ley, nos encontramos con un gran vacío legislativo ante ciertas situaciones no observadas. El mismo intenta llenarse con la reforma del Código Civil que se impulsó el 23 de Febrero de 2011 al formarse una comisión con el fin de unificar el Código Civil y el Código Comercial de la Nación.

Y en el último punto nos referimos a las Jornadas XXII Nacionales de Derecho Civil en donde ratifican por UNANIMIDAD lo declarado por las XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Bs. As. 1987), en el sentido que la creación indefinida de derechos reales conspira abiertamente contra el 'numerus clausus' y sólo deben crearse nuevos tipos cuando

existe la imposibilidad estructural de encuadrar la nueva situación fáctica en las categorías existentes.

CAPITULO V

REFORMA DEL CODIGO CIVIL 2012

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Proyecto de reforma del Código Civil Argentino libro cuarto Derechos Reales. 3. Conclusiones.

1. Introducción

La ley N 340 promulgada el 29 de septiembre de 1869, sancionó el Código Civil redactado por el Doctor Dalmacio Vélez Sarfield, estableciendo su vigencia a partir del 1 de enero de 1871.

Su sanción constituyó un instrumento eficaz para consolidar la unidad nacional, ya que al tiempo de su dictado regían en nuestro país las antiguas leyes españolas y las diversas leyes nacionales o provinciales dictadas por los gobiernos patrios, en algunos puntos, habían venido a modificar el derecho español.

Pero lo cierto es que un Código sancionado en el siglo XIX continúa aplicándose aun hoy en el siglo XXI, a más de 200 años de su entrada en vigencia. También el Código de Comercio, sancionado por ley 2637, de 5 de octubre de 1889, resulta igualmente antiguo para las modernas y tecnificadas relaciones comerciales.

El derecho privado en su conjunto fue afectado por relevantes transformaciones culturales y modificaciones legislativas.

Se suma a lo expuesto que la estructura originaria de los Códigos Civil y de Comercio ha ido modificándose a lo largo del tiempo por numerosas leyes especiales que actualizaron distintos aspectos y dejaron intactos otros, en los cuales permanecen soluciones no acordes a la realidad actual, fue alterándose así el ordenamiento lógico y la estructura de principios y reglas existentes en los referidos códigos.

Surge entonces, con claridad, la necesidad de adecuar ambos instrumentos, que constituyen los actos de codificación más importantes del siglo XIX, a los tiempos que corren en las relaciones humanas y en las comerciales, propiciando asimismo su unificación, en tanto ambos regulan la misma sustancia jurídica: las relaciones de los particulares entre sí, regidas por el principio conmutativo de dar a cada uno lo suyo.

En las últimas décadas se sucedieron varios intentos de reforma integral de la legislación civil y comercial ratificando así la tendencia.

El proyecto impulsado por el Poder Ejecutivo Nacional mediante Decreto N 191 del 23 de febrero de 2011, que creó la comisión para la elaboración del proyecto de ley de reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación.

Dicha comisión fue integrada por el Doctor Ricardo Luis Lorenzetti, como presidente, y las Doctoras Elena Highton de Nolasco y Aida Kemelmajer de Carlucci, quienes en cumplimiento de los objetos y plazos señalados por el citado decreto, contando con la participación de 111 especialistas que produjeron apartes específicos y también de la comunidad, enriquecido por numerosos trabajos críticos de doctrina y decisiones jurisprudenciales que también se tuvieron en consideraron, han dado lugar a la enorme labor de codificación que aquí se eleva.

Recepta así el impacto que ha tenido en el ámbito del derecho privado la incorporación expresa de los Tratados de Derechos Humanos en el artículo 75, inciso 22 de nuestra Carta Magna, producto de la reforma del año 1994.

Se trata de un Código basado en un paradigma no discriminatorio, que concibe al hombre en términos igualitarios, sin distinciones basadas en el sexo, la religión, el origen o su riqueza: es un código con identidad cultural latinoamericana, destinado a integrar el bloque cultural latinoamericano: es un código de los derechos individuales pero también de los colectivos, al regular los derechos de incidencia colectiva, en consonancia con la Constitución Nacional. Se trata de un código para la sociedad multicultural, que brinda un marco regulatorio a una serie de conductas sociales que no pueden ignorarse. Es finalmente un código que aspira a brindar seguridad jurídica en las transacciones comerciales.

Procuran de esta forma que la constitucionalización de las relaciones comerciales y civiles, lleve impreso el sesgo de libertad e igualdad- principios estos que prevalecen en nuestra Constitución y que plasmaran los constituyentes de 1853, 1949 y de 1994- asegurando así la libertad y la dignidad de las personas para elegir su forma de vida en el marco de las leyes que rigen nuestro país.

El proyecto de unificación de los Códigos Civil y de Comercio, que han enviado al Honorable Congreso de la Nación Argentina, contiene un título preliminar y seis libros: El libro primero, “Parte General”, el libro segundo, “Relaciones de Familia”, el libro tercero, “Derechos Personales”, el libro cuarto, “Derechos Reales”, el libro quinto, “Transmisión de derechos por causa de muerte” y el libro sexto, “Disposiciones comunes a los derechos personales y reales”.

En el libro cuarto, Derechos Reales, que es el tema que nos ocupa, realizan una enumeración de los mismos, y a fin de estar a la altura de una realidad que hace

hincapié en los derechos colectivos, se adicionan la propiedad comunitaria indígena, la propiedad horizontal, los conjuntos inmobiliarios, el tiempo compartido, el cementerio privado y la superficie.

En la reforma constitucional de 1994 se incorporo el artículo 75, inciso 17, que reconoce la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas y garantiza, entre otras cosas, el respeto a su identidad, la personería jurídica de sus comunidades y la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan.

El proyecto de reforma establece el carácter exclusivo, perpetuo, indivisible, imprescriptible, insusceptible de gravámenes, inembargables e inejecutable de la propiedad comunitaria de tierras indígenas. También se reconoce a las comunidades indígenas el derecho a participar en la gestión referida a sus recursos naturales.

2. DERECHOS REALES:

Lo que transcribo a continuación es el proyecto de reforma del Código Civil con relación a los Derechos Reales, en donde contemplan la incorporación de nuevas figuras dentro de los derechos reales que hasta el momento están en una gran laguna jurídica carente de soluciones.

Disposiciones generales

Principios comunes

ARTÍCULO 1882.- **Concepto.** El derecho real es el poder jurídico, de estructura legal, que se ejerce directamente sobre su objeto, en forma autónoma y que atribuye a su titular las facultades de persecución y preferencia, y las demás previstas en este Código.

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

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

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

ARTÍCULO 1886.- **Persecución y preferencia.** El derecho real atribuye a su titular la facultad de perseguir la cosa en poder de quien se encuentra, y de hacer valer su preferencia con respecto a otro derecho real o personal que haya obtenido oponibilidad posteriormente.

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

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

ñ) la prenda.

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

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

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

ARTÍCULO 1890.- Derechos reales sobre cosas registrables y no registrables. Los derechos reales recaen sobre cosas registrables cuando la ley requiere la inscripción de los títulos en el respectivo registro a los efectos que correspondan. Recaen sobre cosas no registrables, cuando los documentos portantes de derechos sobre su objeto no acceden a un registro a los fines de su inscripción.

ARTÍCULO 1891.- Ejercicio por la posesión o por actos posesorios. Todos los derechos reales regulados en este Código se ejercen por la posesión, excepto las servidumbres y la hipoteca. Las servidumbres positivas se ejercen por actos posesorios concretos y determinados sin que su titular ostente la posesión.

Adquisición, transmisión, extinción y oponibilidad

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

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

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

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

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

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

A la adquisición por causa de muerte se le aplican las disposiciones del

ARTÍCULO 1893.- Inoponibilidad. La adquisición o transmisión de derechos reales constituidos de conformidad a las disposiciones de este Código no son oponibles a terceros interesados y de buena fe mientras no tengan publicidad suficiente. Se considera publicidad suficiente la inscripción registral o la posesión, según el caso.

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

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

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

ARTÍCULO 1895.- Adquisición legal de derechos reales sobre muebles por subadquirente. La posesión de buena fe del subadquirente de cosas muebles no

registrables que no sean hurtadas o perdidas es suficiente para adquirir los derechos reales principales excepto que el verdadero propietario pruebe que la adquisición fue gratuita.

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

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

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

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

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

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

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

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

También adquiere el derecho real el que posee durante DIEZ (10) años una cosa mueble registrable, no hurtada ni perdida, que no inscribe a su nombre pero la recibe del titular registral o de su cesionario sucesivo, siempre que los elementos identificatorios que se prevén en el respectivo régimen especial sean coincidentes.

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

ARTÍCULO 1901.- **Unión de posesiones.** El heredero continúa la posesión de su causante. El sucesor particular puede unir su posesión a la de sus antecesores, siempre que derive inmediatamente de las otras. En la prescripción breve las posesiones unidas deben ser de buena fe y estar ligadas por un vínculo jurídico.

ARTÍCULO 1902.- **Justo título y buena fe.** El justo título para la prescripción adquisitiva es el que tiene por finalidad transmitir un derecho real principal que se ejerce por la posesión, revestido de las formas exigidas para su validez, cuando su otorgante no es capaz o no está legitimado al efecto.

La buena fe requerida en la relación posesoria consiste en no haber conocido ni podido conocer la falta de derecho a ella.

Cuando se trata de cosas registrables, la buena fe requiere el examen previo de la documentación y constancias registrales, así como el cumplimiento de los actos de verificación pertinente establecidos en el respectivo régimen especial.

ARTÍCULO 1903.- **Comienzo de la posesión.** Se presume, salvo prueba en contrario, que la posesión se inicia en la fecha del justo título, o de su registración si ésta es constitutiva.

La sentencia declarativa de prescripción breve tiene efecto retroactivo al tiempo en que comienza la posesión, sin perjuicio de los derechos de terceros interesados de buena fe.

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

ARTÍCULO 1905.- **Sentencia de prescripción adquisitiva.** La sentencia que se dicta en los juicios de prescripción adquisitiva, en proceso que debe ser contencioso, debe fijar la fecha en la cual, cumplido el plazo de prescripción, se produce la adquisición del derecho real respectivo.

La sentencia declarativa de prescripción larga no tiene efecto retroactivo al tiempo en que comienza la posesión.

La resolución que confiere traslado de la demanda o de la excepción de prescripción adquisitiva debe ordenar, de oficio, la anotación de la litis con relación al objeto, a fin de dar a conocer la pretensión.

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

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

3- Conclusiones

En el presente capítulo hablamos sobre el proyecto de Unificación y actualización del Código Civil y Comercial que ha sido presentado a través de un proyecto impulsado por el Poder Ejecutivo el 23 de Febrero de 2011.

En dicha reforma se propone un Código basado en un paradigma no discriminatorio, que concibe al hombre en términos igualitarios, sin distinciones basadas en el sexo, la religión, el origen o su riqueza: es un código con identidad cultural latinoamericana, destinado a integrar el bloque cultural latinoamericano: es un código de los derechos individuales pero también de los colectivos, al regular los derechos de incidencia colectiva, en consonancia con la Constitución Nacional. Se trata de un código para la sociedad multicultural, que brinda un marco regulatorio a una serie de conductas sociales que no pueden ignorarse. Es finalmente un código que aspira a brindar seguridad jurídica en las transacciones comerciales.

También trata de abarcar aquellas situaciones que hoy en día quedan sin regulación jurídica o bien quedaron vetustas con el paso del tiempo y necesitan de una nueva mirada, como es el caso del tema “Los Derechos Reales”, en el cual siguen reafirmando el hecho de que estos son *numerus clausus* pero incorpora en su enumeración taxativa a la propiedad comunitaria indígena; la propiedad horizontal; los conjuntos inmobiliarios; el tiempo compartido; el cementerio privado, solucionando de esta manera el gran vacío legislativo en cual nos encontramos y el que abordo en esta tesis.

CAPITULO VI

Reflexión final

SUMARIO: 1. Reflexión Final. 2. Bibliografía 3. Citas Bibliográficas 4. Índice.
Conclusiones.

1- Reflexión final

Ante la ausencia de legislación nacional regulatoria de la particular propiedad de las llamadas urbanizaciones modernas, por una parte, las provincia sancionan normativas y decretos inconstitucionales toda vez que corresponde exclusivamente al Parlamento dictar la regulación en la ley de fondo. Por otra parte, algunos desarrolladores y organizadores y algunas inmobiliarias, comercializan y conforman encuadres legales sustentando abusos en beneficio de los emprendedores.

Otros emprendimientos crearon la figura por la que la propiedad del áreas recreativa, supuestamente común, queda en el dominio de una sociedad anónima. Entregan acciones a los residentes lo que no es equivalente a derechos de dominio, copropiedad indivisa o usufructo. La propiedad recreativa está expuesta a las contingencias de la vida jurídica y eventualmente se perturbaría el disfrute de los residentes.

Las llamadas ciudades satélites no tienen regulación en la ley de fondo. Son grandes complejos inmobiliarios unificados por disposiciones administrativas transitorias de los gobiernos locales. Le llaman Plan Urbanístico. El legislador debería tener en cuenta este tema.

Los country y barrios cerrados constituyen un valorable estilo de vida que brindan el contacto con la naturaleza, la armonía urbanística y mejoramiento en la seguridad de los moradores y sus patrimonios.

Ante las circunstancias, acerca de si el derecho tiene como función establecer nuevas normas de conductas entre sus destinatarios, para lograr una buena convivencia y armonía en su sociedad; o por el contrario, el derecho únicamente plasma en normas escritas las conductas ya existentes regularizando situaciones de hecho; encontramos en el caso de las *NUEVAS FORMAS DE DOMINIO EN ARGENTINA*, una situación de hecho real y concreta y a la vez un dilema, que no posee en la actualidad una legislación plena y acorde a las exigencias de su propia evolución.

Por ello la realización del presente trabajo, en el cual aborde lo referente a su temario las normas y encuadres legales que son utilizados en el presente, sus inconvenientes, de las diferencias de concepto y naturaleza de los derechos reales y personales, hablaré de los decretos, leyes y demás reglamentarios y luego dictado al respecto, sin remitir o acusar un tratamiento acabado y definitivo en la materia; menos

aún, mediante un adecuado reenvío (a mi criterio) de la problemática, en alguna forma o figura de derecho preexistente en nuestro Código Civil.

La problemática que se plantea con respecto a las nuevas formas de dominio, no pueden quedar azarosamente a la elección de las partes, porque desde el inicio, hay una clara situación desventajosa entre la persona que desea integrar el lugar y la sociedad o empresa que lucra con la misma; producto del propio y si se quiere justificado desconocimiento de la legislación aplicable y su complejidad. Esta desproporción, debe ser necesariamente igualada por la ley y por los propios remedios jurídicos que ésta generase, y en ese formato proteger al más débil, que no es más que el propio individuo deseoso en formar parte de un emprendimiento inmobiliario moderno.

Como asimismo que el inexorable paso del tiempo, no puede seguir corriendo frente a la inseguridad jurídica que genera la falta de una legislación común aplicable y la ausencia de herramientas jurídicas contundentes que protejan el derecho de propiedad en toda su extensión. De lo que cierro abogando por valorar el sentido y criterio de muchos doctrinarios en pos de que se opere una modificatoria en nuestra normativa a efectos de proveer de una **LEY NACIONAL**, con la convicción de que de ésta manera a más de lo ya referido, también se propiciaría solución e integración a demás situaciones, problemas y controversias, originadas por la incumbencia de otras profesiones, que necesariamente son vinculantes con las normas del derecho en éste área, como son geólogos, ingenieros, agrimensores y otros.

Considerando que:

1- No existe legislación nacional específica que regula las formas modernas de urbanización como Clubes de Campo, Barrios Cerrados, Parques Industriales, Ciudades Satélites y Centros de Compras, cuyo encuadre legal, relativo al derecho real de propiedad, debe ser materia de la misma.

2- No necesariamente "moderna forma de urbanización" es equivalente a nuevo derecho real.

3- La experiencia indica que hasta la actualidad se ha empleado, sobre la base de disposiciones provinciales y municipales, dos alternativas para resolver prácticamente la compleja organización y el funcionamiento de las

referidas urbanizaciones, consistentes en la aplicación desformada de la Propiedad Horizontal, sustentadas en algunos casos en normas locales que permiten la registración de documentos, que conforme con la legislación de fondo, no serían inscribibles. En doctrina y en convenciones jurídico notariales se ha considerado disposiciones locales inconstitucionales.

Por otro lado se ha dado la alternativa del encuadre legal basado en el parcelamiento de la tierra con peculiares notas como son la titularidad del dominio de los distintos espacios llamados comunes, en cabeza de una entidad jurídica de la que forman parte necesariamente los titulares del dominio de las parcelas con destino residencial, industrial, comercial, etc.

4- La propiedad horizontal se encuentra prevista para supuestos muy diferentes al que nos ocupa, es decir para posibilitar el dominio exclusivo de pisos o unidades que componen un edificio ya construido, especialmente en zonas urbanas, lo que no permitiría la aplicación ajustada a derecho al fraccionamiento de tierras con la finalidad de realizar en las mismas construcciones de casas o unidades destinadas a viviendas, lugares de recreación de fin de semana, locales comerciales, oficinas, etc.

En los emprendimientos organizados en propiedad horizontal se las llama unidades a construir o proyectos de construcción.

5- En la práctica la aplicación de este régimen ha dado lugar al trámite engorroso y costoso por la necesidad de efectuar ratificaciones de planos de subdivisión para ajustar las unidades a la realidad edilicia y consecuentes reformas de reglamentos de copropiedad. (Existen country y barrios que ya han efectuado más de cinco ratificaciones de planos y reformas de reglamento de copropiedad): y en algunos casos semilleros de pleitos.

6- La creación de un derecho real reformando la estructura jurídica de la propiedad horizontal, si bien resulta factible si así lo resuelve el legislador, entrañará no sólo algunos de los problemas existentes en el régimen sino también introducirá otros nuevos.

7- Carece de lógica autorizar loteos en propiedad horizontal y ello es contrario a lo que entiende adquirir quien compra un lote o parcela en alguna de las urbanizaciones materia del tema. Las edificaciones en las parcelas son realizadas en distintos tiempos; se estaría así combinando la naturaleza jurídica y el espíritu de la ley 13.512 y también seguirían nuevos problemas, incluso con implicancias complicadas para las regulaciones locales.

8- Hay urbanizaciones preexistentes que como tales fueron anteriores a las últimas regulaciones de los gobiernos locales y lamentablemente no puede resolver problemas de cercamiento perimetral y obligatoriedad del pago de las expensas.

Es necesaria la sanción por parte del Congreso de la Nación, de una nueva ley que regule la situación de los complejos urbanísticos privados, por los siguientes motivos:

*La imposibilidad de aplicar las figuras existentes a esta nueva forma de propiedad.

*El “numerus clausus” y origen exclusivamente legal establecido en nuestra legislación para los derechos reales, hace imposible su solución por otra vía.

*Las diferencias no sólo terminológicas y circunstanciales, sino también sustanciales existentes con el régimen de propiedad horizontal.

*Es necesario que sea una ley nacional, ya que en virtud del art. 75 inc. 12 de nuestra Constitución Nacional, la creación de leyes de fondo, es uno de los poderes delegados por las provincias al Congreso Nacional.

*Búsqueda de soluciones adecuadas para los actuales propietarios, futuros adquirentes, desarrollistas, terceros y los poderes públicos involucrados en ésta problemática.

Es imperioso dotar a la sociedad de una ley que comprenda la nueva forma de un derecho real, siendo correcta ésta terminología al adaptarse a los caracteres y a la realidad de ésta nueva forma de propiedad, considerándosela como una ley complementaria del Código Civil a fin de no introducir modificaciones en la arquitectura del mismo.

Debemos enfrentar estos cambios sin miedo, porque ya sabemos que el derecho debe percibir los fenómenos que se van suscitando en la realidad para poder enmarcarla y de esa forma la ley no será algo distante, alejado de la vida del hombre, sino un importante elemento con el que el ser humano convive y se desarrolla día a día.

Por todo lo desarrollado en la tesis considero :

I -Es necesaria la sanción de una ley nacional que regule especialmente las denominadas modernas forma de urbanización, incluyendo la preexistentes y solucionando los problemas de cercamiento perimetral para seguridad de los moradores y su patrimonio y las obligaciones de mantenimiento y conservación de los espacio comunes.

II- Propiciar para la instrumentación de esa legislación que se utilice el régimen de parcelamiento por lotes de la tierra con titularidad de los espacios circulatorios, de esparcimiento, verdes, de conservación, mantenimiento e infraestructuras, según los casos, por parte de una entidad jurídica civil o comercial de la que deberán formar parte los titulares de las parcelas componentes del emprendimiento. Se establecerá la inescindibilidad de la propiedad de las parcelas individuales con las cuotas partes o acciones en la entidad jurídica, asegurando las necesarias limitaciones y restricciones al dominio de carácter urbanístico tendientes a satisfacer y beneficiar las necesidades del conjunto. Es conveniente que las referidas restricciones sean redactadas en escritura pública, y referidas al derecho de servidumbre predial urbanística. La ley establecerá como restricción al dominio la obligatoriedad de consignar en los planos de subdivisión las pautas básicas de encuadre legal previsto en la misma.

III- Recomendar que las provincias se abstengan de sancionar normas creando regímenes para la organización y encuadramiento de las nuevas

urbanizaciones, conservando tanto ellas como los municipios las facultades constitucionales para dictar las respectivas regulaciones urbanísticas.

2- BIBLIOGRAFIA

a) General:

- Bueres Alberto J. Highton Elena I. Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial. Editorial Hammurabi , Buenos Aires 1997.

- Dassen Julio, Vera Villalobos Enrique. Manual de Derechos Reales. Ed. Tipográfica Editora Argentina. Buenos Aires 1962.

- Kiper Claudio. Código Civil comentado. Derechos Reales Tomo I. Editorial Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires, 2004.

- Llambias, Jorge Joaquín y Alterini, Jorge Horacio, Código Civil Anotado, 2º reimpresión, T°IV-A. Buenos Aires 1998.

- Mariani de Vidal Marina. Curso de Derechos Reales. Tomo I. Ed. Zavalía, Buenos Aires, 2000.

- Quesada Sánchez, Antonio José. El legislador y los particulares a la hora de crear nuevos Derechos Reales: reflexiones introducidas por una Ley, en noticias Jurídicas- aéreas temáticas- Artículos doctrinales: Civil. Noviembre de 2001.

b)- **Especial.**

- Arguello Luis Rodolfo. Manual de derecho Romano. Historia e instituciones, 3º edición corregida. Editorial Astrea. Buenos Aires 1990.
- Colman Lerner Horacio. Clubes de campo y barrios cerrados. ¿Qué debe conocer el comprador y el residente?. Distribuido por cátedra jurídica. Buenos aires, Agosto 2004.
- Dromi Roberto. Derecho Administrativo. Ediciones Ciudad Argentina. Buenos Aires 1995.
- Etchegaray Natalio Pedro. Técnica y práctica documental. Boleto de compraventa. Editorial Astrea. Buenos Aires 2002.
- García Coni Raúl R. Frontini Ángel Agustín. Derecho Registral Aplicado. Editorial Lexis Nexis. Buenos Aires 2006.
- Navas Raúl. Derechos Reales de Propiedad, Uso y Goce. Editorial Oxford. Buenos Aires 1999.

3- Citas Bibliográficas

¹ Levaggi, A. Manual de historia del derecho argentino, Tomo II, Depalma, Buenos Aires, 1987, pág., 194.

² Vélez Sarfield, nota al artículo 2502, del código Civil.

³ Levaggi, A. Manual de historia del derecho argentino, Tomo II, Depalma, Buenos Aires, 1987, pág., 195.

⁴ Gatti Edmundo, y Alterini, Jorge, El Derecho Real. Elemento para una teoría general, 1º reimpresión, Albeledo Perrot, Buenos Aire, 1998, pág. 78.

⁵ Vélez Sarfield, nota al artículo 2502, del código Civil

⁶ A. Manual de historia del derecho argentino, Tomo II, Depalma, Buenos Aires, 1987, pág., 195.

⁷ Merril Thomas W. y Smith Henry E., Optimal Standardization in the law of Property: The Numerus Clausus Principle, publicado en the yale law Journal, Volume 10 Number 1, Octubre de 2000, pag. 231.

⁸ Gatti Edmundo, y Alterini, Jorge, Ob. Cit., pág. 78/79.

⁹ Gatti, Teoría General de los derechos reales, pág. 271 y sgtes.

¹⁰ Ibidem 81 a 87 y 90 a 91.

¹¹ Panorama, pág. 18 y sgtes: Molinario, Alberto, en Derecho Patrimonial y derecho real, pág. 43, también da una definición analítica de derecho real: “El derecho real es el derecho patrimonial que otorga a su titular una potestad exclusiva y directa, total o parcial, sobre un bien actual y determinado, para cuyo ejercicio no es necesario el concurso de ningún otro sujeto, cuya existencia, plenitud y libertad puede ser opuesta a cualquiera que pretenda desconocerla o menoscabarla con el fin de obtener su restitución o la desaparición de los obstáculos que la afectan, en virtud de la cual puede utilizarse económicamente el bien en provecho propio, dentro del ámbito señalado por la ley y que, en caso de concurrencia con otros derechos reales de igual o distinta naturaleza, que tengan como asiento el mismo objeto, el primero en el tiempo prevalece sobre el posterior”.

¹² Salvat parte general, T. I pág. 148, nº 247, ed. 1950.

¹³ Excepción hecha de los derechos de uso y habitación que, dadas sus características y lo dispuesto por los arts. 2948, 2953, 2954 y 2964 código civil, sólo puede ser constituidos a favor de personas físicas.

-
- ¹⁴ Para un desarrollo más extenso de estos temas véase Marini de Vidal, Mariana, *Derechos Reales de disfrute sobre la cosa ajena*, págs. 76 y sgtes. Ed. 1970.
- ¹⁵ Conf. Gatti, E. –Alterini, J.H, *El derecho real. Elementos para una teoría general*, Bs. As., 1974, pág. 51 y sgtes.
- ¹⁶ Claudio Kiper, *Código Civil comentado T. I*, ED. Rubinzal- Culzoni.
- ¹⁷ CODIGO CIVIL ARGENTINO, Ed. García Alonso, Buenos Aires. 2001, Nota al Título IV del Libro Tercero "Aunque en la nota al art. 497 definimos los derechos reales, tratando ahora especialmente de ellos, diremos con DEMOLOMBE, que derecho real, es el que crea entre la persona y la cosa una relación directa e inmediata, de tal manera que no se encuentra en ella sino dos elementos, la persona que es sujeto activo del derecho, y la cosa que es su objeto". Pág. 354
- ¹⁸ Gatti, *Teoría General de los derechos reales* pág. 134.
- ¹⁹ Coviello, Della Trascrizione, en la Collección fiore, citado por bonfante en su nota a Windscheid, *Diritto delle Pandette*, t. VIII, pág. 677 y 688.
- ²⁰ Gatti Edmundo, y Alterini, Jorge, *El Derecho Real. Elemento para una teoría general*, 1º reimpresión, Albeledo Perrot, Buenos Aire, 1998, pág. 73.
- ²¹ Garrone José Alberto, *Diccionario Jurídico Abeledo Perrot*, Tomo II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1986. Pág. 639.
- ²² Gatti Edmundo, y Alterini, Jorge, *Ob. Cit.* pág. 73.
- ²³ En nota al art. 2825.
- ²⁴ Garrone José Alberto, *Diccionario Jurídico Abeledo Perrot*, *Ob. Cit.* Pág. 639/40.
- ²⁵ Gatti Edmundo, y Alterini, Jorge, *Ob. cit.* pág. 74.
- ²⁶ Vélez Sarfield, nota al artículo 2502, del código Civil.
- ²⁷ Vtucci, P. *Idiritti reali su cosa altrui*, en *Lineamenti di Diritto Privato*, Bessone M. (director), G. Giappichelli Editore, Torino, 2001, pág. 246-247.
- ²⁸ Quesada Sánchez, Antonio José, *El legislador y los particulares a la hora de crear nuevos Derechos reales. Reflexiones inducidas por una ley*, en *Noticias Jurídicas- Áreas temáticas- artículos doctrinales*, Noviembre de 2001.
- ²⁹ Dromi, Roberto, *Derecho Administrativo*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995, pág. 588.
- ³⁰ Quesada Sánchez, Antonio José, *El legislador y los particulares a la hora de crear nuevos Derechos reales. Reflexiones inducidas por una ley*, en *Noticias Jurídicas- Áreas temáticas- artículos doctrinales*, Noviembre de 2001.

³¹ Alterni Jorge Horacio, conjuntos inmobiliarios para tiempo compartido, contries, centros de compras, parques industriales, cementerios privados, publicado en revista Campus, editada por estudiantes de Derecho de la universidad Católica Argentina, año 2, n° 5, mayo de 1995, pág. 6.

³² Cit. Por Vázquez, Gabriela Alejandra, Las propiedades especiales en el proyecto de código Civil, publicado en Picasso Sebastián- Wajntraub, Javier- Alterini Juan Martín (coordinadores) Instituciones de derecho moderno. El proyecto del código civil de 1998, Buenos Aires, 2001, pág. 861.

³³ Quesada Sánchez, Antonio José, El legislador y los particulares a la hora de crear nuevos Derechos reales. Reflexiones inducidas por una ley, en Noticias Jurídicas- Áreas temáticas- artículos doctrinales, Noviembre de 2001.

³⁴ Vtucci, P. Idiriti reali su cosa altrui, en Lineamenti di Diritto Privato, Bessone M. (director), G. Giappichelli Editore, Torino, 2001, pág. 246 y sgtes.

³⁵ Quesada Sánchez, Antonio José, El legislador y los particulares a la hora de crear nuevos Derechos reales. Reflexiones inducidas por una ley, en Noticias Jurídicas- Áreas temáticas- artículos doctrinales, Noviembre de 2001.

³⁶ Su fuente casi literal es el art. 3706 del Esboco de Freitas.

³⁷ Por ejemplo, no podría establecerse en contra de lo dispuesto por el art. 2828 Código Civil, que el usufructo es transmisible a los herederos del usufructuario.

³⁸ Vease Salvat, op. Cit. T.I n° 5, Lafaille, op. cit. I. n°30.

³⁹ Pallud P, “Las urbanizaciones privadas cerradas en Santo Tome Santa Fe”, Pampa revista interuniversitaria de estudios territoriales año 6, n° 6 Santa Fe Argentina, UNL (pp. 37-58).

⁴⁰ Ibidem (pp. 37-58).

⁴¹ Rodolfo Olive.

⁴² Art. 1 dec. 27/1998 PE Provincia de Buenos Aires).

⁴³ Manuel Adroque.

⁴⁴ Laureano Moreira.

⁴⁵ Claudio Kiper.

⁴⁶ Art. 75 inc. 12 C.N.

INDICE

INDICE

I. Resumen.....	1
II. Estado de la cuestión.....	7
III. Marco teórico.....	9
IV. Introducción.....	10

CAPITULO I: DERECHOS REALES: Introducción

1. Introducción.....	13
2. Evolución histórica de la consideración de la regla en los Derechos Reales.....	15
3. El libro III del Código Civil Argentino. Contenido.....	18
4. Metodología.....	19
5. Enumeración de los derechos reales según Vélez Sarsfield.....	19
6. Carácter enunciativo o taxativo de la enumeración.....	20
7. Concepto de los Derechos Reales.....	21
8. Definición analítica del Derecho Real y exposición de los caracteres y elementos necesarios para la existencia del derecho.....	23
9. Concepto de derecho real según Marina Mariani de Vidal.....	25
10. Caracteres de los Derechos Reales.....	29
11. El objeto de los Derechos Reales.....	30
12. Clasificación de los Derechos Reales.....	33
13. Publicidad de los Derechos Reales.....	33

14. Importancia económica de la regulación de los Derechos Reales.....35

15. Conclusiones.....36

CAPITULO II: Diferencia de los derechos reales

1. Introducción.....38

2. Distinción con los derechos personales.....38

3. Cuadro comparativo.....42

4. Creación de otros derechos reales o modificación de los existentes.....43

5. Extensión de los Derechos Reales.....44

6. Derechos reales no incluidos en el Código Civil.....44

7. Conclusiones.....45

CAPITULO III: Numerus clausus

1. Introducción.....47

2. Orden Público y numerus clausus.....47

3. Los fundamentos del codificador..... 50

4. Numerus clausus o apertus : ¿un contrapunto inevitable?.....51

5. Numerus clausus: concepto e importancia.....55

6. Conclusiones.....56

CAPITULO IV: NUEVAS FORMAS DE DOMINIO

1. Introducción.....59

2. La aparición de las urbanizaciones privadas cerradas en la Argentina.....60

3. Aspectos legislativos. La necesidad de una mirada urbanística..... 62

4. Las relaciones entre lo público y lo privado.....64

5. La emergencia de una nueva territorialidad.....	67
6. Necesidad del dictado de una ley?.....	68
7. Derechos reales frente al numerus clausus y el orden público.....	68
8. Vacío legislativo.....	69
9. Urbanizaciones privadas especiales.....	69
10. Concepto de cada una de estas urbanizaciones especiales o nuevas formas coparticipativas de propiedad.....	70
11. Problemática del encuadre legal de estos emprendimientos.....	73
- CONCLUSIONES DE LAS XXII JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL COMISIÓN N ° 5 DERECHOS REALES.....	81
12. Conclusiones.....	84

CAPITULO V: REFORMA DEL CODIGO CIVIL 2012

1. Introducción.....	87
2. Derechos Reales.....	89
3. Conclusiones.....	95

CAPITULO VI: REFLEXION FINAL

1. REFLEXION FINAL.....	97
2. BIBLIOGRAFIA.....	103
3. CITAS BIBLIOGRAFICAS.....	105
4. INDICE.....	108

