UNIVERSIDAD DE MENDOZA

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

TESIS DOCTORAL:

EL ESPACIO AÉREO INMOBILIARIO COMO OBJETO DE LOS DERECHOS REALES

Nombre y apellido del Doctorando: Irene Patricia Pujol

Nombre y apellido del Director: Nelson Cossari

Mendoza 2022

ÍNDICE:

ABREVIATURAS: 8
INTRODUCCIÓN: 9
CAPÍTULO I: 13
TERMINOLOGÍA Y DEFINICIONES 13
1.Objeto: 14
2. Derechos reales: 15
3. Las cosas: 18
3.1. Derecho Romano: 21
3.2. Doctrina argentina: 25
3.3. Derecho comparado: 30
4. Los bienes: 36
5. Relación entre cosas y bienes 40
CAPÍTULO II: 42
CARACTERES y CLASIFICACIÓN DEL OBJETO DE LOS DERECHOS REALES. 42
1. Caracteres de las cosas: 43
1.1. Objeto: 43
1.2. Material: 43
1.3. Suceptible de valor: 47
1.4. Se encuentren en el comercio. 51
1.5. Singulares, ciertas e individualmente determinadas y de existencia actual: 56
2. Clases de cosas: 60
2.1. Inmuebles: 60
2.1.1- Inmuebles por su naturaleza: 60
2.1.2- Inmuebles por accesión: 61
2.2. Cosas muebles: 61
2.3. Cosas divisibles e indivisibles: 62
2.4. Cosas principales y accesorias: 62
2.5. Cosas consumibles y fungibles: 63
2.6. Frutos y productos: 63
2.7. Cosas dentro y fuera del comercio: 64
3.- Clasificación de los bienes con relación a las personas: 70
CAPÍTULO III: 84
EL INMUEBLE Y SU EXTENSIÓN 84
1.- Introducción sobre la extensión del inmueble: 85
2. Espacio aéreo inmobiliario: 86

3. Subsuelo: 87
4. Accesorios:..... 88
4.1. Construcciones y plantaciones: 88
4.2. Frutos y productos: 91
4.3. Aguas, piedras, aire y otras: 91
CAPÍTULO IV: 94
CASOS ESPECIALES..... 94
1.Introducción 95
2. La energía: 95
3. Los derechos:..... 102
4. La tierra o territorio de las comunidades originarias: 103
4.1. Marco de la cuestión: 103
4.2. Problemática de la incorporación al Código Civil y Comercial Unificado. Naturaleza: 108
5. El tiempo en el tiempo compartido:..... 112
5.1. Caracterización. Derecho real de tiempo compartido. 113
5.2. Naturaleza: 119
5.3. Objeto del tiempo compartido:..... 124
5.3.1.- Especificidad de su objeto:..... 127
6. Las partes del cuerpo humano: 132
6.1. El embrión: 138
6.2.El genoma humano: 140
6.3.El cadáver: 140
7. El espacio aéreo inmobiliario: 141
CAPÍTULO V: 143
EL ESPACIO Y LOS DERECHOS 143
1. Espacio aéreo inmobiliario: 144
1.1. Conceptualización de espacio: 144
1.2. Espacio aéreo, dominio suelo y circulación aérea: 147
1.3. Diferencia con el aire:..... 156
1.4. Doctrina y jurisprudencia administrativista: 166
1.5. Apreciaciones sobre el espacio aéreo inmobiliario como objeto de los derechos reales: 171
2. Los derechos:..... 173
2.1. Introducción 173
2.2. El caso del usufructo: 175
2.2.1. Usufructo de créditos: 175
2.2.2. Usufructo de patrimonio: 176

2.3. Prenda de Créditos: 177
2.4. Derechos reales sobre otros derechos reales: 178
2.5. El supuesto especial de los derechos intelectuales: 182
2.5.1. Teorías sobre la naturaleza jurídica: 183
2.5.1.1 Derecho de propiedad: 185
2.5.1.2. Propiedad sui generis 186
2.5.1.3. Derecho sobre bienes inmateriales: 189
2.5.1.4. Derechos intelectuales: 192
2.5.2. Evolución histórica de los derechos intelectuales en argentina: 193
2.5.3. Autonomía científica: 199
2.5.4. Doctrina nacional y comparación con otros derechos: 200
2.5.4.1. Semejanzas y diferencias con los derechos personales: 200
2.5.4.2. Relación con el derecho real de dominio: 201
2.5.4.4. 205
¿Pueden ser los derechos intelectuales ser objeto de derechos reales? 205
2.5.4.5. El caso de los derechos reales sobre derechos intelectuales: 208
2.6. Otros derechos sobre objetos inmateriales: 212
CAPÍTULO VI: 215
IMPLICANCIAS DE LA ACEPTACIÓN DEL ESPACIO COMO 215
OBJETO DE LOS DERECHOS REALES: 215
1. Propiedad Horizontal Y Prehorizontalidad: 216
1.1- Propiedad Horizontal: 216
1.1.1 Concepto: 216
1.1.2. Partes: 217
1.1.2.1. Unidad funcional: 217
1.1.2.1.1. Cosas y partes necesariamente propias con respecto a la unidad funcional: 218
1.1.2.1.2. Cosas que no son necesariamente propias: 219
1.1.2.2 Cosas y partes comunes: 221
1.1.2.2.1 Cosas y partes necesariamente comunes: 221
1.1.2.2.2. Cosas y partes comunes no indispensables: 223
1.1.3 El supuesto del edificio en construcción: 225
1.2.- Sobre-elevación y subedificación: 230
1.2.1. Aproximación 230
1.2.2. Relaciòn con el derecho de edificación en inmueble ajeno: 232
1.2.3. Concepto de sobreelevación 233
1.2.4. Diferenciación de obra nueva, innovación y sobre o subedificación: 236

1.2.5 Antecedentes argentinos: 236
1.2.6. Derecho comparado: 241
1.2.7. Especial referencia a la legislación española: 248
1.2.7.1 Apreciaciones generales sobre la regulación de la sobreelevación en España: 248
1.2.7.2. La reforma del Reglamento Hipotecario de 1959 (en adelante RH) modificado luego por el Real Decreto 1867/1998: 251
1.2.7.3. La Ley de Propiedad Horizontal de 1960 (en adelante LPH): 254
1.2.7.4 Diferencias entre las previsiones normativas del RH y la LPH: 255
1.2.7.5. El Fuero Nuevo de Navarra 256
1.2.7.6. La cuestión en Cataluña: 257
1.2.8. El derecho de construir, sobreelevar o subedificar en Argentina: 257
1.2.9. Formas relativas a la sobreelevación en el proyecto de reforma de la ley 13.512 y de prehorizontalidad: 272
1.2.10. Análisis del derecho de sobre o sub edificar a la luz del nuevo Código Civil y Comercial: 273
2.- Prehorizontalidad: 281
2.1. Planteo previo 281
2.2. La ley 19.724: 282
2.2.1. Ámbito de aplicación de la ley 19.724: 283
2.2.2. Protección del adquirente por boleto de compraventa: 284
2.2.2.1. Disposiciones relativas al contrato de compraventa: 284
2.2.2.2. Afectación: 284
2.2.2.3. Oponibilidad de los boletos: 286
2.2.2.4. Oponibilidad o preferencias de los boletos de compraventa: 288
2.2.3. Crítica: 288
2.3. Propuestas para proteger a los adquirentes: 290
2.3.1. Supervisión de los adquirentes: 290
2.3.2. Administración obligatoria: 290
2.3.3. Seguros o avales bancarios para el caso de incumplimiento: 291
2.3.4. Propuesta de constitución de hipoteca legal en favor de los adquirentes y propuesta de la emisión de pagarés: 292
2.3.5. Protección mediante la Registración: 293
2.3.5.1. Afectación del inmueble al régimen de propiedad horizontal, o registración de los boletos sin previa afectación: 293
2.3.5.2. Inscripción provisoria: 298
2.3.5.3. El certificado: 299
2.3.5.4. Inscripción preventiva de boletos**:** 299

2.3.6. Otorgamiento inmediato del derecho real: 300
2.3.7. Dominio potencial -venta del cubo de aire: 301
2.3.8. Derecho de superficie: 302
2.3.9. Dominio fiduciario: 304
2.3.10. Propuesta de Gatti y Alterini: 307
2.3.11. Propuestas en Jornadas y Congresos: 310
2.3.11.1. VI Jornadas de Derecho Civil realizadas en Santa Fe en 1977: 310
2.3.11.2. 2° Jornadas Provinciales de Derecho Civil (Mercedes, 1983): 310
2.3.11.3. 3° Jornadas Rioplatense de Derecho (San Isidro 1981): 311
2.3.11.4. 1° Encuentro de abogados civilistas de Santa Fe (1987): 311
2.4. La prehorizontalidad en el Código Civil y Comercial: 312
2.4.1. Introducción 312
2.4.2. Ámbito de aplicación de la prehorizontalidad: 313
2.4.3. Exclusiones: 314
2.4.3. La obligación de contratar seguro de caución: 316
2.4.4. Inconvenientes: 317
3. Apreciaciones sobre el espacio aéreo y la propiedad horizontal: 322
4. Derecho real de Superficie: 323
4.1. Apreciaciones generales: 323
4.1.1. Regulaciòn del derecho de la superficie en el 323
Derecho Argentino: 323
4.1.2. Proyectos de reforma: 325
4.2. Concepto – definición 326
4.3. Finalidad del derecho de superficie: 335
4.4. Derecho comparado: 337
4.5. Convenciones Internacionales: 339
4.6. Emplazamiento: 339
4.7. La constitución del derecho: 342
4.7.1 Legitimación: 342
4.8. Derechos y obligaciones del superficiario y del propietario del suelo: 343
4.9. La carga en el caso de destrucción de la propiedad superficiaria: 345
4.10. Extinción. efectos: 346
4.11. El espacio aéreo y el derecho real de superficie: 346
5. Servidumbre Aérea: 348
6. Cementerios Privados: 353
6.1. Definición de cementerios privados: 353

6.2. Derecho argentino:..... 356
6.3. Congresos, jornadas científicas y propuestas doctrinarias: 357
6.4. Derecho comparado:..... 358
6.5.Proyectos de unificación: 359
6. Facultades:..... 360
6.6.1. Facultades en general..... 360
6.6.2. Derecho sobre las parcelas exclusivas: 361
6.6.3. Derechos sobre los espacios de uso común:..... 361
6.7. Deberes: 362
6.8. La parcela: 364
6.8.1. Concepto: 364
6.8.2. Características de la parcela exclusiva: 365
6.9. Derecho de Sepultura:..... 367
6.10. Apreciaciones personales sobre Cementerio:..... 373
CAPÍTULO VII: 378
CONCLUSIONES 378
CONCLUSIONES DE LA TESIS: 379
BIBLIOGRAFÍA:..... 397

ABREVIATURAS:

art.: artículo

Cám: Cámara

Fed.:Federal

Cám.C. y Com.: Cámara Civil y Comercial

CNCiv.: Cámara Nacional Civil.

Cap.: Capítulo

CC: Código Civil de Vélez

CCC: Código Civil y Comercial.

CIDH: Corte Interamerica de Derechos Humanos

CN: Constitución Nacional

conf: conforme

CSJN: Corte Suprema de Justicia de la Nación

Inc.: inciso

JA: Jurisprudencia Argentina

JB: Jordabalk

LLNO: La Ley Noroeste

LS: Ley de Suelos

OIT: Organización Internacional del Trabajo

RH: Reglamento hipotecario

SCJ: Suprema Corte de Justicia

Bs. As.: Buenos Aires

Mza.: Mendoza

STTC: Sistema Turístico de Tiempo Compartido

TS: Tribunal Superior

Pub.: publicado

Dpto: Departamento

PH: Propiedad horizontal

PHE: Propiedad horizontal especial

INTRODUCCIÓN:

El tema de esta investigación es el objeto de los derechos reales, en el derecho argentino actual, con especial referencia al espacio aéreo. En virtud del conocimiento previo de cietas problemáticas relacionadas con el tema, se parte del análisis de los principios rectores de la teoría general del objeto de los derechos reales, para deducir si es válido considerar que el espacio aéreo inmobiliario puede ser objeto de los derechos reales.

Específicamente en esta investigación se intenta responder los siguientes interrogantes: ¿cuál o cuáles son las características esenciales del objeto de los derechos reales? ¿los bienes inmateriales en ciertos casos pueden considerarse objeto de los derechos reales o se le pueden aplicar sus normas? ¿es un bien el espacio aéreo inmobiliario? ¿puede admitirse que un espacio aéreo determinado sea objeto de los derechos reales, como ocurre con los derechos en los casos excepcionales establecidos por la ley? ¿en los casos concretos que dan lugar a las problemáticas que se detectan hoy en día, el espacio aéreo determinado es o podría ser objeto de un derecho real con independencia de que el titular tenga un derecho sobre el suelo?

Con este trabajo se intenta, además de contestar los interrogantes expresados, contribuir al desarrollo de la teoría de los objetos de los derechos reales en la Argentina luego de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial, y brindar una herramienta para solucionar desde la perspectiva de los derechos privados problemas acuciantes relacionados con el espacio aéreo inmobiliario, evidenciados en Jornadas Nacionales de Derecho Civil, en trabajos doctrinarios, en proyectos de ley y detectados en investigaciones precedentes en las que se ha participado personalmente.

Esta tesis parte de la hipótesis que sostiene que puede aceptarse que sea objeto de los derechos reales un espacio aéreo inmobiliario determinado; así como se admite que pueden ser objeto de los mismos los derechos en casos excepcionales.

De la lectura del propio título de esta investigación se deduce que la misma se encuadra dentro del Derecho Privado, especialmente en la Teoría de los Derechos Reales.

La doctrina nacional clásica[1], consideraba que las cosas son el objeto de los derechos reales, y no se le dio trascendencia al espacio aéreo. Ello en virtud de la realidad de dicho momento y de que si la esencia, lo característico de los derechos reales, es la relación inmediata del titular y el objeto, se entendió que sólo sobre las cosas se puede ejercer ese poder. A su vez, Vélez en la nota al Libro Tercero "De los Derechos Reales" de nuestro Código Civil, afirmaba

[1] Ver GATTI, E. (1975). *Teoría General de los Derechos Reales*. Bs. As.: Ed. Abeledo Perrot, p. 190

siguiendo a Mackeldey que las cosas son elementos de los derechos reales. Y todo el régimen de las cosas estaba regulado en el Título I, del mismo libro. No obstante, cabe resaltar que hacía referencia a la propiedad del espacio aéreo en el art. 2518 CC.

Actualmente la doctrina disiente sobre si ciertos objetos son cosas y si éstas son el único objeto de los derechos reales. Ello se reflejó especialmente, en el proyecto de Unificación del Código Civil y Comercial de 1998[2], y en las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Bs. As. 2001) especialmente respecto a una clase de bienes inmateriales, los derechos, en atención a las incoherencias o problemas resaltados y claramente expicados por autores como Alterini[3], Cossari[4], entre otros. En dicho evento se concluyó que: "Los derechos reales tienen por objeto las cosas, las partes materiales de las cosas, los derechos excepcionalmente, si la ley lo establece…". Esta idea, pero en términos más amplios, es tomada nuestro Código vigente y se encuentra plasmado en el art. 1883; al precisar que el objeto de los derechos reales también puede consistir en un bien taxativamente señalado por la ley.

Estas excepciones que se van ampliando, parecen hacer tambalear una vez más la clásica diferenciación entre derechos reales y personales. Como para algunos sucedió con la regulación del fideicomiso por la ley 24.441, con la recepción de las nuevas formas coparticipativas de propiedad en las cuales las prestaciones y otras realidades inmateriales parecen conformar el objeto, máxime frente a la admisión en los fundamentos del Código Civil y Comercial de la existencia de un objeto complejo en el tiempo compartido, el nuevo paradigma de bienes que recepciona dicho cuerpo normativo y la tendencia a desmaterización del patrimonio.

No se conoce un trabajo doctrinario que se haya abocado a dar solución a los problemas actuales relacionados con el espacio aéreo que se mencionan, a través de la interpretación de la teoría del objeto de los derechos reales en el derecho vigente, la doctrina y jurisprudencia tanto nacional como extranjera. Por ello, esta investigación, puede llegar a significar un avance en la interpretación de cuáles entidades pueden considerarse objeto de los derechos reales, con la vigencia del Código Civil y Comercial y en última instancia, constituir un paso más para colocar al derecho al servicio de las necesidades del hombre y la sociedad actual.

Específicamente, la trascendencia de investigar este tema está dada por algunos problemas que se vienen suscitando en el derecho inmobiliario, y que no tienen una adecuada

[2] Redactado por la comisión designada por decreto 685/85.
[3] ALTERINI, J. H. (2012) Primeras consideraciones sobre los Derechos reales en el Proyecto de Código. *Acad. Nac. de Derecho, 1 - LA LEY*2012-E, 898, ALTERINI, J. H. (dir. general), COSSARI, N. (dir. del tomo), ALTERINI I. (coord.), (2015). *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético, LA LEY*, p. 30 y 31.
[4] COSSARI, N. G.A. (2002) Posibilidad de constituir derechos reales sobre bienes que no son cosas, *Zeus*, Tomo 90 (y luego actualizado ante la sanción de la ley 25.509 hasta las XIX Jornadas de Derecho Civil).

solución. Así por ejemplo: vislumbrar al espacio aéreo que se encuentra sobre el edificio, como bien de propiedad de todos los consorcistas, admitir al espacio aéreo determinando como integrante fundamental de la unidad fucional, o que el derecho de propiedad horizontal pueda recaer sobre volúmenes cúbicos, permitiría otorgar un derecho real al que quiere sobreedificar o al adquirente en la prehorizontalidad. Por otro lado, con relación al derecho real de superficie, se podrían solucionar problemas que surgen en la práctica, si se advierte como objeto propio de este derecho, no solo las plantaciones o construcciones, sino también la parcela del inmueble que se ubica sobre el suelo, la garantía hipotecaria directamente recaería sobre la misma haya o no plantaciones o construcciones, o éstas se hayan destruido o queden muy pocas, etc.; lo que brindaría más seguridad al acreedor. También sería un aporte útil admitir las servidumbres aéreas impidiéndose que se afecte con este derecho todo el inmueble, o una parte del mismo con el suelo y subsuelo incluido, cuando bastaría afectar sólo una porción de espacio[5], etc..

Este trabajo, se enmarca dentro del tipo de investigación teórica o básica. Se parte de la recolección de antecedentes, legislación argentina y extranjera, proyectos de ley, conclusiones de congresos, doctrina, jurisprudencia y datos de organismos oficiales, porque se considera que el derecho no sólo es legislación, sino también valor y realidad. Luego se describe, explica, y correlaciona el material obtenido en el tiempo. Especialmente con respecto al derecho extranjero se utiliza el método comparativo. Con relación al tratamiento de los datos la metodología es cualitativa, porque mediante el análisis de éstos tiende a interpretar y caracterizar el objeto de los derechos reales. Si se tiene en cuenta el alcance temporal la presente investigación es sincrónica porque se trabaja con datos recolectados desde 1810 a la fecha, no obstante hacerse alguna mención a los antecedentes del derecho romano y del derecho español. Por otro lado, de los principios generales analizados se deducen si ciertas entidades pueden ser consideradas objeto de los derechos reales, por lo que el método también es deductivo.

A partir de la precisión terminológica y conceptual, de cuál es el objeto de los derechos reales y su caracterizaciòn, como así qué es y comprende un inmueble, porque la tesis se refiere al espacio aèro inmobiliario como objeto de los derechos reales; el trabajo se centra en determinar qué cosas o entidades pueden catalogarse objeto de dichos derechos, deteniéndose en el estudio de los casos discutidos y cuáles son los argumentos doctrinarios que se utilizaron para justificar su admisión o no. Ello, para vislumbrar si algunos de ellos pueden ser aplicados respecto del espacio aéreo inmobiliario. Luego se analiza específicamente si el espacio y los derechos en casos especiales dispuestos por la ley, también pueden ser objeto de los mismos.

[5] Podría llegar a ser útil para solucionar ciertos conflictos suscitados por el avance de una construcción sobre un inmueble ajeno en altura, etc.

La comparación con los derechos, se debe a que ambos a pesar de sus diferencias son bienes. Y que la doctrina en general se ha visto más proclive a receptar su admisión, porque permite que se interprete adecuadamente el objeto exclusivo sobre el que recae el derecho de cada condómino, o el carácter de cuota parte ideal (y el objeto por lo tanto de la hipoteca sobre dicha parte); el de la prenda de créditos, del usufructo de créditos, etc.; no obstante que su recepción parece desdibujar la teoría de los derechos reales y su diferenciación con los derechos personales. Se evalúa entonces el impacto de dicha recepción en la teoría de los derechos reales, al abandonarse la superflua consideración relativa a que el objeto de estos dos últimos derechos es el instrumento o papel que los contienen y su incidencia también injustificada interpretación de que el inmueble es sólo suelo. Por otro lado, el tema del espacio como objeto de los derechos reales se aborda no sólo desde el derecho privado nacional y el derecho comprarado, sino también desde otras ramas del derecho, como el derecho aeronáutico y el administrativo, lo que permite brindar nuevas luces y proyectarse en una teoría general de los derechos reales, máxime teniendo en cuenta que el ordenamiento jurídico es uno solo, y que debe existir una comunidad de principios.

La tesis se ha organizado entonces en siete capítulos, los primeros cinco se refieren al marco teórico. El primero tiene por fin precisar la terminología y definiciones. En el segundo capítulo se analizan las características del objeto. En el tercero al inmueble y su extensión. El cuarto se dedica a los casos especiales de objeto de los derechos reales, en el que se realiza un análisis de la legislación argentina, extranjera y de la doctrina. En virtud de que se considera que el derecho no es sólo legislación, sino también valor y realidad se analiza la legislación tanto Argentina vigente como extranjera; así como la doctrina que interpreta, valora y critica esa legislación, para luego en desde el capítulo siguiente, abordar la realidad. Efectivamente, el capítulo quinto hace referencia específicamente al espacio y a los derechos como objeto de los derechos reales y como en el siguiente; se analiza la realidad a través del estudio de casos jurisprudenciales relacionados con el tema y algunos datos fácticos obtenidos. En el capítulo sexto, se hace un estudio de las implicancias prácticas de las hipótesis sostenidas en materia de derechos reales, discutiéndose los resultados obtenidos. Y en el capítulo séptimo, se esbozan las conclusiones generales donde se evalúa si se cumplen los objetivos del trabajo y si la hipótesis se confirma. Se analizan también las repercusiones de la presente investigación, las posibles extensiones, aperturas y se efectúan por último ciertas recomendaciones y consideraciones personales.

CAPÍTULO I:

TERMINOLOGÍA Y DEFINICIONES

1.Objeto:

Según la Real academia española, el término objeto tiene diversas acepciones. Proviene del latín obiectus. Significa:

1. Todo lo que puede ser materia de conocimiento o sensibilidad de parte del sujeto, incluso este mismo.

2. Lo que sirve de materia o asunto al ejercicio de las facultades mentales.

3. Término o fin de los actos de las potencias.

4. Fin o intento a que se dirige o encamina una acción u operación.

5. Materia o asunto de que se ocupa una ciencia.

6. Cosa.

7. Ant. Objeción, tacha o reparo.

8. De atribución: objeto, término o fin de los actos de las potencias.

9. Postal. Cada uno de los objetos que se envían por correo, como cartas, tarjetas, paquetes, impresos, etc.

Las dos primeras acepciones, salvo el último agregado de la primera y en cierto sentido la sexta, son las que interesan para la presente tesis. Es decir, las que conceptualizan al objeto diferenciándolo con el sujeto, precisando que es lo que puede ser apreciado sensiblemente y/o conocido por éste. Así, en este sentido se puede decir que objeto es todo lo que no es sujeto.

Desde el punto de vista filosófico, se da una relación de conocimiento entre el sujeto y el objeto. Se es objeto para un sujeto y sujeto para un objeto. La filosofía se interesa en cuestionarse, si el sujeto puede conocer a esencia del objeto o sólo las apariencias y categoría[6]. En la vida de relación sujeto se encuentra en un polo representando la actividad y libertad, mientras que en el polo opuesto se encuentra el objeto, representando la pasividad y sumisión[7]. Siendo el objeto un elemento de toda relación jurídica, es al mismo tiempo un factor independiente y contrapuesto al sujeto de ella.

Las otras acepciones como las que se refieren el concepto de objeto-fin, es decir que lo relacionan con la finalidad de los actos, etc., no resultan trascendentes para el presente trabajo.

Como en esta tesis se estudia el objeto de los derechos reales, se pasa ahora a analizar que se entiende por derechos reales.

---

[6] HEIDEGGER, M. (1962) *La pregunta por la cosa*. Título original alemán *"Die Frage Nach Dem Ding*". Bs. As.: Editorial Alfa Argentina. traducción argentina (1975), p. 31. La relación entre objeto y sujeto, se manifiesta en sus dichos cuando expone: que con la determinación de que "esto" es sólo una determinación objetiva de la cosa, no se adelanta mucho. El esto se refiere a la cosa, en cuando a esta se nos contrapones, es decir es objetiva.

[7] VALVERDE y VALVERDE, C. (1909) *Tratado de Derecho Civil Español*, T. I, parte General, Valladolid, Madrid, p.383 y ss.

2. Derechos reales:

El Código Civil Argentino organiza su método y contenido en orden a las directivas de la teoría dualista clásica a través de los autores franceses y del "Esboço de Freitas", distinguiendo sustancialmente los derechos subjetivos patrimoniales en personales y reales. El Libro Tercero "De los Derechos Reales", es precedido por el Libro Segundo "De los derechos personales en las relaciones civiles" y las disposiciones comunes a ambas categorías de derechos conforman el Cuarto y último Libro.

El Código comienza el régimen de los derechos reales en el Título IV del Libro Tercero y regula primero a las cosas (Título I) y luego a la posesión (Títulos II y III), en tanto constituyen los elementos de los derechos reales, como lo explica en la nota al Libro III del CC Vélez, al expresar la razón de la metodología del Código siguiendo la opinión y el método de Mackeldey.

El Título IV denominado "De los derechos reales", se compone solamente de cuatro artículos que caracterizan el sistema adoptado (arts. 2502 a 2505). Se trata de normas generales, de gran relevancia jurídica, que estatuyen la importancia de la ley en la creación y el régimen de los derechos reales, con fundamento en el "orden público". La nota a este título, complementaria a la del artículo 497 del CC, incursiona en la teoría general del derecho real y su diferencia con el derecho personal, con sustento en las citas realizadas por el codificador a los juristas clásicos franceses. Ortolan, citado por Vélez en la nota al art. 497 del CC define al derecho real con estas palabras: "Un derecho real es aquel que da la facultad de sacar de una cosa cualquiera un beneficio mayor o menos" (aspecto interno), y también aclara que, a diferencia de los derechos personales (en el aspecto externo), en éstos "ninguna persona es individualmente sujeto pasivo del derecho" (nota al art. 497 del CC). En la misma nota hace referencia a la diferenciación de los derechos personales y reales que realizan Aubry et Rau, para quienes el derecho real: "Es el poder jurídico de que goza una persona sobre una cosa, contra cualquiera, para obtener una ventaja total o parcial"

Definiciones que comparte, conforme se deduce de la nota al Título IV del CC "De los derechos reales", en donde expresa que: "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 encuentran en ella sino dos elementos, la persona que es el sujeto activo del derecho, y la cosa que es el objeto".

Pero Vélez no definió expresamente a los derechos reales en algún artículo del Código, sin embargo, se ha considerado que su definición se puede deducir del texto del art. 497 del CC que dice: "A todo derecho personal corresponde una obligación personal. No hay obligación

que corresponda a los derechos reales". Así, respecto de este artículo se ha dicho que: "por elemental que parezca, está claro que se trata de un concepto definitorio. El derecho real es aquel que no tiene obligación correspondiente, que sí la tiene el derecho personal, con lo que se afirma la división dicotómica que domina todo el método del Código"[8]. Por otro lado, en la definición sucinta y esencial del derecho real de dominio del art. 2506 de CC (derecho real por antonomasia), al conceptualizarlo como aquel en cuya virtud "una cosa se encuentra sometida a la voluntad y acción de una persona", hace referencia a la relación directa e inmediata con la cosa, que tipifica a todos los derechos reales en su faz interna.

Por el contrario, el nuevo art. 1882 del CCC de un modo más descriptivo y sin mencionar la cosa como objeto, nos dice que: "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".

En el derecho argentino clásico, autores como Allende, Gatti y Jorge Alterini han definido a los derechos reales de un modo descriptivo, siempre haciendo referencia a que la cosa es su objeto. Así Allende nos dice que: "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 persequende y ius praeferendi"[9] Para los Dres. Edmundo Gatti y Jorge Alterini[10]: "El derecho real es un poder jurídico, de una persona, sobre una cosa, reglado por la ley, en virtud del cual se puede obtener directamente de ella, todas, algunas, o alguna de sus utilidades con exclusión de injerencias extrañas, y que con suficiente publicidad, se adhiere y sigue a la cosa, pudiendo oponerse a cualquier interesado".

Los derechos reales junto con los derechos personales conforman los derechos patrimoniales, es decir susceptibles de apreciación pecuniaria. La doctrina generalmente los define y caracteriza en contraposición al derecho personal. Así, Demolombe expresa que el derecho personal es: "aquél que sólo crea una relación entre la persona a la cual el derecho pertenece, y otra persona que se obliga hacia ella, por razón de una cosa o de un hecho cualquiera, de modo que en esa relación se encuentran tres elementos, a saber: la persona que

[8] PAPAÑO, R. y ots., (1993). *Derechos reales*, T. I, Ed. Depalma. Bs. As., p. 12.
[9] Ver ALLENDE, G. (1967). *Panaroma de Derechos Reales*. Ed. LL Bs. As.

es el sujeto activo del derecho (el acreedor), la persona que es el sujeto pasivo (el deudor) y la cosa o el hecho que es el objeto" (citado en el Título IV del Código Civil).

A partir de estas definiciones contrapuestas se desarrollan las notas características de ambas categorías de derechos, fijando los criterios distintivos para la teoría mayoritaria dualista[11].

En contrapartida de la teoría dualista, existen las teorías monistas o unitarias, que impugnan la división dicotómica de derecho personal- derecho real. Éstas se pueden clasificar a su vez en: personalistas y realistas, según que la pretendida unificación se haga sobre una otra categoría de derechos. Entre las primeras la más conocida es la que se atribuye a Planiol[12], aunque la misma fue desarrollada con mayor profundidad por su discípulo Michas[13], y se reduce a describir el derecho real como una obligación pasivamente universal de abstenerse o de respetar el derecho real por parte de todos los integrantes de la comunidad. Las objeciones que ha merecido esta postura se pueden sintetizar en que desdeña el aspecto interno, es decir la relación directa del titular con la cosa, y por el otro lado que confunde conceptos. Porque la obligación pasiva universal, no es una obligación en sentido técnico, pues no tiene contenido económico para el obligado.

A su vez, la doctrina monista realista, reduce todo a una relación entre patrimonios al afirmar que, el derecho personal, no tiene por objeto una conducta del deudor o sujeto pasivo, sino el patrimonio de este último que es el objeto, al igual que la cosa es objeto del derecho real. Esta concepción es menos difundida que la anterior, pero al igual que la personalista no ha gravitado en la codificación posterior, por eso no se la analiza con mayor detenimiento.

También existen otras concepciones que suelen clasificar a los derechos por su contenido institucional, preponderantemente en los reales y menguado en los personales. Principalmente sostenida por Hauriou en los principios de derecho público y Renard en la teoría de la institución[14]. Por otro lado Arangio Ruiz[15] y Ginossar[16], advierten en los derechos reales sobre cosa ajena una sujeto pasivo determinado (el propietario de la cosa gravada) a diferencia del sujeto pasivo universal, a la manera de los derechos reales, relativizando los derechos reales.

---

[11] Ver nota al Título IV del Código Civil y ALSINA ATIENZA, D. (1956). La diferencia entre el derecho real y el derecho de crédito, *J.A*. III. Sec. Doctrina, p. 11 y ss.
[12] PLANIOL, M. (1904). *Traité élémentaire de droit civil*, T. I, París, p. 679.
[13] MICHAS (1900). *El derecho real considerado como una obligación pasivamente universal* (Tesis doctoral), París, citado por PAPAÑO, R. y ots., (1993). *Derechos reales*, T. I, Ed. Depalma. Bs. As, p. 14.
[14] Autores citados por PAPAÑO, R. y ots., (1993). *Derechos reales*, T. I, Ed. Depalma. Bs. As, pp. 15-16.
[15] ARANGIO RUIZ, V. (1952). *Instituciones de derecho romano*, Bs. As: Depalma., p. 195.
[16] GINOSSAR (1960). *Derecho real, propiedad y crédito. Elaboración de un sistema racional de los derechos patrimoniales*, París, citado por LAQUIS, M. A. (1966). Sobre una nueva clasificación de los derechos patrimoniales, *Revista Jurídica de Buenos Aires*, II, pp. 239-252.

En sintonía con la definición tradicional de Vélez, debe tenerse en cuenta que la doctrina había sentado que a diferencia de los derechos personales (en los que si visualizan tres elementos, el sujeto activo, el sujeto pasivo y el objeto que es la prestación), en los derechos reales como ya dijo Demolombe, hay dos elementos: el sujeto y el objeto, que en principio es la cosa conforme se deduce de las tradicionales definiciones de derecho real.

3. Las cosas:

La doctrina nacional clásica reseñada por Gatti[17], ha considerado que las cosas son los objetos de los derechos reales. Ello en virtud de que si la esencia, lo característico de los derechos reales, es la relación inmediata o directa del titular y el objeto, parece que sólo sobre las cosas se puede ejercer ese poder. A su vez, Vélez en la nota al Libro Tercero "De los Derechos Reales" de nuestro Código Civil, afirma siguiendo a Mackeldey que las cosas son elementos de los derechos reales. Y todo el régimen de las cosas está regulado en el Título I, del mismo libro. Aunque también pueden ser objeto mediato de las obligaciones, cuyo objeto inmediato a diferencia de los derechos reales, es una prestación de dar, hacer y no hacer. Por tanto, sólo las cosas son en principio, objeto de los derechos reales y eso aparece remarcado también en el primer párrafo del art. 1883 del CCC.

Ello fue señalado en las conclusiones de la Comisión n° 4 de las XVIII Jornadas de Derecho Civil (Buenos Aires, setiembre de 2001) en donde se discutió sobre cuál era o podía ser el objeto de los derechos reales. Aunque, se admitió que los derechos excepcionalmente podían llegara ser objeto de los derechos reales, en ciertos casos especiales, como lo proponía en aquel entonces, el Proyecto de Unificación del Civil y Comercial de 1.998[18].

Al respecto debe tense en cuenta que, ya Alsina Atienza en el año 1956 señalaba en su conocido trabajo titulado: "Las diferencias entre el derecho real y el derecho creditorio", que el derecho real recae sobre la cosa. Pero esta expresión estaba empleada latu sensu, con el alcance que tenía en Roma el vocablo "res", de donde proviene la denominación derecho reales; comprendiendo las cosas corporales y las incorporales; y no únicamente en la acepción estricta del art. 2311 del CC, reservada a los objetos materiales. Y explicaba que en el derecho francés se habla de derecho sobre los bienes y éstos son tanto corporales como incorporales. Advertía

[17] GATTI, E. (1975). *Teoría General de los Derechos Reales*. Buenos Aires: Abeledo – Perrot, p. 190 y ss. PUIG BRUTAU, J. (1994). *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo III, Vol 1°, Cuarta Edición. Barcelona: BOSCH, Casa Editorial S.A. p. 6.

[18] Proyecto de Código Civil de la República Argentina unificado con el Código de Comercio, redactada por la comisión designada por decreto 685/95.

por lo tanto, que aunque lo más común, es que los derechos reales recaigan sobre bienes corporales, pueden incidir sobre patrimonios y sobre otros bienes[19]

La conceptualización o definición de la palabra cosa, resulta difícil especialmente porque tiene muchas acepciones. Lingüísticamente, el diccionario de la Real Academia Española dice que entendemos por cosa (que proviene del latín causa[20]). "Todo lo que tiene entidad ya sea corporal, o espiritual, natural o artificial, real o abstracta. 2. Objeto inanimado por oposición a ser viviente. 3. En oraciones negativas: frase negativa, nada. No valer cosa. 4. Asunto, tema o negocio. 5. Der. En contraposición a persona o sujeto, el objeto de las relaciones jurídicas. Pero, en el régimen de la esclavitud, el esclavo era una cosa. 6. Der. El objeto material, en oposición a los derechos creados sobre él y a las prestaciones personales. 7. Der. Bien de entidad, cosa de sustancia, de consideración, de valor…"[21].

El art. 2.311 del CC de Vélez definía las cosas como: "los objetos materiales susceptibles de tener valor". El nuevo código, no conceptualiza o define el término cosa en el título III, del Libro primero, capítulo 1, sección 1, titulada conceptos. Sino que, directamente desde el art. 225 empieza a diferenciar o conceptualizar las distintas clases de bienes o cosas como: los inmuebles por su naturaleza, los inmuebles por accesión, los muebles, las cosas divisibles, principales, accesorias, consumibles, fungibles, frutos, productos y los bienes fuera del comercio. Pero sí lo hace indirectamente en el capítulo 4 del libro preliminar, titulado: Derechos y bienes, en el art. 16 al expresar: "Los derechos referidos en el primer párrafo del artículo 15" (norma que especifica que las personas son titulares de los derechos "individuales" sobre "los bienes que integran su patrimonio", lo que a contrario sensu implica que el patrimonio está conformado por bienes); pueden recaer sobre bienes susceptibles de valor económico. Los bienes materiales se llaman cosas". Y luego aclara que: "las disposiciones referentes a las cosas son aplicables a la energía y a las fuerzas naturales, susceptibles de ser puestas al servicio del hombre".

---

[19] ALSINA ATIENZA, D. (1956). La diferencia entre el derecho real y el derecho de crédito, *J.A*. III. Sec. Doctrina pág. 12; quien en la nota cinco explica que los derechos reales pueden recaer sobre patrimonios, como el usufructo (arts. 2900, 2901 del C.C.) y los debentures (ley 8875, arts. 7 y 10); sobre créditos, si bien "representados por sus respectivos títulos (art. 2317 del C.C.), como el derecho real de usufructo (art. 2838) y el de prenda (arts. 304, 3209), y sobre creaciones del espíritu como la propiedad intelectual.

[20] Y por una interesante transformación del lenguaje ha asumido íntegramente el significado de la voz res. Palabra tomada de los romanos de la expresión sánscrita "rah" que con carácter sustantivo denota: bien, posesión; y tiene las siguientes acepciones: objeto, entidad, estado, relación, ocasión, situación, hecho, evento y más en particular, haber, sustancia, bien, negocio, etc. Por eso algunos autores destacan que es la expresión de más amplio significado en la lengua latina. FORCELLINI, L., S.V. "res", citado por BANCHIO, E. C. (1962). Nuevas categorías de cosas. Doctrina y Legislación comparada. Universidad Nacional de Córdoba. Dirección de publicidad, Córdoba S.A., Del Boletín de Derecho y Ciencias Sociales. Año XXVI, Nº 2- 3, Córdoba, p. 6.

[21] Ver en http://Diccionario.terra.com.pe; o Diccionario de la Real Academia Española (1984), Vigésima edición, t. I.

De todo ello, se puede deducir entonces que, cosa para el código civil y comercial, son los bienes materiales susceptibles de valor que integran el patrimonio.

Cabe precisar, que en este trabajo se analizará especialmente el significado jurídico de cosa, y no tanto el físico y filosófico[22].

A la vez debe tenerse en cuenta, que la noción de cosa trasciende el ámbito del derecho civil y se aplica en el derecho laboral (art. 89 y 76 de la ley de contrato de trabajo) y penal (por ej.: al art. 162 que define al hurto, al art. 164 que define al robo, al art. 183 que define al daño, etc., en el Código Penal).

Por lo tanto, resulta trascendental a los fines de esta tesis partir de la definición de lo que se entiende por cosa en el ámbito jurídico; entidad que Vélez la mencionaba como objeto de los derechos reales en las notas citadas y también en la nota del Título IV denominado: de los derechos reales; y en la definición de derecho real de dominio y de otros derechos reales (arts. 2506, 2807, 2948 del CC etc.).

Precisamente, en la nota al Título IV del Libro III, Vélez transcribía la definición de Demolombe que expresa: "derecho real es el que crea entre la persona y la cosa una relación directa e inmediata, de tal manera que no se encuentran en ella sino dos elementos, la persona que es el sujeto activo del derecho, y la cosa que es el objeto". Con relación al objeto de los derechos reales, más precisamente el Codificador en dicha nota agregaba: "los derechos reales comprenden los derechos sobre una cosa existente; los derechos personales comprenden los derechos a una prestación, es decir, a un objeto que tiene necesidad de ser realizado por una acción". Por otro lado, declaraba en el párrafo cinco de dicha nota expresamente, que la cosa es objeto de los derechos reales al manifestar: "Él se tiene cuando entre la persona y la cosa que es el objeto, no hay intermediario alguno…". Y además precisaba en el párrafo siete que: "El derecho real supone necesariamente la existencia actual de la cosa a la cual se aplica, pues *la cosa es un objeto directo e inmediato,* y no puede haber *un derecho sin objeto;* mientras que el derecho personal", no tiene "en realidad por objeto sino el cumplimiento de un hecho prometido por la persona obligada…".

Lo expuesto también se deduce de la nota al art. 2311 del CC, donde hacía referencia al pensamiento del jurista brasileño Freitas al anotar el art. 317 del Esboço que se aparta del sistema adoptado por el Código Civil Francés. Freitas, en la nota al art. 317, criticaba la distinción romana en cosas corporales e incorporales. Y afirmaba que: "nosotros decimos que las cosas son siempre corporales" ya exista sobre la misma, derecho de dominio u otros

[22] Ver DIEZ PICASO, L. (2009). *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, III, Ed. Civitas, p. 155.

derechos reales, mientras que las cosas son incorporales cuando son hechos. Se observa que, en esta definición no se incorporan las ideas u otros bienes incorporales.

Como se manifestaba en la nota al art. 2311 del CC. Freitas ponía al artículo 317 de su proyecto de Código, una larga nota demostrando que sólo deben entenderse por "cosas" los objetos materiales; y que la división en cosas corporales e incorporales, atribuyendo a la palabra "cosas" cuanto pueda ser objeto de los derechos, aceptada generalmente en aquel entonces, había confundido todas las ideas, produciendo una perturbación constante en la inteligencia y aplicación de las leyes civiles.

Y continuaba la nota diciendo que: "La palabra cosa, en la flexibilidad indefinida de sus acepciones comprende en verdad todo lo que existe; no sólo los objetos que pueden ser de propiedad del hombre, sino todo lo que la naturaleza escapa a esta apropiación exclusiva; el mar, el aire, el sol, etc.. Mas como objeto de los derechos privados, debemos limitar la extensión de esta palabra a lo que puede tener un valor entre los bienes de los particulares. Así, todos los bienes son cosas, pero no todas las cosas son bienes. La cosa es el género, el bien es una especie".

Las cosas son inmediatamente objeto de los derechos reales y sólo mediatamente objeto de los derechos personales. Cuando se transfiere el dominio, el usufructo, el uso, la habitación se transmite la cosa que es objeto de dichos derechos. En el caso particular de la servidumbre y la hipoteca no es necesario la tradición de la cosa, pero de ello no resulta que dichos derechos no tengan por objeto cosas.

3.1. Derecho Romano:

Los romanos no nos han transmitido una definición del término. En este aspecto, las notas definitorias puestas por los justinianeos en el Título del Digesto, pertenecen probablemente en sus textos originales a un comentario editorial, no pretendiendo fijar el término técnico de cosa. En el derecho romano, el concepto de res se adecúa en su origen a la noción de patrimonio, y en función de tal, la doctrina había elaborado la idea de cosa. En la más antigua tradición latina, el patrimonio primitivo, estaba constituido por el fundo (familia pecuniaque), elemento indispensable para la vital actividad, la agricultura. Entonces res, eran sólo las cosas corporales, objeto del "dominiun ex jure quiritum", y en general de los derechos reales[23].

[23] BANCHIO, E. C. (1962). Nuevas categorías de cosas. Doctrina y Legislación comparada. Universidad Nacional de Córdoba. Dirección de publicidad, Córdoba S.A., Del Boletín de Derecho y Ciencias Sociales. Año XXVI, Nº 2- 3, Córdoba, pp. 8-9.

Entonces, para el más antiguo derecho romano, sólo eran cosas las que tenían existencia corpórea y poseían un valor estimado en su aspecto económico.

El desarrollo de la economía familiar, llevó a insertar la noción de cosas incorporales. Ello también puede deberse a la influencia de la filosofía griega, en especial la escuela estoica, que había elaborado el concepto de cosas incorporales.

Por eso, luego tendió a espiritualizarse el concepto social del patrimonio, dando origen a la distinción de las cosas en corporales e incorporales. Para Banchio, esta distinción corresponde a Gayo y fue recogida luego por el derecho justinianeo[24]. Sin embargo, se ha señalado que tal diferenciación no aparece generalizada para los juristas clásicos romanos, a pesar de que la misma perdurara en el derecho medieval, y en la doctrina moderna, como en la francesa e italiana.

Para los romanos cosa era todo, dejando que la necesidad y el tráfico jurídico determinaran a qué se debía considerar jurídicamente cosas. Éstas abarcaban objetos corpóreos e incorpóreos, y a pesar que no definieron a las cosas, sí la clasificaron. Ciertos autores consideran que se admitió la división de las cosas, porque confundieron el derecho de propiedad con la cosa objeto de la relación, materializándose así, en cierto modo, el derecho. Ello explica la antítesis entre la propiedad materializada en su objeto y todos los otros derechos patrimoniales que existen como concepción de la mente más que como realidades concretas. Para la mentalidad vulgar, es más instintivo, decir esta cosa es mía, que expresar que tengo el derecho de propiedad sobre la cosa; por lo que tal distinción resulta correlativa a la antítesis entre el derecho de propiedad por un lado, y los demás derechos por el otro[25].

Los romanos distinguieron las cosas denominadas “res in nostro patrimonio”, “res extra nostrum patrimonium” y también las “res divini iuris” y “res humani iuris”. Clasificaron las res “divini iuris” en “res sacrae”, “religiosae” y “sanctae”. Dentro de las “res humani iuris” ubicaban a las “res publicae” y “res privatae”. Y por el otro lado, diferenciaban las “res corporales”, de las “res incorporales” y las “res mancipi”, de las “res nec mancipi”.

Las cosas denominadas “in nostro patrimonio” eran las cosas que estaban o eventualmente podían estar en el patrimonio de alguien[26]; en cambio aquellas que figuraban

[24] BANCHIO, E. C. (1962). Nuevas categorías de cosas. Doctrina y Legislación comparada. Universidad Nacional de Córdoba. Dirección de publicidad, Córdoba S.A., Del Boletín de Derecho y Ciencias Sociales. Año XXVI, Nº 2- 3, Córdoba, p. 12 y ss.

[25] VALVERDE y VALVERDE, C. (1925). *Tratado de Derecho Civil Español*, T. I, Parte General. Valladolid, p. 383 y ss.

[26] CURA GRASSI, D. (2006). *Derecho Inmobiliario*. Buenos Aires: Ediciones La Rocca p. 24, nota 7, recuerda que primitivamente en Roma, sólo las denominadas res mancipi y únicamente al principio, las cosas muebles, fueron susceptibles de constituir derecho de propiedad individual y de comercio. Posteriormente cuando lo bienes inmuebles dejaron de ser propiedad colectiva de las gens, las cosas materiales y/o corporales sólo podía

"extra nostrum patriminonium" eran las que al estar consagradas a los dioses superiores (res sacrae), o dejada a los dioses Manes (res religiosae)[27]; o por ser de todos (res comunes ómnium), o por ser del "populus" (res publicae) no podrían ser adquiridas por los particulares. Por lo tanto, existía cierta aproximación entre esta diferenciación y la distinción entre las "res in comercio" y "res extra commercium" (cf. Dig. 18, 1, 6; íd., 34, 1)[28].

Etimológicamente patrimonio deriva de la vos patrimonium, que significa lo recibido del padre o patre[29].

Como ya se adelantó, los romanos tenían una concepción amplia del término cosa, como sinónimo de objeto de derecho. Hasta empleaban la palabra res para designar incluso actividades de los hombres[30]. Por ello, clasificaban a las cosas en corporales e incorporales según pudieran o no tocarse[31] (como si la percepción por los sentidos fuera sólo por el tacto). Esta diferenciación es netamente retórica o teórica, lo cual no significa que la misma careciera de significación para el derecho, porque solamente las cosas corporales podían ser objeto de posesión, y además sólo podía ser adquirido el dominium por la traditio y la usucapio respecto de cosas corporales. Además, para intentar una actio in rem se necesitaba que la cosa fuera corporal. Con posterioridad, respecto de algunas situaciones de vinculación con cosas incorporales, por ej.: en el usufructo se comenzará a hablar de quasi-possessio.

considerarse que estaban dentro del comercio. Finalmente se reconoció que las cosas inmateriales y/o incorporales, igualmente podían ser objeto de las relaciones jurídicas.

[27] Las primeras requerían la intervención autorizante del "populus" por medio de una disposición y una ceremonia religiosa; y las segundas se hacían religiosas por la voluntad del particular del propietario al enterrar en su terreno a un muerto, o si el entierro lo hacía un tercero en terreno ajeno debía desenterrarlo o pagar el precio del lugar, porque el terreno por dicho acto se volvía "res extra patrimonium", en este caso el que había impuesto el sepulcro ostentaba, no el dominio porque el inmueble estaba fuera del comercio, sino el derecho de enterrar.

[28] GAYO, "Institutas" Texto traducido, notas e introducción por DI PIETRO, A. (1997). Quinta edición, Buenos Aires; Abeledo-Perrot, p. 187 nota 1.

[29] ARGUELLO, L. R. (1985). Manual de derecho romano. Historia e instituciones, 2da Edición corregida y 2da. reimpresión. Bs. As.: Editorial Astrea, p. 177.

[30] Por ejemplo utilizaban la palabra "res gestae" para denominar la sucesión itinerante de los sucesos históricos, etc. La res latina no es lo que se opone al hombre como objeto, sino lo que concierne al hombre. El significado de cosa deriva indirectamente del lenguaje forense que habla de causa como razón eficiente. Esta causa que motiva el asunto se aproxima lentamente al asunto mismo. Las res son concebidas en la época de Cicerón como correspondiendo a dos géneros. Unas comprenden las cosas que existen realmente, que se pueden ver y tocar. Y las otras aquellas que son inteligidas, es decir que no existen realmente que no pueden ser tocadas ni mostradas, pero que pueden ser vistas y comprendidas por el alma, como si fuera a definir la usucapión, la tutela, todas las cosas que no tienen substrato corporal, pero que conformen una idea ínsita impresa en la inteligencia, a la cual llamó "noción". Ver GAYO Institutas. Texto traducido notas e introducción por DI PIETRO, A. (1997), quinta edición, Bs. As: Abeledo-Perrot, p. 196, nota 12, d).

[31] Así se decía en las Institutas de Gayo, que son cosas corporales aquellas que pueden tocarse como por ejemplo: un fundo, un esclavo, un vestido, el oro, la plata y otras innumerables cosas. Mención de las res corporales encontramos en el Digesto en 12, 6, 46, 23, 3, 39 pr.; 32, 95, 34,4, 32 citado en Gayo Institutas. Texto traducido notas e introducción por DI PIETRO, A. (1997). quinta edición, Bs. As.: Abeledo-Perrot, p. 197, nota 13.

Consideraban cosas incorporales a aquellas que no se pueden tocar, tales como las que tienen su existencia en el ius, como una herencia, un usufructo, las obligaciones[32] de cualquier modo que se hayan contraído. Se contaban igualmente entre las cosas incorporales los iura o servidumbres de los predios urbanos y rústicos, como por ejemplo el de estar elevada más alta la casa, el ius de goteo, etc. También se incluían los derechos subjetivos[33] en general, "con excepción del dominio que se consustanciaba con el objeto"[34], porque la gran cantidad de facultades que otorga sobre ésta produce su identificación[35].

En el derecho romano existían dos clases de acciones, las acciones in rem y las acciones in personae, que a su vez se podían subclasificar en otras especies. La segunda era la acción que se ejerce contra alguien que estaba obligado hacia nosotros a una prestación, en virtud de un vínculo obligacional contractual o delictual. La actio in rem[36] era aquella por la cual se reclamaba una cosa corporal o que nos compete, un ius determinado como por ejemplo: el usus, usufructo, el de paso, el de edificar más alto. El adversario tiene una acción contraria que es la "actio negativa". Confundir la acción con lo protegido o pensar que detrás de una "actio in rem" existe un derecho real y detrás de una "actio in personan" un derecho personal, no es romano. Ello recién surgió sobre todo con los comentaristas medievales, que hablaban de "ius in re" y de "ius ad rem". Savigny aclara que la "actio n rem" no sólo se utiliza para la defensa de los derechos reales; sino que abarca las "quaestiones statu". Estas últimas incluían los debates sobre el status político, la libertad y la calidad de ingenuo y el satus privado, es decir la situación dentro de la familia, por ejemplo: la del hijo legítimo que entra en la calificación de actiones praeiudiciales, también las denominadas actiones in rem scriptae, como por ej.: la "actio quod

[32] Que no deben ser entendidas como derecho personal de crédito al estilo moderno, sino que las mismas sólo están definidas desde el punto de vista pasivo- Digesto en 12, 6, 46, 23, 3, 39 pr.; 32, 95, 34,4, 32 citado en Gayo Institutas. Texto traducido notas e introducción por DI PIETRO, A. (1997). quinta edición, Bs. As.: Abeledo-Perrot, p. 202, nota 14.

[33] Sin embargo, se ha aclarado que se podría comprender que Gayo al hacer mención que las res incorporales son aquellas que "in iure consistunt", se está refiriendo a los derechos subjetivos, pero en realidad se traicionaría el texto, porque la idea de derecho subjetivo no parece estar vigente en el Derecho Romano, sino que es de origen moderno. Esto fue denunciado por Michel Villey, en su artículo: "Les Institutes de Gaius et l´idée du droit sujectif" (v. Lecons d´hist. De la phil. Du dr., pp. 167 ss), citado en Gayo Institutas. Texto traducido notas e introducción por DI PIETRO, A. (1997). quinta edición, Bs. As.: Abeledo-Perrot, p. 197, nota 14. En dicha nota se explica que más bien "incorporalia" en el estoicismo era la forma o cualidad determinada de la materia (que sería la res coporali o cuerpo que es el ser concreto compuesto de materia y que de por sí es inerte, inmóvil); y que la res incorporali para Gayo era como los atributos jurídicos o cualidades de la cosa, como por ejemplo: las servidumbres.

[34] ELGUERA, E., RUSSOMANO, M., (1959). *Curso de derechos reales en el derecho romano*, núm. 1, Bs. As.: Abelardo Perrot, p.10.

[35] ALLENDE, G. (1967). *Panorama de los derechos reales*. Bs. As: Ed. LA LEY, p. 155

[36] En la actio in personam al reclamarse una obligatio y siendo que la misma resultare de varias causas distintas, el hecho de haberla intentado por una causa no obstaculizaba que se reclamara por otra, en cambio si reclamaba que una cosa es mía por una reivindicatio, sin haber expresado la causa, si era vencido en el juicio, no podría intentar uno nuevo. Además, la garantía de la cautio iudicatum solvi, sólo era debida en el caso que se intentara una actio in rem.

metus causa" o la "actio ad exhibendum"; acciones que modernamente serían personales. En Roma se consideraban estas acciones in rem, porque en todas ellas lo que se pretendía era una declaración absoluta, sin tener en cuenta una persona determinada como demandado. En cambio la condictio furtiua que en cierto modo protegía la reinstalación en la relación real estaba dirigida contra una persona y por eso era personam[37].

Debe advertirse, que el sujeto de los derechos plenamente capaz era solamente el pater familias; y su señorío se extendía a todo cuanto comprendía la casa, animado o inanimado. De aquí que se concibiera la esfera jurídica de su actuación, como un todo del que los diferentes derechos subjetivos no son más que funciones. Este patrimonio, esfera unitaria que abarcaba el señorío del pater familias, es el que se denominaba familia o familia pecuniaque. Cabe aclarar, que lo único seguro es que los miembros libres de la familia como la mujer, los hijos no se comprendían originariamente en la palabra familia, la que sólo abarcaba los objetos materiales de la casa. Mientras que cuando se empleaba la palabra familia para designar patrimonio comprendía lo pecunia, que era todo lo demás por antítesis[38].

Cabe recordar que los jurisconsultos romanos no se ocuparon de formular una definición de los derechos reales, ni los distinguieron de los derechos de obligaciones. Las fuentes separan tan sólo las acciones reales (in rem), cuyo tipo es la vindicatio; de las acciones personales (in personam) que no se dirigían adversus omnes como las primeras, sino contra el sujeto pasivo de la relación, o sea el deudor. Los derechos reales fueron también llamados iura in re, para expresar que el objeto inmediato era una cosa. El objeto del derecho real era siempre una cosa y una cosa determinada – de ordinario corporal[39].

3.2. Doctrina argentina:

[37] Citado por GAYO, Institutas. Texto traducido notas e introducción por DI PIETRO, A. (1997). quinta edición, Bs. As.: Abeledo-Perrot, p. 624, nota 2.3.b.

[38] VON MAYR, R. (1926) *Historia del Derecho Romano I*, Traducido directamente del Alemán por el Prof. Wenceslao Roces de la Universidad de Salamanca., Barcelona: Editorial Labor S.A, p. 174 y ss. Aunque luego dicho autor agrega que pecunia eran las *res nec mancipi* como los esclavos y las res mancipi designaba generalmente el ganado que era lo más importante para los romanos, cuando todavía no existía la propiedad territorial. No obstante ARGUELLO, L. R. (1985). *Manual de derecho romano. Historia e instituciones*, 2da Edición corregida y 2da. reimpresión. Bs. As.: Editorial Astrea, p. 153; aclara que la distinción entre res manicipi y nec manicpi fue la primera clasificación a la cual los romanos reconocieron interés práctico desde la Ley de las XII Tablas. Eran mancipi las cosas cuya propiedad se transmitía por un modo del derecho civil formal, la mancipatio o in iure cessio. Y se especifica que eran cosas mancipables las de mayor valor en la primitiva economía agrícola. Como los fundos, las cosas situadas en el suelo de Italia, las servidumbres, los animales de tiro y carga y nombra también entre éstas a los esclavos.

[39] ARGUELLO, L. R. (1985). *Manual de derecho romano. Historia e instituciones*, 2da Edición corregida y 2da. reimpresión. Bs. As.: Editorial Astrea, p. 179.

Para la mayoría de la doctrina nacional durante la vigencia del Código de Vélez, sólo las cosas podían ser objeto de los derechos reales. A modo de ejemplo se puede nombrar a Segovia[40], Galeano[41], Mariani de Vidal[42], Papaño, Kiper[43], etc.).

Mientras que un importante sector consideraba aún durante la vigencia de dicho Código que, aunque lo expuesto en el párrafo anterior era la regla, existían excepciones que la confirmaban, como: las cuotas ideales en el condominio, el usufructo irregular (sobre derechos – art. 2838 del Código de Vélez, o sobre cosas de mero placer o improductivas 2844 del Código de Vélez), o sobre un patrimonio – arts. 2900 y 2901 del C.C.; la prenda de créditos (art. 3211 del CC), de patentes de invención – art. 41 de la ley 111, de marcas de fábrica o comercio (arts. 6, 8 y 11, ley 3975), de derechos de autor – art. 51, ley 11723, el derecho de uso normado por los artículos 2958 y 2967 del CC[44] (donde aparecía como objeto de un derecho real una prestación). La regla entonces, sostenían, no era tan rigurosa aunque se mantenía en su integridad con las excepciones legislativamente aceptadas como, actualmente lo acepta expresamente el art. 1883 en el segundo párrafo del nuevo CCC. En este sentido, se habían pronunciado autores de la talla de Lafaille[45], Mosset Espanes[46], Alsina Atienza[47], Danssen-Vera Villalobos[48], Musto[49]. Otros, como Valdés y Orchansky[50] consideraban que otra excepción era el caso en el que el usufructuario daba en anticresis su derecho de usufructo.

En una postura amplia y particular se encontraba Molinario[51], quien además de aceptar que el objeto de los derechos reales podían ser los bienes y no las cosas; distinguía en el caso de los derechos reales sobre cosa ajena, dos objetos: el inmediato que eran las facultades desmembradas del derecho del dominio del propietario y el mediato que eran sólo las cosas o

[40] SEGOVIA, L. (1933). *Código Civil de la República Argentina con su explicación y crítica bajo forma de notas*, t. II, nota 4 a la nota del art. 2564 y nota 7 al 2.760, Bs. As.: Ed. La Facultad Buenos Aires, p. 78 y p. 190.
[41] GALEANO, J. (1923). *De las cosas, la posesión y las acciones posesorias*, Bs. As.:Ed. Jesús Menéndez e Hijos, p. 15.
[42] MARIANI DE VIDAL, M. (1998). *Curso de Derechos Reales*, Bs. As: Zavalía, p. 25 y ss. Quien considera que realmente los derechos no son objeto de los derechos reales sino el papel que lo instrumenta (pág. 26); aunque en su obra: "Derecho reales" (2004). T. I, Bs. As: Zavalía, en la p. 26 admite, que la doctrina se ha planteado la posibilidad de que existan excepciones a dicha regla y nombra a la hipoteca sobre derecho de forestar.
[43] PAPAÑO, R. y otros, (1993). *Derechos reales*, T. I, Bs. As: Ed. Depalma. p. 6. "Sólo las cosas pueden ser objeto de los derechos reales, no así los bienes que no constituyan cosas (bienes en sentido estricto: objetos inmateriales".
[44] MARIANI DE VIDAL, M. (2004). *Derechos reales*. T. I, Bs. As: Zavalía. p. 28.
[45] LAFAILLE, H. (1943). *Tratado de los derechos reales*. Vol 1. Bs. As: Ediar, núm. 1.349, p. 417, p. 459; vol. III, núm. 1.820, p. 189, núm. 1.849, p. 210.
[46] MOISSET ESPANES, L. (1981). *El principio de especialidad y determinación de los elementos de la relación real en dominio de los automotores y publicidad registral*. Buenos Aires: Hammurabi, pp. 248-249.
[47] ALSINA ATIENZA, D. (1956). La diferencia entre el derecho real y el de crédito, *J.A*., III-12.
[48] VILLALOBOS DASSEN, V. (1962). *Manual de Derechos Reales*. Buenos Aires: T.E.A, p. 5.
[49] MUSTO, N. (1981), *Derechos reales*, t. I, Santa Fe: Rubinzal Culzoni, apart. D., pto. B. p. 64.
[50] VALDÉS, H. y ORCHANSKY, B. (1969). *Lecciones de derechos reales*. Córdoba: Ed. Lerner, p. 29.
[51] MOLINARIO, A. (1965). *Derecho patrimonial y derecho real*, Bs As: LA LEY, p. 44, 45 y 53.

los bienes. En el mismo sentido Bono[52] expresa que el objeto y los bienes pueden susceptibles de patrimonialidad privada, y pueden ser objeto de los derechos reales. Para este último autor, no es mayormente útil una norma que recepte un principio general sobre el objeto de los derechos reales, ya que por el principio del numerus clausus, de la regulación de cada derecho real debe surgir su determinación precisa de lo que puede o no ser objeto de dicho derecho. Comparte la opinión referida a que las cosas y los bienes pueden ser objeto de los derechos reales Luverá[53], y apoya la modificación propuesta en el proyecto de unificación del código civil de 1998, que considera que se amolda a los nuevos vientos del derecho comparado.

Machado[54] al igual que Roguín[55] que parecían enrolarse en la postura monista o unitaria antes descripta, entendían que el objeto de los derechos reales es la inacción o el no hacer de la sociedad. Con lo que observaban que, el derecho real se parecería a un derecho personal, cuya prestación constituía un no hacer. Y la cosa completaba este objeto para el primero o era sólo un objeto físico, para el segundo.

Gatti[56], con una postura restrictiva que consideraba que las cosas eran el único objeto posible de los derechos reales, aclaraba los conceptos vertidos por los dos autores anteriores. A tal fin, distinguía el aspecto externo e interno del derecho real. En el primero, es decir en la relación jurídica, el objeto es la abstención de los integrantes de la comunidad. Mientras que en el aspecto interno, es decir relación o contenido económico, lo que es fundamental porque se trata de derechos patrimoniales, es la cosa.

En una posición más laxa se enrola Cura Grassi, quien considera que se debe sustituir el concepto restrictivo de cosa por el abierto y general que comprenda las cosas inmateriales e incorporales y con ello admitir un sin fin de realidades, dadas por los avances técnicos y científicos[57]. La que se puede postular como una propuesta de *lege ferenda.*

---

[52] BONO, G. A. (20 al 22 de septiembre de 2001). *El objeto de los derechos reales: su determinación*. [Ponencia]. XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Libro de Ponencias, Buenos Aires: Hammurabi, José Luis Depalma Editor, p. 2.

[53] LUVERÁ, M. A. (2001). *El objeto de los derechos reales: variaciones*. [Ponencia]. XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Libro de Ponencias-, Buenos Aires: Hammurabi, Depalma Editores, p. 181. Dicho autor expresa que, las nuevas tendencias del derecho comparado afectan de manera positiva la idea de perpetuidad, sin entenderse como la amplificación del objeto de los derechos reales incide en este carácter del dominio. Salvo que se considere que los derechos y las cosas incorporales no subsisten perpetuamente, pero debe advertirse que muchas cosas muebles y especialmente las consumibles, tampoco existen in eternun. Por otro lado, justamente el derecho de dominio es uno de los que recae por ahora en nuestro derecho, sólo sobre cosas.

[54] MACHADO, J. O. (1920). *Exposición y comentario del Código Civil argentino*, T. 6. Buenos Aires: Ed. Lojouane, p. 474.

[55] ROGUÍN, citado por ALLENDE, G. (1967). *Panorama de los derechos reales*. Ed. LL Bs. As. pp. 150-151.

[56] GATTI, E. (1975). *Teoría general de los derechos reales*. Buenos Aires: Ed. Abeledo Perrot, p. 100.

[57] CURA GRASSI, D. C. (2001). *Objeto de los derechos reales*. [Ponencia]. XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil- Libro de Ponencias. Buenos Aires: Hammurabi, José Luis Depalma Editor, p. 177. No obstante, dicho autor propone la siguiente definición de cosa: "Todo aquello que pueda ser percibido por los sentidos, susceptible de apreciación pecuniaria". Pero ¿no son justamente los objetos corporales los que se pueden percibir

Dicho autor destaca, que sin lugar a dudas nos encontramos frente a nuevas realidades, y siguiendo a Josserand, no se debe olvidar aquella aleccionadora máxima del ilustre doctrinario francés: "… si los juristas no viven de acuerdo con su época, ésta los abandona". Y advierte sobre la necesidad de revisión del tema, a los fines de lograr una adecuada actualización acorde a los tiempos en que vivimos, en varios trabajos de su autoría[58], sin desconocer que el objeto de los derechos reales por excelencia, está dado por las cosas denominadas corporales.

Este doctrinario destaca, que la importancia de la temática trasciende el marco de los derechos reales, atento que al tratar el objeto se está haciendo referencia, ni más ni menos, a uno de los tres componentes de la relación jurídica, además del sujeto y de la causa. Pero admite que la propiedad incorporal presenta diferencias con la clásica propiedad corporal dada, precisamente por la misma naturaleza de las cosas, lo que no es óbice a lograr una cesión, transmisión, como así también un embargo, prenda e hipoteca sobre dichas cosas incorporales. Termina concluyendo entonces, que como indudablemente las necesidades humanas van en aumento, el concepto de cosa debe aumentar.[59]

El autor reflexionaba, durante la vigencia del Código de Vélez que, "como en nuestro derecho según el art. 2311, las cosas son objetos materiales susceptibles de valor, el caso del usufructo y la prenda sobre derechos es desconcertante; al hablar de cosas ¿sólo debemos referirnos a las que son corporales o materiales?". Y como en su opinión, en el derecho argentino estaba permitido la cuasiposesión, que recaía sobre cosas incorporales (derechos reales sobre cosas ajenas) se pregunta, "¿por qué no acudir, entonces, a un concepto más genérico...?"[60].

Banchio explica que la noción de cosa fue concebida tan pronto como el hombre trató de asegurarse de cualquier manera los bienes que el mundo le ofrecía, apropiándose de ellos para satisfacer las necesidades primordiales de su existencia. El derecho con posterioridad vino a regular ese apoderamiento que a veces se tornaba angustioso; y la simple noción de cosa se sustituyó por el concepto jurídico de cosa. Pero debe advertirse que dicha apreciación jurídica, no debe ser considerada como una categoría abstracta legislativa o producto científico de una creación lóg ica de las "mens legis", sino como una categoría del pensamiento jurídico, que

---

por los sentidos? Por otro lado en su obra *Derecho Inmobiliario* (2006). Buenos Aires: Ediciones La Rocca, p. 22, admite que "con el concepto cosa parece que está pasando algo", y cita la definición del diccionario de la Real Academia Española.

[58] CURA GRASSI, D. C. (1997). Reflexiones sobre temas de derechos reales. *LL*, Doctrina Judicial, íd; (1998). *Derechos reales, Parte General*, vol I. Buenos Aires: Ed. Depalma, p. 29.

[59] CURA GRASSI, D. (2006). *Derecho Inmobiliario*. Buenos Aires: Ediciones La Rocca, pp. 23-24. Y enumera como propiedades incorporales, la literaria artística o industrial, el tiempo compartido y todo lo que sucede con la energía y demás fuerzas de la naturaleza.

[60] CURA GRASSI, D. (2006). *Derecho Inmobiliario*, Buenos Aires: Ediciones La Rocca, p. 25.

debe corresponder y amoldarse a la realidad de los hechos, concibiéndose entonces, por "cosa" aquello que, como tal, es considerado en la sociedad a la cual la norma está destinada[61]. Destaca también que el concepto de cosa jurídicamente debe ser elaborado sobre un criterio autónomo frente a las concepciones elaboradas por la física o la química. Por ello un objeto puede ser considerado cosa por un ordenamiento y no por otro., y aún dentro de una misma legislación se puede cambiar el concepto de cosa, según las circunstancias de lugar y tiempo.

Bonfante[62] sostiene que es una parte limitada del mundo exterior, que en la conciencia social está aislada y concebida como entidad económica independiente. Y entre los expositores que se referían al viejo código italiano, Rotondi expresaba que: "cosa es una entidad que puede ser objeto de goce y de disposición autónoma", esto quiere decir que se debe distinguir del sujeto, como de otros bienes. Mientras que De Ruggiero aclaraba que: "en sentido jurídico es todo lo que puede ser objeto de derechos y, por tanto, toda parte del mundo externo capaz de ser sometida a nuestro poder e idónea para producir utilidad económica". Y por lo tanto, no es cosa lo que se sustrae a la posibilidad física de apropiación; como por ejemplo: los astros, ni la naturaleza libre en sí y en su totalidad constituye cosa en sentido jurídico, sino sólo aquellas partes que pueden ser dominadas por el hombre y destinadas a satisfacer sus necesidades[63].

La Dra. Kemelmajer de Carlucci por su parte, entiende que la distinción entre derechos reales y personales si bi*en es* importante, debe ser analizada en el marco de las *categorías jurídicas* y no en la de los dogmas, por lo tanto la misma no debe ser un valladar para encontrar solución a casos que exigen oponibilidad erga omnes, a la manera de los derechos reales[64]. Por eso, Cura Grassi propone de lege ferenda, un concepto más lato de cosa, para que pueda considerarse objeto lo incorporal y con ello "aceptar un sin fin de realidades, dadas por los avances técnicos y científicos, respecto de futuros soportes de derechos reales. En esta inteligencia y sin negar las características principales que diferencian a los derechos reales y personales, se le ocurre definir cosa como: "todo aquello que pueda ser percibido por los

[61] BARASSI, *I Diritti Reali*, p. 116 y ss citado por BANHIO, E. C. (1962). *Nuevas categorías de cosas. Doctrina y legislación comparada*. Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba, p. 32.
[62] BONFANTE. P. (1965). *Instituciones de Derecho Romano Trad*. de Bacci-Larrosa. Madrid: Reus, parágrafo 77, p. 237.
[63] RONTONDI, M. (1937). *Istituzioni di Diritto Privato.* Cedam Casa Editrice Dott. Antonio Milani: Padova, parágrafo 96, p. 233 y DE RUGGIERO, R. (1929). *Instituciones de Derecho Civil*. Traducción de la 4ta. Madrid: Edición por Serrano Suñer y Cruz Teijeiro, parágrafo 45, p. 483.
[64] KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (2005), en *Código Civil y Leyes complementarias, comentado, anotado y concordado* dirigido por Zannoni, T. 10, comentario al art. 2311, Buenos Aires: Editorial Astrea, p. 9 quien cita a Biondi, el cual se pronuncia a favor de analizar con realismo los derechos reales sobre bienes. Ver BIONDI, B. (1961). *Los bienes*. Barcelona: Ed. BOSCH SA., p.10.

sentidos, susceptible de apreciación pecunaria". De esta manera considera que podría entrar en esta definición: el aire, el viento, el sol, el espacio, la energía, y el tiempo[65].

Aunque respecto del tiempo cabe apreciar, que no es tan claro que se lo pueda percibir por los sentidos en forma directa, sino más bien que se puede tener noción de él y por los sentidos percibir algunos signos que dejan huella de su paso como: la posición del sol, la vejez, el crecimiento, etc.

Cura Grassi resalta que debe tenerse en cuenta, que dicho concepto encierra distintas nociones; depende de la capacidad tecnológica del hombre de utilizar los recursos de la naturaleza como: las minas, la energía, el espacio, partes del cuerpo humano, etc.; y el aumento de las necesidades humanas frente a la superpoblación, problemas climáticos, escasez de ciertos recursos, etc. En este sentido Galeano explica que el concepto de bien es un concepto históricamente relativo, que depende de diversos aspectos de la evolución de la civilización humana[66].

Nuestro actual código de alguna manera precisa que las cosas son bienes materiales en el art. 16 del CCC, es decir que deja fuera los bienes inmateriales, pero luego agrega en el art. 1883 que el objeto de los derechos reales puede ser un bien taxativamente señalado por la ley, con lo que se deja la puerta abierta para que la ley incorpore como objeto de los derechos reales bienes inmateriales que la tecnología permita utilizar.

En el lenguaje vulgar la palabra cosa es tan amplia que se utiliza para reemplazar cualquier otra palabra, como por ejemplo: que cosa difícil de entender. Lo que se sí se observa, es que la cosa no se confunde con el sujeto.

En cuanto a la definición jurídica, la misma depende del sistema adoptado por la legislación de cada país, por lo tanto no será lo mismo cosa para los sistemas que consideran que ella es una especie de bienes, que para los que disponen que ella abarca los bienes.

Jurídicamente se ha definido a la cosa en los regímenes que tienen un concepto restringido de la misma como: "objetos corporales, partes de la naturaleza no libre y dominable que rodea al hombre, que tienen sustantividad propia, una denominación especial y un valor en la vida del tráfico, siendo en consecuencia como reconocidas como objetos de derechos independientes"[67].

3.3. Derecho comparado:

[65] CURA GRASSI, D. (2006). *Derecho Inmobiliario*. Buenos Aires: Ediciones La Rocca, p. 26.
[66] GALGANO, F. (1990), *I beni e la propieta. En Diritto Civile e Comérciale*, I, nº 75, Padua, Italia: Edit. CEDAM, ps. 307-308.
[67] ENNECCERUS, I, vol. I, n° 114, p.532. Dicho autor es un clásico del derecho alemán que se funda en un código que sigue un sistema similar al nuestro.

En el derecho europeo se observa, que el art. 369 del Cód. de Portugal derogado definía la cosa como todo aquello que carece de personalidad, mientras que el art. 202 del vigente como todo lo que puede ser objeto de relaciones jurídicas[68].

A pesar de que el Código Civil Portugués definía a las cosas como: "todo aquello que no siendo persona en sentido jurídico, puede constituir objeto de las relaciones jurídicas", se advierte que la doctrina que se refieren a las cosas en dichos sistemas, cuando precisan los requisitos necesarios para que se pueda considerar cosa a una entidad, coinciden con los doctrinarios del sistema restringido, salvo en lo que se refiere a la exigencia de la corporalidad de la cosa. Así Domínguez de Andrade, autor portugués, aclara que toda cosa debe ser: "a) un objeto impersonal (carente de personalidad jurídica, b) objeto con existencia autónoma, c) objeto idóneo para satisfacer necesidades o intereses humanos; d) objeto apropiable, esto es capaz de subordinación jurídica al poder, acción o disponibilidad exclusiva de uno o de algunos hombres"[69]. Debe entenderse que el requisito de existencia autónoma parece negar la categoría de cosas accesorias, pero no tiene dicha finalidad, sino la de entender que lo que no es autónomo no puede ser cosa por si, sino que necesita otra cosa para existir. La Dra. Kemelmajer[70] dice que por eso el aire no es cosa, lo que se considera no muy convincente, porque en cierta manera, el aire existe con autonomía de otra cosa, pero por otra parte al igual que el agua para que exista es necesaria la fotosíntesis, hasta se podría afirmar siendo meticulosos que todo depende de todo. Pero sí se puede sostener, que no parece ser apropiable.

Esta amplitud ha existido y existe en muchos códigos como por ejemplo: el art. 285 del Cód. de Austria, que dice: "Todo aquello que no es persona y sirve al uso del hombre". Sin embargo la doctrina civilista austríaca también se ha manifestado favorable en aceptar la idea de bien concebido como cosa corporal. Y para algunos se exige el requisito de la corporalidad en el concepto de cosa y se reserva la expresión cosa incorporal para los derechos exclusivamente[71].

---

[68] Citado por KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (2005), en *Código Civil y Leyes complementarias, comentado, anotado y concordado* dirigido por Zannoni, T. 10, comentario al art. 2311, Buenos Aires: Editorial Astrea, p.7.

[69] DOMINGUES DE ANDRADE, *Teoria geral da relacao juridica*, n° 36, citado por KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., (2005), en *Código Civil y Leyes complementarias, comentado, anotado y concordado* dirigido por Zannoni, T. 10, comentario al art. 2311, Buenos Aires: Editorial Astrea. cit., p. 9.

[70] KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., (2005), en *Código Civil y Leyes complementarias, comentado, anotado y concordado* dirigido por Zannoni, T. 10, comentario al art. 2311, Buenos Aires: Editorial Astrea. p. 10.

[71] UNGER, *Sistema de Derecho Privado Austríaco*, Tomo I, p. 353, y ss; RANDA, *El Derecho de Propiedad*… p. 58, ambos citados por BARASSI, L. (1955). *Instituciones de Derecho Civil*, Traducción de García de Haro y M. Falcón, Tomo I, Barcelona., p.117.

Ciertos códigos modernos como el italiano de 1942 carecen de definición[72], para no impedir que ciertas realidades que luego puedan aprenderse o utilizarse por los motivos expuestos, no queden fuera de un encorsetado concepto. De este modo, se observa como las nuevas legislaciones siguen el ejemplo de los romanos que no definieron las cosas en virtud de la regla "omnis definitio pericelosa est". No obstante, debe tenerse en cuenta que para los juristas romanos cosa era todo, dejando que la necesidad y el tráfico jurídico determinaran a que se debía considerar cosa, abarcando objetos corpóreos e incorpóreos.

Barassi, al estudiar la noción de bien y siguiendo la doctrina más difundida, lo define como "todo aquello que constituye un fin de la actividad económica y que pertenece al mundo exterior del sujeto". Aclara que cuando nombra a bien se refiere también a cosa, en sentido jurídico, ya que el Código actual usa promiscuamente ambos conceptos, aunque parece utilizar en forma oficial la palabra bien. Y explica que los caracteres de los bienes en sentido jurídico son: ser un fragmento del mundo exterior, es decir aquello que tiene una existencia objetiva en la realidad exterior del sujeto; ser útiles, o sea, aptos para satisfacer las necesidades del hombre, no bastando sin embargo la simple aptitud; sino concurre a la vez la posibilidad de su sujeción al dominio del sujeto; y por último que constituyen una riqueza. Es decir, posible objeto de gestión económica autónoma y sólo se da esa condición cuando las existencias de un bien son inferiores a las necesidades humanas, originándose así, los conflictos de intereses que hace necesaria la intervención del Derecho[73]. Sin embargo, la doctrina no es uniforme en admitir la equivalencia que sostiene Barassi y por el contrario señala que la cosa es por sí una entidad extrajurídica, en cierto modo, un bien en estado potencial y que se convierte en tal cuando se hace objeto de "particular calificación jurídica", en virtud de cumplir una determinada función económica y social, objetivamente considerada; llegándose así, a concluir que bien en sentido jurídico sería una cosa "idónea de dicha función"[74]. Por las mismas razones, se consideran cosas incorporales a la marca, el nombre mercantil, la enseña, etc., como elementos distintos de la empresa o de sus productos. Pero la corriente dominante considera que no debe aceptarse que los derechos considerados en sí mismos puedan ser cosas incorporales, por considerar que no son bienes los derechos subjetivos, por lo que les parece inconcebible que derechos subjetivos

[72] Pero si define a bien en el art. 810 como las cosas que pueden constituir como objetos del derecho. De lo que algunos deducen que cosa es el género y bien la especie. Aunque para algunos la relación es inversa o reina la imprecisión. Ver MESSINEO, F. (1971). *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Tomo II. Bs. As.: Ediciones Jurídicas Europa-América. Parágrafo 25, n°2, p. 258.

[73] BARASSI, L. (1955). *Instituciones de Derecho Civil*, Traducción de García de Haro y M. Falcón, Tomo I, Barcelona, p 117.

[74] MESSINEO, F. (1971). *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Tomo II. Bs. As.: Ediciones Jurídicas Europa-América. Parágrafo 25, n°2, p. 258.

tengan por objeto a otros derechos subjetivos[75]. En sentido se pronuncia Maroi, quien considera que deben ser excluidos del concepto de cosas los derechos subjetivos, por no constituir un bien en sí mismo, sino una tutela jurídica de él[76]. Los que sostienen esta doctrina entienden que en dicho caso el objeto del segundo derecho es siempre la cosa sobre la cual se ha constituido el primer derecho por ejemplo: la anticresis sobre el usufructo importaría una anticresis sobre la finca aunque limitada al usufructo. Pero esta doctrina no explica la prenda de créditos que no son cosas, porque no podría estimarse como tal, el documento que lo instrumenta, que no es objeto corporal con valor económico en sí[77].

Ludovico Barassi[78], considera que no son bienes los derechos subjetivos; aunque el código italiano en el art. 813 extiende a los derechos reales según tengan por objeto bienes muebles o inmuebles, las disposiciones de estos, pero la misma fórmula empleada da entender que no se extiende a tales derechos la naturaleza de bienes. Algunos extienden el concepto de bien a determinadas "res incorporales", siguiendo de esta manera la evolución del concepto económico de riqueza; otros en cambio, se muestran reacios a dicha admisión. Pero de lo que no hay dudas, es que sólo existe un número limitado de bienes inmateriales, y que en cierto sentido son la excepción de la regla general, que es la naturaleza corporal de los bienes (en sentido jurídico).

El proyecto elaborado para la reforma en Italia definía cosa como objeto corporal susceptible de apropiación y utilidad, y en un dispositivo aparte trataba los bienes o cosas inmateriales[79].

En el derecho francés, con una terminología confusa, se habla de bienes, más bien que de cosas. Así el art. 516 del CC se limita a decir que todos los bienes son muebles e inmuebles.

---

[75] BARASSI, L. (1955). *Instituciones de Derecho Civil*, Traducción de García de Haro y M. Falcón, Tomo I, Barcelona, p. 120.

[76] Autor citado por BANCHIO, E. C. (1962). Nuevas categorías de cosas. Doctrina y Legislación comparada. Universidad Nacional de Córdoba. Dirección de publicidad, Córdoba S.A., Del Boletín de Derecho y Ciencias Sociales. Año XXVI, Nº 2- 3, Córdoba, p. 26, quien agrega que a pesar de las imprecisiones expuestas, en general la doctrina italiana prescindiendo de si caben los derechos sobre derechos, considera que de cosas incorporales sólo puede hablarse en el sentido de producciones del ingenio o de la inteligencia del hombre, es decir de la propiedad intelectual.

[77] BANCHIO, E. C. (1962). Nuevas categorías de cosas. Doctrina y Legislación comparada. Universidad Nacional de Córdoba. Dirección de publicidad, Córdoba S.A., Del Boletín de Derecho y Ciencias Sociales. Año XXVI, Nº 2- 3, Córdoba, p. 25 nota.58.

[78] BRARASSI, L. (1955). *Instituciones de Derecho Civil*, Traducción de García de Haro y M. Falcón, Tomo I, Barcelona, p 120.

[79] Consistentes en las obras de ingenio, como: las literarias, artísticas y científicas, o aquellas otras exteriorizaciones de la actividad comercial o industrial, como: las marcas, patentes, diseño industrial, nombre comercial, hacienda, etc., a las que sometía a las reglas de las cosas corporales, en cuanto no estén sujetos a leyes especiales y sea permitido por su propia naturaleza. MAIORCA, V. (1937). *La cosa in censo giurídico*. Torino, p. 27, cit., por FULVIO MAROI, en *Relazione al progetto*, p. 3 y ss. Explican que la extensión de las normas a estos bienes, porque corresponde a su titular su utilización exclusiva, con la diferencia únicamente que la "reivindicatio" procede tratándose de cosas corporales.

Los bienes son tratados en el Libro Segundo titulado: "De los bienes y de las diferentes modificaciones de la propiedad, el título I habla de la distinción de los bienes y el título II trata a la propiedad, a la que conceptualiza como como el derecho de gozar y disponer de una cosa de la manera más absoluta, siempre que no se haga de ella un uso prohibido por las leyes o por los reglamentos" (art. 544). Y son bienes en sentido jurídico, todos los activos del patrimonio[80]. La doctrina ha explicado que cuando el código habla de que todos los bienes son muebles o inmuebles, comprende a la vez los bienes corporales e incorporales. Concordante con dicha explicación el art. 517 dice que los bienes son inmuebles, o por su naturaleza, o por su destino o por el objeto al cual se aplican, sólo son cosas los dos primeros, mientras que los últimos son los derechos que recaen sobre los inmuebles (el art. 526 nombra al usufructo, servidumbres o servicios hipotecarios, acciones que tiendan a reivindicar el inmueble), descontado el derecho de propiedad, que en el derecho Francés se lo confunde con la cosa. Lo mismo ocurre con los muebles. Que se distinguen según el art. 527 en muebles por su naturaleza o por determinación de la ley, siendo estos últimos derechos a los cuales el Código le atribuye carácter mobiliario, como las obligaciones, acciones que tienen por objeto sumas exigibles o efectos mobiliarios (art. 529). También el art. 533 menciona entre los muebles a los créditos[81]. Los bienes corporales recaen sobre cosas, mientras que los incorporales recaen sobre derechos.

Existe un proyecto de reforma que ha elaborado una nueva clasificación y establecen la diferencia entre bienes corporales y los incorporales, aclarando que sólo las cosas pueden ser muebles o inmuebles, según su fijeza o movilidad. No reproduce el art. 516 y elimina la confusión entre propiedad y la cosa sobre la que recae[82]. Y reputa muebles corporales a las energías cualquiera fuera la fuente mobiliaria o inmobiliaria.

Para la doctrina francesa son bienes las cosas que poseen valor económico, siendo cosas todas aquellas que percibimos por los sentidos. Por ejemplo: las piedras de una plaza o la defecación de un perro son cosas, pero no bienes, porque carecen de valor. Es decir, cosa es el género.

El Código Civil español en su artículo 333 nos dice que todas las cosas susceptibles de apropiación pueden clasificarse como bienes muebles o inmuebles. El derecho español distingue los derechos de las cosas, y en algunos preceptos identifica a la cosa con los bienes,

[80] JOSSERAND, L. (1950). *Derecho Civil*. Trad. de Cunchillos y Manterolla, T. I, Vol. III, Bs. As., p. 3.
[81] Francia. https://www.legifrance.gouv.fr. El código civil francés ha sufrido una reforma del derecho de las garantías por la ordenanza 23 de marzo del 2006 según CABRILLAC, R. "El derecho civil francés desde el Código Civil, en *Revista del derecho* (Valdivia), versión On-line ISSN 0718-950. En https:// scielo.conicy.cl
[82] Textos adoptados por la comisión plenarios en su sesión del 22 de mayo de 1947, travaux de la Commission de réforme du Code Civil, año 1946-1947, pág. 781 y ss, citados por MAZEAUD, H. & L. y MAZEAUD, J. (1959). *Lecciones de Derecho Civil*, Trad. Luis Alcalá Zamora y Castillo, B. As., T. I, p. 295.

y a éstos con los derechos (arts. 333, 334 y 336). Por lo que se ha considerado que el problema de la corporalidad o incorporalidad de un objeto carece de relevancia en dicha legislación[83].

En el derecho alemán el parágrafo 90 del BGB dice que: "cosas según la ley son sólo los objetos corporales". Objeto es un concepto más amplio que cosa. Enneccerus, autor clásico del derecho alemán explica que: las cosas son "objetos corporales, partes de la naturaleza no libre y dominable que rodea al hombre, que tiene sustantividad propia, una denominación especial y un valor en la vida del tráfico, siendo en consecuencia reconocidas como objeto de derechos independientes. La referencia a las partes "de la naturaleza no libre" tiene sentido pues, porque la persona también tiene cuerpo, y por lo tanto es material. Por eso se ha considerado que la noción de cosa debe completarse afirmándose que es impersonal, es decir, que no existe bajo determinada personalidad[84]. La legislación alemana ha sido criticada por la rígida distinción entre objetos corporales que son las cosas y los incorporales[85].

El Código Civil Suizo siguiendo la orientación del Alemán, considera el elemento material como requisito esencial del concepto de cosa. Así en el art. 713 del CC dice que: "son objeto de la propiedad mobiliaria las cosas corporales…".

En los países latinoamericanos, algunas legislaciones, como la brasilera de 1916 (art. 44 y 48[86]), el Peruano actualizado [87] (arts. 885 y 886), y el Venezolano vigente[88] (arts. 527 a 537); inspirándose en las directivas del Código Civil Francés y del viejo Código Italiano, adoptaron la clasificación de bienes muebles e inmuebles. La mayoría de los códigos no se ocupan de hacer distinciones entre cosas y bienes, muchas veces se aceptan como sinónimos. Así no hacen distinción el Código de Venezuela y el de México.

Otros códigos diferencian expresamente las cosas corporales de las incorporales según puedan ser percibidas por los sentidos o que consistan sólo en derechos patrimoniales (derechos

---

[83] PÉREZ GONZÁLEZ, B. y ALGUER. (1934). Estudio de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia española, en ENNECCERUS- NIPPERDEY, *Tratado de Derecho Civil*, Vol. I, Tomo I, Barcelona: Bosch, par. 114, p. 537 y ss.

[84] ENNECCERUS, I, vol. I, n° 14 p. 532 y BARBERO, D. *Sistema del derecho privado*, n° 141, autores citados por KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (2005), en *Código Civil y Leyes complementarias, comentado, anotado y concordado*2 dirigido por Zannoni, T. 10, Buenos Aires: Editorial Astrea, p. 9.

[85] FULVIO MAROI V., *Nuovo Digesto Italiano*, T.IV., p. 357, citado por BANCHIO, E. C. (1962). Nuevas categorías de cosas. Doctrina y Legislación comparada. Universidad Nacional de Córdoba. Dirección de publicidad, Córdoba S.A., Del Boletín de Derecho y Ciencias Sociales. Año XXVI, Nº 2- 3, Córdoba, p.19.

[86] En el Libro II, titulado de los bienes, Título Único, trata los diferentes classes de bines y dentro del capítulo I, se refiere en la sección I a los inmuebles y en la II a los muebles, entre otras clases de bienes, a las que se refiere en las siguientes secciones.

[87] No obstante, el art 884 aclara que las propiedades incorporales se rigen por su legislación especial. El 885 se refiere a los bienes inmuebles enumerando al suelo, al subsuelo y al sobresuelo y los derechos sobre los mismos que se inscriben en el registro, entre otros. Por otro lado, el art. 886 a los muebles que ábarca según el último inciso a todos los bienes que no son inmuebles.

[88] Artículo 525.- Las cosas que pueden ser objeto de propiedad pública o privada son bienes muebles e inmueble

creditorios o reales). Así es el caso del art. 565 del Código de Chile, que expresa que los bienes consisten en cosas corporales y en cosas incorporales. Luego precisa que cosas corporales son las que poseen un ser real pudiendo ser percibidas por los sentidos, mientras que son cosas incorporales, las que consisten en meros derechos (créditos y servidumbres activas). En el mismo sentido se enrola el Código Civil colombiano en los arts. 655, 656 y 664.

4. Los bienes:

Debe recordarse que para Vélez los bienes constituyen el género de entidades corporales o no susceptibles de apreciación económica y las cosas son una especie de bienes que tienen corporeidad. Se reguló dentro de los derechos reales, al patrimonio, un atributo de la persona, en el art. 2312 que expresaba: "que los objetos inmateriales susceptibles de valor, e igualmente las cosas, se llaman bienes. El conjunto de bienes de una persona constituye su patrimonio", siguiendo una consolidada tradición histórica.

En la nota al art. 2312 del CC Vélez explicaba que en la jurisprudencia sólo se considera bien, lo que puede servir al hombre, lo que puede emplear éste en satisfacer sus necesidades, lo que puede servir para sus usos y placeres, lo que puede en fin entrar en su patrimonio para aumentarlo o enriquecerlo, aunque consista en un mero derecho, como un crédito o un usufructo. Y precisaba el anterior codificador en dicha nota que: "el patrimonio de una persona es la universalidad jurídica de sus derechos reales y des sus derechos personales, bajo la relación de un valor pecuniario, es decir, como bienes. Es la personalidad misma del hombre puesta en relación con los diferentes objetos de sus derechos. El patrimonio forma un todo jurídico"[89].

Etimológicamente el término patrimonio proviene del latín patri (padre) y moniun (recibido), que significa lo recibido por línea paterna. Por eso la Real academia española lo define como: (m) hacienda que alguien ha heredado de sus ascendientes, conjuntos de bienes y derechos propios adquiridos por cualquier título, o (m. der.) conjunto de bienes pertenecientes a una persona natural o jurídica, o afectados a un fin, susceptible de hestimación económica.

Pero jurídicamente, como lo indicaba Salvat, se entendía que el patrimonio de una persona se componía de activo (derecho) y también de pasivo (obligaciones), es decir que estaba

[89] Y continuaba: una universalidad de derechos que no puede ser dividida en partes materiales determinadas, sino en partes alícuotas. Y aclaraba que, una pluralidad de bienes exteriores tal, que pueda ser considera como una unidad, como un todo, se llama una universalidad en este Código. El patrimonio no es una universalidad facti, por voluntad del propietario; sino una universalidad iuris, por disposición del derecho. La universalidad de derecho puede ser transformada en una universalidad de hecho por la voluntad del propietario, por ejemplo: cuando un testador lega. A título singular, una parte de su sucesión. En el derecho romano se distinguía al patrimonio del peculio, pero se aclara que la teoría del peculio es extraña a dicho código.

constituido por el conjunto de bienes (materiales) u objetos inmateriales susceptibles de valor, ello es, los derechos patrimoniales[90]. En este mismo sentido Llambías definía al patrimonio, como el conjunto de los derechos y obligaciones de una persona, susceptibles de apreciación pecuniaria[91], y luego clasificaba a los derechos patrimoniales, en reales, personales e intelectuales. Actualmente se entiende que existe un patrimonio general de cada persona humana o jurídica y especiales (conforme con lo dispuesto por el art. 242 del CCC).

Lorenzetti comenta que: este esquema es insuficiente para solucionar conflictos actuales, que tienen lugar en la jurisprudencia. La concepción patrimonialista ha ido cambiando, y aparecieron los bienes que, siendo de la persona, no tienen un valor económico, aunque sí una utilidad, como sucede con el cuerpo, órganos, genes, etc. Y también "las comunidades, como ocurre con los pueblos originarios. Finalmente, los conflictos ambientales se refieren a bienes que no son mencionados en el Código como del dominio público, pero la Constitución y la ley ambiental los considera colectivos, y no solamente de propiedad del Estado". Y agrega que: "por esta razón es que el Código cambia totalmente el paradigma de regulación de los bienes".[92]

Como se señaló en el Código derogado se regulaba este tema en el Libro III, con un Título I (arts. 2311 y ss.). En los arts. 2339 y ss. del CC trataba de las cosas en relación a las personas y los bienes públicos y privados del Estado, y los que son susceptibles de apropiación privada, los bienes municipales, de las iglesias y de los particulares. La regla era una relación directa entre el sujeto individual y los bienes, así como en una vinculación relevante entre estos últimos y su valor económico; aunque excepcionalmente se daba un lugar en la regulación, a la determinación de los bienes del domino público.

En la nota del art. 2311 se expresaba que se seguía a Freitas, separándose de la postura francesa ya explicada, para la cual la relación era exacta inversa. Es decir se aclaraba que, cosa

[90] MERCADE (1873). *Explicatio du Code Civil*, t. II, p. 337, citado por MARIANI DE VIDAL, M. (1998). *Curso de Derechos Reales*, T. I. Bs. As: Ed. Zavalía, p. 10.

[91] LLAMBÍAS, J. J. (1984). *Tratado de Derecho Civil. Parte General*. T.II. Buenos Aires: Editorial Perrot. Quien explica que existen dos grandes teorías sobre el mismo. La clásica de Aubry y Rau para quienes: "el patrimonio es la emanación de la personalidad y expresión de la potestad jurídica de que está investida una persona", cada persona no puede tener más de un patrimonio y el patrimonio es inseparable de la persona. Y la doctrina alemana, que no niega la existencia de un solo patrimonio general, pero junto a él admite la coexistencia de patrimonios especiales. La unidad se pierde cuando un conjunto de derecho está regido por normas especiales. Y para este autor en nuestro derecho es compatible el reconocimiento de un patrimonio general, con diversos patrimonios especiales del mismo sujeto, afectados a un fin determinado y sometidos a un régimen legal especial (herencia con beneficio de inventario, fondo de comercio, etc.).

[92] LORENZETTI, R. L. (2015). Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado. T.1. Santa Fe: Ed. Rubinzal-Culzoni editores, p. 77.

es para los galos una palabra comprensiva de todo lo que existe, mientras que bien es aquella cosa susceptible de procurar al hombre una utilidad y ser objeto de apropiación privada[93].

Para los alemanes al igual que Vélez, sólo los objetos corpóreos son bienes en sentido jurídico[94]. Con la reforma de la ley 17.711 del año 1968 se sustituyó el término "corporales" por materiales para incluir las energías y las fuerzas de la naturaleza susceptibles de apropiación, que según el agregado como segundo párrafo del art. 2311 del C.C., se le aplicaban las disposiciones de las cosas. En el mismo sentido se pronunció Planiol[95]. Y esta postura también es la del actual Código Civil y Comercial que se vislumbra en los arts. 15 a 18, aunque no se pone el acento en lo corpóreo, sino en lo material.

Por otro lado, el Proyecto de 1998 contenía un Libro II dedicado a la parte general, que trataba de la persona humana, de la jurídica, y del patrimonio. Este último tenía un Capítulo I, referido al activo (bienes y cosas consideras en sí mismo y con relación a los derechos y cosas, consideradas en relación a las personas. Un Capítulo II sobre la garantía común y un Capítulo III sobre la vivienda.

De lo expuesto se desprende que el orden seguido por dicho proyecto, se basaba en distinguir:

- La persona humana o jurídica y sus derechos individuales sobre los bienes. Pero en el elemento subjetivo no tenía en cuenta a las comunidades.

- Por otro lado, en cuanto al objeto, se dirigía a los bienes que son susceptibles de apreciación económica. No se tomaban en cuenta a bienes que no son susceptibles de apreciación económica, pero que presentan otro tipo de utilidades, como el cuerpo humano.

En conclusión, metodológicamente se puede señalar, que hay un grado de generalización creciente, porque en el Código derogado se incluyó este tema en el Libro lII sobre Derechos Reales y en el Proyecto de 1998, se lo trató en el Libro II, que estaba dedicado a la parte general. Pero la propuesta del 98, continuó siendo insuficiente para resolver los nuevos conflictos, probablemente porque al momento de su elaboración, la reforma constitucional era novedosa. Lorenzetti explica que: el Código actual "tiene un título introductorio que, en este capítulo,

[93] Ver DEMOLOMBE, IX, n°9, p. 5, MOURLON, FRÉDÉRIC, EÉPÉTITIONS écretites sur le Code Civil, I, n° 1332, Atias, Christian, Droit Civil. Les biens n° 2. Citado por KEMELMAJER, A. (2005), en *Código Civil y Leyes complementarias, comentado, anotado y concordado*2 dirigido por Zannoni, T. 10, Bs As: Editorial Astrea. p. 8. Ver SPOTA I, (1953). *Tratado de Derecho Civil.* Vol.3, Bs. As.: Ed. Depalma., n° 1625 a 1629 bis. Quien a pesar de expresar que los derechos reales tienen por objeto las cosas, acepta un concepto amplio de este último término.
[94] Código Alemán art. 90.
[95] PLANIOL, M., (1915). *Traité élementaire de droit civil*, I, Ed.: Librairie Générale de Droit y de Jurisprudence, n° 2174.

produce un cambio de paradigma regulatorio", que califica de "enorme relevancia en su materia", debido a que regula:

"1. Los derechos individuales de las personas sobre bienes que integran su patrimonio. Éste es el campo tradicional en materia de derechos reales, que se mantiene (arts. 15 y 16, 225 y 235 y ss.; 1882 y ss.).

2. Los derechos individuales de las personas sobre el cuerpo humana, que no tienen contenido patrimonial (art. 17).

3. Los derechos de las comunidades, que son diferente de las personas individuales, sobre bienes que también son comunitarios (art. 18 del CCC).

4. Los derechos de incidencia colectiva (art. 14, 240 y 241 del CCC)"[96].

Los bienes, conforman el patrimonio y deben ser susceptibles de valor económico. Ello se puede deducir de los artículos 15 a 18 del CCC. El art. 16 del CCC expresa que los derechos individuales mencionados en el artículo anterior pueden recaer sobre bienes susceptibles de valor económico. Pero el verbo "pueden", parece indicar que dichos derechos también podrían recaer sobre bienes no susceptibles de tal apreciación o valor comercial, como los derechos sobre el cuerpo humano que menciona el art 17 del CCC. No obstante, del texto expreso del artículo 16 parece surgir, que sólo los bienes (susceptibles de valor económico a que se hizo referencia en el primer párrafo de dicho artículo), que a su vez son materiales, se llaman cosas e integran el patrimonio conforme con lo dispuesto por el art. 15 del CCC.

En la última parte del art. 16 se agrega siguiendo la reforma de la ley 17.711, que: "las disposiciones referentes a las cosas son aplicables a la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de ser puestas al servicio del hombre".

En definitiva, la doctrina ha dicho comentado dichos artículos que: "Los derechos individuales de las personas pueden recaer sobre bienes que integran su patrimonio. Los bienes son susceptibles de valor económico; los bienes materiales son cosas". Desde el art. 14 en adelante el código vigente regula los derechos individuales, en los que cada interés tiene un titular individual; diferenciándolos de los de incidencia colectiva, en los que puede existir una legitimación difusa en cabeza de uno de los sujetos que integran el grupo (interés difuso), o de una asociación que tiene representatividad en el tema (interés colectivo), o del Estado (interés público), pero el bien jurídico protegido es colectivo[97]. "Es un cambio fundamental dentro del

[96] LORENZETTI, R. L., (2015). Introducción en Código Civil y Comercial de la Nación, Ley 26.994. Santa Fe: Ed. Rubinzal- Culzoni editores, p. 10

[97] Ver LORENZETTI, R. L., (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado.* Santa Fe: Rubinzal-Culzoni., p.72 y ss.

Derecho Comparado, porque es la primera vez que un Código Civil se contempla la regulación de los derechos individuales y los de incidencia colectiva"[98].

5. Relación entre cosas y bienes

Debe recordarse que en el Código Civil derogado, los bienes constituyen el género de entidades susceptibles de apreciación económica y las cosas son una especie de bienes que tienen corporeidad[99], aunque esta última característica fue sustituida por la materialidad por la ley 17.711, para receptar a las energías y fuerzas de la naturaleza como se explicó. Dicha diferenciación y relación surgía claramente de la lectura de los arts. 2311 y 2312 del CC.

En la nota del art. 2311 se expresaba que se seguía a Freitas, separándose de la postura francesa, para la cual la relación era exacta inversa. Es decir, cosa es para los galos una palabra comprensiva de todo lo que existe más allá de la persona. Por lo tanto, para ellos no sólo era cosa lo que puede ser apropiado por el hombre, sino también lo que no puede apropiarse como el aire, el sol etc.; mientras que bien es aquella cosa susceptible de procurar al hombre una utilidad y ser objeto de apropiación privada. Para ellos "mientras todos los bienes son cosas, no todas las cosas son bienes"[100]. Así en Italia se dice, que no son bienes todas esas inumerables cosas del mundo, del cual el hombre no puede darle alguna utilidad, como por ejemplo, el mineral de otro planeta, que el hombre no puede apropiarse. Y se ha reflexionado al respecto afirmando que; "il concetto di bene è un concetto storicamente relativo, dipendiente per diversi aspetti dall´ evoluzione della civiltá umana"[101]; y expresan que depende de la capacidad tecnológica del hombre para utilizar de la naturaleza; y convertir la vida más cómoda y placentera o servir como objeto culto religioso, del arte, de la literatura, etc.

---

[98] LORENZETTI, R. L. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado.* Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, p. 76.

[99] Aunque, debe advertirse que en ocasiones Vélez uso la palabra "cosa" en un sentido lato (como sinónimo de bien en sentido amplio. Esta imprecisión no es privativa del Código Civil argentino, sino que también se la puede encontrar en el Código Civil español que sigue la terminología francesa- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., (2005), en *Código Civil y Leyes complementarias, comentado, anotado y concordado*2 dirigido por Zannoni, T. 10, Buenos Aires: Editorial Astrea, p. 6.

[100] Ver DEMOLOMBE, IX, n°9, p. 5, MOURLON, FRÉDÉRIC, EÉPÉTITIONS écretites sur le Code Civil, I, n° 1332, Atias, Christian, Droit Civil. Les biens n° 2. Citado por KEMELMAJER, A., (2005), en *Código Civil y Leyes complementarias, comentado, anotado y concordado*2 dirigido por Zannoni, T. 10, Bs As: Editorial Astrea p. 8. VER SPOTA I, (1953). *Tratado de Derecho Civil.* Vol.3, Bs. As.: Ed. Depalma, n° 1625 a 1629 bis. Quien a pesar de expresar que los derechos reales tienen por objeto las cosas, acepta un concepto amplio de este último término.

[101] GALGANO, F. (1990). *I beni e la propieta. En Diritto Civile e Comérciale*, I, nº 75, Padua, Italia: Edit. CEDAM, p. 308. Citado por KEMELMAJER, A., (2005), en *Código Civil y Leyes complementarias, comentado, anotado y concordado*2 dirigido por Zannoni, T. 10, Bs As: Editorial Astrea, p. 8.

Para los alemanes al igual que Vélez, sólo los objetos corpóreos son bienes en sentido jurídico[102]. En el mismo sentido se pronuncia Planiol[103], que entiende que dicha postura coincide con la división tradicional de los bienes en corporales que llama cosas y otros incorporales que llama bienes incorporales.

La postura de Vélez es también la que sigue el Código Civil y Comercial vigente, lo que se vislumbra en los arts. 15 a 18, aunque no se pone el acento en lo corpóreo, sino en lo material.

La distinción tiene importancia, porque en principio las cosas son objeto de los derechos reales, y los bienes sólo pueden serlo en los supuestos excepcionales taxativamente admitidos por la ley. La Dra. Kemelmajer de Carlucci[104], entiende que si bien la distinción es importante, la misma debe considerarse sólo en el marco de las categorías jurídicas y no tomarse como un dogma; "consecuentemente, la clasificación no debe ser una valladar para encontrar solución a nuevos fenómenos del tráfico, que incluyen bienes que no son cosas y que exigen oponibilidad erga omnes, a la manera de derechos reales".

[102] Código Alemán art. 90.
[103] PLANIOL, M., (1915). *Traité élementaire de droit civil*, I, Ed.: Librairie Générale de Droit y de Jurisprudence, n° 2174.
[104] KEMEMELMAJER DE CARLUCCI, A., (2005), en *Código Civil y Leyes complementarias, comentado, anotado y concordado*2 dirigido por Zannoni, T. 10, comentario al art. 2311. Bs As: Editorial Astrea , p. 9.

CAPÍTULO II:

CARACTERES y CLASIFICACIÓN DEL OBJETO DE LOS DERECHOS REALES.

1. Caracteres de las cosas:

La definición legal argentina, en el art. 2311 del Código de Vélez tomaba en cuenta tres elementos o caracteres esenciales para conceptualizar la cosa, que se analizan en este capítulo. Estos son: objeto, material y susceptible de valor. En el nuevo Código Civil y Comercial parece que dichos elementos se mantienen porque los bienes pueden o no ser susceptibles de valor económico. Es decir que el concepto de bienes se amplía, mientras que el de cosa parece mantenerse. Pues se puede deducir que sólo los bienes susceptibles valor económico y que son materiales son cosas, conforme surge del art. 16 del CCC, y que éstos, en virtud del art. 1883 del mismo cuerpo, son el principal objeto de los derechos reales.

1.1. Objeto:

Como se explicó al empezar esta tesis, el término objeto se puede definir negativamente como todo lo que no es sujeto.

El sujeto es que ejerce su voluntad sobre el objeto, por lo tanto estas dos categorías se encuentran en una posición irreductible. Diferencia que resulta esencial, en virtud del respeto a la dignidad de la persona, su libertad, en definitiva sus derechos humanos. Por ello, actualmente se considera imposible jurídicamente que un sujeto o persona pueda ser objeto de propiedad de otro; como en algún tiempo fueron los esclavos, o que puedan estar en el comercio, etc. No obstante, en los últimos tiempos cierta doctrina considera que existen ciertos casos dudosos, como los cadáveres, determinadas partes del cuerpo humano, y hasta los embriones, respecto de los cuales existen serios fundamentos para considerarlos seres humanos, etc.[105].

1.2. Material:

Según el diccionario de la Real Academia Española, la palabra proviene del latín "materialis", y es un adjetivo perteneciente o relativo a la materia. "2. Opuesto a lo espiritual. 3. Opuesto a la forma. Esta alhaja es de poco valor material. 4. fig. Grosero, sin ingenio ni agudeza. 5. Teol…. 6. m. Elemento que entra como ingrediente en algunos compuestos… 8. Cualquiera de las materias que se necesitan para una obra, o el conjunto de ellas. Ú. m. en pl. 9. Conjunto de máquinas, herramientas u objetos de cualquier clase, necesario para el desempeño de un servicio o el ejercicio de una profesión. Material de guerra, de incendios, de oficina, de una fábrica…".

Y materia, proviene del latín materia y es la "realidad primaria de la que están hechas las cosas. 2. Realidad espacial y perceptible por los sentidos, que, con la energía, constituye el

[105] Ver autores citados más adelante, cuando se abordan específicamente estos temas, entre las páginas 134 a 146

mundo físico. 3. Lo opuesto al espíritu… 6. Asunto de que se compone una obra literaria, científica, etc.. 7. Asignatura...".

Desde antaño se ha afirmado, que los objetos materiales son los que pueden ser percibidos por los sentidos, a diferencia de los inmateriales que sólo son receptados por la inteligencia, como las ideas.

Sin embargo, se ha entendido que, en virtud de los avances tecnológicos, que esta percepción no debe necesariamente involucrar a todos los sentidos. Bancho cita a Oertman[106], quien aclara que no significa que sea solamente cosa lo que puede ser percibido por el tacto, es suficiente que pueda ser percibida por cualquiera de nuestros sentidos. Así siguiendo este razonamiento los gases, la energía y el espacio inmobiliario, como posteriormente se analizará en particular, podrían considerarse cosas o por lo menos realidades susceptibles de ser objeto de los derechos reales. Debe tenerse en cuenta que para Banchio, se debe tomar el término materia, en su acepción más amplia. Es decir dice, "todo aquello que existe en la naturaleza exterior al hombre y que resulte idónea para ejercer sobre ella los poderes jurídicos que corresponde al concepto de cosa. No siendo indispensable a estos efectos, que posea o no corpus, es decir que caiga o no bajo la aprehensión directa e inmediata de nuestros sentidos, o que simplemente conozcamos su existencia a través de los efectos- a más exacto aún- de las consecuencias que ella produce"[107].

En el mismo sentido, se pronuncia Allara, Roberto de Ruggiero, Barassi[108]. Este último explica que, "hay que comenzar a descartar el criterio materialístico, dado por la perceptibilidad por el tacto o con la vista, concepto puramente romano. Así el gas y la electricidad no son tangibles ni visibles, no obstante, son bienes (cosas) materiales objeto de la propiedad". En suma considera Banchio que "por objeto corporal, entendemos entonces, todo aquello que en el terreno de la actividad humana, constituye una entidad material, con idoneidad suficiente para ser objeto de actos jurídicos"[109].

---

[106] OERTMAN, P. (1933) *Introducción al derecho civil*, Barcelona: Labor, parágrafo 24, p. 140,

[107] BANCHIO (1962). Nuevas categorías de cosas. Doctrina y Legislación Comparada, en Boletín de Derecho y Ciencias Sociales, año XXVI, n°2 y 3, Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba. Dirección General de Publicidad S.A., p. 53.

[108] ALLARA, M. (1939). *Le nozioni fondamentale del Diritto Privato*. vol. I, Torino, p. 108 y ss. BARRASI, L. (1943), *I diritti reali, nel nuovo códice Civile*, Milano, o, p. 132, nª 45. DE RUGGIERO, R., *Instituciones de Derecho Civil*, Trat., de la 4ta. Ed., por Serrano Suñer y Santa Cruz Teijeiro, p. 483. Autores citados BANCHIO, (1962). Nuevas categorías de cosas. Doctrina y Legislación Comparada, en Boletín de Derecho y Ciencias Sociales, año XXVI, n°2 y 3, Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba. Dirección General de Publicidad S.A. p. 53.

[109] BANCHIO, (1962). Nuevas categorías de cosas. Doctrina y Legislación Comparada, en Boletín de Derecho y Ciencias Sociales, año XXVI, n°2 y 3, Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba. Dirección General de Publicidad S.A., p. 53. Y con ello considera que queda equiparado el término corporal a material.

Como ya se señaló, el original texto del artículo 2311 mencionaba los objetos ecorporales, procediendo la clasificación de cosas en corporales e incorporales del derecho romano. Debe tenerse en cuenta que corpóreo según el diccionario de la real academia española proviene del latín corporeus. "1. Adj. Que tiene cuerpo o consistencia". Y cuerpo que proviene del latín corpus es: "aquello que tiene extensión limitada, perceptible por los sentidos"…, u "m. geom. Objeto que posee las tres dimensiones principales, longitud, anchura y altura

La ley 17.711 sustituyó dicho término por "materiales", como se explicó. Sin embargo, para la mayoría de la doctrina dicho cambio no tiene implicancias jurídicas[110]. En la doctrina alemana[111] se establece como característica de las cosas que ocupen un espacio, que tengan cuerpo, por eso no se consideran cosa las energías o fuerzas motrices, tales como la electricidad, la luz y otros elementos de la naturaleza. Si se toma en cuenta la definición dada por la Química, se llega al mismo criterio que los alemanes, pues la Química es la ciencia que estudia la materia (que es todo lo que ocupa un lugar en el espacio y tiene masa, como el aire, el agua, los minerales) y la energía (que es la capacidad de un cuerpo de producir transformaciones en sí misma o en otros cuerpos[112]). Por lo tanto, en este sentido tanto la energía, como el espacio inmobiliario, no serían cosas. En este orden de ideas se ha pronunciado actualmente cierta parte de la doctrina nacional. Así, se ha afirmado que lo determinante es si es material, es decir si entra una materia física en su composición. Por lo tanto, las cosas podrán ser: sólidas, líquidas o gaseosas, pero deben ocupan un lugar en el espacio[113].

No obstante, para algunos autores la expresión material es más adecuada que corporal, pero no llegan a determinar consecuencias jurídicas del cambio[114]. Mientras que otros afirman que dicho cambio de terminología tiene trascendencia para la determinación de la naturaleza jurídica de la energía[115] que no es corpórea, pero si material.

---

[110] LLAMBÍAS, J., *Tratado de derecho civil. Parte general*, II, n° 1315; HIGHTON, E. I.- WIERZBA, S., en BUERES, A. j (dir), HIGTHON, E. I. (coord), *Código Civil y normas complementarias*, 5, p.1. En el mismo sentido se pronuncia ALTERINI, J., H (1981), en LLAMBÍAS, J., ALTERINI A. *Código Civil anotado, Derechos reales*, IV-A, Bs AS: Abeledo Perrot , p. 12, conf. Peña Guzmán Derechos reales, I, n° 3; para quienes la reforma sólo tuvo por finalidad armonizar terminológicamente el art. 2311 con el artículo 2312 que trataba sobre las cosas incorporales.

[111] KEMELMAJER, A., (2005), en *Código Civil y Leyes complementarias, comentado, anotado y concordado*2 dirigido por Zannoni, T. 10, comentario al art. 2311. Bs As: Editorial Astrea p. 11.

[112] Unidad de Admisión, "Curso de Nivelación para ingreso a la carrera de medicina. Química. Asociación Cooperadora de la Facultad de Ciencias Médicas. Mendoza, 2016, pp. 8 y 9.

[113] KIPER, C., (2016,), *Tratado de los Derechos Reales*, Tomo I. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, Editores. tomo I, p. 27.

[114] ANDORNO, L (2002), El objeto de los derechos reales en las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, *J.A*., 2.002-I- 1254.

[115] PENIDO, M. O. A. (2001) *La energía como cosa y objeto de los derechos reales*. (en XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil- Libro de Ponencias" Bs. As: Hammurabi, José Luis Depalma Editor), p. 169, quien afirma que la energía es un objeto material.

Minimizando la diferencia terminológica se ha dicho, que las cosas están compuestas por materia, de modo que pueden ser contadas pesadas o medidas[116], y en este orden de ideas se vislumbra que, como un espacio inmobiliario determinado puede ser medido, podría considerarse cosa. Además Vélez cuando cita a Freitas en la nota al art. 2.311, se refiere a la palabra material no obstante utilizar el término corporal en el texto del artículo. Por otro lado la doctrina germana, no obstante el art. 90 del BGB menciona a las cosas como objetos materiales, las considera como las que tienen corporeidad, y por lo tanto le niegan tal carácter a las energías naturales, etc.[117].

A su vez en la nota al art. 2400 del CC, Vélez expresa que: "sólo las cosas corporales son susceptibles de una verdadera y propiamente dicha posesión; las cosas incorporales, aquellas "quoe in jure consistunt", no son susceptibles de verdadera posesión, más lo son de una cuasi-posesión. Esta cuasi- posesión de un derecho, consiste en el goce que tiene aquel a quien pertenece, y es susceptible de las mismas cualidades y de los mismos vicios que la verdadera posesión". Esto nos puede llevar a pensar que, lo mismo ocurre con los derechos o bienes que no son cosas cuando son objeto de los derechos reales, porque se podría considerar que sólo las cosas son objeto de los derechos reales, y que los derechos solo pueden ser objeto de cuasi-derechos reales[118].

Cura Grassi, como ya se explicó no está de acuerdo con que la cosa siempre deba ser corporal, aunque afirma que por excelencia lo son. Sostiene este autor que aun estando Vigente el Código de Vélez, un crédito o un usufructo podían ser objeto de los derechos reales (usufructo, prenda e hipoteca) y en esto tiempos de cambios vertiginosos las cosas incorporales van aumentando como: la propiedad literaria, artística, industrial, el tiempo compartido, las energías y fuerzas de la naturaleza, etc.[119]. Parece que para este autor, como en el derecho romano al que se refiere, las cosas podrían ser corporales o no corporales.

Actualmente, con la nueva normativa, podría entenderse que estos derechos u objetos inmateriales susceptibles de valor son bienes que si son taxativamente señalados por la ley

---

[116] RIVERA, J. C. (2000). *Instituciones de Derecho Civil*. Parte general. Bs. As.: Abeledo Perrot, t. II, n° 980.
[117] Ver LARENZ, K., *Derecho civil, Parte general*, p. 373. y MARTÍN PÉREZ, *Estudios sobre el derecho privado y sus transformaciones actuales*, p. 155 citado por KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., (2005), en *Código Civil y Leyes complementarias, comentado, anotado y concordado*2 dirigido por Zannoni, T. 10, comentario al art. 2311. Bs As: Editorial Astrea, p.11.
[118] Pero debe recordarse que no todos los derechos reales se ejercen por la posesión, como es el caso de la hipoteca o la servidumbre o prenda con registro; y que por otro lado, el código civil y comercial ha desterrado a la cuasi-posesión considerando a todos los cuasi-poseedores, poseedores, porque el animus ya no es la intención de comportarse como dueño de la cosa, sino de someter la cosa al ejercicio de un derecho real. Lo que lleva a considerar que en algunos casos existen sobre una misma cosa más de un poseedor, pero con distinto animus (según el derecho real que quiera ejercer; por ejemplo: el derecho de dominio y el usufructo).
[119] CURA GRASSI, D. (2006). *Derecho Inmobiliario*. Buenos Aires: Ediciones La Rocca, p. 23.

pueden ser objetos de los derechos reales, sin que sea necesario considerarlos una categoría de cosas, aunque sean incorporales o inmateriales. Debe tenerse en cuenta que el art. 16 del CCC, precisa determinantemente que las cosas son los bienes materiales, y por lo tanto, en nuestro derecho vigente no cabría entonces la clasificación de cosas corporales e incorporales[120].

1.3. Suceptible de valor:

Como el viejo artículo 2311 a diferencia de su fuente, arts. 318 y 322 del Esboço de Freitas, no calificaba a la palabra valor con el adjetivo económico; se dio lugar a distintas interpretaciones.

Para algunos, como Domínguez[121] el valor debía ser económico o pecunario. Esta postura se basa en la nota al art. 2312 del CC, donde el codificador dice que el patrimonio está formado por derechos reales y personales, bajo la relación de un valor pecuniario. Por lo tanto, si el valor económico es lo que caracteriza los componentes de un patrimonio, no hay duda que, el artículo 2311 del CC cuando se refería a valor, lo entendía como económico[122].

Dentro de la órbita de los derechos subjetivos, existen algunos que son susceptibles de apreciación económica y a estos derechos que son reales y personales se los califica de patrimoniales, porque conforman el patrimonio de una persona. Quedan fuera los derechos personalísimos, y como ha dicho nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación; el término propiedad abarca "todos los intereses apreciables que un hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida, fuera de su libertad"[123]. Es decir, que es "todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley, sea que se origine en las relaciones de derecho privado, sea que nazca de actos administrativos (derechos subjetivos, privados o público, a condición de que su titular disponga de una acción contra cualquiera que intente interrumpirlo en el goce, así sea el Estado mismo, integra el concepto constitucional de propiedad"[124].

Es necesario que la apreciación económica sea directa, no siendo suficiente la que resulta indirecta, es decir, la nacida de los perjuicios que provoca la violación de un derecho.

Vélez claramente explicaba en la nota al art. 2312 del CC que: "indudablemente la violación de estos derechos personales (hablaba de la vida, el honor, la patria potestad, etc.)

---

[120]KIPER, C. (2016,), *Tratado de los Derechos Reales*, Tomo I. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, Editores, p. 27.
[121] DOMINGUEZ, E., El patrimonio. *LL*, 46-1037.
[122] LLAMBÍAS, J., ALTERINI A. (1981), *Código Civil anotado, Derechos reales*, IV-A, Bs As: Abeledo Perrot, p.13.
[123] CSJN fallos: 136, 161,136:59; 144.220; 172.29; 145;325, entre otros.
CALDERÓN GONZALEZ, J. A. (1981), en su obra *Curso de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Ed. Depalma., p. 236 a 242; cita a.CSN, t. 136, p. 161 a 193. "Ercolano v. G. Lanteri de Renshaw, t. 137 p. 59 y ss en "Horta c/ Harguindeguy y otra jurisprudencia.
[124] CSN, t. 145, p. 307 y 327, fallo citado por GONZALEZ CALDERÓN, J. A., (1981) en su obra *Curso de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Ed. Depalma, p. 237.

puede dar lugar a una reparación que constituye un bien, jurídicamente hablando; en la acción nada hay de personal: es un bien exterior que se resuelve en un crédito. Sí, pues, esos derechos personales pueden ser la causa o la ocasión de un bien, ellos no constituyen por sí mismos un bien in jure. Lo mismo se puede decir de las facultades del hombre, de su aptitud, de su inteligencia, de su trabajo. Bajo una relación económica, las facultades del hombre constituyen sin duda la riqueza; mas jurídicamente, ellas no hacen parte de sus bienes". Y agregaba ejemplificando didácticamente con una hipérbole: "así el que hace cesión de sus derechos a sus acreedores, no comprende en la cesión, ni su libertad, ni sus facultades personales". Conforme estos argumentos quedaban fuera del conjunto de derechos patrimoniales, los políticos, los de la potestad paterna, marital y tutelar, las acciones de estado civil de las personas, etc.[125].

Con respecto a esta postura debe observarse, que en la práctica es difícil mencionar cosas que no tengan ningún valor. Así, la jurisprudencia muestra un caso donde se consideró cosas las que se encuentran en los basurales, puesto que constituyen materia prima que son aprovechables para la industria, y se compran y venden[126]. Sólo se puede pensar en cosas sin valor como el polvo ambiental, el aire por su abundancia, o los virus por ser perniciosos. Así, un tribunal nacional, condenó por malversación de caudales públicos a un depositario judicial que vendió un televisor blanco y negro, no obstante su escaso valor[127]. Hay cosas, como la arena que sólo en cantidad pueden ser consideradas jurídicamente, o que en ciertos casos excepcionales aun aisladamente o en poca cantidad pueden ser consideradas cosas, por ejemplo: un pedacito del muro de Berlín, que por su valor histórico y cultural, tiene valor económico a la vez.

Además, la acepción valor económico no sólo comprende el valor de cambio, sino también el valor de renta y uso, es decir que su uso evite un sacrificio económico[128], en este sentido por ejemplo: la propiedad indígena, que no es transferible podría considerarse que tiene valor (art. 18 del CCC). Mientras para autores como Galiano[129], los objetos para ser cosas deben

[125] ATARD, R. (1934). Notas críticas a la teoría clásica del patrimonio. *Revista de Derecho Privado*, 21, p. 308.
[126] C 9°, Crim. Cba, sentencia de 3/5/89, LLC, 1.990-346. Al respecto, en materia penal, debe tenerse cuidado, porque con esta postura se ha llegado a considerar en el derecho comparado hurto, el cometido por un muchacho que retiró en una carretilla dos bolsas de basura. Caso fallado en el año 1.963 por un tribunal de Catania, (ver FOSCHINI, GAETANO, *Immondizia e vita umana, en Tornare alla giurisdizione*, p. 209, citado por KEMELMAJER, A., (2005), en *Código Civil y Leyes complementarias, comentado, anotado y concordado*2 dirigido por Zannoni, T. 10, Bs As: Editorial Astrea. p. 19.
[127] CNCrim. y Corr, sala VII, sentencia de 8/7/99, *J.A*. 2.000-III-352.
[128] DIEZ PICAZO, L. – GULLÓN, A., *Sistema de derecho civil*, I, n° 27, p. 388. SPOTA I, (1953). *Tratado de Derecho Civil.* Vol.3, Bs. As.: Ed. Depalma, n° 1.555.
[129] GALIANO, *De las cosas. La posesión y acciones posesorias*, p. 17, citado por KEMELMAJER, A., (2005), en *Código Civil y Leyes complementarias, comentado, anotado y concordado*2 dirigido por Zannoni, T. 10, Bs As: Editorial Astrea, p. 20.

ser corporales y con valor cambiable; desechando de este concepto al aire, al sol y a los derechos no transmisibles.

Por otro lado, para una posición más laxa, la palabra valor debe entenderse como valor económico y social. Es decir que la cosa sea capaz de prestar utilidad para el hombre[130], aunque la cosa ya no tenga vida útil económicamente hablando puede tener un valor histórico, emotivo o de otra especie. Debe tenerse en cuenta, en apoyo de esta postura que, en el artículo 2311 se silenció este calificativo, no obstante surgir de su fuente, y que además la regulación específica, admitía que ciertos derechos reales, podían recaer sobre cosas de mero placer o recreo (ver arts. 2844 y 3000 del CC de Vélez, etc.). Lo que ahora se reproduce para las servidumbres en el art. 2162 del CCC, donde se aclara que la utilidad puede ser de mero recreo.

Sin embargo, cuando se analizan los supuestos concretos se observa que estas dos posturas no son tan inconciliables, máxime si se toma una acepción amplia del término económico. Así se han considerado cosas: al agua[131], las historias clínicas[132], las acciones de sociedades anónimas[133], etc.

En el nuevo Código, se acepta que los derechos sobre el cuerpo humano o sus partes no tienen valor económico; pero si valor afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social y sólo pueden ser disponibles por su titular siempre que se respete alguno de esos valores y según lo dispongan las leyes especiales. Es decir, son bienes pero no susceptibles de valor pecuniario, y por lo tanto no integran el patrimonio y no podrían ser en principio por ello objeto de los derechos reales.

El mismo Vélez que hablaba de los bienes como cosas susceptibles de apreciación pecuniaria en la nota al art. 2312 del CC, por otro lado explicaba que la jurisprudencia había considerado bienes aquello que pueda servir al hombre, "lo que puede emplear éste en servir sus satisfacer sus necesidades, lo que puede servir para sus usos y placeres, lo que puede en fin entrar en su patrimonio aumentarlo o enriquecerlo, aunque consista en un mero derecho, como un usufructo, un crédito". Es decir, que consideraba que lo puede servir para ofrecer al hombre

---

[130] SPOTA I, (1953). *Tratado de Derecho Civil.* Vol.3, Bs. As.: Ed. Depalma, n° l 1.555, 1.630 y 1.634. FARINA, voz Cosas, en "Enciclopedia Jurídica Ameba", IV., p. 994, GARRIDO – ANDORNO, Reformas al Código Civil, II, p 7. BANCHIO (1962), Nuevas categorías de cosas. Doctrina y legislación comparada. "Boletín de Derecho y Ciencias Sociales", año XXVI, n° 2y 3, p. 55. ESPIN CANOVAS, D., *Manual de derecho civil español*, I, p. 475, citado por KEMELMAJER, A., (2005), en *Código Civil y Leyes complementarias, comentado, anotado y concordado* dirigido por Zannoni, T. 10, Bs As: Editorial Astrea , p. 18 y 19.

[131] CJSalta, Sala II, sentencia de 30/4/64, LL, 116-213.

[132] CNCiv., Sala A, sentencia de 11/10/67, LL, 130-177; entre otros fallos.

[133] Ver RODRIGUEZ JORDÁN, M., *Mala praxis médica*, n° 14, p.105; citado por KEMELMAJER, A., (2005), en *Código Civil y Leyes complementarias, comentado, anotado y concordado* dirigido por Zannoni, T. 10, Bs As: Editorial Astrea, p. 20.

un mero placer o recreo también integraba el patrimonio, utilizando la palabra pecuniario en sentido amplio, ya que introdujo la frase "en fin", y no lo presentó como una dicotomía.

Pero por otro lado, como ya se adelantó, más contundentemente y acentuando la necesidad de que los bienes sean apreciables pecuniariamente, a pesar de no utilizar esta palabra en el texto del artículo 2312, sino sólo el término valor; agregó: "El patrimonio de una persona es la universalidad jurídica de sus derechos reales y de sus derechos personales, bajo la relación de un valor pecuniario, es decir, como bienes…".

El actual Código Civil y Comercial no define al patrimonio, sólo se deduce del art. 15 que los bienes integran su patrimonio conforme con lo que se establece en ese Código, y luego el art. 16 agrega que los derechos referidos en el primer párrafo del art. 15 (que son los derechos individuales) pueden recaer sobre bienes susceptibles de valor económico. El término "puede" en vez de recae, parece dejar entrever que los derechos pueden recaer sobre bienes no susceptibles de valor económico. Sin embargo, como nuestro Código Civil y Comercial tampoco aclara expresamente que el patrimonio puede estar integrado por bienes que no sean susceptibles de valor económico, en virtud de lo definido por la Real Academia Española, la doctrina y jurisprudencia reinante, se puede considerar en principio, que no se ha ampliado el concepto de patrimonio.

Como se dijo, según la Real Academia Española en su acepción jurídica, patrimonio es: (m. der.) conjunto de bienes pertenecientes a una persona natural o jurídica, o afectos a un fin, susceptible de estimación económica.

La nueva doctrina que comenta estos artículos, sigue interpretando que el patrimonio está compuesto por bienes susceptibles de valor económico en general.

Sin embargo, autores como Kiper advierten cuando tratan el tema de las partes del cuerpo como objeto de los derechos reales, que en virtud del art. 17 estas partes no son cosas, aunque también señala que podría afirmarse que sí lo son, y que lo que hace el art. 17 es aclarar que el concepto de valor no siempre es económico[134]. De lo que se deduce que las nuevas normas citadas son un poco ambiguas al respecto y pueden dar lugar a interpretaciones doctrinarias encontradas.

Pero cabe advertir, que si se tiene en cuenta que el patrimonio está compuesto sólo por los bienes susceptibles de apreciación pecunaria, que son los derechos reales y personales. Se puede entender que los derechos sobre el cuerpo son bienes no susceptibles de apreciación pecunaria y que por lo tanto no pueden ser objeto de los derechos reales las partes del cuerpo,

[134] KIPER, C. (2016), *Tratado de los Derechos Reales*, Tomo I. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, Editores , p. 30.

etc. Máxime, si se toma en cuenta lo explicado por el propio Lorenzetti, autor de dichos artículos en estos términos, diferenciando los derechos individuales sobre bienes que conforman el patrimonio y los que recaen sobre el cuerpo humano: "1. Los derechos individuales de las personas sobre bienes que integran su patrimonio. Éste es el campo tradicional en materia de derechos reales, que se mantiene (arts. 15 y 16, 225 y 235 y ss.; 1882 y ss.). 2. Los derechos individuales de las personas sobre el cuerpo humano, que no tienen contenido patrimonial (art. 17)"[135].

1.4. Se encuentren en el comercio.

Según el art. 2400 del CC derogado, sólo las cosas que estaban en el comercio eran susceptibles de posesión. Este artículo rezaba: "Todas las cosas que están en el comercio son susceptibles de posesión. Los bienes que no fueren cosas, no son susceptibles de posesión". La doctrina argentina se había pronunciado al respecto. Así para Cornejo, Gatti, Papaño[136] y Marina Mariano de Vidal, las cosas para ser tales debían estar en el comercio[137].

En el derecho romano las cosas fuera del comercio eran aquellas no susceptibles de ser poseídas por los particulares, como: las cosas destinadas por la naturaleza al uso común de todos (el aire, el sol, etc.), las cosas públicas destinadas por el Estado a ese uso común (calles, plazas) y las cosas divinas. Para el Código Civil el criterio para determinarlas, no está relacionado con la posibilidad de apropiación por parte de los particulares sino con la posibilidad o no de enajenarlas[138].

Debe tenerse en cuenta que el requisito de la comercialidad que establecía el art. 2400 del CC para la posesión, se encontraba tan excepcionado, que en definitiva la doctrina había terminado aceptando que lo único que no podía ser objeto de los derechos reales son las cosas del dominio público del Estado[139]. Con excepción de algunos autores como Bono y Cura Grassi. Estos dos últimos autores, en una postura particular, consideran que una cosa del dominio público puede ser objeto de los derechos reales, en cuanto las leyes del derecho público y

[135] LORENZETTI, R. L., (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación.Comentado.* Santa Fe: Rubinzal-Culzoni., ps. 78-79.
[136] PAPAÑO, R. y ots. (1993). *Derechos Reales*, t. I, Buenos Aires: Ed. Depalma, p. 6. Este autor deduce que como para ser objeto de posesión las cosas deben estar en el comercio (art. 2.400), para ser objeto de un derecho real también.
[137] CORNEJO AMÉRICO, A., (1989). El objeto de los derechos reales, *LA LEY* 1989- D, p. 988., quien cita a GATTI, E. (1975). *Teoría General de los Derechos Reales*. Bs. As.: Ed. Abeledo Perrot . MARIANI DE VIDAL, M. (1998). *Curso de Derechos Reales*, T. I. Bs. As: Ed. Zavalía, p. 25.
[138] LLAMBÍAS, J. J (1984), *Tratado de Derecho Civil, Parte general*, II, Buenos Aires: Editorial Perrot., n° 1343, p. 236.
[139] KIPER, C. (2005), en comentario al art. 2400 en *Código Civil y leyes complementarias*. Comentado, anotado y concordado; dir. por Zannoni, T. 10, Buenos Aires: Ed. Astrea, p. 318. En el mismo sentido se pronunciaba MARIANI DE VIDAL, M. (1997), en comentario al art. 2400, en *Código Civil y Normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, T. 5. Buenos Aires: Hammurabi, p. 160.

administrativo concedan sobre ella dicho derecho[140]. Además agregan que una cosa no esté en el comercio, no incide en su carácter sino en la disponibilidad de ella, que es otra cosa. Esta postura, no pone el acento en las diferencias entre los derechos reales privados, y los derechos reales administrativos, como las servidumbres administrativas, o el dominio público; que se rigen fundamentalmente por sus normas administrativas específicas y sólo subsidiariamente por los principios del Código Civil y Comercial en todo lo que no sea incompatible con su naturaleza[141]. Lo que nos lleva a un interesante tema que puede ser objeto de estudio en una próxima investigación, que se centraría en la hipótesis de que los derechos reales son una categoría genérica, que admite dos sub-especies: los derechos reales privados y los administrativos, con sus principios comunes y sus regímenes específicos diferenciados. Hipótesis que adquiere relevancia, por la mencionada comunidad de principios que existe entre el derecho público y privado y el diálogo de fuentes, que se visualiza en el Código Civil y Comercial, conforme lo manifestado por los propios autores del proyecto del mismo, en los fundamentos de éste[142].

Kiper con una postura intermedia, considera que no hay que descartar la aplicación analógica de ciertas normas del Código que tutelan la posesión, como sucedería, por ejemplo: si quien goza de una concesión de uso de bienes de dominio público es despojado por un tercero y acude a las acciones posesorias o reales[143].

---

[140] BONO, G. A. (20 al 22 de septiembre de 2001). *El objeto de los derechos reales: su determinación*. [Ponencia]. XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Libro de Ponencias, Buenos Aires: Hammurabi, José Luis Depalma Editor, p. 2. CURA GRASSI, D. (2006). *Derecho Inmobiliario*. Buenos Aires: Ediciones La Rocca, p. 26, nota 18. Este autor prefiere hablar de apreciación pecuniaria y no de cosas que estén el comercio como características del objeto del derecho real, porque para él aún puede existir una relación directa e inmediata entre el titular y la cosa fuera del comercio que caracteriza a un derecho real. Que las cosas no puedan ser objeto de transacciones es otra cosa.

[141] PAPAÑO, R. y otros, (1993). *Derechos reales*, T. II, Bs. As: Ed. Depalma , pp. 283-284. Quienes señalan que existe una importante diferencia entre las servidumbres privadas y las públicas. Ésta es la falta de necesidad de la existencia de fundo dominante, porque se impone en beneficio de la comunidad. Por ejemplo: en las servidumbres administrativas dispuestas por un acto de imperium del Estado, que lógicamente tiene su fundamento jurídico en una ley. Por ejemplo: la servidumbre administrativa de electroducto, que afecta el terreno con la base de las torres y el espacio aéreo con las torres que se alzan sobre el mismo y los cables.

[142] LORENZETTI, R. L. (2015), en las palabras introductorias que vierte en el Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26994 y ley 27077. Santa Fe: Rubinzal – Culzoni, reproduce las manifestaciones introducidas en los fundamentos del proyecto, respecto de la Constitucionalización del Derecho Privado. Recuerda: "que la mayoría de los Códigos existente se basan en una división tajante entre el Derecho Público y Privado. En este Código existe una comunicabilidad de principios entre lo público y lo privado en casi todos los temas centrales. Por primera vez hay una Conexión entre la Constitución y el Derecho Privado, basada en los aportes de la doctrina y jurisprudencia en este tema". Así por ejemplo el Código establece la necesidad de una decisión judicial razonablemente fundada mencionando una pluralidad de fuentes que exceden su propio texto, lo cual lleva a un nuevo diálogo entre ellas. Por esta razón se dispone en el art. 1° que, "en esta materia deben tenerse en cuenta la Constitución, leyes, tratados de derechos humanos, la finalidad de la norma. Asimismo, en el art. 2° se dispone que las leyes deben interpretarse teniendo en cuenta las disposiciones de los derechos humanos, los principios y los valores jurídicos…".

[143] KIPER, C. (2005) en comentario al art. 2400 en *Código Civil y leyes complementarias.* Comentado, anotado y concordado; dir. por Bueres A., T. 10, Buenos Aires: Astrea, pp. 218-219. En contra se pronuncia López de Zavalìa, quien admite estas acciones entre particulares sólo cuando las leyes locales así lo dispongan. De no ser

Por otro lado, en los fundamentos del último proyecto de Código Civil y Comercial unificado del 2012, la Comisión redactora acepta la necesidad del cambio de paradigma al expresar que en materia de bienes; la mayoría de los códigos decimonónicos han quedado desactualizados. En efecto agregan: "aparecieron bienes (…) y aparecen las comunidades, como ocurre con los pueblos originarios (…) Todo ello requiere una concepción más amplia, que ha sido receptada en el Anteproyecto. Es necesario proveer principios en relación a estos temas que, por su amplitud, no pueden estar metodológicamente ubicados, exclusivamente, en materia de derechos reales".

Este anunciado cambio, que gravita sobre la teoría del objeto de los derechos reales, que en muchos casos es más un sinceramiento, se visualiza también, en la aceptación de que un bien taxativamente señalado por la ley puede ser objeto de estos derechos (en el art. 1883 del CCC), lo que ya había sido admitido en el proyecto de Código Civil de la República Argentina unificado con el Código de Comercio de 1998[144], en el art. 1816 (aunque se nombraba a los derechos y no a los bienes). El 2 do párrafo del art. 1883 del CCC actual, coincide con las recomendaciones de las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Bs. As., setiembre del 2001). Y en concordancia, el art. 2188 del CCC dispone que las cosas y los derechos pueden ser objeto de los derechos reales de garantía, en consonancia con la posibilidad de gravar el derecho de construir, plantar y forestación; tema que se tratará más adelante, entre otros que se analizarán específicamente.

Alterini[145] crítica la utilización del término bienes en vez de derechos en el art. 1883 del CCC, cuando admite que los bienes excepcionalmente pueden ser objeto de los derechos reales. Sin embargo, se considera que el término bienes es más ventajoso por ser más amplio, y permite que se incorporen como objeto de los derechos reales otras realidades incorpóreas que no sean derechos, siempre que tengan valor y se prevea ello por ley (como por ejemplo el espacio inmobiliario, etc.).

En segundo lugar, también se visualiza en la innecesaridad de que las cosas estén en el comercio para ser objeto de los derechos reales, lo que surge de la falta de mención de este requisito en: el art. 1883 para los derechos reales y en el art. 1912 para la posesión, la no

así entiende que únicamente es posible intentar acciones contencioso-administrativas contra el Estado. Derechos reales, I, p. 512 y 513, citado por KIPER, C. (2005) en *Código Civil y leyes complementarias.* Comentado, anotado y concordado; dir. por Bueres A., T. 10, Buenos Aires: Astrea, p. 319.

[144] Redactado por la comisión designada por decreto 685/95, redactado por Héctor Alegría, Jorge Horacio Alterini, Atilio Aníbal Alterini, María Josefa Méndez Costa, Julio César Rivera y Horacio Roitman. Este proyecto en el art. 1816 expresa, que son objeto de los derechos reales: a) Las cosas que están en el comercio… b) Los derechos en los casos previstos especialmente.

[145] ALTERINI, J. H. (2012). Primeras consideraciones sobre los derechos reales en el Proyecto del Código. *LA LEY*2012-E p. 898.

reproducción del art. 2400 del Código Civil de Vélez y la expresa manifestación al respecto en los fundamentos del proyecto.

En los mismos se aclara expresamente que: "en lo tocante al objeto no se requiere que la cosa esté en el comercio, pues son asimismo objeto del derecho real, las cosas que están fuera del comercio por su inenajenabilidad relativa y aquéllas cuya enajenación estuviese prohibida por una cláusula de no enajenar". Lo que, sin embargo, a contrario sensu parece aceptar que cuando la inenajenabilidad es absoluta y proviene de la ley, la cosa afectada por dicha prohibición, no puede ser objeto de los derechos reales. Ello por otro lado, podía parecer contradictorio con la recepción de la propiedad indígena como derecho real que contenía el proyecto del 2012 (tema que se abordará posteriormente con más detenimiento).

Sólo cabe recordar, que el objeto de dicha propiedad, es inenajenable absolutamente en virtud de lo dispuesto por el art. 75 inc. 17 de la CN Cabe destacar sin embargo que de una manera poco clara, el art. 2033 del proyecto admitía que la comunidad pudiera disponer de su derecho, y por otro lado, cuando enumeraba las características del derecho de propiedad indígena, no incluía la intransferibilidad- lo que podría haber dado lugar a cuestionamientos constitucionales, salvo que se considerara que dicha posibilidad de disponen no abarcaba la de enajenar, haciendo una interpretación integradora de dichas normas con la CN.

La nueva doctrina[146] comentando el Código Civil y Comercial vigente entiende: que no es necesario que las cosas estén dentro del comercio actualmente para ser objeto de los derechos reales, pero que sí quedan excluidas de dicho régimen las cosas del dominio público en virtud del art. 237 del CCC. Dicha norma dispone expresamente, que dichos bienes son inenajenables, imprescriptibles e inembargables y que las personas tienen el uso y goce conforme las disposiciones generales y locales.

Un ejemplo que se puede dar, es el de las cosas que sí pueden ser objeto de los derechos reales a pesar de estar fuera del comercio, porque se ha prohibido enajenar un inmueble sobre el cual se ha constituido un derecho real de dominio fiduciario, y que por lo tanto se encuentra fuera del comercio, porque no puede ser transmitido por el fiduciario. La doctrina que comentaba el art. 2400 del CC de Vélez, señalaba, que también eran objeto de posesión a pesar de su inalienabilidad relativa: las cosas del dominio privado del Estado, de incapaces, habida gratuitamente por menores emancipados, el inmueble afectado a bien de familia; y también

[146]LOREZENTTI R. L. (2015) *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado*. Tomo IX. Santa Fe: Rubinzal Culzoni Editores. KIPER, C. (2016), *Tratado de los Derechos Reales*, Tomo I. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, Editores , p. 25.

otras que eran absolutamente inalienables, por haberse pactado o prohibido la enajenación por un acto de última voluntad, o las cosas donadas con prohibición de enajenar[147].

Otra exigencia señalada por la doctrina clásica para que una cosa material sea objeto de los derechos reales es el valor económico. Sin embargo, interpretando el código de Vélez ya se ha resaltado que el art. 2311 no habla de valor económico sino sólo de valor, a pesar que en su fuente surgía este calificativo. Y que aún el valor económico, no sólo comprende el valor de cambio, sino también el valor de renta y uso, es decir que su uso evite un sacrificio económico. Para una posición laxa, la palabra valor debe entenderse como valor económico y social. Es decir que la cosa sea capaz de prestar utilidad para el hombre, aunque ya no tenga vida útil económicamente hablando, y pueda tener un valor histórico, emotivo o de otra especie. Además, el propio Código vigente, admite que ciertos derechos reales, como la servidumbre recaiga sobre cosas de mero placer o recreo (ver arts. 2162 del CCC); antes se admitía esto para el usufructo y la servidumbre (arts. 2844 y 3000 del CC de Vélez).

También cabe señalar que el proyecto de Código Civil y Comercial parecía contradecirse cuando por un lado aceptaba la propiedad indígena como derecho real, y por el otro lado en el artículo 16 del capítulo 4, titulado de los derechos y bienes, que los bienes son susceptibles de valor económico y que las cosas son una clase de bienes, y que las cosas y bienes en los casos señalados son objeto de los derechos reales (art. 1883 del CC). La única manera de salvar esta contradicción, era entender que el principio es que la cosa tiene que tener valor económico para ser objeto de los derechos reales, con excepción del caso de la propiedad indígena o que la propiedad indígena si tenía valor económico pero no de cambio, porque era inenajenable. Siendo así, o interpretando que los territorios indígenas tienen un valor económico a pesar de que no están en el comercio, la inclusión de los mismos como objeto de los derechos reales, podía aceptarse sólo en este nuevo paradigma.

Esta tal vez, ha sido la intención de la Comisión al tratar en el capítulo 4 titulado de los derechos y bienes, primero en el art. 16 del CCC los bienes y cosas, aclarando que los primeros son los susceptibles de valor económico. Y luego en los arts. 17 y 18 del CCC, casos excepcionales como los derechos sobre el cuerpo que, a pesar de no tener valor económico pueden disponerse en algunos casos y; por último, en el artículo 18 del mismo cuerpo, el derecho de las comunidades indígenas que sobre sus territorios o inmuebles inenajenables.

[147] KIPER, C. M (2005), en *Código Civil y leyes complementarias.* Comentado, anotado y concordado., dir por Zannoni. T. 10, Buenos Aires: Astrea, p. 318.

1.5. Singulares, ciertas e individualmente determinadas y de existencia actual:

También ha señalado la doctrina clásica, que las cosas deben ser singulares, ciertas e individualmente determinadas y de existencia actual[148]. Singulares o particulares aun cuando formen parte de una colección de cosas, de una masa de bienes o de un patrimonio[149] o de una universalidad de hecho, porque en dichos casos el derecho real se aplica a cada una de las cosas singulares o individuales que la componen (art. 1927 del CCC y 2404 del CC de Vélez)[150].

Con relación a la necesidad de la singularidad de la cosa, la doctrina había aclarado que una universalidad de hecho (ej.: una biblioteca) no es una cosa distinta a la suma de cada una de las cosas singulares que la componen[151].

Kiper[152] considera, que actualmente no existen derechos reales sobre patrimonios, sino sobre las cosas singulares que lo componen; pero cabe recordar que excepcionalmente, sí puede ser objeto de usufructo todo o parte indivisa de una herencia (art. 2130 inc. d del CCC).

Por otro lado, las cosas deben estar determinadas para que puedan someterse a la voluntad del titular. Se deben específicamente determinar o individualizar, debido a que las cosas determinadas por género o cantidad podrán ser objeto de obligación, pero no de dominio. Molinario[153]ha dicho al respecto, que si es inmueble debe estar delimitado por lo menos en sus títulos, y si es mueble, la naturaleza del mismo lo hace perfectamente determinado.

El art. 1912 del CCC expresa que el objeto de la posesión y la tenencia es la cosa determinada; y que los derechos reales se ejercen por la posesión, salvo la servidumbre que se ejerce por actos posesorios y la hipoteca que no se ejerce por posesión, pero donde se aplica el principio de especialidad respecto del objeto (arts. 2209 y 2188 del CCC), por lo tanto, esta característica también se traslada al objeto de los derechos reales.

La cosa debe existir actualmente[154], porque no se concibe un derecho real que importa una relación directa e inmediata sobre una cosa incierta, futura o no existente. Así por ejemplo,

---

[148] MARIANI DE VIDAL, M., (1998), *Curso de Derechos Reales*, T. I. Bs. As: Zavalía, p. 25.

[149] SEGOVIA, L. (1933). *Código Civil de la República Argentina con su explicación y crítica bajo forma de notas*., en nota 3, t. II, Bs. As.: Ed. La Facultad Buenos Aires, p. 78. LAFAILLE, H. (1943). *Tratado de los derechos reales*. vol. I. Bs. As: Ediar, número 454, p. 366. GATTI, E. (1975). *Teoría General de los Derechos Reales*. Bs. As.: Ed. Abeledo Perrot, p. 200, citado por CORNEJO AMERICO, A., (1989). El objeto de los derechos reales, *LA LEY* 1989- D, p. 987.

[150] PAPAÑO, R. y ots., (1993). *Derechos reales*, T. I, Ed. Depalma. Bs. As, p. 6.

[151] CURA, GRASSI, D. (2006) en *Derecho Inmobiliario*, Buenos Aires: Ediciones La Rocca, p. 24, nota 9, manifiesta sus dudas al respecto, expresando que un libro puede considerarse la suma de los átomos que lo componen.

[152] KIPER, C. (2016), *Tratado de los Derechos Reales*, Tomo I., Santa Fe: Ed. Rubinzal-Culzoni Editores, p. 24.

[153] MOLINARIO, A., *Derecho patrimonial y derecho real*, en 6, pp. 54-55. Ver MACHADO, J. O. (1900), *Exposición y comentario del Código Civil Argentino*, Buenos Aires: Féliz Lajouane, Editor, en 7, t. 6, p. 474 y t. 7 p. 79. LAFAILLE, H. (2010), *Tratado de los derechos reales*, en 4, vol. I núm. 454 p. 366. citado por CORNEJO AMÉRICO, A. (1989). El objeto de los derechos reales, *LA LEY* 1989- D, p. 987.

[154] CURA GRASSI, D. (2006), en *Derecho Inmobiliario*, Buenos Aires: Ediciones La Rocca, p. 24, aclara en la nota 6 que no desconoce la existencia de las denominadas hipotecas abiertas, en garantía de obligaciones futuras,

respecto de los derechos reales de garantía, el art. 2188 del CCC titulado especialidad en cuanto al objeto expresa que el objeto debe ser actual.

Deben ser determinadas, individualizadas y tratarse de cosas singulares, se relaciona entonces, con el principio de especialidad, propio de los derechos reales; que a su vez trasciende al ámbito registral.

Sin embargo, autores como Cura Grassi, recuerdan que con la ley 24.441, de acuerdo a lo prescripto por el art. 4, inc. a, en caso de no resultar posible la individualización de los bienes objeto del contrato a la fecha de celebración del fideicomiso, debe constar la descripción de los requisitos y características que deberán reunir los mismos[155], lo que se recepta también en el art. 1667, inciso a del CCC vigente. Pero esta prescripción normativa parece referirse al contrato del fideicomiso, y no al derecho real de dominio fiduciario. Puesto que para que se constituya dominio fiduciario debe existir una cosa determinada que se debe entregar al fideicomisario (ver art. 1701 del CCC).

Ahora el nuevo Código Civil y Comercial, no exige expresamente que la cosa sea cierta y determinada y de existencia actual. Pero la doctrina ha dicho, que los mismos son recaudos que caben exigir, salvo supuestos especiales, porque la especialidad y actualidad se relacionan con la inmediatez[156] que debe existir en todo derecho real.

Excepcionalmente, en el caso particular de la prenda con registro regulada por la ley 12.962, sobre fondo de comercio; los elementos no son estables durante la explotación, debido a que muchos de ellos; como la materia prima y los productos se renuevan constantemente, mientras que los muebles y útiles se deterioran, aumentan o disminuyen. Aunque en este supuesto, se podría afirmar que lo que se encuentra determinado es la universalidad: fondo de comercio que es el objeto de la prenda y no los elementos contingentes que lo integran. En el caso especial también de la prenda flotante, los bienes que son objeto de la garantía no están debidamente individualizados, y pueden ser reemplazados por otros, como sucede con las mercaderías. Además, el art. 10 permite la prenda fija sobre frutos y productos, que son parte accesoria de una cosa principal.

Se ha considerado que, en principio, no puede haber derechos reales sobre una parte material, pues ello implicaría una partición inaceptable antes de tiempo, además se ha entendido

pero ello no tiene relevancia porque la cosa que se grava con hipoteca no es futura. Como así también siguiendo a Demogue, explica la concepción de derechos reales sobre cosas futuras; vgr.: venta sucesiva a dos personas de un mismo lote de mercaderías en fabricación o de un mismo lote de árboles en pie (Demogue, M. (1911) *Las nociones fundamentales de Derecho Privado*, París). Lo que parece referirse a la obligación de entregar la misma cosa y no al derecho real en sí.

[155] CURA, GRASSI, D. (2006), *Derecho Inmobiliario*, Buenos Aires: Ediciones La Rocca, p. 24, nota 8.

[156] KIPER, C. (2016), *Tratado de los Derechos Reales*, Tomo I., Santa Fe: Ed. Rubinzal-Culzoni Editores, p. 24.

que es criticable que se admita la posesión de una parte de una cosa sin exigir el requisito de la divisibilidad de la misma[157]. Vélez ya señaló que es imposible poseer una cabeza de una estatua sin poseerla toda (ver nota 2405 del Código derogado). Se advierte que, si se admite la posesión de la parte de un inmueble indivisible sin alcanzar la medida económica, la posesión que reúna los requisitos para la usucapión, llevaría a adquirir un derecho real sobre el inmueble de menor superficie en contra del ordenamiento local, lo que es inaceptable. Por otro lado, hay derechos reales como el dominio y el condominio, que no pueden recaer sobre una parte de una cosa. Otro ejemplo que se da, es el de la posesión de una parte de un edificio, no sometido a propiedad horizontal. Se ha considerado que en caso que, el edificio tenga las características para ser poseído en parte de modo independiente, el Código debería expedirse sobre si la usucapión de esa parte importa someter el edificio a la propiedad horizontal, pero si el edificio no reuniera dicha característica cabe preguntarse, qué derecho se adquiriría con la usucapión[158], o si ésta es posible.

Pero había aceptado parte de la doctrina que a pesar de que, en principio los derechos reales no pueden recaer sobre parte material, aunque pueda ser dividido, esto presentaba excepciones. Sin embargo, esta postura no era unánime, por ejemplo, aún estando vigente el Código Civil de Vélez Jorge Alterini destacaba, que era inexacta la visión que entendía que no puede existir un derecho real sobre una parte material de la cosa. Por su parte Luis Andorno, sostenía que es perfectamente posible en relación, por ejemplo: al usufructo y la hipoteca[159].

Debe advertirse, sin embargo, que a pesar de lo sostenido por la doctrina aún luego de la sanción del código vigente, el nuevo art. 1883 del CCC no sienta el principio de que el derecho real se ejerce sobre toda la cosa, sino que por el contrario admite, que tenga por objeto una parte material de la cosa que constituye su objeto, al igual que el art. 1912 del CCC para la posesión.

Expresamente el art. 1883 dice: "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…."

En definitiva, los derechos reales que no pueden recaer sobre una parte de una cosa con seguridad, son el dominio y el condominio (y la propiedad horizontal especial sólo respecto de la unidad privativa, porque el terreno del conjunto no es común (según art. 2076 del CCC), y por lo tanto se puede sostener que la unidad conforma una parcela o inmueble independiente.

---

[157] BELLOTTI, M. L., (2000), Los bienes, Las cosas y el objeto de los derechos reales en el proyecto de Código Civil, en *L.L*. 2000-C-1145.

[158] BELLOTTI, M. L. (2000), Los bienes, Las cosas y el objeto de los derechos reales en el proyecto de Código Civil . *LL*2000-C-1145.

[159] Conforme lo expusieron en las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, realizadas en Bs. As., en el año 2.001.

En cuanto a los derechos reales de garantía, parece que pueden recaer sobre partes de una cosa mueble o inmueble según el caso, si la misma es divisible, porque debe ser factible el remate de dicha parte y la adquisición por un tercero, con independencia del resto de la cosa.

En el caso del condominio, o en la propiedad horizontal común y especial sobre las partes comunes, el derecho se ejerce sobre toda la cosa, pero existen limitaciones jurídicas y de tipo abstractas. Porque esta parte ideal o alícuota apunta a indicar sólo la proporción de su derecho y participación en la cosa común y exige que se respete el derecho de los demás sin excluirlos y el destino de la misma.

Existen ciertos derechos reales en donde expresamente la ley ha admitido que puedan recaer sobre partes, como por ejemplo: la servidumbre que puede tener por objeto la totalidad o parte material del inmueble ajeno (art. 2163 del CCC), la superficie, el usufructo, el uso, la habitación (arts. 2116, 2130 inc. a, 2154 y 2158 del CCC). A su vez, la acción reivindicatoria puede intentarse sobre una parte material de la cosa, lo que se justifica cuando se posee una parte de una cosa divisible, como por ejemplo: una hectárea de un inmueble de diez hectáreas (arts. 2251, 2252, 2261 del CCC)[160].

Ahora también cabe señalar que, es factible que el derecho real tenga como objeto unas partes del inmueble como en el caso de la propiedad horizontal, que recae sobre parte privativa y partes comunes de un edificio (art. 2037 del CCC); y por qué no también, el tiempo compartido y el derecho real de sepultura cuya estructura no está establecida por el legislador, al igual que la hipoteca.

Alterini[161] por otra parte, considera que induce a confusión el empleo de los términos "totalidad" y "por el todo", debido a que son ideas simétricas, que parecen ser alternativas cuando no lo son, también critica la utilización de parte indivisa, pues si está en juego la idealidad, el término parte parece indicar materialidad. Prefiere el término alícuota o cuotas que fue utilizado por el anteproyecto de 1954 y el proyecto de 1.998, aunque en general todos saben que con el término parte indivisa, se está refiriendo a la alícuota.

Debe advertirse a los fines de este trabajo, que cuando el art. 1883 del CCC expresa que los derechos reales pueden recaer sobre partes materiales de una cosa, parece no aceptar que un derecho real, por ejemplo una servidumbre pueda recaer sobre parte de un inmueble, su espacio

[160]LORENZETTI, R. L.,(2015). *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado*, t.IX, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, p.19. KIPER, C. (2016), *Tratado de los Derechos Reales*, Tomo I., Santa Fe: Ed. Rubinzal-Culzoni Editores., Tomo I, p. 25.

[161] ALTERINI, J. (2012). Primeras consideraciones sobre los derechos reales en el Proyecto del Código. *LA LEY*2012-E, p. 898.

aéreo, respecto del cual se podría afirmar que es una parte del inmueble inmaterial. Se volverá sobre el tema, cuando se analice el tema del espacio y sus implicancias.

2. Clases de cosas:

A diferencia del Código Civil de Vélez, la nueva normativa no admite la clasificación de las cosas por su carácter representativo o no, pero mantiene el resto de las clasificaciones, aunque ubicadas en otro sector en virtud de la nueva metodología adoptada.

En efecto en el título III, titulado "Bienes", capítulo 1: Bienes con relación a las personas y los derechos de incidencia colectiva. Sección 1: Conceptos del Libro Primero del Código Civil y Comercial, se distinguen los inmuebles por su naturaleza y por accesión, de los muebles, las principales de las accesorias, se conceptualizan las cosas divisibles, las consumibles, fungibles, los bienes fuera del comercio, los frutos y productos.

2.1. Inmuebles:

El Código Civil y Comercial vigente clasifica a los inmuebles, en inmuebles por su naturaleza y por accesión.

2.1.1- Inmuebles por su naturaleza:

El art. 225 del CCC expresa que, son inmuebles por su naturaleza: el suelo, las cosas incorporadas a él de una manera orgánica y las que se encuentran bajo el suelo sin el hecho del hombre.

A diferencia del Código de Vélez, no se conceptualiza al inmueble como la cosa que se encuentra por sí misma inmovilizada, sino que simplemente se nombra cuales cosas son inmueble por su naturaleza. Y al igual que el código derogado no menciona al espacio aéreo inmobiliario. Sin embargo, por la redacción del antiguo art. 2314 del CC que luego de definirlo decía "como" y empezaba la enumeración, parecía que la misma era sólo ejemplificativa y por lo tanto podía admitirse que el espacio inmobiliario fuera inmueble por su naturaleza, máxime cuando el art. 2518 del CC de Vélez, disponía que el propietario del suelo "es dueño exclusivo del espacio aéreo".

Actualmente el art. 1945 del CCC explica que "el dominio de una cosa inmueble se extiende al subsuelo y al espacio aéreo, en la medida que su aprovechamiento sea posible, excepto lo dispuesto en normas especiales", por lo que también se podría llegar a hacer una interpretación integradora del art. 225 del CCC y de éste. Si no ambos artículos parecerían contradecirse, cabría preguntarse ¿cómo es que el espacio inmobiliario no es inmueble por su naturaleza y por el otro lado, el dominio de una cosa inmueble se extiende al espacio aéreo?

2.1.2- Inmuebles por accesión:

Según el art. 226 del CCC, "son inmuebles por accesión las cosas muebles que se encuentran inmovilizadas por su adhesión física al suelo, con carácter perdurable".

Y esta norma aclara que: "los muebles forman un todo con el inmueble y no pueden ser objeto de un derecho separado sin la voluntad del propietario".

Una diferencia con el art. 2316 del CC derogado, es que no se consideran inmuebles por accesión, las cosas muebles que se encuentran puestas intencionalmente por el propietario como accesorias, sin estarlo físicamente. Y también se señala que: "no se consideran inmuebles por accesión las cosas afectadas a la explotación del inmueble o a la actividad del propietario". Cabe recordar que el viejo código en el art. 2322 del CC sólo no consideraba inmuebles a las adheridas al inmueble en vista de la profesión del propietario o de una manera temporaria.

2.2. Cosas muebles:

El Código Civil y Comercial vigente, define a los muebles a diferencia de los inmuebles que no son conceptualizados por la nueva normativa. Así, el art. 227 del CCC expresa que: "son cosas muebles las que pueden desplazarse por sí mismas o por una fuerza externa".

No se aclara como lo hacía el código anterior, cuando las cosas muebles adheridas a un inmueble siguen siendo muebles o hasta cuando son inmuebles. Y tampoco contiene la nueva normativa un artículo como el 2323 del Código Civil de Vélez, que determine: qué cosas no quedan comprendidas en los muebles de una casa; (y que mencione varias cosas que conforman el aguar de una casa como: dinero, documentos, colecciones científicas y literarias, libros, ropa, armas, etc.).

Cabe recordar, que el concepto de muebles de la casa (que parecía conformar la categoría de los inmuebles por su destino[162]), se deducía a contrario sensu de la enumeración que la doctrina entendió que no era taxativa. Se entiende que esta omisión se debe a que, en el Código Civil y Comercial vigente, no existen inmuebles por su destino, sino que sólo las cosas muebles son inmuebles por accesión, cuando la adhesión es física. Es más, el propio art. 226 del CCC aclara que, no entran dentro esta categoría las cosas afectadas a la explotación del inmueble o a la actividad del propietario.

[162] KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., (2005) comentario al art. 2323 del CC en *Código Civil y leyes complementarias.* Comentado, Anotado y Concordado, dirigido por Zannoni, tomo 10, Bs As: Editorial Astrea, p. 97, quien cita a ABELANDA, C. (1980). *Derecho Civil, Parte general*, t. 2, Bs As: Editorial Astrea. p.637.

2.3. Cosas divisibles e indivisibles:

El artículo 228 del Código vigente, no diferencia las cosas divisibles de las no divisibles y no conceptualiza estas últimas, sino que sólo explica cuáles son divisibles, lo que a *contrario sensu* induce el concepto de las indivisibles.

Así expresa, casi siguiendo la redacción del art. 2326 del Código de Vélez con el agregado de la ley 17.711 que: "Son cosas divisibles las que pueden ser divididas en porciones reales sin ser destruidas, cada una de las cuales forma un todo homogéneo y análogo tanto a las otras partes como a la cosa misma". Y luego agrega que: "las cosas no pueden ser divididas si su fraccionamiento convierte en antieconómico su uso y aprovechamiento. En materia de inmuebles, la reglamentación del fraccionamiento parcelario corresponde a las autoridades locales".

2.4. Cosas principales y accesorias:

Son cosas principales las que pueden existir por sí mismas (art. 229 del CCC), y no se menciona como lo hacía el art. 2327 del CC derogado y "para sí mismas". Es que debe tenerse en cuenta que: un inflador o una lavadora no existe para sí, sino para inflar las ruedas de una bicicleta, o para lavar en el segundo caso por ejemplo, pero por ello no dejan de ser cosas principales. Además, no existen para una cosa determinada. El lavarropa por ejemplo: sirve para lavar cualquier ropa y no una específica, no se puede decir que es accesorio de un vestido por ejemplo, y que el lavarropa sigue la suerte del vestido.

El Código Civil y Comercial reduce a un artículo, los seis artículos que contenía el Código derogado sobre cosas accesorias, y no resuelve el carácter accesorio o no de una cosa que se adhiere a otra de igual valor por el volumen.

El nuevo art. 230 simplemente reza: "Son cosas accesorias aquellas cuya existencia y naturaleza son determinadas por otra cosa de la cual dependen o a la cual están adheridas. Su régimen jurídico es el de la cosa principal, excepto disposición legal en contrario.

Si las cosas muebles se adhieren entre sí, para formar un todo sin que sea posible distinguir la accesoria de la principal, es principal la de mayor valor. Si son del mismo valor no hay cosa principal, ni accesoria".

El régimen vigente no acepta la accesión moral[163] como se explicó, por lo tanto la adhesión debe ser física.

En el Código Civil y Comercial actual, se trata a los productos y frutos aparte, aunque mientras estén adheridos físicamente pueden considerarse accesorios. Por ejemplo: la

[163] KIPER, C. (2015). Derechos Reales, comentario al art 1945, en LORENZETTI, R. L. (dir), *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado.* T. IX, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, p. 215..

construcción, se considera accesoria al inmueble, y por ello, pertenece al propietario del suelo; también por esa misma razón, el dueño del suelo adquiere por accesión todo lo que se incorpore al suelo como la construcción, plantaciones, etc. Por eso, este tema se relaciona con la adquisición del dominio por accesión regulada en los artículos 1958 del CCC para muebles y arts. 1959 a 1963 del CCC para los inmuebles.

Pero en el caso de la propiedad horizontal y en la superficie se excepciona la regla, porque la ley permite que las unidades o lo construido, plantado o forestado en la superficie o subsuelo, pertenezcan en propiedad exclusiva a los consorcistas o superficiarios, como ahora lo aclara expresamente el art. 1945 del CCC.

2.5. Cosas consumibles y fungibles:

Las cosas consumibles son aquellas cuya existencia termina con el primer uso (según art. 231 del CCC), a diferencia de las no consumibles; que no obstante, pueden consumirse o deteriorarse después de algún tiempo de una manera lenta e imperceptible; como por ejemplo: una explotación agrícola podría dejar de dar frutos, sin el aporte de tecnología o nutrientes.

Mientras, que las cosas fungibles son las que pueden intercambiarse por otras de la misma calidad y cantidad; porque todo individuo de la especie equivale a otro individuo de la misma especie (según art. 232 del CCC).

2.6. Frutos y productos:

Hay cosas que producen frutos o productos, de manera renovable o no; y a su vez ello, puede implicar o no una disminución o alteración de su sustancia. El art. 233 del CCC define los frutos y diferencia las clases de frutos y los productos. Así especifica que los frutos son los objetos que un bien produce, de modo renovable, sin que se altere o disminuya su sustancia[164].

Por otro lado, se pueden diferenciar los frutos en: naturales, industriales y civiles. Los frutos naturales son las producciones espontáneas de la naturaleza (los frutos de un árbol silvestre). Mientras que los frutos industriales son los que se producen por la industria del hombre o la cultura de la tierra (por ejemplo: cosecha de soja o uva). Los frutos civiles son las rentas que la cosa produce; como por ejemplo: el canon de alquiler de un inmueble.

[164] Es decir que la separación de los frutos, no implica una alteración de la sustancia. La alteración o disminución de la sustancia son dos cosas distintas, pero rasgos característicos de los productos que se encuentran vinculados entre sí. La renovabilidad importa que la cosa vuela a producir el fruto, no influye que su producción sea periódica o eventual. Dicha renovación es potencial, interesa que lo sea según la naturaleza de la cosa. Y es precisamente por esa renovación, que su extracción no disminuye o altera su sustancia. Según el art. 2129 del CCC que define al usufructo, hay alteración de la sustancia, cuando se modifica su materia, forma o destino.

Los productos a diferencia de los frutos, son los objetos no renovables que separados o sacados de la cosa alteran o disminuyen su sustancia. Debe advertirse que a su vez, la extracción de un producto requiere labor humano y que siempre su rendimiento es industrial[165].

La última frase del art. 233 del CCC aclara que: "los frutos naturales e industriales y los productos forman un todo con la cosa, si no son separados". Antes el art. 2329 del CC sólo se refería a los frutos naturales y producciones orgánicas, pero la doctrina extendía la solución a los frutos industriales, lo que ahora se ha plasmado expresamente.

2.7. Cosas dentro y fuera del comercio:

Los bienes se clasifican también como dentro y fuera del comercio, en atención a la posibilidad de que los bienes puedan o no ser enajenados. Lo que se relaciona también, con lo que ya se habló sobre la comercialidad.

Debe advertirse que, se ha señalado que la oposición entre comercialidad y extracomercialidad es relativa, porque la comercialidad puede también tener grados (por ejemplo: el derecho de alimentos tiene contenido económico, pero no es cesible), o se pueden ceder pero de una manera limitada (como por ejemplo: el cesionario de una obra intelectual que debe respetar el derecho moral del autor), y una cosa puede ser relativamente inenajenable y responder como garantía de los acreedores como sucede con los bienes de menor mayor de diez años que cometió un hecho ilícito. Por ello se ha aclaro, que los términos inenajenabilidad, inembargabilidad y la inejecutabilidad son características que pueden o no reunirse en una misma cosa[166].

Los bienes fuera del comercio son aquellas entidades materiales o inmateriales susceptibles de valor, cuya transmisión está expresamente prohibida según el art. 234 del CCC. Debe advertirse, que en este artículo habla de bienes y no de cosas, como los artículos anteriores que clasificaban las cosas inmuebles y muebles, accesorias, principales, etc. Y se aclara que esta prohibición puede provenir no sólo de la ley (como el supuesto de los bienes públicos del Estado, según el art. 237 del CCC), sino también de actos jurídicos de los particulares. Ejemplo de este último supuesto sería: la prohibición de enajenar bienes del patrimonio fideicomitido dispuesto en un contrato de fideicomiso, conforme lo dispuesto en el art. 1.688 del CCC, en cuanto este Código permite tales prohibiciones.

---

[165] SMAYESVSKY, M., PENNA, M. A., BRACAGLIA SOLÁ, A. C. L. (2014), comentario al art. 233 en LORENZENTTI, R. L. *Código Civil y Comercial de la Nación*. Comentado, dirigido por LORENZETTI, R. L., Tomo I, Santa Fe: Rubinzal – Culzoni Editores, p. 762 y ss.

[166] KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (2005), comentario al artículo 2337 en C*ódigo Civil y leyes complementarias*. Comentado, anotado y concordado, t. 10, Buenos Aires: Ed. Astrea, p. 124 y ss.

Por otro lado, un sector de la doctrina ha distinguido entre cosas fuera del comercio y cosas fuera del patrimonio. Las cosas fuera del comercio integran un patrimonio, aunque no pueden salir de él, esto puede ser en virtud de su titular (por ejemplo: el Estado) o por su particular fin: público o religioso. Esta clase de cosas no pueden ser objeto de contrato, pueden gozarse, pero no enajenarse y tampoco sirven como garantía patrimonial. En cambio, las cosas fuera del patrimonio no pueden tener dueño; como el aire, al mar, al agua. Aunque estas últimas realidades se ha entendido también que no son cosas por faltarle una delimitación en el espacio[167] o no ser susceptibles de apropiación. Debe advertirse sin embargo respecto del agua, que ésta puede ser privada y que ocupa un lugar en el espacio, al igual que el aire, pero que este último no es apropiable.

También la prohibición puede ser absoluta o relativa. Es absoluta, cuando el bien no puede ser transmitido; y es relativa cuando necesita autorización previa para ello. Aunque el Código Civil y Comercial a diferencia al de Vélez, no realiza esta clasificación, como antes lo hacía. Es que ya varios autores han señalado la inutilidad de catalogar a esta clase de bienes como de inenajenables relativamente, porque sólo se trata de cumplir con el debido proceso dispuesto para poder disponer de los mismos, por esa razón la categoría ya fue suprimida en el Anteproyecto de 1954 y el Proyecto de Código Civil Unificado de 1998[168].

A su vez, esto se relaciona con los bienes del Estado, que si son públicos están fuera del comercio (según arts. 235 y 237 del CCC); el objeto de los actos jurídicos que no puede ser prohibido ni contrario a la moral, la buena fe, el orden público, ni lesivo de los derechos ajenos ni de la dignidad humana, tampoco pueden ser un bien que por un motivo especial se haya prohibido que lo sea (art. 279 del CCC), la transmisión de los derechos (art. 398 del CCC) y los derechos inherentes a la persona humana que están fuera del comercio por disposición legal (art. 1617 del CCC).

El artículo 398 del CCC, en consonancia con el art. 1906 del CCC, que para los derechos reales fija la regla de la transmisibilidad, excepto disposición en contrario, dice expresamente que: "todos los derechos son transmisibles salvo estipulación válida de las partes, o que ello resulte de una prohibición legal o que sea contrario a la buena fe, moral y buenas costumbres. Así la jurisprudencia francesa ha considerado fuera del comercio a las mercaderías con marcas falsificadas, y entonces parecería que todas las cosas que provengan de un objeto ilícito lo

[167] Ver KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (2005), en C*ódigo Civil y leyes complementarias*. Comentado, anotado y concordado, t. 10, Bs As: Ed. Astrea., p. 124.
[168] GARRIDO, R., ANDORNO, L. (1972). *Código Civil anotado*, Libro III, I, Bs As: Ed. Zavalía, p. 84.

están[169], también ha sido discutido el carácter extra-comercio de los sepulcros[170], aunque parece que según la nueva normativa, sólo son inembargables (art. 2110 del CCC).

Por su parte el art. 398 del CCC establece que: "Todos los derechos son transmisibles excepto estipulación válida de las partes o que ello resulte de una prohibición legal o que importe transgresión a la buena fe, a la moral o a las buenas costumbres". Por lo tanto, no sólo la ley puede disponer la intransmisibilidad de un bien o derecho, sino que las partes pueden disponer, sólo cuando la ley lo admita, alguna cláusula de inenajenabilidad, indivisibilidad, como se verá, aunque el principio es la transmisibilidad, y libre disposición de los bienes.

Así, en virtud del principio general establecido, el art. 1972 del CCC dispone al respecto que: "en los actos a título oneroso es nula la cláusula de no transmitir a persona alguna el dominio de una cosa determinada o de no constituir sobre ella otros derechos reales". Pero luego agrega una excepción, consistente en que "son válidas si se refieren a persona o personas determinadas".

Y con más amplitud las admite en los actos a título gratuito. Respecto de dichos actos, expresa dicha norma que: "en los actos a título gratuito todas las cláusulas señaladas en el primer párrafo son válidas si su plazo no excede de 10 (diez) años". Con relación al plazo precisa que: "si la convención no fija plazo, o establece un plazo incierto o superior a 10 (diez) años, se considera celebrada por ese tiempo. Es renovable de manera expresa por un lapso que no exceda de 10 (diez) años contados desde que se estableció". Y por último, con relación a los actos por causa de muerte dispone que: "son nulas las cláusulas que afectan las porciones legítimas, o implican una sustitución fideicomisaria".

Desde otro punto de vista esta norma implica un límite a la facultad de disponer libremente, así como lo disponía el art. 2612 junto con los arts. 2.502, 2.613, 2.614 y 2.617 del

---

[169] Ver POLLAUD- DULIAN, F. (2004), *Propiriétes incorporelles. Les objets contre-faisants. Choses hors du commerce. "Revue Trimestrielle de Droit Commercial",* 2.004-2-284, y REVET, T. (2004), *Propiété et droits réels. Choses hors commerce, "Revue Trimestrielle de Droti Civil"*, 2004-1-114, citado por KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (2005), en comentario al art. 2338, en Código Civil y leyes complementarias. Comentado, Anotado y Concordado, T. 10, Ad. Buenos Aires: Astrea, p.128.

[170] Este tema se discutió respecto de los sepulcros en cementerios públicos. En primer lugar, se consideró derecho de propiedad el derecho que tenía un particular sobre una bóveda que había comprado en un cementerio público en el famoso caso Bordieu c/ Municipalidad de la Capital – Ver fallo de la CSJN, sentencia del 14/12/25, Fallos, 145:307; pero debe advertirse que allí se trataba de propiedad en sentido constitucional (que abarca todo lo apreciable que puede tener el hombre fuera de su vida, su honor y su libertad). En esta línea jurisprudencial pero pareciendo mezclar los tantos, o admitir la división horizontal de un inmueble, sin que exista derecho de superficie o propiedad horizontal, se ha resuelto que: "cabe considerar como compraventa de un inmueble, siguiendo el principio formal del impuesto de sellos, al acto celebrado por escritura pública por el cual una parte vende, cede y transfiere, y otra adquiere todos los derechos y acciones que tiene sobre una bóveda, en tanto lo edificado sobre el terreno de un cementerio no es de dominio público, como sí lo es el terreno en sí- T Fiscal de la Nación, Sala B, 28/4/95, DJ, 1996-1-597.

C.C., que conformaban restricciones reguladas en el Código de Vélez en interés público, al igual que el supuesto del camino de sirga.

El artículo 1972 del CCC comentado prohíbe al propietario de un inmueble que se obligue a no enajenarlo, transmitir sobre él derechos reales o constituirlos (como por ejemplo: una hipoteca). También se admite que esta norma se aplica a muebles registrables o no. La primordial finalidad que persigue y perseguía el legislador anterior, es evitar el estancamiento de la propiedad en manos de incapaces de explotarla convenientemente, es decir que protege el principio de la libre circulación de los bienes.

El precepto dispone una sanción especial, para el caso de que el dueño de la cosa viole la prohibición impuesta, la nulidad. Esto se diferencia con la solución que daba el art. 2612 del CC de Vélez, que sólo la sancionaba con la inoponibilidad de la cláusula frente a terceros. Actualmente como la cláusula es nula, no sólo la enajenación que se realiza en contra de ésta es válida, sino que tampoco las partes pueden reclamarse daños y perjuicios por su incumplimiento, como antes sí lo podían hacer.

Actualmente se refunden los viejos artículos 2612 y 1364. El art. 2612- que se refería a la prohibición de que el propio propietario se impusiera la obligación de no enajenar (generalmente utilizada como garantía); y el 1364, que prohibía dicha cláusula a favor de persona indeterminada en la compraventa, pero la admitía a favor de persona determinada (como por ejemplo: para evitar que la cosa se vendiere a un competidor). Y se dispone el principio general de invalidez, salvo cuando la cláusula impide la enajenación o constitución de un derecho a favor de persona determinada.

En los actos a título gratuito, el donante o testador puede disponer la prohibición de no enajenar a persona alguna por no más de diez años (al igual que lo establecía el art. 2613 del CC).

Por otro lado, según el art. 2000 del CCC, los condóminos pueden convenir suspender la partición por un plazo que no exceda de diez años.

En el caso de la propiedad fiduciaria, el fiduciante tiene la facultad de establecer que el fiduciario no pueda disponer, o no lo pueda hacer sin su consentimiento. O aunque nada se haya manifestado expresamente, si los actos de disposición contrarían los fines del fideicomiso, por ejemplo: en un fideicomiso de administración, existe implícitamente una restricción absoluta a la facultad de disponer (art. 17 de la ley 24.441). Es que el art. 1688 del CCC establece que el fiduciario puede disponer o gravar los bienes fideicomitidos cuando lo requieran los fines del fideicomiso…". Pero, por otro lado, prevé que: "el contrato puede prever limitaciones a estas facultades, incluso la prohibición de enajenar, las que en su caso, deben estar inscriptas en los

registros correspondientes a cosas registrables. Y pueden ser relativas (si necesitan de la autorización de otra persona, como del fiduciante) o absolutas, si se encuentran totalmente prohibidas; también pueden ser temporales o perpetuas; generales o parciales.

Por último, la parte final del art. 1972 pone otro límite a las cláusulas de no enajenar en los actos a título gratuito, que consiste en la prohibición de la sustitución fideicomisaria. Esta norma se relaciona con el art. 1700 del CCC que prohíbe y dispone la nulidad del fideicomiso que tiene como único fin que el fiduciario esté obligado a mantener o administrar el patrimonio fideicomitido, para ser transmitido únicamente a su muerte a otro fiduciario de existencia actual o futura. Y también se vincula con el art. 2491 del C.C. que regula la facultad de sustituir al heredero o legatario (para el caso que éste no quiera o no pueda aceptar la herencia o legado), pero que prohíbe establecer un sucesor a los instituidos.

En el supuesto del inmueble afectado al régimen de vivienda, conforme con lo dispuesto por el art. 244 y ss. del CCC, para la protección de sus beneficiarios, existen límites a los actos de transmisión. Así como la ley 26.737 de tierras rurales y extranjeros, la de zona de seguridad y frontera, etc., que establecen límites a la facultad de disponer con distintas finalidades.

Existen, asimismo, otras leyes en las que la causa de la limitación es de origen social, como acontece con la ley 22.232 del Banco Hipotecario Nacional o las leyes de colonización y arraigo dictadas por las provincias. En otros supuestos la finalidad social se entremezcla con el respeto a la cosmovisión de las comunidades originarias sobre la tierra, como acontece con la ley 23.302 y el art. 75 inc. 17 de la Constitución Nacional, que reconoce una propiedad comunitaria inenajenable sin límite temporal.

En ciertos supuestos, la razón que justifica que se admita una limitación a la facultad de disponer (especialmente con relación a la división de los bienes que puede terminar en una enajenación) es fundamentalmente económica o económica familiar, como se advierte con las cláusulas de indivisión temporal del condominio (antiguo art. 2693 del CC- 5 años y actuales arts. 2000 y 1999 del CCC, que establecen un plazo mayor, de 10 años) y de bienes hereditarios (antiguos arts. 51 y ss. de la ley 14.394- derogada por la ley 26.994).

Actualmente, con respecto a los bienes hereditarios, el art. 2330 del CCC dispone que cuando la cosa es dejada a dos o más herederos, se autoriza al testador (como lo hacía el art. 51 citado) a imponer a sus herederos aún legitimarios, la indivisión de los bienes hereditarios, cuando se trate de un bien determinado o de un establecimiento, o partes sociales, cuotas o acciones de una sociedad de la cual es principal socio o accionista. La indivisión no puede ser mayor a un plazo de diez años, pero, cuando haya menores, puede extenderse hasta su mayoría

de edad, sin perjuicio de la facultad del juez de autorizar la división total o parcial antes del plazo establecido, cuando concurran circunstancias graves o razones de manifiesta utilidad.

Por otro lado, el art. 2331 del CCC admite directamente a los herederos (siguiendo casi textualmente el art. 52 de la ley 14.394 derogada – salvo en el término capacidad restringida) a convenir que la indivisión entre ellos perdure total o parcialmente, por un plazo que no puede exceder tampoco de 10 años, pero no parece aceptar en este caso que el plazo se prolongue si hay incapaces o menores hasta que cese la incapacidad, sino que requiere la aprobación judicial en dicho caso. Y autoriza que dicho convenio pueda renovarse por igual plazo de 10 años, pero que cualquier coheredero pueda pedir la división antes de su vencimiento, si acredita que media causa justificada.

Por último los arts. 2332 y 2333 del CCC siguiendo el viejo art. 53 de la ley 14.394 autorizan al cónyuge a oponerse a la división de un establecimiento comercial, industrial, agrícola, ganadero, minero o de otra índole que constituye una unidad económica, o partes sociales, cuotas, acciones de una sociedad, si participó en la explotación, adquirió o constituyó parte o todo el establecimiento, o que es el principal socio o accionista de la sociedad, con la salvedad de que, pueda serle adjudicado en su lote. Tiene el mismo derecho, el cónyuge que no adquirió, ni constituyó el establecimiento, pero que participa activamente en la explotación.

Dicha indivisión es por diez años, pero puede ser prorrogada judicialmente hasta la muerte del cónyuge sobreviviente, por el juez y a pedido de éste. Y aclara que durante la indivisión la administración del establecimiento, cuotas, acciones o partes sociales, le corresponden en dicho caso al cónyuge.

También se le faculta al cónyuge a oponerse a la división de la vivienda (con sus muebles) que fue la residencia habitual, si fue adquirida o construida total o parcialmente con fondos gananciales, hasta su muerte. Pero, sin embargo, se agrega novedosamente que los herederos puedan solicitar el cese de dicha indivisión, si tiene bienes que permitan procurarse otra vivienda suficiente para sus necesidades. Antes sólo en el segundo párrafo del art. 53 de dicha ley decía que el juez podría ordenarla a pedido de cualquiera de los herederos, si concurrieren causas graves o de manifiesta utilidad económica que justificasen la decisión, como parece predicarlo ahora este artículo, para los establecimientos, por la ubicación del párrafo.

Existen otros casos de indivisión, como por ejemplo: el dispuesto por el art. 2375 del CCC para el caso de que la división fuera antieconómica (en la partición de herencia); y el previsto por el art. 2001 del CCC para partición nociva. Ambas normas prevén que el juez

puede disponer la postergación de la división por un plazo adecuado a las circunstancias que no exceda de cinco años, renovable una sola vez.

Es decir, que a pesar del principio de la libre circulación y libertad de comercio, existen en nuestro ordenamiento jurídico una gran cantidad de límites a la facultad de disponer, o a la libre transmisibilidad de los derechos.

3.- Clasificación de los bienes con relación a las personas:

El Código se refiere a los bienes con relación a las personas, en la sección 2 del capítulo 1 que trata de los bienes con relación a las personas y los derechos de incidencia colectiva, título III denominado bienes, del Libro primero, titulado parte general.

A pesar de que, el art. 235 del CCC enumera de manera taxativa[171] los bienes pertenecientes al dominio público, aclara que ello puede ser excepcionado por las leyes especiales.

En los fundamentos del proyecto, se explica, como ya se manifestó en este trabajo, que la relación entre las personas y los bienes ha cambiado y aparecen las comunidades, como los pueblos originarios. Asimismo los conflictos ambientales se refieren a bienes que son mencionados como del dominio público, pero la Constitución y la ley ambiental los considera colectivos y no solamente de propiedad del Estado.

Son bienes del Estado, aquellos asignados o afectados (natural o artificialmente) a la comunidad para uso y utilización de los particulares, generalmente en forma gratuita, aunque excepcionalmente se puede exigir una pequeña prestación, que puede o no estar destinada al mantenimiento de éstos, como el cobro de una entrada a un parque nacional o a un museo, o del peaje para circular por ciertos caminos. El art. 237 del CCC al respecto dispone que: "Las personas tienen su uso y goce, sujeto a las disposiciones generales y locales. La Constitución Nacional, la legislación federal y el derecho público local determinan el carácter nacional, provincial o municipal de los bienes enumerados en los dos arts. 235 y 236". Y precisa al principio del art. 237 del CCC que: los "bienes públicos del Estado son inenajenables, inembargables e imprescriptibles".

La doctrina ha considerado que: "El dominio público es un conjunto de bienes de propiedad de una persona pública que, por los fines de utilidad común a que responden, están sujetos a un régimen jurídico especial de derecho público"[172]. Así se ha dicho que son cosas del

[171] SMAYEVSKY, M., PENNA, M. A. y BRACAGLIA SOLÁ, A. C. (2014); en comentario al art. 235, en *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, dir. por LORENZETTI, R. L., Tomo I, Santa Fe: Ed. Rubinzal Culzoni. p. 770.
[172] FARRANDO, I. y ots. (1996), *Derecho Administrativo.* Buenos Aires: Ed. Depalma, p. 556 y ss.

dominio público aquellas que están destinadas al uso directo y general de los habitantes o están afectadas a un fin de utilidad o comodidad común y pertenecen al ente público. Para Bielsa cuando las cosas del dominio privado se destinan a un servicio público están fuera del comercio, es decir, participan del carácter de inenajenables propio de los bienes del dominio público. Los bienes del dominio público están enumerados en el art. 235 del CCC y sus caracteres son: la inenajenabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad. Estos bienes se transforman en enajenables, ingresando al dominio privado – del Estado o de los particulares- sólo después de ser formalmente desafectados, por ley o por acto administrativo realizado con autorización legal. Sólo excepcionalmente existe desafectación por obra de la naturaleza, por ejemplo: en el caso del antiguo cauce del río que cambió su curso.

De acuerdo al origen o formación de la cosa la doctrina reconoce dos tipos de bienes públicos del Estado. Los bienes públicos de formación natural o dominio público por su naturaleza son los bienes que la propia naturaleza presenta u ofrece, por ejemplo: el mar territorial y que la normativa nacional enumera como públicos (art. 235 del CCC, incs. 1 al 6); porque en este caso, su afectación o más bien designación sólo puede resultar de una ley nacional.

Los bienes públicos de formación artificial o dominio público artificial: son cosas creadas por el hombre y declaradas públicas por el legislador como una calle (ej.: inc.7 del art. 235 del CCC). Es decir que los bienes de dominio público artificial además de la calificación de la ley nacional, necesitan un acto de creación de la Administración pública. Es la Administración quien crea o dispone la creación de un bien artificial, destinándola o afectándola a la utilidad pública.

Cabe recalcar, que no debe confundirse la asignación del carácter de un bien, que es establecer qué bien integrará el dominio público, con la afectación. Como se dijo, la autoridad competente en nuestro país para asignar el carácter de un bien es el Congreso de la Nación, por medio de una ley, por cuanto ello implica legislar sobre una cuestión de fondo, por el contrario la afectación que implica que un bien determinado, queda librado al dominio público puede provenir de una ley o de un acto administrativo. Cabe recordar que "afectar es consagrar un bien del dominio público, mientras que desafectar es sustraerlo de su destino al uso público"[173].

La afectación: 1) debe expresar el asentimiento de autoridad competente (puede ser expresa, por leyes o actos administrativos, o implícita, por hechos de la administración); 2) actual: no derivar para el futuro la incorporación al uso público; 3) efectiva: no debe ser

[173] FARRANDO, I. y ots. (1996), *Derecho Administrativo*, Buenos Aires: Ed. Depalma, p. 556.

potencial, de modo que el uso público puede ser llevado a cabo, por estar disponibles los bienes para el uso de que se trate.

Para Highton[174], "el dominio público está constituido por un conjunto de bienes que sirven a la consecución de los servicios públicos del modo más directo, satisfaciendo inmediatamente las necesidades más importantes de la generalidad". La afectación de un bien al dominio público puede resultar de una ley, "de un acto administrativo, o de hechos, que constituyan una manifestación de la voluntad de la administración en forma expresa o táctica"[175].

La jurisprudencia ha entendido que para que se considere afectado al uso público un inmueble, esta afectación debe ser en forma real y efectiva[176]. Así se ha dicho: "La mera adquisición de un inmueble y la declaración de que allí se realizará la obra que va a estar afectada al uso público, no implica afectación, y por lo tanto, el bien no se encuentra incorporado al dominio público: es simplemente un bien privado del Estado"[177].

Es decir, que los elementos esenciales que atribuyen a la noción de dominio público, son los elementos: subjetivo, objetivo, normativo y teológico.

- Elemento subjetivo: que implica que el sujeto titular sea el Estado – entidades estatales y no estatales que en subsidio cumplen los cometidos del Estado por autorización o por delegación[178]. La jurisprudencia ha dicho: "Los entes públicos, estatales y no estatales, técnicamente son titulares del dominio público, si sus bienes están afectados a la prestación de un servicio público o función pública, por lo cual gozan de un régimen especial de imprescriptibilidad e inembargabilidad[179]. No son res nullius o bienes sin titulares, porque de lo contrario cualquier persona podría apropiarse de ellos.

- Elemento objetivo: integran dicho dominio las cosas inmuebles como muebles, las universalidades públicas, como las bibliotecas, etc. La doctrina ha dicho que también integran el carácter de dominio público los objetos inmateriales y los derechos[180]. En principio se ejercen sobre los mismos objetos de propiedad privada, pero se agregan algunos elementos que por su

[174] HIGHTON, E. I., (1997). *Código Civil, y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, dir. Por BUERES, A. J., Buenos Aires: Hammurabi, p. 62.
[175] HIGHTON, E. I. (1997). *Código Civil, y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, dir. Por BUERES, A. J., Buenos Aires: Hammurabi p. 66.
[176] SC Bs.As., caso "La Celina S.A. c/ Municipalidad de San Isidro", publicado en DJBA 123-151.
[177] SCJ de Mza, caso "Heredia de Chambón, Modesta A. c/ Provincia de Mendoza", sentencia de 4/11/75, J.A., 1976-III-81.
[178] Ver CSJN., fallos 146:304; 182:376.
[179] SCJ de Mza, caso "Heredia de Chambón, Modesta A. c/ Provincia de Mendoza", sentencia de 4/11/75, J.A., 1976-III-81.
[180] FARRANDO, I. y ots. (1996). *Derecho Administrativo*, Buenos Aires: Ed. Depalma, p. 548.

abundancia (como el aire) o "su inaccesibilidad, no son cosas desde el punto de vista jurídico"[181].

- Elemento normativo: que produce el sometimiento de los bienes al régimen de derecho público. Este sometimiento o asignación, como se dijo anteriormente solo puede resultar del Congreso.

- Elemento teleológico: referente al fin a que debe responder la inclusión de una cosa o bien en el dominio público. En el ordenamiento argentino, el uso puede ser directo o indirecto, siempre que se trate de afectación final o de uso a la utilidad común. Marienhoff[182] aclaraba que la mayoría de las cosas incluidas en el viejo art. 2340 del CC son de uso directo, más las del inc. 7 in fine al mentar a cualquier otra obra pública construida para utilidad o comodidad común, incluyen un uso indirecto. Una de las expresiones del uso indirecto es el servicio público.

El régimen jurídico del dominio público, para la doctrina y jurisprudencia, es excepcional y de interpretación estricta, en el sentido que debe existir base legal para incluir bienes en él. Ante la duda sobre el carácter del bien, debe entenderse que pertenece al dominio privado del Estado.

Mientras, que los bienes del dominio público natural resultan de una ley nacional, que será la misma que les otorgue el carácter de tales, y que vale como afectación automática. Los pertenecientes al dominio público artificial son aquellos cuya creación depende de un hecho humano, la afectación puede realizarse por ley provincial, por acto administrativo, por un hecho de la administración, como la inauguración de una obra que es librada al uso público, etc.

Por otro lado, la desafectación consiste en la manifestación de la voluntad (formal) o en los hechos (naturales o humanos) en cuya virtud el bien deja de estar destinado al uso público; sale del dominio público para ingresar al dominio privado del Estado o de los particulares, según corresponda.

Cuando se trata de un bien del dominio público natural, la autoridad pública competente para desafectar será la misma, a quien corresponda aquella determinación. Es decir, al Congreso le incumbe desafectar un bien del dominio público natural, siempre que su estructura física permanezca inalterable.

---

[181] HIGHTON, E. I., (1997). *Código Civil, y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, dir. Por BUERES, A. J., Buenos Aires: Hammurabi, p. 63.

[182] Ver MARIENHOFF, M. (1988) *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo V. Dominio público. Bs. As.: Ed. Abeledo Perrot, p. 731 y ss.

Es necesario, distinguir este supuesto, de la desafectación tácita, que se presenta cuando los bienes del dominio público dejan de revestir tal carácter, porque el cese de esa calidad se debe a un hecho de la naturaleza (por ej.: si se seca un río) o a una transformación en su estado externo debido a obras realizadas por autoridad competente; por ejemplo: en el caso del río cuando la autoridad rellena un río[183]. También se han considerado, hechos del Estado capaces de producir desafectación: cambio de destino de un edificio público que se sustrae al uso público, el cierre definitivo de un camino al tránsito, la siembra de una calle.

En cuanto a la desafectación; ésta puede provenir de la ley, del administrador o de un hecho, pero debe existir evidencia absoluta[184].

Para la afectación y desafectación de un bien del dominio público artificial a diferencia del natural, basta un acto administrativo o hechos que constituyan una manifestación de la voluntad de la administración en forma expresa o tácita[185], no siendo necesario una ley.

La jurisprudencia ha dicho que la desafectación requiere para su validez y eficacia el asentimiento inequívoco como el ejercicio legítimo de su competencia de parte de la autoridad (persona jurídica estatal competente). Por lo tanto, la naturaleza jurídica de la desafectación es correlativa a la de la afectación de la cual no difiere[186].

La doctrina ha expresado que, la desafectación tácita se presenta cuando los bienes del dominio público dejan de poseer tal carácter, no por cambiar su calificación, sino porque la cesación de su calidad se debe a un hecho exterior de la naturaleza o a una transformación en su estado externo, debido a obras realizadas por autoridad competente Y se ha agregado que: "No puede hablarse de desafectación tácita para designar actos irregulares que supongan hacer caso omiso de la legislación de fondo, como ocurre con la admisión de actos de los particulares que avancen sobre el dominio público (caso de allanamiento del Estado en los juicios de prescripción veinteañal") [187]. También se ha dicho que "la desafectación puede provenir de

[183] Ver MARIANI DE VIDAL, M. (1998). *Curso de Derechos Reales*, Tomo I, Buenos Aires: Zavalía., p. 278.
[184] Y que no basta para acreditarla la invocación de la ocupación pacífica y prolongada de los predios en cuestión. Se ha entendido, que circunstancias como el otorgamiento de permisos, el cobro de cánones y el ejercicio del poder de policía sobre la actividad del lugar, impiden tener la certeza que el bien ha sido sustraído del dominio público Ver fallo de la SCJN, caso "Fernández Cancio de Gamarra, Josefina y otros c. Administración Nacional de Parques y otra", sentencia de 20/12/88, LL, 1990-B-440, E.D. 133-466. En un sentido coincidente la jurisprudencia ha expresado, que resulta legítima la demanda de desalojo contra los demandados, porque los bienes son del dominio público, debido a que se encuentran incluidos en un proyecto de cuadriplicación de vías. Y para que dichos bienes se desafecten se necesita de una decisión u acto expreso en ese sentido C.N.Fed. Civil y Com., Sala I, en el caso FEMESA c/ Vera Juan R. H. y otros", sentencia del 05/06/2001, publicado en LL 2002-F-950.
[185] CS Santa Fe, sentencia de 6/7/94, D.J. 1995-2-567.
[186]SCJ, la Plata, B.s. As., in re "Piccini, Luis María y otro c/ Municipalidad de Tres de Febrero. Coady.: Obispado de Gral San Martín s/ Demanda contencioso administrativa", sentencia de 15/09/1998.
[187] FARRANDO, I. y ots. (1996). *Derecho Administrativo*, Buenos Aires: Ed. Depalma. p. 556.

hechos de la administración que de manera tácita, pero inequívoca y categórica, revelen la voluntad desafectante de la autoridad competente[188].

Sin embargo, cabe tener en cuenta que la jurisprudencia y la doctrina se encuentran divididas, respecto de si significa desafectar el inmueble, el hecho de que el Estado no le dé el uso real y efectivo que determinó la afectación[189]. Según Marienhoff[190], lo que la doctrina en general admite como supuesto de desafectación es el "no uso inmemorial. En contra se pronuncia Villegas Basavilbaso[191], para quien un bien de dominio público no puede desafectarse por no uso inmemorial.

Se ha discutido cual es la naturaleza del derecho del Estado sobre las cosas del dominio público. Así se ha entendido que no se trata de un verdadero derecho de dominio, sino de un derecho de guarda, de gestión o superintendencia, el Estado tiene un poder de policía superior, pero no ejerce las atribuciones propias del dueño, (por ejemplo: no puede enajenar, hipotecar el mar territorial). En este orden de ideas, se ha dicho considerado que mejor es hablar de utilización del agua en vez de dominio de las aguas, porque son un elemento primario[192].

Por el contrario existe otra postura, que considera que el hecho de que el derecho que tenga el Estado sobre dichos bienes, presente características especiales, no significa que no se lo pueda considerar como derecho de propiedad. Así, la letra del antiguo art. 2340 decía que son bienes públicos, si son cosas y susceptibles de valor, que en cierta medida pueden se apropiadas. Es que toda cosa pertenece a alguien, debido a que en caso contrario sería sin dueño y cualquiera podría apropiarse de ellos, dichos bienes se encuentran sometidos al poder jurídico

---

[188] Y que la desafectación tácita de un bien del domino hay que relacionarla con la conducta del Estado y se produce cuando el silencio de la administración aparece acompañado de ciertas constancias unívocas, que lo hacen idóneo para expresar la voluntad de esa misma administración"- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Capital Federal, sala F, caso "Micieli, Luis y otro c/ Mascias, Carlos F y otro s/ Usucapión". Sentencia, 0000066609 del 26/03/1991. Así un fallo de la Corte Suprema de Justicia, en el caso "Gauna Jorge R y otros c/ Provincia de Corrientes", sentencia de 23/05/2000, publicado en DJ 2003-513, y LL 2000-E-474 critica el fallo del Superior Tribunal de Corrientes porque; "a pesar de que decretos afectaron el inmueble al uso y goce común, al denegar la acción de usucapión este Tribunal omitió considerar prueba, que acreditaba que la familia vivía hace más de 50 años, de que pagaron impuestos, etc, sin que hubieran sido turbados en su posesión, lo que demuestra de que dicho inmueble nunca había sido afectado al uso y goce común".

[189] Para ciertos tribunales esto no es suficiente. Así se ha dicho respecto de un bien del dominio público artificial, que la no ocupación por el propietario no implica desafectación- LL Litoral 2002-4789.

[190] MARIENHOFF, M. (1988) *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo V. Dominio público. Bs. As.: Ed. Abeledo Perrot. p. 731 y ss. Este autor comparte esta postura, pero la distingue de la posibilidad de que el inmueble pueda ser adquirido por prescripción. Porque el no uso inmemorial implica que un bien del dominio público cambie de categoría y pase a ser un bien del dominio privado del Estado. Y la prescripción implica que un bien del dominio público pase a ser de un particular, por este modo de adquirir, lo que resulta inadmisible. Es decir que recién cuando el bien ha pasado a ser un bien del dominio privado del Estado por el no uso inmemorial (se entiende más de 30 o 40 años), puede empezar a ser poseído por un tercero quien lo podrá adquirir a los 20 años por prescripción.

[191] VILLEGAS BASAVILBASO, B. (1936). Restricciones administrativas de la propiedad, *LL*, t. 3, p. 146 y ss.

[192] Ver ABAD, H., El derecho administrativo y el derecho del agua. *JA*-2-1975-720 y KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (2005), en *Código Civil y leyes complementarias*. Comentado, Anotado y Concordado por Zanoni, T. 10, Ad. Bs As: Astrea. p. 140.

del Estado, y aunque estén librados al uso público, ello no priva al Estado de una serie de facultades sobre los mismos. Por otro lado, se ha señalado que la facultad de desafectar, es un índice de que hay un derecho de dueño[193].

El art. 235 menciona como bienes del dominio público a:

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

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

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

Por lago o laguna se entiende el agua, sus playas y su lecho, respectivamente, delimitado de la misma manera que los ríos;

Se advierte, que en este inciso se refunden los incisos 3 y 4 del artículo 2340 del CC de Vélez y se agrega, la referencia a los glaciares y al ambiente peri-glaciar. No se utilizan los términos rivera interna de los ríos, y se unifica el criterio de la línea de ribera, en el promedio de las máximas crecidas ordinarias, en vez de referirse a las altas mareas normales o las crecidas medias ordinarias.

Debe recordarse que la denominada línea de ribera es el límite que divide el dominio público del privado. Y que el antiguo artículo 2577 del CC siguiendo el criterio tradicional de los romanos del "plenissium flumen", refiriéndose al aluvión[194] establecía que no constituyen

[193] Ver citas de KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (2005), en *Código Civil y leyes complementarias*. Comentado, Anotado y Concordado por Zanoni, T. 10, Ad. Bs As: Astrea p. 141.

[194] Aluvión, es un modo de adquisición del dominio por accesión que se produce por el acrecentamiento paulatino e insensible del inmueble confinante con aguas durmientes o corrientes a favor del dueño del predio rivereño, según el art. 1959 del CCC.

aluvión las arenas o fango que se encuentran comprendidas en los límites del río determinado por la línea a que llegan "las más altas aguas en su estado normal"[195]. La reforma del Código Civil materializada a través de la ley 17.711 sustituyó el antiguo inciso 4 del art. 2340 del CC, estableciendo en el mismo que: "quedan comprendidos entre los bienes del dominio público:… 4°- Las… riberas internas de los ríos, entendiéndose por tales a las que las aguas bañan o desocupan mediante las… "crecidas medias ordinarias"[196], lo que parecía no coincidir totalmente con lo dispuesto por el art. 2577 del CC, y eso fue señalado por la doctrina[197], que planteó distintos criterios interpretativos. Ahora en vez de crecidas medias ordinarias, el art. 235 inc. c del CCC, se refiere a máximas crecidas ordinarias, lo que parecería haber aumentado la extensión del cauce de dominio público, salvo que se entienda que la palabra promedio que antecede a la frase, la neutraliza.

Debe advertirse, que en los ríos de régimen natural la normalidad será brindada por las crecidas que presentes una recurrencia normal dentro del régimen hidrológico del mismo; y en los ríos o sectores de éste de régimen regulado artificialmente, la normalidad estará dada por

[195] MATHUS ESCORIHUELA, M., (2007). Las clases de agua y su regulación, en *Derecho y Administración de aguas*, dir. por MATHUS ESCORIHUELA, Mendoza: Zeta, p. 97 y ss. Interpretando este artículo se ha dicho: que para determinar la línea de ribera sólo se consideran los aumentos de nivel de agua debidos a causas de carácter permanente, es decir las crecidas ordinarias, no las que se deben a causas extraordinarias o accidentales (tempestades, inundaciones, etc.)

[196] Ver BORDA, G. A. (1971). *La reforma de 1968 al Código Civi*l. Buenos Aires: Ed. Perrot, nº 4, p. 18 y ss., y nota 405 p. 369.3m. Borda a su vez cita a SPOTA, quien expresa que estos principios ya habían sido aceptados por Eduardo Costa como procurador general de la Nación …Quien afirmó, "que la playa o ribera interna es la parte comprendida entre las más altas y las más bajas mareas o crecidas ordinarias, siendo en cambio, la ribera propiamente dicha", es decir la externa, "la parte de tierra firme comprendida entre la línea de las más altas crecientes ordinarias hasta 35 metros establecidos por ley" (para el camino de sirga). Lo que resulta, confuso y contradictorio porque el camino de sirga pertenece al dominio del particular, si el inmueble ribereño es privado y resulta sólo un límite a dicho dominio.

[197] MARIENHOFF, M. S. (1970). La reciente reforma del Código Civil en materia de aguas. *J.A.* doctrina, 1.970-255.

[197]Para Laquis con independencia del acierto o error la línea de ribera interna es la que fija el art. 2340 inc. 4. Ver, LAQUIS, M. A. (1979). *Derechos Reales*, t. II, Bs. As: Depalma, p. 610. Díaz Reina considera que la reforma del inciso 4 del art. 2340 trajo como consecuencia la imposibilidad de que se adquiera el terreno por el particular por aluvión -Ver DÍAZ REYNA, E. A. (1992). El aluvión y el camino de sirga ante el inciso 4 del art. 2340 del Código Civil. *LL*-1992-C-1176. Para Laquis con independencia del acierto o error la línea de ribera interna es la que fija el art. 2340 inc. 4. Ver, LAQUIS, M. A. (1979). *Derechos Reales*, t. II, Bs. As.: Depalma, p. 610. Díaz Reina considera que la reforma del inciso 4 del art. 2340 trajo como consecuencia la imposibilidad de que se adquiera el terreno por el particular por aluvión -Ver DÍAZ REYNA, E. A. (1992). El aluvión y el camino de sirga ante el inciso 4 del art. 2340 del Código Civil, *LL*-1992-C-1176 y MARIANI DE VIDAL, M. (2004). *Derechos Reales,* T. 1, Bs. As.: Ed. Zavalía, p. 395, quien cita a ALLENDE, estudio en *LL* del 29-5-72.

el régimen fijado para la operación de embalse de regulación[198]. Esto ya había sido tenido presente por la jurisprudencia[199].

A la autoridad administrativa – nacional o provincial, de acuerdo a que lo ríos pertenezcan a la Nación o a la Provincia le corresponde la fijación de la línea de ribera, ello actualmente surge del art. 2267 del CCC. que expresa que: el deslinde de los fundos que dependen del dominio público corresponde a la jurisdicción administrativa[200]. Por supuesto que, si la autoridad administrativa infringe la ley al demarcarla, es decir al realizar la operación material de deslinde, ello puede dar lugar a procesos contenciosos administrativos, como así también a otras instancias judiciales[201]. Por lo tanto, los particulares pueden recurrir a la justicia para que rectifique la demarcación de dicha línea[202]. Por otro lado hay que recordar que para la demarcación de la línea de ribera existen diversos procedimientos[203], cuyo estudio excede el objeto del presente trabajo.

---

[198] MATHUS ESCORIHUELA, M. y ots. (2007). *Derecho y administración de aguas*, Mendoza: Zeta Editores, p. 99. Agrega este autor que la diferencia entre un río regulado y un río de régimen natural, es que por imperio del art. 2574 del C.C., "las tierras dejadas al descubierto por obras estatales no importan un acrecentamiento de los terrenos ribereños…". Dicho autor cita a CANO, G. (1988). Estudio sobre línea de ribera, Informe final, Tª1, Buenos Aires: Ed. Consejo Federal de Inversiones, p. II-48. LÓPEZ, J. (1983). *Determinación de la Línea de Ribera,* Mendoza: Ed. INCYTH, CELA, pp. 37-39.

[199] La jurisprudencia se había pronunciado en Cam.Civil de Mza. , caso "Provincia de Mendoza contra Bombal P. y otros p/ reivindicación", sentencia del 11/11/37 *LL*-1937-VIII-1187 y ss. En este caso la Cámara confirmó la decisión del A quo que denegó la acción reivindicatoria iniciada por la Provincia, porque consideró que el hecho de que una crecida extraordinaria que escapa al ritmo normal del río pueda alcanzar alguna vez el lugar cuestionado, hace que éste no pueda considerarse cauce del río en virtud del art. 2577 del C.C. en concordancia con el art. 43 de la ley de aguas de la provincia de Mendoza que estatuye la determinación de los límites del lecho del río por la línea a que llegan las más altas aguas en su estado normal. En el caso hace más de treinta años no se habían producido crecientes que tomaran dicha zona. La Suprema Corte de la Nación en el famoso conocido caso de las Termas de Cacheuta, en CSJN, caso "Gobierno de la Provincia de Mendoza v. E. Peralta de Rodríguez, sentencia del 04/12/1906 (Sup. Corte Nac., fallos t. 105, pág. 429). En dicho caso después de señalarse que el art. 2577 ha fijado la extensión del lecho o cauce de un río (consid. 3º), se declaró que el terreno en que brotan las termas de Cacheuta comprendido entre las barrancas y el río se halla dentro de la línea a que llegan las más altas aguas en su estado normal. Spota al comentar dicho fallo distingue entre la ribera interna y la ribera externa o margen. Como explica Marina, la ribera interna se encuentra a ambos lados del piso, cuando el terreno se eleva y, exteriormente, marca el límite del río. A este límite se lo denomina línea de ribera o de cota. Más allá de la línea de ribera donde termina la ribera interna, se encuentra la ribera externa o margen. El margen o ribera externa no forma parte del río, la ribera interna sí. Jurídicamente es importante la distinción entre ribera interna y la externa o margen porque allí acaba el río, es decir el dominio público y empieza el dominio privado. Ver MARIANI DE VIDAL, M. (2004). *Derechos reales,* T. 1. Bs. As.: Ed. Zavalía, p. 394. Aunque el concepto jurídicamente relevante es el de ribera (sin distinción entre externa o interna) que divide el dominio público del privado y que actualmente según el art. 235 inc. c del CCC, es la línea de las máximas crecidas ordinarias, como se dijo.

[200] MARIENHOFF, M. (1939). *Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas*. Bs. As.: Abeledo Perrot, p. 323, ALLENDE, G. (1971). *Derecho de aguas con acotaciones hidrológicas.* Bs. As.: Eudeba Editorial Universitaria de Bs. As., p. 195, SPOTA, *Tratado*, t.II, p. 224, Cám. Fed. Cap., sentencia del 14/6/1.913 en Jurisp. de los Trib. Nac., año 1913, p. 46.

[201] En Mendoza, hay que tener en cuenta la limitación que establece el art. 182 de la ley de aguas.

[202] En Mendoza, siendo el Departamento General de Irrigación quien tiene a su cargo todos los asuntos que se refieran a las aguas, que no sean de competencia de la justicia ordinaria, se ha concluido que es aquél quien debe establecer la línea de ribera- Ver MATHUS, ESCORIHUELA, M. y ots. (2007). *Derecho y administración de aguas*, Mendoza: Zeta Editores, p. 100.

[203] Se ha dicho que: uno de los procedimientos es matemático y consiste en calcular el caudal máximo del río de acuerdo a las máximas crecientes ordinarias, trasladándolo a la planimetría de la zona y trazándose sobre ella la

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

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

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

En el inciso g), se incorporan a los documentos oficiales del Estado agregados por la ley 17.711 a la legislación anterior, para evitar cualquier duda sobre el carácter de estas cosas;

También menciona en el inciso h), a las ruinas y yacimientos arqueológicos y paleontológicos, siguiendo la solución de la ley 17.711.

A los fines de este trabajo, resulta de particular interés la mención como bien del dominio público del espacio aéreo suprayacente. Porque justamente, si la legislación considera de manera expresa al espacio aéreo suprayacente como bien de dominio público, no existe obstáculo alguno para entender que el espacio aéreo adyacente es un bien, pero de propiedad privada si la ley expresamente lo admite como objeto de los derechos reales. Y como bien, aunque se llegue a entender que no es cosa, puede considerarse objeto de los derechos reales, en virtud de lo establecido en el actual art. 1883 del CCC, que dispone que el objeto de los derechos reales puede consistir en un bien taxativamente señalado por el ordenamiento jurídico.

Con respecto a los bienes del dominio privado del Estado, el art. 236 realiza una enumeración de los que pertenecen al Estado nacional, provincial o municipal, sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales[204].

El artículo 238 del CCC, se refiere a los bienes de los particulares, definiéndolos de una manera negativa o residual, por no pertenecer al Estado, y no deja a salvo los bienes que

---

línea de ribera, que después se indica en el terreno. Este método es utilizado por el Departamento General de Irrigación en Mendoza a partir del año 2005, existen otros criterios adoptados por el Consejo General de Puentes y Calzadas y por el Ministerio de Obras Públicas francés y otro por el Consejo de Estado de Francia, criterio este último recomendado por el decreto 1022/42. En la actualidad también se utilizan métodos técnicos basados en uso de tecnología satelital que determinan los índices de humedad en el terreno con lo cual se conoce hasta donde han llegado las aguas. Ver al respecto MATHUS ESCORIHUELA, M., (2007). *Derecho y Administración de aguas,* Mendoza: Zeta Editores, p. 101.

[204] Respecto de los bienes mencionados en el inciso e) debe advertirse que, no siempre dichos bienes serán del dominio privado, porque pueden luego afectarse artificialmente y pasar a ser del dominio público del Estado como se mencionó, y por eso cuando existen en función de servicios públicos son indisponibles, no susceptibles de apropiación, ni de derecho real privado que los afecte y por lo tanto no se pueden adquirir por prescripción adquisitiva. Por eso, se ha entendido que dicha mención es una fórmula genérica, que permite considerar como pertenecientes al dominio privado del Estado a todos los objetos no destinados al uso de los habitantes, que no reconozcan afectación a un fin de utilidad o comodidad común.

tampoco pertenecen a los particulares por ser res nullius. Así siguiendo al art. 2347 del CC., salvo en lo que respecta a los bienes de las iglesias, expresa que: "Los bienes que no son del Estado nacional, provincial, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o municipal, son bienes de los particulares sin distinción de las personas que tengan derecho sobre ellos, salvo aquellas establecidas por leyes especiales".

Con respecto a las aguas, el antiguo artículo 2350 del CC, en el título 1 del libro Tercero, titulado de las cosas consideradas en sí mismas o en relación a los derechos, disponía respecto del dominio de las aguas, que las vertientes que nacen y mueren dentro de una misma heredad pertenecen, en propiedad, uso y goce, al dueño de la heredad.

Mientras que en el título 6 referido a las restricciones y límites al dominio, en el art. 2637 con la reforma de la ley 17.711 establecía que: "Las aguas que surgen en los terrenos de particulares pertenecen a sus dueños, quienes pueden usar libremente de ellas y cambiar su dirección natural. El hecho de correr por los terrenos inferiores no da a los dueños de éstos derecho alguno. Cuando constituyen curso de agua por cauces naturales pertenecen al dominio público y no pueden ser alterados". Esta última oración fue la especialmente modificada por la ley 17.711, porque antes, dicho artículo se refería a las aguas que broten no que surgen, y en la última oración en vez de mencionar a las aguas que conformen cauces naturales expresaba; "pero si ellas fuesen el principal alimento de un río, o fuesen necesarias a algún pueblo, están sujetas a expropiación por utilidad pública".

La doctrina había precisado comentado el art. 2637 del CC que, en principio por regla el agua es del dominio público de Estado. Pero por excepción, las aguas que surgen en los terrenos de los particulares, por obra de la naturaleza o del hombre, son del titular del fundo cuando: a) nacen y mueren en la misma heredad (art. 2350 del CC); b) nacen en una heredad y mueren en otra, siempre que no corran por cauces naturales (art. 2637 del CC); c) no satisfacen un uso de interés general o no tienen aptitud para satisfacerlo (art. 2340 inc. 3 del CC). A las aguas que surgen se las considera del dominio particular por ser inmueble por su naturaleza y forman parte integrante de él (art. 2314 del CC). Pero ya los autores interpretando el art. 2637 habían remarcado que "la viabilidad física del supuesto de aguas que "no forman un cauce natural", había provocado serias controversias en la doctrina y jurisprudencia. Quienes objetaban la reforma de dicho artículo sostenían que esta declaración legislativa importaba mutar el carácter jurídico de estos bienes"; porque las aguas casi siempre pertenecerán al dominio público al escurrir generalmente por cauces naturales[205].

[205] PUERTA DE CHACÓN, A (2007), en comentario al art. 2637 en el *Código Civil y leyes complementarias*. Comentado, anotado y concordado, dir. por Zannoni, T. 11. Buenos Aires: Ed. Astrea, p. 118.

Es más, para Marienhoff[206], el agregado al art. 2637 era inconstitucional. En contra se pronunció Borda, para quien el propósito del legislador fue distinguir las corrientes más o menos importantes, para atribuirles a unas el carácter de domino público y a otras el de dominio privado. Y explicó que: "numerosas vertientes, ya sea por su poco caudal o por la naturaleza del suelo por el que corren, no forman verdaderos cauces. Así el que las cruza sólo advierte pastos más verdes y lozanos allí por donde corre el agua. No hay diferencia morfológica entre las tierras por las que corre el agua y las adyacentes; no hay cauce o lecho propiamente dicho. Además, estos cursos de aguas que no conforman cauce natural suelen variar su recorrido en forma muy caprichosa, sobre todo cuando la pendiente no es pronunciada. Y éstas son las aguas que, conforme a la reforma de 1968, pertenecen al propietario del fundo en donde nacen, aunque en su recorrido lleguen a las propiedades aledañas"[207]

Y luego el artículo siguiente es decir el 2638 del CC, limitaba el derecho del propietario del agua privada antes mencionado al establecer que: "El propietario de la fuente que deja correr las aguas de ella sobre los fundos inferiores, no puede emplearlas en un uso que las haga perjudiciales a las propiedades inferiores".

Actualmente, el art. 239 del CCC se refiere en su primera parte a las aguas privadas y en su segunda sección a las aguas del dominio público.

Respecto de las aguas privadas dispone que: "Las aguas que surgen en los terrenos de los particulares pertenecen a sus dueños, quienes pueden usar libremente de ellas, siempre que no formen cauce natural. Las aguas de los particulares quedan sujetas al control y a las restricciones que en interés público establezca la autoridad de aplicación. Nadie puede usar de aguas privadas en perjuicio de terceros ni en mayor medida de su derecho". Se busca que su uso privado no afecte la salubridad pública, ni la seguridad de las personas y sus bienes[208]. En este artículo se refunden los artículos 2637 y 2638 que se ubicaban en la parte de las restricciones y no reproduce el art. 2350 que se refería a las vertientes que nacen u mueren en un mismo fundo,

---

Ya en el caso Ledesma, resuelto por el Superior Tribunal de Jujuy, se dijo al respecto que "no conocemos ninguna vertiente, fuente o manantial, cuyas aguas en la realidad, no discurran por cauces naturales. El sentido común nos dice que a menos que las aguas que broten constituyan un fangal (o el terreno sea tan plano que entonces se forme una laguna, charco o lago), todas las demás, aun las de más escaso caudal en litros, discurren por cauces naturales (a no ser que dicho cauce haya sido alterado por el hecho del hombre y otro fenómeno natural excepcional) STJujuy, 10/3/85, LL, 1985-E-162.

[206] Ver MARIENHOFF, M. (1970), La reciente reforma al Código Civil en materia de aguas, *J.A*., doctrina 1970-261. Borda por el contrario considera que la tesis que sólo mediante expropiación previa pudo haber establecido esta disposición, no comulga con la relatividad de los derechos.

[207] BORDA, G. A., (1981), La reforma de 1968 al Código Civil, *revista. LL*, pp. 366-371, y (1975) *Tratado de Derecho Civil- Reale*s, T I, Buenos Aires: Ed. Perrot, p. 441.Ver del mismo autor (1970). La reforma del código civil- Propiedad. *Rev. El Derecho*, t.31

[208] MARIENHOFF, M. (1973). *Tratado de Derecho Administrativo*, t. VI, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., nº 1963.

tal vez por considerar que dichas disposiciones eran contradictorias o poco claras. O porque al ser las vertientes, las mismas aguas que brotan para cierta opinión o los manantiales y nunca correr por cauces naturales, siempre son privadas.

Es decir, que el legislador ha terminado con la discusión relativa al carácter público o privado de las aguas[209], a diferencia del régimen dispuesto en el art. 2350 de Vélez no indica que un curso de agua es privado, si nace y muere dentro del inmueble; sino que simplemente establece que un curso de agua es privado si nace en el inmueble de un particular y no forma un cauce natural.

Se advierte que no se usan los términos: vertiente, fuente o que broten que se utilizaba en los artículos 2350, 2637 y 2638 del CC de Vélez, que la doctrina discutía si eran sinónimos o no, no obstante, para Marienhoff sí lo eran[210].

Parecería entonces, que, si el curso de agua nace en un inmueble y forma un cauce natural, aunque termine dentro del mismo inmueble con la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial habría pasado a ser público. No obstante, si se tiene en cuenta que la última parte del art. 2637 del CC, disponía que cuando formen un cauce natural pertenecen al dominio público, se podría decir que su carácter no ha cambiado desde la reforma de la ley 17.711 a dicho artículo. Lo cierto es que generalmente, los cursos de aguas cuando conforman un cauce natural terminan alimentando a un río o en el mar y no en una heredad privada. La apreciación de si un curso de agua conforma un cauce natural o no, dependerá del Juez[211]. Así ya se dijo comentando al art. 2637 del CC reformado, que, no obstante se empezó en diferenciar las aguas del dominio público y las aguas privadas, la dificultad estriba en que ella no hace ningún tipo de alusión al caudal ni a su magnitud, circunstancias fácticas que, en caso de litigio, quedarán libradas a la apreciación judicial[212].

Entonces el nuevo artículo termina con la discusión que se daba relativa a la aparente contradicción entre los arts. 2637 del CC y 2350 del mismo cuerpo, si se consideraba a la

---

[209] Ver discusión en STJujuy , caso "Ledesma S.A. c/ Provincia de Jujuy s/ demanda contenciosa", sentencia de marzo de 1985, recuperado en www.planetaius.com.ar.

[210] Ver comentario del art. 2350 de la Dra. KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (2005), en comentario al artículo 2350, en *Código Civil y leyes complementarias*. Comentado, anotado, y concordado, dirigido por Zannoni, T. 10. Buenos Aires: Editorial Astrea, p.181 y ss. Para MARIENHOFF, M. (1973). *Tratado de Derecho Administrativo*, t. VI, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., nº 2208, la vertiente o manantial procede del agua subterránea, pero recién cuando aflora a la superficie es manantial o fuente (agua superficial o exterior), antes es agua subterránea.

[211] Se aprecia que podría esta norma dar lugar a que un privado canalice o entube el agua que surge de una vertiente, no deje rastros de que corría por un cauce natural y alegue el dominio o propiedad de dicha agua: Pero en caso Ledesma citado, donde el particular así lo había hecho en algunas zonas, ello no se tuvo en cuenta, porque antes de dichas obras había corrido por cauces naturales.

[212] PUERTA DE CHACÓN, A (2007), en comentario al art. 2637 en el *Código Civil y leyes complementarias*. Comentado, anotado y concordado, dir. por Zannoni, T. 11. Buenos Aires: Ed. Astrea . p.119.

vertiente y al manantial como sinónimos. Porque el primer artículo disponía que las aguas que brotaran pertenecen al dueño de los terrenos de origen aunque corrieran por inmuebles inferiores de otros, mientras que el segundo decía que debían nacer y morir dentro del mismo inmueble para ser privadas. Y para autores como Spota[213] el hecho de que las aguas corrieran por cauces naturales no modificaba la solución, lo que ahora parece ser el elemento esencial para diferenciarlas.

Para este último autor, los términos manantial y vertientes no son iguales, porque mientras manantial es aquella agua que surge al exterior luego de haber tenido un trayecto subterráneo, por eso el art. 2637 del CC hablaba de aguas que brotan. Vertiente es el agua que se establece y aún corre, pero no por cauces naturales, sino por un plano inclinado cuyo origen puede ser pluvial o de deshielo y también puede terminar por penetrar en la tierra, con lo que pierde su entidad o se evapora, es un supuesto excepcional y se había considerado que estas aguas son privadas, siempre que nazcan o mueran dentro de una heredad[214]. Esto último parece ser la diferencia porque ahora este requisito no existe, aunque como se dijo, estas aguas no suelen correr por cauces naturales. Si se toma en cuenta esta opinión, la normativa del código civil y comercial no ha variado la determinación de la propiedad de las aguas en la práctica, porque las aguas que nacen u mueren dentro de una propiedad privada generalmente no correrían por cauces naturales.

La jurisprudencia mendocina ha resuelto que: "son de dominio público las aguas de fuente o manantial, cuando ellas forman corrientes que discurren por cauces naturales"[215].

Agrega luego la norma del art. 239 del CCC en consonancia con lo dispuesto por el art. 235 inc. c que: "pertenecen al dominio público si constituyen cursos de agua por cauces naturales". Y respecto de esas aguas del dominio público, el artículo prohíbe a los particulares alterar esos cursos de agua. Aclara por último que: "el uso por cualquier título de aguas públicas, u obras construidas para utilidad o comodidad común, no les hace perder el carácter de bienes públicos del Estado, inalienables e imprescriptibles". Y que: "el hecho de correr los cursos de agua por los terrenos inferiores no da a los dueños de éstos derecho alguno".

[213] SPOTA, (1985), Dominio público sobre las aguas de fuentes, *LL,* 1985-E-156.
[214] ABAD, H. (1975), El derecho administrativo y el derecho del agua*, JA*, 2- 1975-718, y en *Estudios de Derecho Administrativo*, págs. 197 y ss. Y esto para la jurisprudencia no ocurre cuando mueren en un río- ver STJujuy, sentencia del 11/3/85, LL, 1985--E-163, voto del doctor Wayar.
[215] SCMza, sentencia del 26/4/44, JA, 1944-II-280, con nota de Cano, G. Repercusión económica de la jurisprudencia en materia de aguas de fuentes o manantiales sobre la publicidad de los derechos de agua en Mendoza.

CAPÍTULO III:

EL INMUEBLE Y SU EXTENSIÓN

1.- Introducción sobre la extensión del inmueble:

A los fines de esta tesis, es importante ahondar el tema de la extensión del inmueble, para entender qué es el espacio aéreo inmobiliario.

El Código Civil francés expresa en el art. 546 que: "La propiedad de una cosa, sean bienes muebles o inmuebles, da derecho por accesión a todo lo que ellos producen, o se les une o incorpora, natural o artificialmente".

El artículo 1945 del CCC vigente titulado extensión, ubicado en el capítulo 1, Título III que trata sobre el dominio, dentro del Libro cuarto, titulado Derechos Reales, expresa siguiendo al art. 1886 del Proyecto de Código Civil Unificado de 1998 que: "El dominio de una cosa comprende los objetos que forman un todo con ella o son sus accesorios.

El dominio de una cosa inmueble se extiende al subsuelo y al espacio aéreo, en la medida en que su aprovechamiento sea posible, excepto lo dispuesto por normas especiales.

Todas las construcciones, siembras o plantaciones existentes en un inmueble pertenecen a su dueño, excepto lo dispuesto respecto de los derechos de propiedad horizontal y superficie.

Se presume que las construcciones, siembras o plantaciones las hizo el dueño del inmueble, si no se prueba lo contrario".

Se observa que en este artículo el codificador ha reunido varias normas del Código Civil de Vélez, y ya no menciona que el propietario del suelo es dueño exclusivo del espacio aéreo, pero sin embargo, ello se deduce del párrafo que expresa que el dominio de una cosa inmueble se extiende al subsuelo y al espacio aéreo. Y ahora se agrega con practicidad y como lo venía afirmando la doctrina, que ello es en la medida que su aprovechamiento sea posible y salvo que alguna norma especial diga lo contrario.

Se sostiene que la regla *a sidera usque ad ínferos*, no tiene asiento en el Derecho romano. Según Jerónimo González, "los romanos no intentaron precisar los límites de subsuelo, y, sin hacer traición a su espíritu práctico, decidieron los casos dudosos con ecuánime ponderación de los intereses opuestos"[216]. Para dicho autor, fueron los primeros post glosadores los que introdujeron, los primeros aforismos hiperbólicos. La formulación de dicha regla, se atribuye a Cino da Pistoia poeta y jurista italiano que vivió entre 1270 y 1336. En el mismo sentido se pronuncia Coepolla quien afirma "…porque los predios son libremente del dueño hasta el cielo y hasta lo más profundo". Tiempo después el ilustre jurista francés Jacques Cujas (Cuiacio) que

[216] GONZÁLEZ, J.(1925). Extensión del derecho de propiedad en sentido vertical, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Madrid, p. 13 y 15; citado por ROGEL VIDE, C. (2016). Vuelo, suelo y subsuelo en la propiedad inmueble en el Código Civil Español. *LL*-2016-D-999.

vivió entre los años 1522 y 1590 y De los Mozos Dionisio Godofreto[217], jurista nacido en París en 1549. La regla no fue cuestionada en el Código de Napoleón, hasta que a mediados del siglo XIX, esta exageración fue denunciada por el Pandectismo y en especial por Ihering, quien vivió entre 1818 y 1892 y enseñó en Berlín, Viena y Gotinga. Para Ihering el ámbito tridimensional de la propiedad inmueble se extiende hasta donde llegue el interés del propietario. Precisamente dice Ihering: "el dominio del suelo se extiende por el espacio y el subsuelo hasta donde sea requerido por el interés del propietario, con relación al uso que se pueda hacer del fundo de que se trate en las condiciones actuales del arte y la industria humana"[218].

Y esto se refleja en varios códigos europeos de un modo u otro. Así en el art. 905 del Código Civil Alemán, vigente desde 1900: "el derecho del propietario de una fina se extiende al espacio existente sobre la superficie terrestre y a la tierra que hay bajo la misma. El propietario no puede, con todo, prohibir las inmisiones realizadas a una altura o profundidad tales que aquel no tenga ningún interés en su exclusión".

El código suizo que entró en vigor en 1912 decía "la propiedad del suelo lleva consigo la de lo que está encima y debajo en toda la altura y profundidad útiles a su ejercicio". El art. 840 del Código Civil Italiano de 1942, titulado "Subsuelo y espacio situado encima del suelo, respecto del interés expresa, que el propietario del suelo no puede oponerse a las actividades de terceros que se desarrollen a tal profundidad en el subsuelo o a tal altura en el espacio situado encima del suelo que él no tenga interés en excluir"[219].

2. Espacio aéreo inmobiliario:

Se aclara en primer lugar que, cuando se habla de que el dominio de una cosa inmueble se extiende al subsuelo y al espacio aéreo, en líneas perpendiculares, no se está hablando del término de espacio como un concepto de relación o abstracto, sino de un lugar determinado, de un componente del inmueble.

Cabe advertir, para ello, que el inmueble no es una figura o un plano, sino que es un cuerpo limitado por líneas imaginarias perpendiculares que dividen porciones del planeta tierra y su espacio adyacente. Estas líneas antes se decía que iban desde el centro de la tierra hasta el infinito. Ahora con buen criterio, la ley establece que abarca el espacio aéreo hasta donde su

[217] DE LOS MOZOS, J. L. (1993). Delimitación de la propiedad en sentido vertical, en El derecho de propiedad crisis y retorno a la tradición jurídica. *Ed. Revista de Derecho Privado*, Madrid, pp. 291- 292.
[218] CORVO LÓPEZ, F. M. (2010), *El derecho de sobreedificación y subedificación, y su integración en el régimen de propiedad horizontal.* Madrid: Centro de Estudios Registrales, p. 58. GONZÁLEZ, J. (1925). Extensión del derecho de propiedad en sentido vertical, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Madrid , p. 18.
[219] Citados por GONZÁLEZ, J. (1925). Extensión del derecho de propiedad en sentido vertical, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Madrid , pp. 28-31. Para este autor a medida que: "se aleja del suelo en línea vertical hacia arriba o hacia abajo, se debilita el poder de hecho del propietario".

aprovechamiento es posible, según los avances tecnológicos, y también, aunque no lo diga la norma 1945 del CCC, hasta donde comienza el espacio aéreo suprayacente. Porque como ya se advirtió, debe tenerse en cuenta que el espacio aéreo suprayacente al territorio y las aguas jurisdiccionales de la Nación Argentina, de conformidad con los tratados internacionales y la legislación especial, se consideran bienes pertenecientes al dominio público del Estado (art. 235, inc. e del CCC).

Con respecto al espacio aéreo, los límites o restricciones de lo que se puede o no hacer en él, generalmente se encuentran en los códigos o leyes locales de edificación, en el Código Aeronáutico y en otras disposiciones legales; mediante las cuales se establece una altura máxima de construcción, o se les obliga a no poner obstáculos, como antenas, o plantar árboles que se desarrollan a gran altura, etc. De allí que prácticamente el derecho al espacio aéreo se limita actualmente a hacer en él construcciones permitidas y también plantaciones, aunque le quiten luz, vistas y otras ventajas a sus vecinos (art. 1981 CCC), y a excluir a terceros solicitando la demolición de obras del vecino que avancen sobre el espacio aéreo inmobiliario, salvo que el Juez considere que estando muy avanzada la construcción invasora, es más equitativo condenar al pago de una justa indemnización, que ordenar la demolición de valores. Actualmente la invasión por el colindante es un supuesto que puede dar a una accesión inversa, si el propietario no se opone inmediatamente (conforme con lo establecido en el art. 1963 del CCC).

En otro capítulo aparte, se analiza con más profundidad, el concepto de espacio y las distintas doctrinas que se pronuncian acerca de si este puede o no ser objeto de un derecho real, cuando se aborda el tema del espacio como objeto de los derechos reales.

3. Subsuelo:

Con respecto al subsuelo o profundidad del suelo, los límites o excepciones al principio de que todo lo que se encuentre en el subsuelo le pertenece al dueño del suelo o del inmueble son:

- las minas de propiedad privada del Estado (ver art. 236 inc. b del CCC, y el Código de Minería, especialmente arts. 7 y 11);
- los hidrocarburos, yacimientos arqueológicos o paleontológicos que se nombran en el art. 235 inc. h del CCC como bienes pertenecientes al dominio público del Estado;
- los tesoros (arts. 1953 y 1954 del CCC);
- las aguas subterráneas (art. 235 inc. c del CCC.).

Debe advertirse que mientras el primer párrafo se refiere a la extensión del dominio de cosas muebles o inmuebles, el resto trata solo de la extensión del dominio de los inmuebles[220].

4. Accesorios:

El dominio del inmueble se extiende a sus accesorios, en virtud del conocido principio de que lo accesorio sigue la suerte y naturaleza de lo principal. El derecho ha aplicado dicho principio en múltiples casos y la norma del artículo 1945 del CCC es uno de ellos. Esto es así, porque la cosa principal, mueble o inmueble y sus accesorios son considerados una sola cosa (art. 230 del CCC), sin importar si éstas fueron unidas artificialmente (por el hecho del hombre, como la construcción) o naturalmente (por el hecho de la naturaleza, como el caso de aluvión).

Este artículo 1945 del CCC se relaciona especialmente con las siguientes normas de dicho cuerpo normativo: con los arts. 226, 230 (que tratan de las cosas accesorias), con los arts.1951 a 1954 (normas sobre tesoros), con los arts. 1959 a 1963 (que se refieren a la accesión a un inmueble). También se vincula con los arts. 2037 y ss. (sobre propiedad horizontal) y los arts. 2114 y ss. (sobre derecho de superficie), pero en estos casos justamente porque se rompe el principio de accesión. Por ejemplo: en la propiedad horizontal, el consorcista propietario de una unidad privativa no tiene derecho exclusivo sobre el espacio aéreo y sobre el suelo, porque tanto uno como otro pertenecen en propiedad común a todos los consorcistas, y por lo tanto las ventajas que puedan resultar de su utilización, le pertenecen al conjunto de propietarios (por ejemplo: el alquiler del espacio para colocar carteles o antenas), como así las defensas[221].

4.1. Construcciones y plantaciones:

El art. 1945 del CCC continúa precisando una de las consecuencias de la extensión del dominio al espacio aéreo inmobiliario y en especial al principio de accesión (artificial), por el cual todas las construcciones, plantaciones y siembras pertenecen al dueño, salvo el caso de propiedad horizontal y superficie[222]. Este artículo incorpora el principio romano de que todas

---

[220] KIPER, C. (2015), comentario al art. 1945, en LORENZETTI, R. L. (dir) *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado*., t. IX, Santa Fe: Rubinzal Culzoni, p. 215.

[221] KIPER, C. (2015), Derechos Reales, comentario al art 1945, en LORENZETTI, R. L. (dir), *Código Civil y Comercial de la Nación*, comentado., T. IX, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni editores, p. 215.

[222] Se ha dicho que, aunque la norma comentada no lo diga, la misma salvedad puede hacerse respecto de los conjuntos inmobiliarios (aunque ello no se ve tan claro porque en éstos, aunque se rigen por la propiedad horizontal, el terreno no es común) y respecto del derecho real de sepultura KIPER, C. (2015), comentario al art. 1945, en LORENZETTI, R. L. (dir) *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado*., t. IX, Santa Fe: Rubinzal Culzoni, p. 215. Respecto de este último se advierte que, aunque la ley no regula su estructura se entiende que la misma se asimila a la propiedad horizontal especial o al derecho de superficie. Ver PUJOL DE ZIZZIAS, I. y GIL DI PAOLA, J. A. (2015) Cementerios privados*, en Aplicación Notarial del Código Civil y Comercial de la Nación*, dirigido por KIPER, C., T. III, Santa Fe: Ed. Rubinzal – Culzoni Editores, p.136.

las construcciones plantaciones, etc. siguen el derecho del suelo, llamado "superficie solo cedit", en virtud de la regla que lo accesorio sigue la suerte de la principal (art. 230 del CCC).

Pero no es una presunción iuris tantum, porque no se admite prueba en contrario, salvo el supuesto de la propiedad horizontal o de la superficie.

El artículo 1945 refunde los artículos 2518 a 2519, aclara la redacción confusa del art. 2519 del C. Civil de Vélez que parecía admitir que la presunción de que las construcciones, plantaciones y obras existentes en la superficie o en el interior del terreno, se presumen hechas por el propietario del suelo y que a él pertenecen. La presunción de quien hizo las construcciones o plantaciones, sí era iuris tantun, pero no la presunción de quien es el propietario, porque el art. 2521 del CC justamente había aclarado expresamente que: "la propiedad de las obras establecidas en el espacio aéreo que se encuentran sobre el terreno no causa la presunción de la propiedad del terreno, ni la propiedad de las obras bajo el suelo… tampoco crea en favor del propietario de ellas una presunción de la propiedad del suelo"[223].

La fuente del artículo 2519 del CC se encontraba en el art. 553 que disponía una presunción iruis tantum, que era correcta porque admitía el derecho de superficie. Por eso nuestra doctrina considera que el art. 2519 contenía dos presunciones, una irus tantum sobre el hecho de la construcción y otra iuris et de iure, sobre la propiedad misma[224].

Actualmente más claramente, el art. 1945 del CCC, sí prevé una presunción iuris tantun, de quien hizo las construcciones, siembras o plantaciones, que no incide en quien es el propietario. Precisamente, la última parte del artículo dice que: "se presume que las construcciones, siembras o plantaciones, las hizo el dueño el inmueble, sino se prueba lo contrario", esta presunción a diferencia de la explicada anteriormente es iuris tantun, pero no implica atribución de derecho real alguno al que construyó o plantó (salvo que exista derecho de superficie o propiedad horizontal), sino que puede dar lugar a derecho del constructor o sembrador a cobrar por el mayor valor que se introduce al inmueble, para evitar un enriquecimiento sin causa a favor del dueño del suelo. Se podría probar no sólo, que las obras no las hizo el dueño del suelo, sino también que los materiales no le pertenecen, lo que puede dar lugar a un resarcimiento (art. 1962 del CCC).

Cabe recordar como ya se dijo, que el dominio del inmueble comprende el de sus accesorios, antes explicado, sin importar si éstas fueron unidas en forma natural o artificial.

[223] MARIANI DE VIDAL, M. (2004), *Curso de Derechos Reales*, t. I, Bs. As: Ed. Zavalía, p. 308. PAPAÑO, R. y ots. (1993). *Derechos Reales.* T. I. Bs. As.: Ed. Depalma, p. 207

[224] FARINI, M. B., GAZZOTTI, A., GEREZ DE UEMA, M. L., TARIGO, D. H., MORA de TARIGO, M. C, (1984). La sobreelevación de la propiedad horizontal, *Revista Notarial*- 873-1984-392.

Esto se vincula con lo explicado sobre los inmuebles por accesión y el art. 226 del CCC, que expresa que: "son inmuebles por accesión las cosas muebles que se encuentran inmovilizadas por su adhesión física al suelo, con carácter perdurable". Por lo tanto actualmente, dos son los elementos que se deben tener en cuenta para determinar si una cosa mueble es inmueble por accesión: la adhesión física y el carácter perdurable.

A contrario sensu, no están comprendidas en la propiedad de la cosa aquellas que no están adheridas a la principal, o dependen de ella. Por ejemplo: los útiles de labranza y los animales de un predio destinados a esta actividad. En virtud de ello y de lo que dispone el art. 226 del CCC, hipotecado un inmueble no se podrá considerar comprendidos los animales, el tractor y la cosechadora[225].

No obstante, la jurisprudencia ha dicho[226], para un caso especial de propiedad horizontal, en el que se rompe de alguna manera el principio de accesión que: "El gravamen constituido sobre un terreno en el que - con posterioridad – se asienta un edificio de propiedad horizontal, no puede gravar las unidades funcionales nacidas con motivo de la afectación del inmueble a la ley 13.512". Sin embargo, dicha postura parece inaceptable, si se considera que la hipoteca subsiste sobre el suelo y no grava a las unidades, porque en el caso que el deudor no pague, el suelo podría llegar a ser rematado con independencia de las unidades y adquirido por un tercero ajeno; entonces no pertenecería en condominio a los propietarios de las unidades, como debe ser. Ello debido, a que por ser las cosas comunes accesorios indispensables de las unidades privativas, ellas deben seguir la suerte de lo principal y ser gravadas y vendidas de manera conjunta con las unidades, para que el sistema no se destruya. Peor sería considerar que dicha opinión es válida, porque la hipoteca sobre el inmueble debe quedar sin efecto, por el sometimiento del inmueble al régimen de la ley 13.512. Ello parecería deducirse de la opinión de Romero Verónica que comenta el fallo y que parece considerar, que si se admitiera el sometimiento a propiedad horizontal, se violaría el requisito de especialidad en cuanto al objeto. Especialmente "por extinción del dominio originario (que fuera asiento del gravamen hipotecario), una vez obtenida la afectación de las unidades al régimen de la ley 13.512".

En primer lugar, debe quedar en claro que el dominio no se extingue por dicha afectación, sino que sólo se afecta y limita el mismo[227], debido a que el propietario no puede disponer por otro modo, etc. y que lo que se hipoteca no es el dominio sino el inmueble. Cierto es que el

[225] KIPER, C. (2015). Derechos Reales, comentario al art 1945, en LORENZETTI,. R L. (dir), *Código Civil y Comercial de la Nación,* comentado. T. IX, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, p. 215.
[226] ROMERO, V. M. (20 al 22 de septiembre de 2001). *Derechos reales*. [Ponencia] En XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil – Libro de Ponencias, Buenos Aires: Hammurabi, Depalma Editores, p. 185.
[227] PUJOL ZIZZIAS, I. (2016), Derecho y Estado de Propiedad Horizontal, *Revista JA* el 2-11-16.

derecho de propiedad del titular originario se extingue sobre las unidades, sobre el porcentaje de las partes comunes cuando la vende, pero ello es lo mismo que sucede cuando se vende un inmueble o parte ideal o alícuota transformándose en condominio, sin que ello implique la extinción de la hipoteca sobre el mismo. Sí es cierto entonces, que el derecho de dominio afectado al estado de propiedad horizontal se transformará en derecho de propiedad horizontal cuando ya haya más de un propietario que tenga unidades en el edificio, así como el dominio se transforma en condominio cuando se vende una parte alícuota.

Si la inscripción del reglamento produce la división jurídica del edificio como ahora lo aclara el art. 2038 del CCC, ello tampoco puede producir la extinción de la hipoteca que gravará cada parte como sucede cuando se fracciona un inmueble hipotecado, respecto de cada fracción o lote que surja del mismo.

Pero lo más importante, es que no puede considerarse que quede a merced del deudor extinguir una garantía hipotecaria, afectando el inmueble al régimen de la ley 13.512 y que así pueda burlar al acreedor cuando se le antoje, lo que sería una interpretación disvaliosa. Pero tampoco se considera, que para afectar a propiedad horizontal, común o especial, el titular del dominio necesite la conformidad del acreedor hipotecario.

4.2. Frutos y productos:

Los frutos y productos, ya definidos anteriormente; como accesorios del inmueble forman parte de él, en virtud de que el artículo 1945 del CCC que se refiere a que, el dominio de una cosa comprende todos los objetos que forman un todo con ella y sus accesorios.

4.3. Aguas, piedras, aire y otras:

Las aguas privadas que surgen de un inmueble y no forman un cauce natural, las piedras, tierras; es decir, todo lo fluido o sólido que forma parte del inmueble por su naturaleza conforme al art. 225 del CCC, pertenece al propietario del suelo o del inmueble, salvo que por una disposición especial corresponda al Estado, como las piedras preciosas o los hidrocarburos o el agua que corre por un cauce natural, o pertenezca a otro particular en todo o parte, como ocurre con los tesoros.

El antiguo art. 2314 del CC, de un modo más completo, disponía al respecto que: “son inmuebles por su naturaleza, las cosas que se encuentran por sí mismas inmovilizadas, como el suelo y todas las partes sólidas y fluidas que forman su superficie y profundidad; todo lo que está incorporado al suelo de una manera orgánica, y todo lo que se encuentra bajo el suelo sin el hecho del hombre”. Al comentar dicho artículo la doctrina decía que, aunque la única cosa verdaderamente inmóvil por su naturaleza es el suelo, no era incorrecto que la ley calificara

como inmueble por su naturaleza otras cosas, como lo hace la norma[228]. Pero se advertía, que la inmovilización de esas otras cosas cesa no bien dejan de estar incorporadas al suelo o formar parte de él. Por eso, por ejemplo: los minerales extraídos son muebles desde que se los separa de la tierra[229].

Se afirmaba que, dicha enumeración no era taxativa y que, entre las partes sólidas o fluidas, se ubican las piedras y arenas que constituyen las capas del suelo, las aguas subterráneas, y las que se encuentran en la superficie, las minas y los yacimientos aun en estado fluido: líquido o gaseoso[230].

La palabra fluido según la real academia española proviene de fluidus, y tiene distintas acepciones: 1. adj. Dicho de una sustancia; que se encuentra en estado líquido o gaseoso, 2. Adj. Dicho del lenguaje o estilo. Corriente o fácil…. Y luego agrega como fluidos elásticos: 1. M. pl. Fis. Cuerpos gasesosos. Es decir que como se aprecia, abarca la materia tanto en estado gaseoso también.

Respecto de las aguas subterráneas ahora debe tenerse en cuenta que son bienes públicos si adquieren aptitud para satisfacer uso de interés general, sin perjuicio del derecho del propietario del fundo o inmueble de extraer las aguas subterráneas en la medida de su interés y con sujeción a las disposiciones locales- (conforme art. 235 inc. c del CCC).

Para Salvat[231] la frase: "todo lo incorporado al suelo de una manera orgánica", permite calificar de inmuebles por su naturaleza a los árboles y otros vegetales debidamente arraigados, es decir que deben estar incorporados al suelo (no con macetas) de un modo permanente o estable. Por eso, no son inmuebles los almácigos.

Actualmente cabe recordar que el art. 225 del CCC como ya se dijo no conceptualiza al inmueble, pero de una manera más resumida dice que: "son inmuebles por su naturaleza, el suelo, las cosas incorporadas a él de una manera orgánica y las que se encuentra bajo el suelo sin el hecho del hombre". Adviértase, que de una manera contradictoria con el art. 1945 CCC, no incluye este artículo, al espacio aéreo adyacente. Tal vez porque al espacio inmobiliario, no se lo considera cosa, sino bien.

En todo lo que se encuentra en el subsuelo, sin el hecho del hombre, entran los fósiles que son bienes públicos, los minerales que sólo pertenecen al propietario del inmueble según

[228] KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., (2005). en comentario al art. 2314 en. *Código Civil y leyes complementarias.* Comentado, anotado y concordado., dir. por Zannoni, T. 10, Buenos Aires: Astrea, p. 70
[229] BORDA, G. (2008). *Tratado de Derecho Civil. Parte general*, t. II, LA LEY, n° 762, p. 29.
[230] KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., (2005). en comentario al art. 2314 en. *Código Civil y leyes complementarias.* Comentado, anotado y concordado., dir. por Zannoni, T. 10, Buenos Aires: Astrea, p. 71.
[231] SALVAT, R., ROMERO DEL PRADO (1950). *Tratado de derecho Civil Argentino – Derechos Reales*. Buenos Aires: LA LEY, II, n° 1397.

su categoría, la tierra, piedras, etc. Por otro lado, por existir intervención humana no es inmueble el tesoro, los cables electrónicos, etc.

Con respecto al aire que se ubica en el espacio aéreo inmobiliario, se entiende que el mismo no es susceptible de apropiación privada, por ser "res comunes omnium", debido a que está a disposición de todos, a pesar de tener un inmenso valor o importancia. Químicamente hablando el aire es materia que se encuentra en el espacio. Pero no está en el comercio, ni tiene valor pecuniario (por su abundancia) como sí lo parece tener el espacio inmobiliario. Debe advertirse, que algunos autores consideran que directamente el aire no es cosa, por faltarle una delimitación en el espacio. Sin embargo, otras materias o yacimientos en estado gaseosoque se encuentran en el subsuelo, han sido considerados inmuebles por su naturaleza, por la doctrina, en virtud de lo que disponía expresamente el art. 2314 del CC[232].

[232] Ver KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., (2005). en comentario al art. 2314 en. *Código Civil y leyes complementarias.* Comentado, anotado y concordado., dir. por Zannoni, T. 10, Buenos Aires: Astrea, p.71 y p. 124.

CAPÍTULO IV:

CASOS ESPECIALES

1. Introducción

En este capítulo, se analizan los casos de objeto de los derechos reales, como la energía, el territorio indígena, el tiempo, etc. Luego se estudiará con más profundidad el caso especial del espacio aéreo y los derechos, que son objeto de esta tesis, partiendo del panorama general del objeto de los derechos reales esbozado, de estas situaciones excepcionales y su tratamiento, para tener una idea del conjunto y mayores argumentos para validar o no, la hipótesis de la presente tesis.

2. La energía:

Según el diccionario de la Real Academia Española, energía proviene del griego energeia; "f. Eficacia, poder, virtud para obrar. 2. Fuerza de voluntad, vigor y tesón en la actividad. 3. Fís. Causa capaz de transformarse en trabajo mecánico. 4. Fís. V. Cuanto de energía: atómica, energía nuclear. Cinética: Fís. La que posee un cuerpo por razón de su movimiento. De ionización: Fís. Energía mínima necesaria para ionizar una molécula o átomo en estado normal. Nuclear: La obtenida por la fusión o fisión de núcleos atómicos. 2. La que con fines industriales se obtiene en las centrales nucleares. Potencial. Fís. La que posee un cuerpo por el hecho de hallarse en un campo de fuerzas, por ejemplo: el de la gravedad. Radiante: Fís. energía existente en un medio físico, causada por ondas electromagnéticas o fotones, mediante las cuales se propaga directamente sin desplazamiento de la materia…"[233].

Como casi todas las palabras, este término tiene varias acepciones. Pero evidentemente, no se hace referencia a la energía como fuerza de voluntad, sino a las acepciones físicas.

Es entendible que el Código de Vélez nada dijera sobre la energía, porque en la época del codificador, recién se había incorporado el gas para la iluminación en la zona céntrica. Por eso no se pudo prever la problemática que surgiría luego con la utilización de la energía eléctrica, atómica, nuclear, magnética, eólica, etc.

Recién cuando la energía eléctrica apareció en el mercado, surgió la duda relativa a si por sus características se debía considerar la prestación de la misma, como de cosa o de servicio[234]. Muchos autores entendieron que era acertado que la energía recibiera la regulación de una cosa y se dijo que: "para tratar la electricidad en sentido jurídico basta la física de un ignorante"[235]. Lo jurídicamente importante es que el hombre asistía a un nuevo fenómeno que

[233] Diccionario de la Real Academia Española, ver en htp://terra.diccionario.com.pe.

[234] Ver KEMELMAJER DE CARLUCCI, (2005). en *Código Civil y leyes complementarias.* Comentado, anotado y concordado., dir. por Zannoni, T. 10, Buenos Aires: Astrea .13, cita como primer autor que trata dicha problemática a PIPPIA (1900) en *L¨electricita en el diritto*, Milán.

[235] CANDIL, F. (1925), en La electricidad como objeto de derecho. *Revista del Derecho Privado*, 12, p. 178. Dicho autor cita a Bonfante y Carnelutti como sostenedores de dicha afirmación, sin embargo, él prefiere analizar la cuestión desde el conocimiento científico y no el vulgar.

requería regulación. Autores como Spota consideraron que: la discusión relativa a si la energía es o no cosa, no tenía sentido, porque hasta la misma puede pesarse[236].

En el art. 2311 del CC, la reforma de la ley 17.711 introdujo, como antes se explicó, la palabra "materiales" sustituyendo a "corporales" que calificaba al objeto susceptible de valor, para que pueda considerarse jurídicamente cosa. Además, agregó un segundo párrafo que decía: "Las disposiciones referentes a las cosas son aplicables a la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de apropiación".

Dicho agregado tuvo por finalidad solucionar diversos problemas jurídicos, que se presentaban en tribunales, antes de la reforma y que habían desatado grandes debates en otros países. Como por ejemplo: la Cámara Civil 1° de Capital, en fallo del año 1934[237], denotó la inexistencia de regulación del contrato de suministro de energía eléctrica y por ello aplicando el principio *pacta sunt servanda*, denegó la demanda iniciada por un inquilino contra el locador, en virtud que la Compañía de Electricidad suministraba electricidad a la galería a un precio menor que el que le cobraba el locador a los inquilinos. Además, negó la aplicación del principio de enriquecimiento sin causa en virtud, que la prestación tenía causa en un contrato. Y precisamente sobre el tema, la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires[238] revocó una sentencia que había sostenido que la energía era cosa, no obstante, señaló que la disputa se debía dirimir aplicando lo pactado contractualmente.

En materia penal, la cuestión se planteó igual que en todos los países. Se puede observar, una tendencia a la extensión del concepto de cosa. Originariamente, la ley penal hacía referencia a la cosa material en una sociedad de economía prevalentemente agrícola, pero con la revolución industrial, se hizo necesario tutelar a bienes diversos como la energía; introduciendo el problema de su sustracción y la tipificación del hurto[239].

Actualmente se discute por ejemplo, si las emisiones por vía satelital, pueden ser consideradas mercaderías a los fines de contrabando[240]

---

[236] SPOTA I, (1953). *Tratado de Derecho Civil.* Vol.3, Bs. As.: Ed. Depalma, n° 1632 ter, Conf. MAGGI, J. M. Aspectos jurisdiccionales en el ordenamiento electromagnético. E.D. 117- 957.

[237] Ver CCiv. 1° Cap, sentencia del 2/6/34, J.A. con nota de Sasot Betes M.- Lázaro A., Modalidades contractuales del suministro eléctrico. JA 46-879.

[238] SCBsAs, sentencia del 9/9/53, LL, 73-624.

[239] FIANDACA, G. – MUSCO, E., *Diritto penale. Parte especiale*, II, 2, p. 27, citado por KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., (2005) en comentario al art. 2311, en *Código Civil y leyes complementarias*. Comentado, anotado y concordado, T. 10, Santa Fe: Ed. Rubinzal Culzoni, p. 12, quien refiere a que en la doctrina nacional encontramos a EDWARDS, C. A. (1991). *Apoderamiento ilegítimo de energía eléctrica*. E.D. 142-813.

[240] VIDAL ALBARRACÍN, H. (2000). El alcance del concepto de mercadería a los fines del delito de contrabando, *LL*-2000-C-247.

La reforma permitió encuadrar a la energía como objeto del contrato de suministro y compraventa, a su sustracción dentro del tipo penal hurto[241] y al daño causado por la energía como el causado por las cosas[242] (siendo por lo tanto aplicable en aquel entonces el art. 1113 del CC), entre otras consecuencias. Debe tenerse en cuenta, que analizando la jurisprudencia, se puede detectar que las mayores implicancias parecen haberse dado en materia contractual, de responsabilidad y penal, más que en la órbita de los derechos reales.

La frase que introdujo la ley 17.711 en el art. 2311 del CC, tenía importantes antecedentes nacionales. La misma ya había sido utilizada por Lafaille en el Instituto Argentino de estudios legislativos de la Federación Argentina del Colegio de Abogados al debatir el proyecto de reformas del año 1.936[243]. Había aparecido en el proyecto de Soler de reforma al Código Penal, al aclarar que la expresión "cosa mueble" comprende toda clase de energía dotada de valor económico. Por otro lado, el art. 2 de la ley 15.336 que establece el régimen de energía eléctrica dispuso que los fines de dicha ley, la energía eléctrica cualquiera sea su fuente se consideraría una cosa jurídica susceptible de comercio[244].

En el derecho comparado, especialmente en otros países como Alemania e Italia, existía un amplio debate al respecto. La ley francesa de octubre de 1919 creó una categoría separada de cosas para la energía hidráulica; el Código Civil italiano en su artículo 814 de 1942, consideró a las energías naturales susceptibles de valor, cosa mueble[245], en el mismo sentido se pronunció en Latinoamérica, en el año 1984 el Código Civil peruano[246], siempre que fueran susceptibles de apropiación.

---

[241] Sin embargo, se ha dicho que el agregado del art. 2311, en materia penal no sirve del todo para afrontar el tema de la energía informática frente al derecho penal. Fallo de la CSJN, sentencia del 23/1/97, J.A. 1998-III-315; E.D. 176-241; DJ 1998-I-328 y LL 1998-A-321. STIGLITZ, G. y Rosana (1987). Responsabilidad Civil por daños derivados de la informática. *LL* 1.987-E- 995. CC y Com. Jujuy, Sala I, 30/06/04, JA. 2004-IV-503. Debe advertirse que se asimila la informática a la energía y por lo tanto los daños producidos por ella, encuadran en supuestos de responsabilidad objetiva.

[242] CNCiv. Sala I, sentencia del 18/3/99, LL, 1999-F-80. SAGARNA, F. A. (1997). Daños causados por la energía eléctrica, LL 1997-E-987 y sus citas PADILLA, M., Responsabilidad civil extracontractual por daños originados en la prestación del servicio público de electricidad, *E.D*. 107- 107-969.

[243] Ver BOFFI BOGGERO, L. M. (1955), voz bienes muebles, en "Enciclopedia Jurídica Omeba", II, Bs. As.: Editorial Bibiliográfica Argentina, p. 277.

[244] ALLENDE, G. L. (1965). Naturaleza jurídica de la energía. Jurídicamente no es una cosa, *LL*, 118-1140, se pronuncia contrario a la solución legal. Mientras que CASTIGLIONE, A. (1995), en su trabajo titulado: La señal de televisión es jurídicamente una cosa, *E.D*. 163-1222, se pronuncia a favor de ella.

[245] Ver BIONDI, B. (1961), *Los bienes*, Barcelona: Ed. BOSCH SA, n° 11, a. Quien afirma la posibilidad de poseer la energía. BARBERO, sistema, nº141, consideró que, dado que lo material es lo perceptible con los sentidos, no cabe dudas que los sentidos revelan su presencia. Para un análisis más detallado del art. 814 del C.C. italiano KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., (2005) en comentario al art. 2311, en *Código Civil y leyes complementarias*. Comentado, anotado y concordado, T. 10, Santa Fe: Ed. Rubinzal Culzoni, p. 12, quien cita a este autor sugiere analizar entre otros SCOZZAFAVA, O., T., Dei beni, pp. 79-90.

[246] Ver CUADROS, V., *Derechos reales*, I, nº 76 y 79.

Por otro lado, desde el siglo XIX la jurisprudencia[247] del Tribunal Supremo de España, ha considerado como cosa a la energía, con las consecuencias que ello implica para la calificación del tipo hurto para la sustracción de la misma. A su vez, los autores que comentan estas leyes del derecho comparado, han sostenido que como surge de las modernas investigaciones, aún desde el punto de vista técnico y físico la energía es una cosa material.

Sin embargo, no toda la doctrina nacional receptó favorablemente la reforma. Para algunos, no puede existir con la energía una relación directa e inmediata con la cosa – propia de todo derecho real, no puede haber técnicamente posesión, ni tiene sentido la usucapión, las acciones posesorias y la reivindicación de energía. Y la asimilación es más fácil en el ámbito de los derechos personales (por ejemplo: compraventa, etc.[248]). Además se advirtió que, si la palabra apropiación fue utilizada en sentido técnico como modo de adquirir el dominio, la primera parte del agregado es inconciliable con la segunda. Se ha entendido, que la energía no es en definitiva ni una cosa, ni un bien, y que debería crearse una tercera agrupación conceptual[249].

Para Smith, Lacruz Berdejoy otros, hubiera sido conveniente precisar que se entiende por apropiación y dictar ciertas normas específicas sobre la energía, porque no todas las normas que regulan las cosas resultan aplicables a éstas (como las referidas a acciones posesorias y reivindicatorias, etc.). Se hado dicho que probablemente, esta asimilación responda a determinados criterios, porque cuando se roba energía es necesario que sean aplicables las disposiciones del Código Penal en materia de robo o hurto y así lo ha entendido la jurisprudencia en varios casos asimilando el robo de energía al de las cosas[250].

Por el contrario, otro sector doctrinario aplaudió la reforma; explicando que los conceptos jurídicos debían basarse en los conceptos vulgares porque están destinado al hombre

---

[247] Citada por CASTÁN TOBEÑAS. (2007). *Derecho Civil español, común y foral. T. I*, vol 2., Madrid: Reus, p. 586.

[248] ALLENDE, G. Naturaleza jurídica de la energía. *LL*, 114-973, pp. 188-189, quien considera que la energía exige normas diferenciadas, de lo contrario de desnaturalizaría completamente al derecho real, porque la energía aparece producida por alguien, es nítida la obligación de hacer que pasa a primer plano. Coinciden PAPAÑO y otros, (1993). *Derechos Reales*, I, Bs. As.: Ed. Depalma, p. 9.

[249] Ver ALTERINI, en LLAMBÍAS – ALTERINI, *Código Civil, anotado*, IV-A, p. 14. PAPAÑO, KIPER-DILLON-CAUSSE. (2004). *Derechos reales*, I. Bs. As.: Astrea. pp. 8-9. MUSTO, N. J.; *Derechos Reales*, 1 &56. Esta postura se basa en un artículo de ALLENDE titulado: Naturaleza jurídica de la energía. Jurídicamente no es cosa, *LL*-118-1138, publicado antes de la reforma de 1.968.

[250] SMITH, J. C. (1968). Consideraciones sobre la reforma del Código Civil*, LL* 130-1034. LACRUZ BERDEJO, J. L., y otros *Elementos de derecho civil. Parte general del derecho civil*, III, p. 15, citado por KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (2005). *Código Civil y Leyes complementarias, comentado, anotado y concordado*, dirigido por Zannoni. T. 10, Bs. As.: Ed. Astrea, p. 14.

común[251]. Que la legislación receptó los avances de la ciencia y técnica[252], y que la ley no dice que la energía sea cosa, sino que se le debe aplicar su régimen jurídico, que a los fines jurídicos es como si dijera que es cosa, porque lo que importa desde la óptica jurídica, es que se rigen por las mismas normas[253]. Por otro lado, lo que preocupa al derecho es la sustracción de energía que se presenta como algo distinto al soporte indiscutiblemente material; para el derecho la sustracción de energía por conexión clandestina se asimila a la sustracción de agua de una cañería, donde lo ilícito no es apoderarse de la cañería sino del fluido que corre dentro.

En apoyo de dicha postura, Spota[254] ha sostenido que si a los juristas romanos se les hubiera presentado esta controversia no hubieran tardado en ensanchar el concepto jurídico de cosas, de modo que comprendiera las nuevas realidades. También se ha señalado que del mismo modo que la sociedad atribuye valor económico a las energías naturales, se la ley atribuye no solo valor de cambio, sino también de uso y de consumo[255].

Prudentemente, pero en definitiva avalando la reforma de 1968, salvo en el agregado "en cuanto fueran compatibles"; la Comisión 4 de las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, concluyó que "aunque sea discutible si la energía es o no una cosa, deben aplicársele las normas jurídicas atinentes a las cosas en tanto sean compatibles".

Penido[256] consideró, que sería más acertado que se regulara a la energía directamente como una cosa, más que considerársele aplicable el régimen jurídico de éstas. Ello porque no se la pueden incluir dentro de ninguna categoría de objetos, debido a que bienes son los objetos inmateriales, término que para dicho autor debe reservarse a los derechos, y que conforme con lo dispuesto por el art. 2312 párraf. 1° del CC no pueden ser objeto de los derechos reales. Por otro lado, apuntó, que se agregó un valladar difícil de superar cuando se le impuso en el agregado al art. 2311 del CC que deben ser susceptibles de apropiación. No obstante, debe

---

[251] LÓPEZ DE ZAVALÍA, F. (1989). *Derechos reales*, 1, Bs. As.: Ed. Zavalía, p. 242 y ss. Quien agrega si la energía puede ser objeto de obligaciones de dar es porque es susceptible de tradición. PEÑA GUZMÁN, *Derechos reales*, I, n° 35, trata sobre la noción de la energía en el ámbito de la física. BORDA, G. (1970). La reforma del Código Civil, Bienes y cosas, *E.D.*, 31-1020. Algunos doctrinarios italianos tomaron la misma actitud de quitar importancia a los conceptos físicos. Ver D¨ AMELIO, M., *Codice Civile*. Comentario, p. 34 citado por KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (2005). *Código Civil y Leyes complementarias, comentado, anotado y concordado,* dirigido por Zannoni. T. 10, Bs. As.: Ed. Astrea, p. 14.

[252] GARRIDO, R. F., ANDORNO, L. (1971). *Reformas al Código Civil. Ley 17.711 comentada*, II. Bs. As.: Ed. Zavalía, p. 8 y *Código Civil, anotado*, Libro III, 1 p. 9.

[253] LUVERÁ, M. A. (2001), Objeto de los derechos reales, Ubicación. Derecho comparado. Proyecto de Código Civil de 1.998, DJ, 2.001-3-931. Este autor en este sentido precisó que las categorías jurídicas valen por sus efectos y consecuencias legales, y si estas son las mismas deben ser cubiertas por la misma denominación.

[254] SPOTA I, (1953). *Tratado de Derecho Civil.* Vol.3, Bs. As.: Ed. Depalma, n° 1.620.

[255] LAQUIS, M. (1973). *El artículo 2.311 y la energía, en* MORELLO, PORTAS. *Examen y crítica de la reforma del Código Civil*, 3, La Plata: Ed. Platense, p. 371.

[256] PENIDO, M. O. A. (20 al 22 de septiembre de 2001). *La energía como cosa y objeto de los derechos reales*. [Ponencia] en XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil- Libro de Ponencias" Bs. As: Hammurabi, José Luis Depalma Editor, p. 169.

considerarse que se está refiriendo a otras fuerzas de la naturaleza. Biondo, explica que en la naturaleza existen energías ilimitadas que no son bienes, como la fuerza de gravedad, la energía vital, la electricidad atmosférica, la energía geotérmica[257], etc. Estas energías son "res comunes omnium", ya que al igual que el aire están a disposición de todos, a pesar de tener un inmenso valor o importancia. En virtud de dicha observación, el nuevo art. 16 del CCC se refiere ahora a que deben ser susceptibles de ser puesta al servicio del hombre. Aunque dicha frase parece también dirigirse a otras fuerzas naturales, pero debe entenderse que si a las otras fuerzas se le exige dicha cualidad a la energía también, respecto de la que ya hay prueba sobrada de dicha posibilidad.

Debe tenerse en cuenta, que dentro de la categoría de cosas, sólo se incluyen las energías producidas por el hombre, aunque sea explotando leyes de la naturaleza. El hombre mediante adecuados procedimientos hace que una cascada, carbón o un átomo, produzcan energía útil para el hombre. Si por ejemplo la energía atómica queda encerrada en el átomo no es útil, es necesario un manipuleo técnico para que la misma se convierta en energía atómica. Las energías naturales conforman una categoría muy amplia que se va agrandando a medida de los avances técnicos y científicos. Cada una de ellas está regulada por leyes específicas[258]. Es decir, que para considerar cosa a la energía, ésta debe poder ser sometida al hombre y prestarle un servicio, y por lo tanto si por su inmensidad, profundidad, etc., no es suscepible de ser aprovechada por éste no lo es[259]. Se ha asimilado la señal de televisión a la energía, considerándola cosa y no propiedad intelectual; y por lo tanto puede ser objeto de hurto o robo y no de estafa[260].

Si se analiza, la energía reúne todas las características necesarias para que un objeto pueda ser considerado cosa, a saber:

-Es un objeto material, perceptible por los sentidos[261] que puede ser transformada y reducida a un mínimo voltaje y su desplazamiento es manejable por el hombre. Si bien no puede

---

[257] BIONDI BIONDO. (1961). *Los bienes*. Barcelona: Ed. BOSCH SA, p. 74. Y ver al respecto DE PABLOS, T., Energía geotérmica. LL-141-1003.

[258] LAQUIS, M. (1973). El artículo 2311 y la energía, en MORELLO, PORTAS. *Examen y crítica de la reforma del Código Civil*. 3, La Plata: Ed. Platense., pp. 381-382.

[259]Ver LACRUZ BERDEJO y otros (1974). *Elementos de Derecho Civil. Parte genera*l, Barcelona: Bosch, III, p. 17.

[260] CASTIGLIONI, A. V. (1995). La señal de televisión es jurídicamente una cosa. *E.D*. 163-1223.

[261] Ver KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., (2005), en *Código Civil y Leyes complementarias, comentado, anotado y concordado* dirigido por Zannoni, T. 10, comentario al art. 2311, Bs As: Editorial Astrea, p. 12. Respecto de la materialidad, Barbero afirma que, aunque ésta no se pueda tocar, ver, oír, ni gustada ni olfateada, sin embargo, es indiscutible su presencia. En el mismo sentido se pronuncia GALGANO, F. (1990). *I beni e la propieta. En Diritto Civile e Comérciale* , I, N° 76. DE RUGGIERO, R., *Instituciones de derecho civil*, I, n° 45 precisa que no es necesario que tengan una tangibilidad manual, como los gases y fuerzas de la naturaleza. Autores citados por KEMELMAJER, A. (2005). *Código Civil y Leyes complementarias, comentado, anotado y concordado,* dirigido por Zannoni. T. 10, Bs. As.: Ed. Astrea, p. 12.

haber del todo un señorío de hecho en los términos del antiguo art. 2351 del Código de Vélez. Debe tenerse en cuenta que científicamente, la energía no es sino materia en movimiento, el problema se daba antes de la teoría de la relatividad ya que tradicionalmente la física establecía una dualidad entre materia y energía. Pero con Albert Einstein se disolvió el dualismo, porque a partir de la teoría de la relatividad, se sostiene que la energía es materia en movimiento[262].

- Es actual.
- Es susceptible de tener un valor pecuniario y ser objeto de múltiples transacciones comerciales, de tráfico jurídico y por lo tanto está dentro del comercio. Otorga un provecho social y económico, puesto que puede ser puesta al servicio del hombre, como lo expresa ahora el art. 16 del CCC vigente. En cuanto a la toma de posesión, sirve tener en cuenta que Vélez en la nota al art. 2374 aclaraba, que la posibilidad física de tomar la cosa puede existir sin contacto personal, lo que importa es la posibilidad física de disponer de ella.

Además en definitiva, con el Código anterior la energía y las fuerzas naturales se encontraban en el Título I, que trataba las cosas consideradas en sí mismas o en relación a los derechos, dentro del Libro III, "De los derechos reales", además si éstas podían ser propiedad del hombre y se le aplican las normas de las cosas, es porque son jurídicamente cosas[263]. Lo mismo ocurre en el Código Vigente que lo regula dentro del capítulo cuatro titulado Derechos y bienes y que se refiere a ella en su art. 16, estableciendo que se le aplican las disposiciones referentes a las cosas, aunque por la metodología actual, no se encuentra en el libro de los derechos reales, pero puede ser objeto de los mismos por aplicársele las normas de las cosas. Aunque esto último, parece ser más la consecuencia de que se consideren cosas o se apliquen las normas de las cosas, que la causa que sean tal. Por otro lado, si se tiene en cuenta que lo que interesa, es el concepto jurídico de cosa según un ordenamiento jurídico determinado, en este caso el Argentino, la propuesta de Penido, en su momento, de modificar directamente el art. 2311 incluyendo la energía como cosa, era aceptable, y podría llegar a predicarse para modificar el actual art. 16 del CCC[264]. Esto último porque el art. 16 del CCC, siguiendo la redacción del art. 214 del Proyecto de Unificación del Código Civil y Comercial de 1998, parece haber mantenido la postura de no considerar a la energía cosa en esencia, porque simplemente ordena

[262] SMITH, J. C. (1968). Consideraciones sobre la reforma del Código Civil*, LL*, 130- 1032.
[263] PENIDO, M. O. A. (20 al 22 de septiembre de 2001). *La energía como cosa y objeto de los derechos reales*. [Ponencia] en XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil- Libro de Ponencias" Bs. As: Hammurabi, José Luis Depalma Editor. p. 172.
[264] Dicho autor proponía la siguiente redacción del art. 2311 del CC: "Son cosas los objetos materiales susceptibles de tener un valor como la energía". PENIDO, M. O. A. (20 al 22 de septiembre de 2001). *La energía como cosa y objeto de los derechos reales*. [Ponencia] en XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil- Libro de Ponencias" Bs. As: Hammurabi, José Luis Depalma Editor, p. 171.

que se le apliquen las normas relativas a las cosas, al expresar: "Las disposiciones referentes a las cosas son aplicables a las energías y a las fuerzas naturales susceptibles de ser puestas al servicio del hombre". Y esta misma solución podría plantearse para el espacio aéreo.

3. Los derechos:

El Código Civil y Comercial vigente parece haberse sincerado, cuando admite que los bienes y por lo tanto los objetos inmateriales susceptibles de valor, dentro de cuya categoría se encuentran los derechos, excepcionalmente puedan ser objeto de los derechos reales. Así en el art. 1883 del CCC segundo párrafo, se expresa que: "…El objeto también puede consistir en un bien taxativamente señalado por la ley".

En nuestra legislación, como ya se explicó, en principio, las cosas entendidas como entidades materiales susceptibles de valor económico, pueden ser objeto de los derechos reales. Sin embargo, varios artículos de dicho Código admitían indirecta o solapadamente que un derecho real pudiera recaer sobre créditos. Así, gran parte de la doctrina aceptaba que: "algunas veces el objeto de los derechos reales no sería una cosa", tal como ocurre "con el usufructo de créditos o con la prenda, cuando tiene por objeto créditos, etc."[265].

A pesar que, Jorge Alterini, [266]critica la utilización del término "bienes", porque es un género que abarca a las cosas, en vez de "derechos" que utiliza el proyecto de 1998; lo que es cierto. Sin embargo como ya se señaló, se considera que a nivel práctico, la utilización del término bien, tiene la ventaja, que al ser más amplio, permite que se consideren incorporados como objeto de los derechos reales, otras realidades incorporales susceptibles de valor, como por ejemplo: el espacio inmobiliario, el tiempo, la creación intelectual, los bitcoins o criptomonedas u otras entidades inmateriales susceptibles de valor que vayan apareciendo con los avances tecnológicos, etc.

En definitiva, excepcionalmente pueden los bienes que no son cosas ser objeto de los derechos reales, siempre que la ley lo haya aceptado puntualmente como objeto del derecho real[267]. Ello descarta que la jurisprudencia o doctrina pueda admitir como objeto de un derecho real, a un bien que no sea cosa y que no esté señalado taxativamente por la ley. Por lo tanto, los derechos, que son una clase de bienes, pueden ser excepcionalmente objeto de los derechos

[265] MOLINARIO, A. D. (1965). *Derecho patrimonial y derecho real*, Buenos Aires: LA LEY, Bs. As., p. 44.
[266] ALTERINI, J., (2012). *Primeras consideraciones sobre los Derechos reales en el Proyecto de Código*, Academia Nacional de Derecho 2012, p. 1, LL-2012-E-898. "El proyecto de 1998, mencionaba como objeto de los derechos reales, a los "derechos en los casos previstos especialmente (art. 1816 inc. b).
[267] Se ha considerado que no se exige que se usen formas sacramentales, sino que basta que se desprenda de la ley dicha posibilidad (COSSARI, N., (2015) en ALTERINI, J. H. (dir. general), COSSARI, N. (dir. del tomo), ALTERINI, I. (coord.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado Exegético*. Tomo IX. Ciudad de Buenos Aires: Thomson Reuters LA LEY, p.30).

reales, cuando son señalados por la ley, en los casos que se explican en el siguiente capítulo donde se analizará específicamente y con detenimiento este punto, su evolución y lo que ello implica.

4. La tierra o territorio de las comunidades originarias:

4.1. Marco de la cuestión:

Se ha sostenido que: la propiedad comunitaria reconocida por el art. 75 inc. 17 de la CN es un nuevo derecho real y por lo tanto se debe incorporar en la enumeración de los derechos reales, so pena de incurrir en discriminación[268].

Lo primero que cabe preguntarse es si estos inmuebles o territorios pueden ser objeto de los derechos reales, en virtud de que no se puede disponer de ellos. Si se consideraba que la comercialidad es un requisito esencial para que una cosa sea objeto de un derecho real, se debía concluir que la propiedad indígena no era, ni podía ser un derecho real, debido a que su objeto según el art. 75 inc. 17, no es enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes y embargos, y para algunas constituciones provinciales es imprescriptible[269].

Dicha afirmación no resulta discriminatoria, porque justamente los bienes del dominio público y de la Iglesia han sido considerados fuera del comercio y nunca ello se ha entendido como un acto discriminatorio. En realidad es como una categoría distinta de derecho, reconocido expresamente por la Constitución, que debe ser objeto de reglamentación para ser compatibilizado con otros derechos y garantías también reconocidos en la misma Constitución Nacional, como el de propiedad privada del art. 17, etc..

Estos inmuebles, o fracciones imaginarias del planeta tierra, tienen la particularidad que para los pueblos indígenas es un elemento sustancial[270], base fundamental de su cultura, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia[271]; por eso el derecho de las comunidades sobre su

---

[268] GONZALEZ DE PRADA, M. V. (2001). E*l derecho de propiedad de las comunidades indígenas –Art.75, inc. 17, Const. Nacional y ley 24.071.* (En XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil – Libro de Ponencias-, Bs. As.: Hammurabi, Depalma), p. 179.

[269] Así lo dispone, por ejemplo: el art. 37 de la Constitución de la Provincia de Chaco.

[270] El artículo 13 del convenio 169 de la OIT, justamente resalta la trascendencia fundamental de estos derechos.

[271] El tribunal del sistema interamericano en "Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua", sentencia del 31-8-2001, sentó por primera vez que la protección de la propiedad del Art. 21 de la Convención Americana comprende también a los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de propiedad comunal y destacó las particularidades diferenciales que presenta este tipo de propiedad. Luego siguiendo estos lineamientos se resolvieron los casos: "Comunidad Moiwana vs. Suriname", sentencia del 15-6-2005; "Comunidad Yakye Axa vs. Paraguay", sentencia del 17-6-2005; "Comunidad Sawhoyamaxa vs. Paraguay", sentencia del 29-3-2006; "Pueblo Saramaka vs. Surinam", sentencia del 28-11-2007 y "Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay", sentencia del 24-8-2010. Ver fallos citados por VAZQUEZ, G. A. (2012). Propiedad comunitaria indígena en el Proyecto, *LL*-2012-D-948.

territorio es un derecho humano amparado internacionalmente[272]. Ello ha sido remarcado por la CIDH, porque cuando no se reconoce la propiedad indígena se afecta la subsistencia, desarrollo del pueblo cultural y espiritualmente, la transmisión de su cultura y prácticas tradicionales.

Por otro lado, debe advertirse, que la cosmovisión indígena es tan distinta a la del Código de Vélez, que en realidad más que de propiedad y posesión de las tierras debería hablarse de un derecho a la protección de su vínculo espiritual y relación especial sobre sus tierras. Para ser precisos, este derecho no es estrictamente propiedad conceptualizada como todo lo que el hombre tiene fuera de sí mismo, apreciable en dinero. Y su relación con la tierra tampoco es precisamente posesión, por no existir animus domini, debido a que no hay intención de someter la tierra al ejercicio de un derecho de propiedad, ni se visualiza estrictamente ninguna relación de poder sobre la misma, sino que en la cosmovisión indígena, la tierra los contiene a todos.

En este sentido son dignas de mención las aspiraciones que tuvo la Comisión de Reformas, expuestas en los Fundamentos, consistentes en que la finalidad del proyecto es que sea un Código de la igualdad concreta, con identidad cultural latinoamericana, que plasme "una verdadera ética de los vulnerables"; "basado en un paradigma no discriminatorio" para una “sociedad multicultural".

Desde el dictado de la ley 23.302 hasta el presente, se han sancionado sucesivas leyes tendientes a la protección de los derechos de los pueblos indígenas. La Argentina ha introducido en su Constitucional Nacional en el año 1994 el artículo 75 inc. 17, donde consigna como atribución del Congreso Nacional en concurrencia con las provincias, la de reconocer entre otras cosas la posesión y propiedad de comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan. Se ha ratificado por ley 24.701 el convenio 169/89 de la OIT, por el cual nuestro Estado se obliga a reconocer la tierra a los pueblos indígenas. Se ha introducido su reconocimiento en

[272] No sólo por el convenio 168 de la OIT y la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas del 2007; sino también por otras constituciones americanas que prevén la posesión y propiedad indígena, y la colocan en cabeza de la comunidad indígena, como por ejemplo: Brasil, Bolivia, Ecuador, Guatemala, Méjico, Guatemala, Panamá, Paraguay, Perú, Venezuela.

varias constituciones provinciales[273]. Y se han dictado leyes nacionales[274] y provinciales de adhesión[275], de expropiación[276], reglamentaciones, etc.

Por otro lado, la jurisprudencia en general ha reconocido en sus fallos los derechos de los pueblos indígenas, receptados en las constituciones y convenios internacionales.

En este sentido a modo de ejemplo, se pueden nombrar fallos que han impedido el desalojo de indígenas[277], que no han calificado de usurpación ciertos actos[278], que han declarado la usucapión a favor de comunidades indígenas[279], que han considerado procedente la expropiación de tierras privadas tradicionalmente ocupadas por éstas[280]. No obstante, existen también otros pronunciamientos que han rechazado amparos por distintos motivos. Se puede

---

[273] Constituciones provinciales de Jujuy (art. 50 según reforma de 1986), de Río Negro (art. 42, según última reforma de 1988), Formosa (art. 79, según reforma 1991), Provincia de Buenos Aires (art. 36 inc. 9, según reforma de 1994), Chaco (art. 37 según reforma de 1994), La Pampa (art. 6, párrafo 2° según reforma de 1994), Neuquén (Art.23 inc. d según reforma de 1994), Chubut (Art. 34, según reforma constitucional de 1994), Salta (Art. 15 según, reforma 1998).

[274] Por ejemplo: la ley de emergencia 26.160 prorrogada por la 26.554, que suspende los desalojos contra comunidades indígenas, etc.,

[275] A modo de ejemplo se pueden nombrar entre otras las siguientes leyes: CHUBUT: LEY 4.384 Subprograma integral de mejoramiento en la calidad de vida de las comunidades aborígenes., Ley N. 3.657. - Creación del Instituto de Comunidades Indígenas, Ley N° 4.013 Creación del registro de comunidades indígenas de la provincia del Chubut; PROVINCIA DE LA PAMPA: Ley N. 1.610: Convenio Ministerio del Interior- campaña hacia una soc., PROVINCIA DE MENDOZA: LEY 5.754 - adhesión de la provincia al régimen de la ley nacional 23.302; PROVINCIA DE MISIONES: Ley N. 2.727 - Dirección Provincial de Asuntos Guaraníes - Creación - Comunidades Guaraníes - Deroga Ley 2.435; PROVINCIA DE RÍO NEGRO, Ley N. 2.553 (Adla, LIII-A, 1195) - INSTITUTO NACIONAL DE ASUNTOS INDÍGENAS. ADHESIÓN LEY N. 23.302.; PROVINCIA DE SALTA: Ley N. 4.086 Reservas indígenas, Ley N. 6.373 - Ley de promoción y desarrollo del aborigen., PROVINCIA DE SANTA FE: Ley N° 11.078 Ley de comunidades aborígenes. PROVINCIA DE TIERRA DEL FUEGO, Ley N° 235 Adhesión de la provincia a las leyes nacionales 14.932, 23.302 y 24.071 sobre comunidades indígenas, Ley N° 405 - adjudicación de tierras a las comunidades del pueblo ONA de la provincia; PROVINCIA DE FORMOSA: Ley N° 426 - Ley integral del aborigen - CREACION DEL INSTITUTO DE COMUNIDADES ABORIGENES - Decreto Reglamentario N° 574/86 y modificatorios N° 10/1986, 138/1987 y 57/1987; PROVINCIA DEL CHACO, Ley N° 3258 De las Comunidades Indígenas.

[276] Como la ley 6.920 en la Provincia de Mendoza. Reconocimiento de la preexistencia étnica y cultural del pueblo Huarpe Milcallac. Promulgada: 9 de octubre de 2001.

[277] Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y Minería Nro. 5. Secretaría única San Carlos de Bariloche, IIIª Circunscripción Judicial de Río Negro, caso "Sede Alfredo y ots. c/ Vila Herminia y ots. p/ desalojo, sentencia del 12/8/2.004. Expte 14012-238-99 citado en el E.D- 164-1193.

[278] Juzgado de Instrucción nª II de San Carlos de Bariloche, caso "Fernández R. Edgardo c/ Comunidad M. s/ usurpación", sentencia del 21/4/2.004. T.S. de la Provincia de Neuquén, caso "Peul Raúl", sentencia del 3/12/1.999, en la LL 2000-E-127.

[279] C.C. y Com. de Jujuy, Sala 1ª, caso "Comunidad aborigen de Quera y Aguas Calientes. Pueblo Cochinoca c. Pcia. de Jujuy", sentencia del 14/11/2001, sostuvo también la plena operatividad de la normativa constitucional indígena. Dijo que la CN incorporó un nuevo concepto de propiedad, el de la propiedad comunitaria indígena. Fallo publicado en J.A. 2002-III-710. Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería, con competencia en Familia de la V Circunscripción Judicial de la Provincia de Neuquén, caso "Comunidad Mapuche Huayquillan c. Brescia Celso y otro s/ prescripción adquisitiva" Expte. 7250/1, sentencia del 18/8/2004, ver Copyright © - elDial.com - editorial albrematica; elDial-AA23AD.

[280] SCJ de Mza., sala I, caso "Fiscalía de Estado de Pcia. de Mza. c. Gobierno de la Provincia de Mza.", sentencia del 18/12/2008, pub. en LLGran Cuyo 2009 (marzo), 170; Sup. Const. 2009 (agosto), 40 con nota de Víctor Bazán, LA LEY 2009-E, 14 con nota de Víctor Bazán - AR/JUR/20829/2008.

nombrar un caso, en que no hizo lugar a un amparo contra un acto de adjudicación de tierras dispuesta por el Gobierno de Salta[281]. En dicho supuesto se entendió que la Provincia había obrado según su Constitución Provincial y a su vez el Tribunal Supremo de Salta se pronuncia sobre la aplicación a dichos territorios de las leyes de seguridad.

Asimismo, existe un interesante fallo donde una comunidad se alza contra un acto político y discrecional del Estado y solicita la inconstitucionalidad de la creación de un municipio y el decreto que llama a elecciones. Dicha petición, fue rechazada por el Tribunal Superior de Neuquén, porque consideró que dichos actos no afectaban directamente los intereses indígenas, entre otros argumentos[282], y por lo tanto no requerían la previa consulta dispuesta por el Convenio 169 de la OIT. También hay una profusa jurisprudencia, que hace lugar a amparos o medidas de no innovar, presentados por comunidades relacionadas con temas ambientales, como por ejemplo: contra concesiones, autorizaciones de desmontes[283], explotaciones mineras[284], actos de desafectación de reservas naturales[285], etc.

En virtud de los argumentos valorativos expuestos, de la realidad que se patentiza en los fallos jurisprudenciales y los antecedentes normativos señalados, resulta evidente que la regulación de este derecho reclamada en numerosos Congresos y Jornadas[286], es plenamente

---

[281] CSJ Salta, caso "Asociación de Comunidades aborígenes Lhaka Honhat c/ Provincia de Salta", sentencia del 15/11/2000, LL Noroeste 2001-2002, p. 400. Por el contrario en otro caso esta Corte provincial en caso: "Ingenio y Refinería San Martín del Tabacal S.A. y ots. c/ Provincia de Salta s/ Recurso de inconstitucionalidad" Expte. CSJ 25369/03, se confirmó la sentencia de la Cámara que dejó sin efecto la sentencia de primera instancia sobre la revocación de la donación del actor.

[282] T.S. de la Provincia de Neuquén, en caso "Comunidad Mapuche Catalán c/ Pcia. de Neuquén", sentencia del 02/06/2.004, pub. en LL Patagonia 2.011/febrero/60, cita online: AR/Jur/66067/2.010. En dicho fallo se dijo que la CSJN ha sentado que los derechos fundamentales de cualquier cláusula de la Constitución Nacional, derechos individuales o atribuciones del Estado tienen igual jerarquía y deben compatibilizarse.

[283] Juzgado de 1a Instancia en lo Civil y Comercial Nro. 1 de Salta, caso Comunidad Indígena Ava Guaraní Estación Tabacal c. Ingenio y Refinería San Martín del Tabacal, sentencia del 06/07/2007, pub. en LLNOA 2007 (octubre), 947, AR/JUR/4254/2007. En dicho fallo se dijo que: resulta procedente la medida de no innovar solicitada por una comunidad indígena a fin de que la refinería tabacal demandada se abstenga de realizar cualquier acto que implique depredación, extracción de árboles o profanación de tumbas sobre el predio que les pertenece, pues, las constancias aportadas permiten que la titularidad alegada aparezca verosímil, y en tanto el peligro en la demora surge evidente dada la rapidez con que se materializan los desmontes y lo irreparable de los daños que pueden causar. Ver también fallo de la CSJN, en el caso: "Salas, Dino y otros c. Provincia de Salta y Estado Nacional", sentencia del 29/12/2008, Sup. Adm., 2009 (febrero) , 49, pub. en LA LEY 2009-A , 420; DJ 18/03/2009 , 660; LA LEY 2009-C , 256 con nota de Diego A. Dolabjian; Gustavo A. Szarangowicz; LA LEY 2009-C , 472 con nota de María Eugenia Di Paola; José Esain; LLP 2009 (junio) , 567 con nota de Diego A. Dolabjian; Gustavo A. Szarangowicz; LA LEY 06/11/2009, 5 con nota de Andrea Mendivil; ED-235-1176, AR/JUR/17616/2008.

[284] TS de J de la Prov. de Neuquén, en el caso: "Comunidad Mapuche Mellao Morales c. Corporación Minera del Neuquén S.E", sentencia del 28/09/2009; LA LEY 2011-A, 342 Con nota de Eduardo R. Hualpa - AR/JUR/75739/2009.

[285] CSJN, en "Comunidad Indígena Eben Ezer c. Provincia de Salta", LA LEY 2.009-A-385. Y ver LA LEY 20/10/2008, 11; ED – 22- Sup. Adm. 2008 (octubre), 35; DJ 12/11/2008, 1993; DJ 2008-II-1993; LA LEY 2008-F – 328; Sup. Adm. 2009 (febrero), 13 con nota de Inés A. D' Argenio.

[286] XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en el año 2.009 en Córdoba.

justificada y necesaria. Por esto, se coincide totalmente con lo expuesto por la Comisión redactora, que en los fundamentos del proyecto de Código Civil y Comercial Unificado manifiesta que si bien la norma constitucional es operativa[287], se hace necesario otorgar cauces adecuados para su implementación.

Al respecto, cabe remarcar que a pesar de que el art. 75 inc. 17 enumera el reconocimiento como una mera atribución del Congreso y de las provincias[288], la doctrina y jurisprudencia han entendido que impone deberes y que es una cláusula operativa[289]. Y por lo tanto, la falta de una reglamentación específica que establezca la compatibilización con los otros derechos y los intereses generales y la regulación del mismo teniendo en cuenta sus particularidades, crea una situación imprecisa que resulta conflictiva e insegura, tanto para las comunidades, como para el resto de la población.

Por otro lado, no debe olvidarse que las comunidades indígenas ocupan grandes extensiones de tierra de nuestro país especialmente en zonas de frontera, o alrededor de importantes recursos naturales como los lagos de la Patagonia; que la regulación de estos derechos debe hacerse sin perder en cuenta la función social que debe tener toda propiedad y el respeto de los otros derechos y garantías constitucionales. También debe tenerse en cuenta, que todas las normas constitucionales tienen interpretarse teniendo en cuenta los postulados del preámbulo, en especial el bienestar general, y que los tratados y declaraciones que enuncia el art. 75 inc. 22, y que tienen jerarquía constitucional, no pueden derogar artículo alguno de la primera parte de la Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ellos reconocidos, entre ellos el de propiedad (art. 18). Más así se considera que, las declaraciones de los derechos humanos de los pueblos indígenas del 2007 y la jurisprudencia de la CIDH[290] que deben tomarse como parámetros interpretativos y compromisos morales asumidos por el Estado Argentino, nunca pueden interpretarse en contra del orden público, el bienestar general y los derechos y garantías constitucionales ya que ese límite está establecido en el art. 75 inc.22 de la CN aun para los tratados.

---

[287] Y se valoraron como antecedentes el reconocimiento de la propia Constitución Nacional, los tratados internacionales, en especial los Convenios de la OIT nº 107 y 169, la jurisprudencia nacional y provincial, como la de la CIDH, las Constituciones americanas, la legislación extranjera y la doctrina vernácula. (Fundamentos del proyecto).

[288] Ello tiene su justificación en que pueden existir distintas particularidades en cada provincia o región, que los gobiernos provinciales están más cerca y conocen las comunidades, y que históricamente fueron las provincias las que fueron adjudicando terrenos a las comunidades indígenas.

[289] GOUVERT, J. F. (2007), Panorama sobre el derecho indígena: hacia una vigencia sociológica. Publicado en: TR *LALEY* AR/DOC/4126/2007.

[290] Ni resultan formalmente obligatorios para el Estado máxime si no tienen previsto un procedimiento para lograr su cumplimiento, ni un órgano de aplicación coactivo.

El art. 18 del Proyecto del Código Civil y Comercial, en el capítulo 4 titulado de los derechos y bienes trataba como un caso especial el de los "Derechos de las comunidades indígenas", el art. 1887 introducía a la propiedad indígena en la enumeración de los derechos reales, por lo que resultaba evidente que los territorios indígenas para dicho proyecto eran objeto de derechos reales. La propiedad indígena era calificada expresamente como un derecho real sobre cosa total o parcialmente propia (art. 1888). Se deducía del resto de los artículos incluidos en las disposiciones generales, que se trataba de un derecho principal (art. 1889); registrable (arts. 1890 y 2031) y de los que se ejercitaban por la posesión (art. 1891).

4.2. Problemática de la incorporación al Código Civil y Comercial Unificado. Naturaleza:

A pesar de que se coincide con la necesidad de su reglamentación por las razones apuntadas, es discutible que corresponda introducir dicho derecho en un Código Privado, a la luz de la teoría tradicional del objeto de los derechos reales y la clásica consideración de los derechos reales junto a los personales, como clases de derechos patrimoniales.

Este tema fue objeto de debate en las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, en las que por despacho mayoritario se dispuso que 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. Y que por lo tanto, era necesario que se reglamentara en una ley especial[291] atendiendo a su particular naturaleza y características, que asegurara su armónica inserción y sistematización dentro del ordenamiento jurídico; no obstante considerar la mayoría que la norma constitucional era operativa. En dicho evento, sólo una minoría sostuvo que se trataba de un derecho real de dominio en favor de la comunidad indígena, acotado sólo en cuanto a su inenajenabilidad e inembargabilidad, es decir que el territorio o inmuebles de las comunidades era objeto del derecho de dominio por éstas.

En las XXX Jornadas Notariales Argentinas que tuvo lugar en Mendoza los días 22 y 23 del 2012, se volvió a sostener su naturaleza real, autónoma y de fuente constitucional. Por lo tanto, la mayoría no discutió que se trataba de un derecho real, porque están presente todos los caracteres de esta clase de derechos: existen dos elementos, hay una relación directa y más que

[291] El despacho de la comisión n° 4 de las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil sobre objeto de los derechos reales sobre el tema dijo que la protección consagrada para la propiedad indígena por la Constitución nacional hace innecesaria e inconveniente su inclusión en el Código Civil, ya que ello implicaría una desjerarquización no querida por el poder constituyente. Dicho despacho se resolvió ante la discusión que se suscitó en virtud una ponencia presentada en el mismo en la que se manifestaba que la falta de inclusión en la enumeración de los derechos reales que realizaba el art. 1820 del Proyecto de Unificación del Código Civil y Comercial de 1999 de la propiedad indígena (que para la ponente es un derecho real) resultaba discriminatorio.

inmediata con el objeto, con los efectos del ius preferendi y ius persecuendi, resultando oponible erga omnes, etc. Y así se puede entender lo ha considerado la jurisprudencia, al encuadrar indirectamente a la propiedad indígena en esta categoría de derechos y aplicarle subsidiariamente las normas del derecho de dominio, lo que fue expresamente tomado en cuenta por la Comisión, según lo expresado en los fundamentos del proyecto.

La Comisión redactora del último proyecto de unificación, aceptó la necesidad del cambio de paradigma al manifestar que: "en materia de bienes; la mayoría de los códigos decimonónicos han quedado desactualizados. En efecto, aparecieron bienes… y aparecen las comunidades, como ocurre con los pueblos originarios… Todo ello requiere una concepción más amplia, que ha sido receptada en el Anteproyecto. Es necesario proveer principios en relación a estos temas que, por su amplitud, no pueden estar metodológicamente ubicados, exclusivamente, en materia de derechos reales".

El cambio de paradigma sobre el objeto de los derechos reales, que en muchos casos es más un sinceramiento, se visualiza en la aceptación de que los bienes que no son cosas en los casos expresamente admitidos pueden ser objeto de estos derechos; sino también en la aparente innecesaridad de que las cosas estén en el comercio, como ya se explicó.

Debe tenerse en cuenta, que aun estando vigente el art. 2400 del CC, la doctrina había terminado aceptando que lo único que no podía ser objeto de los derechos reales son las cosas del dominio público del Estado[292].

Otra exigencia señalada por la doctrina clásica, para que una cosa material pudiera ser objeto de los derechos reales, y que aún hoy lo exige el art. 16 del CCC, es el valor económico. Sin embargo, ya interpretando el código de Vélez, se había resaltado, como ya se explicó, que el art. 2311 no hablaba de valor económico sino sólo de valor, a pesar que en su fuente surgía este calificativo. Y que aún el valor económico, no sólo comprende el valor de cambio, sino también el valor de renta y uso, es decir que su uso evite un sacrificio económico[293], como se precisó. Y debe tenerse en cuenta, que para una posición laxa, la palabra valor debe entenderse

[292] KIPER, C. (2007), en comentario al artículo 2.400, en *Código Civil y leyes complementarias*. Comentado, anotado y concordado, dirigido por Zannoni, Tomo 10, Bs. As.: Ed. Astrea, p. 318.; (1997). *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, dirigido por A. J. Bueres, T.5, Bs. As.: Ed. Hammurabi, comentario al artículo 2.400 por MARIANI DE VIDAL, M, p. 160. Y aún hay autores que han afirmado que aún una cosa del dominio público puede ser objeto de los derechos reales, en cuanto las leyes del derecho público y administrativo concedan sobre ella dicho derecho. Además, se agrega que una cosa no esté en el comercio no incide en su carácter, sino en la disponibilidad de ella. BONO, G. A. (20 al 22 de septiembre de 2001). *El objeto de los derechos reales: su determinación*. [Ponencia]. XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Libro de Ponencias, Buenos Aires: Hammurabi, José Luis Depalma Editor, p. 2.

[293] DIEZ PICAZO, L., GULLÓN, A. (2016), *Sistema de derecho civil, I*, n° 27, Ed. Tecnos, p. 388. SPOTA I, (1953). *Tratado de Derecho Civil.* Vol.3, Bs. As.: Ed. Depalma, n° 1.555.

como valor económico y social. Es decir que la cosa sea capaz de prestar utilidad para el hombre. Aunque ya no tenga vida útil económicamente hablando puede tener un valor histórico, emotivo o de otra especie. Además, el propio Código vigente admite que la servidumbre pueda recaer sobre cosas de mero placer o recreo (conforme art. 2162 del CCC). Aunque el Código Civil y Comercial actual como el proyecto expresaba en el artículo 16 del capítulo 4 titulado de los derechos y bienes, que los bienes son susceptibles de valor económico y que las cosas son una clase de bienes, y que las cosas y bienes en los casos señalados son objeto de los derechos reales (art. 1883 del CCC). Ello podía parecer como contradictorio con la inclusión en el proyecto de la propiedad indígena como derecho real.

La única manera de salvar esta aparente contradicción era entender que el principio es que la cosa tiene que tener valor económico para ser objeto de los derechos reales, con excepción del caso de la propiedad indígena, o tomar al término valor económico en una acepción amplia. Esta parece haber sido la intención de la comisión al tratar en el capítulo 4 titulado de los derechos y bienes, primero en el artículo 16 los bienes y cosas, aclarando que los primeros son los susceptibles de valor económico. Y luego en el art. 17 y 18 casos excepcionales como los derechos sobre el cuerpo que a pesar de no tener valor económico pueden disponerse en algunos casos y en el artículo 18 los derechos de las comunidades indígenas sobre sus tierras que son inenajenables.

Por otro lado, siendo necesaria su regulación, parece valioso que por lo menos en este ordenamiento común como el civil y comercial, se establezcan ciertos principios que permitan armonizar y ensamblar los derechos que tienen o pueden tener los distintos sujetos sobre la tierra. Y cuyo derecho real especial, comparte como los derechos reales administrativos, que se rigen prioritariamente por su normativa especial ciertos principios, y se le aplican subsidiariamente ciertas normas del Código Civil y Comercial, cuando son compatibles con su naturaleza y no contrarían la normativa especial. Se entiende por ejemplo, que la propiedad indígena, no obstante sus particularidades debe estar sujeta a ciertos límites (al igual que el derecho de dominio), para compatibilizar dicho derecho con el derecho de los demás vecinos (límites en interés privado) o con el interés general (límites en interés público, como por ejemplo: las establecidas por normas de ordenamiento territorial, zonas de seguridad, camino de sirga, etc.). Ello, a pesar de su reconocimiento constitucional, de aceptar su diferente cosmovisión y de que existan otros temas relacionados con la problemática indígena que excedan la materia del Código Civil y Comercial, y que deban ser tratados fuera de él.

Como se recuerda, la falta de introducción en la enumeración de los derechos reales en el Código Civil fue denunciada como un acto de discriminación de los autores del proyecto de

1998 en las Jornadas de Derecho Civil del año 2001. Porque se entendió que correspondía su mención porque: "si por un régimen especial se les ha reconocido un derecho real sobre la tierra que tradicionalmente ocupan, éste debe ser, al menos, mencionado en la enumeración que de los derechos reales hace el Código Civil, que es el que se aplica a todos los habitantes del país sin distinción alguna", ya que "quienes integran las comunidades aborígenes son personas que pertenecen a la comunidad en general"[294] Y esta fue la postura adoptada también en las XXX Jornadas Notariales Argentinas[295] del 2012.

Sin embargo, luego de las audiencias públicas, escritos doctrinarios, gran repercusión y discusiones que se suscitaron sobre el agregado de este derecho y su regulación, la comisión bicameral decidió suprimir el capítulo relativo a la propiedad indígena y la mención como derecho real en el art. 1887 del CCC, quedando sólo el art. 18 del CCC redactado en estos términos: "Las comunidades indígenas reconocidas tienen derecho a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan y de aquellas otras aptas y suficientes para el desarrollo humano según lo establezca la ley, de conformidad con lo dispuesto por el art. 75 inciso 17 de la Constitución Nacional". Este artículo no agrega nada a lo previsto por el art. 75 inc. 17, pero sí establece de alguna manera que sus particularidades se regularán por una ley especial, al disponer según lo establezca "la ley".

En lo que a este trabajo respecta, por la mención especial y aparte del derecho de las comunidades sobre sus tierras en el art. 18, éstas parecen no ser simples cosas inmuebles, susceptibles de ser objeto de los derechos reales regulados en el Código, sino que dicho derecho será objeto de una regulación específica, aunque como se dijo, subsidiariamente se le puedan llegar a aplicar las normas de los derechos reales; tal vez como sucede en España, con la propiedad intelectual. Todo ello, hace pensar en la posible existencia de una categoría genérica de derechos reales que abarque los derechos reales privados que se rigen por el Código Civil y Comercial, los administrativos, y los especiales (o constitucionales) como la propiedad indígena, regulados por normas específicas.

---

[294] GONZALEZ DE PRADA, M. V. (20 al 22 de septiembre 2001). *El derecho de propiedad de las comunidades indígenas. Art. 75 inc. 17, Const. Nacional y ley 24.071*. [Ponencia] XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil 20 al 22 de septiembre del 2.001. Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales. Ponencias. Bs. As: Ed. Hammurabi, p. 179.

[295] En las XXX Jornadas Notariales Argentinas realizadas el 22 y 23 de agosto del 2012 en la Provincia de Mendoza. se concluyó que: "sin perjuicio de la operatividad del dispositivo constitucional (CN75, inc. 17), la naturaleza y características especiales que presenta la propiedad indígena, amerita una formulación sistémica dentro del ordenamiento jurídico común del Código Civil.

5. El tiempo en el tiempo compartido:

La real academia española define al tiempo como: "m. duración de las cosas sujetas a mudanza o magnitud física que permite ordenar la secuencia de sucesos estableciendo un pasado, presente y futuro y cuya unidad internacional es el segundo…".

Para poder analizar si el tiempo puede considerarse objeto de un derecho real, es necesario en primer lugar aclarar que no se hace referencia a tiempo como una categoría abstracta del pensamiento, sino a un período determinado; y en segundo lugar hacer un somero análisis del tiempo compartido. Derecho en el que se discute si el tiempo conforma su objeto.

El artículo 2087 del CCC explica que hay sistema de "tiempo compartido si uno o más bienes están afectados a su uso periódico y por turnos, para alojamiento, hospedaje, comercio, turismo, industria u otros fines y para brindar las prestaciones compatibles con su destino". Dicha norma concuerda con los arts. 1887 inc. e, 1888 a 1891, 1987, 2088 y 2089 del CCC, y con el art. 2 de la ley 26.356; y se relaciona con la siguiente normativa derogada: arts. 2715, 2948, 2949, 2952 ss y concs. del CC de Vélez, el art. 8 ley 26.356, y art. 1 de la ley 19.724.

El codificador no define el derecho real del usuario del tiempo compartido en su esencia, ni describe las facultades o poderes que el mismo otorga a su titular; sino que conceptualiza el sistema, fenómeno o situación jurídica base que debe existir, para que se pueda otorgar a los usuarios el derecho real de tiempo compartido. El legislador lo llama Sistema[296] de Tiempo Compartido al referirse a la inscripción de la afectación en el art. 2092. Esta especial situación[297], sistema o régimen, debe haber sido prevista y creada por el titular originario de los bienes y /o el emprendedor (con aceptación del propietario), para que al usuario se le pueda transmitir el derecho real de tiempo compartido dentro del mismo.

---

[296] La palabra sistema se define en el diccionario como el conjunto de reglas o principios sobre una materia enlazados entre si y, si hablamos de "sistema de tiempo compartido", nos estaremos refiriendo al conjunto de relaciones jurídicas que derivan de los vínculos negociales que enlazan a los diferentes personajes de la figura: "desarrollista", propietario, vendedor, revendedor, usuarios, comercializadores, administradores y prestadores de servicios turísticos, incluyendo los que se dedican al intercambio vacacional. MARIANI DE VIDAL, M. y ABELLA, A., (2014); Reglamentación legal de los sistemas turísticos de tiempo compartido, *LA LEY* 16/07/2014, 1 • *LA LEY* 2014-D, 870.

[297] Molina Quiroga la define al tiempo compartido sobre inmueble con destino turístico como una situación donde el titular del derecho, mediante el pago de un precio en dinero puede usar y eventualmente gozar, en forma periódica, exclusiva y alternada durante un cierto período de tiempo, ubicado en el año calendario o a ubicar ("flotante"), de un ámbito espacial determinado o determinable (departamento, casa, cabaña, etc.), sin alterar la sustancia (en el doble aspecto: material y de destino) y al mismo tiempo aprovechar de los servicios e instalaciones que se ofrecen como accesorios integrantes del sistema, para su más placentero disfrute (canchas para práctica de deportes, piscina, sauna, biblioteca, salones de lectura de conferencias, boites, microcine, boutiques, etc., tareas de mantenimiento, reparaciones, construcción de obras nuevas, amoblamiento y provisión de elementos necesarios para la vida cotidiana, pago de impuestos y contribuciones, etc.) pudiendo existir para el titular la posibilidad de intercambiar el período que le corresponde en un complejo por otro similar en otro complejo, ubicado en el país o en el extranjero"- ver MOLINA QUIROGA, E. (2013). Los nuevos derechos reales. *Revista del Derecho Privado y Comunitario*, 2012-3 Proyecto de Código Civil y Comercial – II, Santa Fe: Rubinzal Culzoni, pp. 528-529.

El artículo precisa los cuatro requisitos para que los bienes se consideren afectados al sistema de tiempo compartido a saber:

-Objeto: bienes muebles o inmuebles (art. 1888).

-División temporal de uso: afectado al uso periódico o por turno entre varios titulares. Esto por lo tanto, implica la necesidad de previa afectación por el propietario originario y posterior titularidad plural, es decir más de un usuario para el conjunto de bienes afectados (art. 1889).

-Destino: para alojamiento, hospedaje, comercio, turismo, industria u otros fines; como por ejemplo: cocheras, consulto u oficinas, profesionales, locales comerciales, etc.

-Prestaciones: que caracterizan a este fenómeno jurídico. Ello porque el propietario originario o emprendedor afecta estos bienes, para brindar las prestaciones relacionadas con el hospedaje, turismo, comercio o cualquier otro fin o destino previsto.

5.1. Caracterización. Derecho real de tiempo compartido.

Del Código vigente se puede deducir la siguiente caracterización:

El art. 1881 enumera entre los derechos reales al tiempo compartido en el inciso e), como un nuevo derecho real autónomo. Según los artículos 1888 y siguientes este derecho se caracteriza como un derecho real principal (no accesorio) art. 1889, sobre cosa total o parcialmente propia (1888)[298], que se ejerce por la posesión (art. 1891), que recae sobre cosas a veces registrables (porque puede tener por objeto cosas muebles no registrables – art. 1890), y hasta cierta doctrina ha dicho que puede recaer sobre bienes (como marcas, etc.).

Cabe recordar, que los nuevos derechos reales enumerados y regulados en el Código Civil y Comercial vigente, tienen la característica de ser formas coparticipativas de propiedad. Fueron nombradas así en las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil del 2009, porque entrañan una comunidad de intereses entre los copartícipes titulares de derechos de propiedad. Cabe advertir, que a diferencia del Código de Vélez se multiplican estas comunidades, ante la necesidad de extraer mayor beneficio de los bienes con economía de gastos, miradas con disfavor por Vélez entre otros motivos, porque podría constituirse en productoras de conflictos (ver nota del art. 2617 del Código anterior). Por ello, el antiguo codificador permitió sólo la recepción del condominio, pero con vocación a la disolución, en virtud del derecho de cada condómino de pedir la división en cualquier momento (salvo pacto de indivisión que no podía

[298] Reafirmado por HIGTHON, E. I. (2012). Reforma al Código Civil y Comercial: Principios y disposiciones generales en materia de derechos reales. *Revista de Derecho Privado y Comunitario*- 2012-2-599.

superar cinco años, o supuestos de indivisión forzosa). Sin embargo la realidad, la explosión demográfica, y el asinamiento en los centros urbanos, hizo necesaria la regulación de la ley de propiedad horizontal que derogó para dichos supuestos la prohibición clara contenida en el art. 2617 del Código derogado, que ya era admitida en el derecho comparado y ahora hizo necesaria la regulación de los conjuntos inmobiliarios, cementerios privados, tiempo compartido, etc. Máxime cuando no existe ningún valor, principio general del derecho o de la naturaleza o motivo de orden público o moral que se oponga. La recepción legislativa de estas nuevas formas co-participativas de la propiedad fue reclamada por la doctrina[299] y jurisprudencia, desde hace innumerables años. Y existen muchos proyectos que se refieren a éstas.

El Código, en su artículo 1882 les asigna a los derechos reales las siguientes características: a) ser un poder jurídico; b) de estructura impuesta por la ley- art. 1884; c) recaer sobre un objeto, cosa o bienes que no son cosas en caso excepcionales taxativamente señalados por la ley; c) existir una relación directa e inmediata con la cosa; e) y atribuir las facultades de persecución y preferencia definidas en el art. 1886 del CCC. Por ello, todos los derechos reales, salvo las nuevas formas co-participativas de propiedad denominadas genéricamente en este Código conjuntos inmobiliarios, son definidas en atención a dichas características generales, precisando el sujeto, objeto, facultades o caracteres que lo diferencian del resto de los derechos reales.

La falta de definición del derecho real de tiempo compartido como se anticipó, al igual que la denominación que le da el Código, fue objeto inmediato de críticas[300].

Sin embargo, de dicho artículo y de las disposiciones generales se puede deducir el concepto del derecho del usuario de tiempo compartido[301]; como un derecho real autónomo,

---

[299] XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, despacho de la comisión n° 4. Manifestaciones actuales relativas al derecho de dominio, II. b) 5 y III, Mar del Plata, 1983. Y XXII Jornadas Naciones de Derecho Civil, de Córdoba del 2.009, despacho de la comisión n° 4, formas coparticipativas de propiedad.

[300] TRANCHINI, M. H. (2012). Consideraciones sobre los conjuntos inmobiliarios, tiempo compartido y cementerios privados en el Proyecto de Código Civil y Comercial 2012 ¿Nuevos derechos reales para pocos? *JA*., Número especial 2012-IV-78.

[301] Describiendo este fenómeno se ha dicho que "en el tiempo compartido nos enfrentamos a la hipótesis, en la que el titular del derecho, mediante el pago de un precio en dinero, puede usar y gozar, en forma periódica, exclusiva y alternada, durante un cierto período de tiempo, ubicado en el año calendario o a ubicar (flotante), de un ámbito espacial determinado o determinable (departamento, casa, cabaña) o de una cosa mueble u otro bien, sin alterar su sustancia (en el doble aspecto: material y destino) y al mismo tiempo aprovechar de los servicios e instalaciones que se ofrece como accesorios integrantes del sistema para su más placentero disfrute (5); pudiendo existir para el titular la posibilidad de intercambiar el período que le corresponde respecto del bien afectado por otro similar respecto de otro bien afectado, ubicado en el país o en el extranjero. Esto último es usual cuando se trata de destinos turísticos (6) - MARIANI DE VIDAL, M.; ABELLA, A. N. (2013). El tiempo compartido en el Proyecto de Código, *LA LEY* 29/04/2013, 1 • *LA LEY* 2013-C-679. Específicamente para el tiempo compartido con fines turísticos ver conceptualización en el artículo de los mismos autores titulado; (2014) Reglamentación legal de los sistemas turísticos de tiempo compartido, *LA LEY* 16/07/2014, 1 • *LA LEY* 2014-D-870.

sobre un inmueble, o espacio determinado de un inmueble (cabaña, departamento, habitación, etc.) o cosa mueble parcialmente propia[302] y para algunos sobre bienes, previamente afectado por el propietario al uso periódico o por turno, para un destino específico, perpetuo o temporario, que otorga a su titular el derecho de usar y gozar en forma exclusiva y alternada durante un cierto período de tiempo, ubicado en el año calendario o a ubicar (flotante), sin alterar su sustancia, ni destino; y al mismo tiempo lo faculta para aprovechar de los servicios e instalaciones que se ofrece como accesorios integrantes del sistema para su más placentero disfrute, mediante el pago de un precio en dinero.

A ello se le agrega, por ejemplo: en el caso de tiempo compartido con fines turísticos, la posibilidad para el titular de intercambiar el período que le corresponde respecto del bien afectado por otro similar sobre otro bien afectado, ubicado en el país o en el extranjero. Al respecto debe advertirse, que dicha posibilidad no se encuentra mencionada en este Código Civil y Comercial, pero si se prevé como agente del sistema a la Red de Intercambio en el art. 3 y en otros artículos como el 6 y 26 de la ley 26.356 (normas que no han sido derogadas por la ley 26.994). El derecho que conlleva para su titular de ser acreedor de prestaciones relacionadas con el destino previsto al afectar los bienes, es una característica particular que comparte con los cementerios privados, y parece excepcionar el principio consistente en que no hay obligación que provenga de un derecho real. Pero en realidad el usuario no es el que se obliga al adquirir su derecho a realizar prestaciones, salvo el pago de las expensas al igual que en la propiedad horizontal que permite el mantenimiento del sistema y por lo tanto de su propio derecho; sino que es el propio emprendedor, propietario originario y/o administrador, quien lo hace. Cabe por lo tanto, no dejar de señalar, la sustancial importancia que en el sistema de tiempo compartido reviste la posibilidad del titular de acceder a determinados servicios que se

[302] Ver artículo 1888. Sin embargo, Tranchini considera que del art. 2093, 2097 y 2100 se puede deducir que si la relación de consumo se da entre el propietario y quien adquiere o utiliza el derecho el derecho de uso periódico, los derechos transmitidos a los usuarios son de índole personal o bien se puede transmitir un derecho real sobre cosa ajena. Adviértase que el art. 2093 se refiere a los derechos de los usuarios que no pueden ser alterados o disminuidos por los terceros acreedores del propietario. TRANCHINI, M. H. (2012). Consideraciones sobre los conjuntos inmobiliarios, tiempo compartido y cementerios privados en el Proyecto de Código Civil y Comercial 2012 ¿Nuevos derechos reales para pocos? *JA*., Número especial 2012-IV-78. Sin embargo, conforme con lo preceptuado por el art. 1888, HIGTHON, E., I (2012). Reforma al Código Civil y Comercial: Principios y disposiciones generales en materia de derechos reales. *Revista de Derecho Privado y Comunitario*- 2012-2-599, expresa que se trata de un derecho real sobre cosa total o parcialmente propia. En sentido parecido se pronuncia Mariani de Vidal y Abella, quienes se preguntan: "¿quién sería titular del derecho de TC cuando el propietario del bien afecta y concede ese derecho a terceros? Indudablemente lo será el "usuario", pues el propietario afecta para conceder derechos de TC a los usuarios; pero entonces dicho propietario no será titular del derecho de TC y los usuarios no serán propietarios del bien afectado, recayendo su derecho de TC sobre una cosa ajena". MARIANI DE VIDAL, M., ABELLA, A. N. (2013). El tiempo compartido en el Proyecto de Código. *LA LEY* 29/04/2013, 1. *LA LEY* 2013-C-679, p. 10

ofrecen como accesorios inseparables del uso y goce de la cosa[303] (tareas de mantenimiento, construcción de obras nuevas, amoblamiento, provisión de lo necesario para la vida, pago de impuestos y contribuciones, etc.).

Respecto de la denominación utilizada por el nuevo codificador, se ha dicho que el término de Tiempo Compartido no es adecuado, porque justamente lo que no se comparte es el tiempo que a cada uno le toca, pero si se comparte el uso de la cosa o bien dividiéndose el mismo por turnos de tiempo, por eso se sugiere la utilización de la denominación, derecho real de uso por turnos.

La mención que el Código hace del titular de este derecho como usuario en el artículo 2095 del CCC, no tiene que entenderse en el sentido de que dicho titular tiene un derecho real sobre cosa ajena, porque ello contrariaría específicamente lo dispuesto por el art. 1888 CCC, que lo caracteriza como un derecho real sobre cosa total o parcialmente propia. Más bien, debe considerarse que ello obedece a que la relación que se entabla entre el titular del derecho y los otros sujetos del sistema (emprendedor, propietario, administrador, etc.); es una relación de consumo, en la que se nombra al protegido como consumidor o usuario (art. 1 de la ley 24240 con sus modif., art. 1093 de este Código). Y con mayor fundamento se utiliza este último término en el tiempo compartido, porque la relación no termina con la transmisión del derecho real, sino que continúa con la prestación de servicios durante el tiempo que dure el sistema, al que adquiere y usa del mismo.

A este derecho real se le aplican como se verá al analizar el art. 2101 del CCC, no sólo las normas establecidas en las disposiciones generales de los derechos reales, relativas a la adquisición, modificación, transferibilidad, extinción, oponibilidad, etc., salvo que una ley especial disponga lo contrario; sino particularmente el régimen del condominio de indivisión forzosa sobre la unidad exclusiva. Ello, en virtud del art. 1984 del CCC establece la aplicación "en subsidio de toda disposición legal o convencional, a todo supuesto de comunión de derechos reales.... Además debe tenerse en cuenta que, justamente el art. 1987 del CCC prevé la posibilidad de que los condóminos convengan el uso y goce alternado de la cosa común, lo que se asemeja a la figura, a pesar de sus diferencias.

Debe advertirse, que una de las grandes diferencias con el condominio común, es que éste no admite un convenio de indivisión mayor a los 10 años (art. 2.000 del CCC), y que aún en

[303] HIGTHON E.; ALVAREZ J., J. y LAMBOIS, S. (1987). La multipropiedad en el Proyecto de unificación legislativa, civil y comercial y en las IX Jornadas de Derecho Civil. *LA LEY*-28-12-87, DI FILIPPO, M. I. (1989). Nuevos intentos de sistematización jurídica para el tiempo compartido. *LA LEY*-4-5-89. MOLINA QUIROGA, E. (2013). Los nuevos derechos reales. *Revista del Derecho Privado y Comunitario*, 2012-3 Proyecto de Código Civil y Comercial – II, Santa Fe: Rubinzal Culzoni, p. 529.

caso de partición nociva actualmente, la misma no puede superar los cinco años renovables por una sola vez (art. 2001 del CCC)[304]. A ello se le agrega que, en el caso de condominio no se exige una previa afectación al sistema que tienda a la protección del consumidor, ni relación de consumo, (porque los titulares de derechos reales sobre la cosa, condóminos en igualdad de condiciones, pactan entre sí esta forma de utilización de la cosa), no existe un reglamento oponible, administrador, etc. y no es consustancial al mismo la prestación de servicios por el emprendedor-administrador, entre otras diferencias.

También podría llegar a aplicarse, salvando las distancias[305] ciertas normas de la propiedad horizontal cuando el tiempo compartido recaiga sobre inmuebles, mientras que sean compatibles con la naturaleza y las normas específicas de este derecho autónomo, o hasta podría pensarse más bien en un derecho de propiedad horizontal entroncado con uno de tiempo compartido sobre las unidades. No obstante, si se considera que ello no es así, podría servir como pautas interpretativas algunos preceptos (efectos del reglamento y su inscripción, facultades y obligaciones del administrador) que resulten compatibles con las normas dispuestas específicamente para este nuevo derecho real.

Esta falta de precisión del derecho del llamado usuario provoca interpretaciones contradictorias, tanto de la doctrinaria como de los organismos administrativos y registrales, lo que acarreará inseguridad jurídica. Es posible considerar que la falta de definición de este derecho, se deba a que se trata de un derecho real abierto, que excepciona de algún modo el principio del numerus clausus[306] establecido en el art. 1884 del CCC., porque la regulación no fija su estructura; o que es necesaria su reglamentación o regulación. Pero ello, no tendría que implicar una delegación legislativa en materia de derecho de fondo, a favor de organismos públicos[307].

---

[304] Se podría haber previsto, como lo hicieron los proyectos anteriores que en caso de tiempo compartido la indivisión subsiste mientras dure el sistema.

[305] No se regula, la existencia de una asamblea de copropietarios, ni la subdivisión del inmueble en partes de propiedad exclusiva y de propiedad común, aunque cuando recaiga el tiempo compartido sobre inmuebles existirá la unidad exclusiva de los condóminos de la misma y el resto del complejo que podrán usar todos los titulares de tiempo compartido de las otras unidades pero que parece que va a quedar en propiedad del titular originario de todo el establecimiento, o entroncarse con el régimen de propiedad horizontal.

[306] Ello ha sido advertido por la doctrina, que ha dicho: "Una norma abierta como la comentamos no se compadece con el principio del número cerrado que mantiene el proyecto"- TRANCHINI, M. H. (2012). Consideraciones sobre los conjuntos inmobiliarios, tiempo compartido y cementerios privados en el Proyecto de Código Civil y Comercial 2012 ¿Nuevos derechos reales para pocos? *JA*., Número especial 2012-IV,p. 79. Sin embargo, HIGTHON, E. I. (2012). Reforma al Código Civil y Comercial. Principios y disposiciones generales en materia de Derechos Reales*, Revista de Derecho Privado y Comunitario* 2012-2 Proyecto de Código Civil y Comercial I, Santa Fe: Ed. Rubinal Culzoni, p.588, afirma que el art. 1884, sigue el sistema del *numerus clausus* proveniente de Freitas, que es la fuente del art. 2502 del viejo Código.

[307] De lege ferenda, se puede proponer la configuración como derecho real sobre cosa ajena, pero que no se extingue con la muerte del titular, y que sea disponible, o si se lo legisla como un derecho real autónomo sobre cosa propia similar a un derecho especial de condominio con indivisión forzosa mientras dure el sistema, pero en

A esta imprecisión se le suma que el art. 2088 del CCC siguiendo la letra de la ley 26356 de Sistema Turístico de Tiempo Compartido (que no crea un derecho real, sino que sólo regula el sistema y que contiene normas que tienden a proteger al adquirente o consumidor), expresa: "con independencia de la naturaleza de los derechos que se constituyen o transmiten…", como si se pudiera constituir o transmitir cualquier clase de derecho real o personal al adquirente, distinto al derecho de tiempo compartido creado por ley. Aunque también se puede interpretar que el artículo 2088 se está refiriendo a que además de constituirse o transmitirse el derecho real de tiempo compartido enumerado en el art. 1887 del CCC, a éste se le pueden adosar, cualquier derecho personal o real que se constituyan por los contratos conexos.

Desde el punto del objeto de los derechos reales, este artículo puede dar pie a que se piense, que se acepta que el derecho de tiempo compartido es un derecho complejo compuesto por derechos de cualquier naturaleza, que recaen sobre cosas, bienes (tiempo, prestaciones, o marcas, por ejemplo), lo que coincide con lo manifestado por comisión que redactó el proyecto en los fundamentos del mismo sobre este derecho y la complejidad del mismo.

Por otro lado, el art. 2101 del CCC, que dispone que: "al derecho del adquirente de tiempo compartido se le aplican las normas sobre derechos reales", o se entiende como sobreabundante, porque todos derechos reales se rigen por dichas normas generales relativas a la: adquisición, extinción, transmisión, oponibilidad, etc., en virtud de la metodología de este Código; o se interpreta que lo que se puede transmitir al adquirente puede ser cualquier clase de derecho aún personal, máxime teniendo en cuenta lo dispuesto por el art. 2088 comentado, pero al que se le aplicarán no obstante, las normas de los derechos reales. Por lo que la discusión carece de consecuencias prácticas.

Parece que el legislador a pesar de enumerarlo como derecho real, ha querido dejar de lado la discusión sobre su naturaleza (que tiene que ver con su objeto mixto como se verá), y de manera práctica dispone simplemente que se le aplican las normas de los derechos reales, para garantizarle al adquirente o usuario un derecho seguro, oponible erga omnes, con ius preferendi y persecuendi, etc..

A pesar de la practicidad de la solución legislativa que deja de lado lo discutido para solucionar el problema efectivo de falta de protección del adquirente, se *observa como ya se dijo la falta de precisión existente sobre el mismo. Se ha dicho al respecto que la solución del

el que los titulares tienen un derecho limitado sobre las cosas (debido a que no pueden disponer de ellas, administrarlas, ni usarlas fuera del término y en las condiciones establecidas) pero pleno sobre su cuota parte que le da derecho a disponer de su cuota parte y usar de la cosa exclusivamente en el período de tiempo establecido.

Código es pragmática pero desde nada desdeñable, implica una laxitud en materia de nuevos derechos reales, que responde en alguna medida al panorama doctrinario y algunas normas del derecho comparado, como el español[308], que no recepta el principio del número cerrado).

5.2. Naturaleza:

Esta ambigüedad legislativa, lleva a preguntarse, cuál debe ser realmente su naturaleza.

Para unos, es un derecho real sobre cosa propia[309]. Es más para algunos, debería haberse creado un nuevo derecho real sobre cosa propia semejante al derecho de propiedad horizontal, pero no igual, "adecuándola a los requerimientos del sistema, sobre todo en lo relativo a las facultades del administrador y consejo de administración, resultando cláusula obligatoria del reglamento lo atinente a los servicios a prestarse, su calidad y cantidad. Pero se advierte que sólo podría llegar a considerarse similar a la propiedad horizontal cuando recae sobre inmueble, por la pluralidad de sujetos (aunque en este supuesto esto también existe sobre la unidad privativa), la distinción de sectores, la existencia de un reglamento y de expensas comunes. Y si se lo regulara como condominio, este debería ser de indivisión forzosa perpetuamente o mientras dure el sistema[310]. Esta configuración presenta las desventajas de que se debería imponer, en principio a los titulares la necesidad de asistir a asambleas de copropietarios, que muchas veces se encuentran lejos del lugar de residencia de los usuarios, que en estos sistemas no se entregan las llaves de la unidad a cada copropietario. Por otro lado, la realidad del Tiempo Compartido demuestra, que el goce lo permite otro, el derecho real de disfrute necesita la continua intervención de otro, el uso está más limitado, y la disposición material generalmente no se permite, la falta de pago de los gastos de conservación y administración puede justificar la suspensión del disfrute, la cosa que constituye el objeto es intercambiable por otra, etc..

Por eso para otros, debió configurárselo como un derecho real sobre cosa ajena, perpetuo, transferible, divisible y embargable[311]. Los partidarios de esta postura sostienen, que llevar al

---

[308] MOLINA, QUIROGA, E., (2013). Los nuevos derechos reales. *Revista del Derecho Privado y Comunitario*, 2012-3 Proyecto de Código Civil y Comercial – II, Santa Fe: Rubinzal Culzoni., p. 538.

[309] HIGHTON, E., ALVAREZ JULIÁ, L., LAMBOIS, S., WIERZBA, S. M. Y DE HOZ, M., (1993). *Nuevas formas de dominio*, 2ª. Buenos Aires: Ed. Ad-Hoc, p. 364, 439 y ss., entre otros.

[310] Ello se concluyó en las XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 1987, en el Congreso Internacional de Derecho Registral celebrado en Río de Janeiro respecto de la subsistencia de la indivisión (ap. 7° del tema I)", y en la VIII Jornada Notarial Cordobesa (Córdoba, 1988), entre otros encuentros.

[311] KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. y PUERTA DE CHACÓN, A. (agosto de 1987). *El derecho real de disfrute periódico. Pautas para una futura legislación*. [Ponencia]. Comisión N°4 "Derechos Reales. Manifestaciones actuales relativas al derecho de dominio" de las XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, realizadas en la Universidad de Belgrano, Buenos Aires. En la misma sostuvieron que aceptar la denominación de multipropiedad o copropiedad para designar el fenómeno del tiempo compartido implicaba que la propia ley legitimara una publicidad engañosa. El intento de hacer "aparecer" este derecho como una verdadera "copropiedad" es una postura absolutamente forzada; es así que desafiando los dogmas del dualismo tradicional sostuvieron que frente al ejercicio de este derecho se detecta la fuerte presencia del elemento personal, puesto que

régimen de la propiedad a este nuevo fenómeno es legitimar una publicidad engañosa, las prestaciones complementarias son tan importantes como el inmueble mismo; como así también es importantísimo que el sistema creado por el emprendedor tenga éxito; por ejemplo: cuando el mismo es con fines turísticos, las prestaciones son de primer nivel y la sociedad administradora pertenece a un "pool" que permite el intercambio vacacional.

Esta posición, también ha sido criticada, porque si se lo regulara como un derecho real sobre cosa ajena, no se entiende por qué se cobran los gastos directamente al adquirente, o por qué puede disponer del derecho y no se termina el mismo con la vida de la persona como el resto de los derechos reales sobre cosa ajena a favor de una persona, o en el caso de personas de existencia ideal a los 20 años. Además cabe preguntarse, por qué el derecho es cesible, lo que estaba prohibido en el Código derogado para el usufructo, el uso y la habitación. A ello se le agrega, que el nudo propietario no puede asumir obligación personal alguna como contenido de derecho real de disfrute, aunque estas características podrían expresamente haberse previsto para este caso Sin embargo, a pesar de la seriedad de estos argumentos, es y ha sido opinión mayoritaria en la Argentina reconocerlo como un derecho real sobre cosa propia, a la manera

el efectivo goce del alojamiento vacacional por tiempo compartido depende del cúmulo de prestaciones que tiene a su cargo la empresa administradora del complejo hotelero. En aquella oportunidad afirmaron que el calificativo de "propietario" o de "copropietario", no resulta adecuado porque el adquirente para ingresar al inmueble necesita que le entreguen las llaves, no debe cambiar el mobiliario ni la decoración, si no abona los gastos comunes su derecho puede ser suspendido, etc.- A más en esta figura los poderes reales sobre la cosa se encuentran sumamente limitados y la cosa parece ajena. En definitiva, el interés del titular es disfrutar el tiempo convenido una unidad vacacional en ese complejo hotelero (cualquiera sea la unidad si tiene iguales características) y recibir todos los servicios complementarios que le permitan gozar a pleno sus vacaciones. Además, los titulares del disfrute periódico normalmente viven lejos del inmueble y las "asambleas de copropietarios" son una utopía, en definitiva quien resuelve todos los asuntos relativos a la gestión del complejo es la propietaria o administradora del mismos. PUERTA DE CHACÓN, A. (23, 24 y 25 de septiembre de 2009). *Formas coparticipativas de propiedad: tendencias actuales. El sistema del tiempo compartido*. [Ponencia] XXII JN de Derecho Civil, Córdoba, agrega que resulta curioso que el Anteproyecto de Ley de Conjuntos Inmobiliarios del Ministerio de Justicia de 1991 de España, que postulaba como una de las fórmulas a la "multipropiedad" con fuerte apoyo doctrinario, fue descartada por el legislador español siguiendo las normas de mínimo contenidas en la Directiva Comunitaria 94/47 que rechaza categóricamente los términos "vinculados a la "palabra propiedad", para evitar que se confunda a los consumidores (art. 1.4 1r. párrafo) Y advierte la importancia de las normas de protección de los consumidores. No obstante, PUERTA DE CHACÓN, A. (2015). Tiempo Compartido. Un derecho complejo en el Código Civil y Comercial de la Nación. *J.A*, III, p. 14 y ss; comentado la nueva normativa del CCC, vuelve a sostener que este derecho se aproxima más a una desmembración del dominio, pero que el dilema está dada por determinar cómo se estructuran los elementos que lo componen como derecho complejo. Así destaca que la ley no recepta la estructura de la comunidad de bienes entre los usuarios como se da en la multipropiedad y el derecho del usuario recae singularmente sobre la cosa afectada que se integra con un elemento incorporal: el lapso temporal del período de disfrute (semana, mes, etc.). El art. 2093 inc. a) refiere a que el emprendedor comercializa los "períodos de disfrute",que es un bien inmaterial propio con valor económico (s/Fundamentos pto. II Método, 7.3 Bienes)".

de condominio con indivisión forzosa (sub postura más aceptada en las Jornadas Nacionales[312] y proyectos[313]), o crear un derecho real autónomo (sub posición con menos adeptos)[314].

Y dentro de los que consideran que se debía crear un derecho real autónomo, algunos entienden que éste debía parecerse a la propiedad horizontal[315].

Cabe advertir sin embargo, que las alternativas que consideran que no debía crearse un derecho autónomo, y que por lo tanto debió regulárselo como un condominio de indivisión forzosa o un derecho de uso vitalicio, no tienen en cuenta la relación de consumo especial existente entre los sujetos intervinientes, la prestación de servicios.

Se había sostenido al respecto, que los aspectos dinámicos, como los referidos a la prestación de servicios, a la organización, reglamentaciones, etc.; son cuestiones de tipo obligacional que no hacen a la estructura del derecho real, pero no son independientes, porque justamente todos estos sistemas que generan las nuevas propiedades, se configuran a través de contratos complejos conexos y de adhesión, vinculados estrechamente para el funcionamiento del sistema, por lo tanto para esta opinión bastante extendida, las prestaciones no serían objeto del derecho real, y menos el tiempo que no es tenido en cuenta, sino sólo para dividirse el uso

---

[312] La tendencia contraria a la creación de tales derechos como autónomos, es la que prevaleció hasta el dictado de este Código, no sólo en las Jornadas citadas, sino en la doctrina nacional. Ver despachos de la comisión n° 5 (Derechos Reales), de las XXII JN de Derecho Civil (Córdoba, 2009), despacho de las; XI JN de Derecho Civil (Buenos Aires, 1987).

[313] En el Proyecto de unificación de 1987 se agregó al tiempo compartido como un supuesto más de condominio de indivisión forzosa, contemplado en el artículo 2715 del CC. El Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de la Nación, de la Comisión Federal (resol. de la Cámara de Diputados del 5/9/1992 orden del día 503/1992), regulaba las propiedades especiales en el Libro II, "De los derechos reales", en el título XVI, "De las otras propiedades". El art. 3160 del mismo disponía que: "podrá aplicarse el régimen del condominio con indivisión forzosa, sin límite de tiempo",etc. Y con relación al tiempo compartido resultaba más completo que el anterior, porque preveía la necesidad del otorgamiento de un reglamento y su inscripción, etc. Por otro lado el Proyecto de Código Civil para la República Argentina de 1998, elaborado por la Comisión creada por dec. 685/1995, se ocupaba de estas figuras en el Libro V "Derechos reales", título VII "De las propiedades especiales". El art. 2030 titulado: Tiempo Compartido disponía: "La asignación de usos y goces sucesivos o alternados por períodos determinados, sobre un conjunto de cosas, puede sujetarse al régimen de los derechos personales o del condominio con indivisión forzosa sin límite de tiempo. En este caso el condominio con indivisión forzosa, se constituye por el otorgamiento en escritura pública del reglamento de condominio y administración que se inscribe para su oponibilidad. Se advierte que los proyectos anteriores al de 1998 admitían la posibilidad de que estos conjuntos se configuraran como un condominio de indivisión forzosa o como cualquier otro derecho real o personal. El proyecto de 1998 a diferencia de los otros, sólo permitía que se pudiera configurar como un condominio de indivisión forzosa o como derecho personal.

[314] Ver HIGHTON, E., ALVAREZ JULIÁ, L., LAMBOIS, S., WIERZBA, S. M. y DE HOZ, M. (1987). *Nuevas formas de dominio*. Buenos Aires: Ed. Ad-Hoc, p. 439 y ss. y (1993), p. 292 y ss.

[315] MOLINA QUIROGA, E. (2013). Los nuevos derechos reales. *Revista del Derecho Privado y Comunitario*, 2012-3 Proyecto de Código Civil y Comercial – II, Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 534: quien cita en esto a HIGHTON y otros, (1993). *Nuevas formas de dominio*, 2ª. Buenos Aires: Ed. Ad-Hoc, pp. 277-281; los mismos autores, La multipropiedad en el proyecto de unificación legislativa civil y comercial y en las XI JN de Derecho Civil. Molina, critica la solución dada por los proyectos de unificación que se orientaron al condominioy auspicia la configuración como un derecho real autónomo sobre cosa propia exclusivo, con modelo en la PH, resultando cláusula obligatoria del reglamento, lo atinente a los servicios a prestarse, su calidad y cantidad.

de la cosa con los otros copartícipes. Esta opinión quedó plasmada en las XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires 1987), en donde específicamente se aclaró que: los aspectos funcionales de la modalidad negocial extraños a la estructura del derecho real, encuentran su marco adecuado en el régimen de protección del consumidor; vgr: las notas atientes a la contratación con cláusulas predispuestas. En estas mismas Jornadas, se aconsejó: "la sanción de una norma legal que lo incluya entre los supuestos de condominio con indivisión forzosa." Mientras que en las VI Congreso Nacional de Derecho Registral (Posadas, 1986), la mayoría se pronunció por regularlo como un nuevo derecho real sobre cosa propia con: pluralidad de sujetos, unidad de objeto en estado de indivisión forzosa perpetua, derecho medido en una cuota parte indivisa, y uso y goce de carácter periódico, exclusivo y alternado.

Por otro lado, algunos autores resaltan la importancia del tiempo en esta figura, y señalan que el mismo, por ejemplo: la semana que adquiere el usuario, es lo único propio de forma exclusiva y no compartido, y que lo compartido es la cosa (apreciación que ya se mencionó al criticarse el nombre del derecho), mientras que el tiempo es lo único que no se comparte[316].

Especialmente por la metodología, parece que el Código ha optado por la tendencia minoritaria a considerar a este nuevo derecho real como derecho real autónomo[317], y en virtud de lo dispuesto por el art. 1888 del CCC, se entiende como ya se señaló, que se ha seguido la

[316] PUERTA DE CHACÓN, A. (2015). Tiempo Compartido. Un derecho complejo en el Código Civil y Comercial de la Nación. *J.A*, III, p. 4 y ss. Dicha autora considera que: "Esta denominación es observable porque entre los titulares de estos derechos no se comparte el tiempo sino los bienes afectados en distintos turnos, precisamente cada uno de los usuarios tienen la titularidad por un período temporal propio. Pero se reconoce que es el nombre más usual en el tráfico jurídico y mantiene coherencia terminológica con el empleado por la Ley 26.356. HIGHTON, E., ALVAREZ JULIÁ, L., LAMBOIS, S., WIERZBA, S. M. Y DE HOZ, M., (1993). *Nuevas formas de dominio*, 2ª. Buenos Aires: Ed. Ad-Hoc, p. 364, 439 y ss.

[317] Existen otros proyectos específicos, que a diferencia de los referenciados consagran la autonomía de la multipropiedad como derecho real. Así tenemos, el proyecto presentado por el diputado Alberto Natale (Trámite Parlamentario, año 90, expediente 0829 - D - 90, p. 1503); el proyecto del diputado Luis F. Bianciotto (Trámite Parlamentario, año 87, expediente 1268 - D - 89, p. 1509); el proyecto presentado por el diputado Rodolfo M. Parente, que es una reformulación del presentado por los diputados Terrible - Allegrone de Fonte (Trámite Parlamentario, año 90, expediente 456 - D - 90, p. 797) y que la considera como una propiedad comunitaria o colectiva, donde coexisten varios titulares de derechos similares que necesariamente deberán compartir el uso de ciertos lugares, cosas y servicios para obtener el aprovechamiento de su derecho. Lo regulan, asimismo como derecho real, los Proyectos de los diputados Bianciotto, L. y Caballero, A., etc. También se pueden nombrar entre otros, los proyectos destinados a regular la figura con fines Turísticos, como el proyecto de Natale (1.150-D.-2000.), que lo prevé como una multipropiedad que recae sobre un objeto común e indiviso, el de Vicchi. (802-D.-1999.), el Dumón y Alarcia. (840-D.-2000.), y el de Camaño (G.). (1.719-D.-2000). Todos los cuales fueron tenidos en cuenta por las Comisiones de Legislación General, de Turismo, de Comercio y de Defensa del Consumidor, que propusieron en las sesiones ordinarias del año 2.000 en el orden del día n°1411 un proyecto que preveía que el propietario podía constituir derechos reales o personales a favor de los usuarios. Pero que, en el caso de inmuebles, los mismos se someterían a propiedad horizontal, que fuera indisponible para otro fin y que se mantuviera indiviso mientras durara el sistema. Establecía que las asambleas se realizaran para ciertos temas determinados y con mayorías más flexible que las dispuestas para la propiedad horizontal en dicho momento.

tendencia mayoritaria a incluirlo como un derecho real sobre cosa propia o parcialmente propia[318].

El fundamento de tal decisión es que, en esta figura existe una relación directa entre el sujeto y la cosa que permite conceptualizarlo como derecho real, pero que la misma presenta características propias que no se adecúan a las existentes para los otros derechos reales.

Este derecho real sobre cosa propia, tiene facultades muy limitadas que se circunscriben a usar de la cosa sólo por un tiempo, sin poderla administrar, ni disponer materialmente de ella, salvo jurídicamente de su turno y con ciertas limitaciones. Apoya esta última interpretación, el hecho de que los usuarios deben pagar las cuotas de mantenimiento del establecimiento y de que ya existen antecedentes de derecho real sobre cosa propia con facultades muy limitadas; como por ejemplo: en el caso del dominio fiduciario con fines de administración.

De la redacción de las normas podría mal interpretarse que en virtud de la utilización del término usuario (art. 2095 del CCC) para designar al adquirente; de la amplitud de facultades que parece otorgar al emprendedor el art. 2088 del CCC, para trasmitir cualquier derecho al adquirente; y la enumeración del tiempo compartido como derecho real en el art. 1887 y mencionado en el art. 1888 del CCC como como derecho real sobre cosa, el derecho real de tiempo compartido sobre cosa propia, lo tiene el propietario originario, y que al adquirente se le ha otorgado un derecho real sobre cosa ajena, que no se caracteriza.

Pero si se tiene en cuenta, que nunca la doctrina y las Jornadas sostuvieron la necesidad de crear un derecho real para el propietario originario, porque éste ya tiene derecho real, dominio, condominio, propiedad horizontal según el caso. Y que por el contrario en todos los eventos se habló de la imperiosa necesidad de configurar un derecho real para el adquirente o usuario de tiempo compartido; que no lo tenía en el Código de Vélez o utilizar uno existente modificándolo; no tiene mucho sentido que el derecho real de tiempo compartido enumerado en el art. 1887 y calificado en el art. 1888 del CCC, no sea justamente el de éste.

No obstante, se entiende que la redacción confusa, puede llevar a esta interpretación si no se analizan los antecedentes y motivos que llevaron a la recepción de la figura. Por otro lado, entender que este artículo y el anterior se están refiriendo al derecho del propietario originario; sería como considerar que el derecho de superficie cuando existe propiedad superficiaria, es sobre cosa propia; porque se está refiriendo al derecho del propietario del suelo y no al del superficiario. Justamente, lo que se ha buscado desde siempre es otorgarle y configurar un derecho real para el usuario y no para el propietario originario de los bienes afectados. Este

[318] Ver KIPER, C. (2015). Comentario al art. 2101, En LORENZETTI, R. L. (dir) *Código Civil y Comercial comentado*; T. IX, p. 670, Santa Fe: Rubinzal Culzoni.

derecho real sobre cosa propia sólo puede considerarse afectado por la inscripción de la escritura de afectación[319].

5.3. Objeto del tiempo compartido:

Como se aprecia, el estudio de la naturaleza y el objeto del tiempo compartido es muy rico y complejo, no sólo por lo señalado, sino también por la posibilidad de intercambio. Así se ha dicho que: "el objeto (de los derechos reales) cambia: así, el supuesto del tiempo compartido permite que la cosa –objeto del derecho- ya no sea siempre la misma – tal como lo consideraba Vélez…, y dicha variación se produce tanto en relación al lugar, como al tiempo"[320], lo que parece excepcionar el requisito de la determinación de los objetos de los derechos reales.

Como se señaló, cuando se hizo referencia en especial al art. 2088 del CCC, hay que detenerse a analizar la ley 26.356, que regula específicamente el sistema turístico de tiempo compartido, de donde proviene el texto de dicho artículo.

Dicha ley siguió a su vez algunos proyectos existentes destinados a regular la figura con fines Turísticos, como el proyecto de Natale, el de Vicchi, el Dumón y Alarcia, y el de Camaño ya citados, pero los antecedentes inmediatos de la ley 26.356, fueron los proyectos de Dumon Alarcia, Anteproyecto de Ley de tiempo Compartido y Código de Ética de Tranchini y Silvestre, que sigue las Directivas Europeas, la ley 19724/72, y que tienden primordialmente la protección del consumidor y no crean ningún derecho, ni determinan el derecho que se transfiere al usuario.

Entre los antecedentes internacionales de la ley 26356, se menciona el proyecto del estado de Guerrero México ya citado y el proyecto de la Sec. Gral. de Turismo de España.

Esta ley que se encuentra parcialmente vigente, regula los Sistemas Turísticos de Tiempo Compartido (art. 1), que recaen sobre inmuebles afectados al mismo. Dispone un sistema de garantías y presupuestos contractuales mínimos para proteger a los usuarios o consumidores.

---

[319] Y aunque se pudiera considerar que luego de transferido un período de disfrute, el propietario primogénito retiene el resto de los períodos, convirtiéndose en propietario del resto de tiempos compartidos; como ocurre cuando el propietario de un edificio vende el primer departamento y se convierte en titular de derechos de propiedad horizontal sobre las otras unidades; o el titular del dominio exclusivo sobre una cosa vende una cuota ideal, transformándose en dicho acto su dominio en condominio; justo en este derecho ello pareciera que no es así, porque el art 2093 inc. a del CCC dispone, que puede comercializar los períodos no transferidos por otro sistema, que no sea de tiempo compartido. Aunque nada cambiaría si su derecho se transformara ipso iure en tiempo compartido al igual que el del usuario, como ocurre con el derecho de dominio del propietario primogénito que luego de inscribir el reglamento de propiedad horizontal y vender una unidad se transforma en propiedad horizontal.

[320] LUVERÁ, M. A. (2001). *El objeto de los derechos reales: variaciones*. En XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil – Libro de Ponencias-, Buenos Aires: Hammurabi, Depalma Editores, p. 181.

En el capítulo I se establecen disposiciones generales. Se aclara indirectamente que no se regula el derecho de tiempo compartido, porque el sistema se aplica con independencia de los derechos que se asignen, la naturaleza y régimen legal de los bienes. Y se tipifica al Sistema de Tiempo Compartido, disponiendo que se integra con uno o más inmuebles afectados al uso periódico por turno para alojamiento y hospedaje, y para brindar otras prestaciones compatibles con su destino (art. 2).

El artículo 3 define los sujetos, debido a que son múltiples los agentes en este sistema. El emprendedor, que es el que constituye el sistema que puede ser propietaria o con justo título, el vendedor y revendedor. El administrador y el prestador que no se establece que deba inscribirse en registro alguno y que supuestamente es el comercializador (lo que dificulta diferenciarlo del vendedor y revendedor). La red de intercambio y el propietario que sólo afecta el inmueble de su propiedad, aunque el art. 9 dispone que dicha escritura la otorga el emprendedor con su consentimiento.

También se conceptualiza la unidad de medida, en sus tres modalidades: fija, flotante o por puntos; y el objeto que puede ser un establecimiento, unidad o club vacacional. Debe advertirse que a la unidad de medida no la menciona como objeto, y tiene la particularidad que puede ser flotante, es decir indeterminada.

El capítulo II, dispone que la autoridad de aplicación será la Secretaría de Turismo de la Presidencia de la Nación y/u organismo delegado. Y que éste tendrá por fin aplicar, registrar, controlar, prevenir y solucionar conflictos (arts. 4 y 5), sin perjuicio de que también rige la ley 24.240 (art. 3 de la L.D.C.) en protección del consumidor y normas complementarias.

Respecto de la necesaria aplicación de las normas de defensa al consumidor especialmente en este sistema, debe tenerse en cuenta, que ya en en marzo de 1987, los diputados Mc Millan y Scott ante el Parlamento Europeo presentaron una propuesta de resolución sobre los fraudes inmobiliarios, que ponía de manifiesto que el mayor índice de fraudes dentro del sector inmobiliarios se producía en torno a los contratos de multipropiedad, entre otros antecedentes. Y que por ello, el 26/10/1994, se sancionó la Directiva 94/47 del Consejo de Europa 94/47, que tiende a la protección del consumidor de este derecho.

Las razones que se expusieron en el informe preliminar fueron:

a) los problemas que deben enfrentar los consumidores en virtud de: las técnicas de venta de carácter agresivas, la impotencia de las autoridades públicas para controlar dichas actividades, falta de vinculación humana y los contratos de adhesión;

b) el carácter transfronterizo del timeshare;

c) y las divergencias de las legislaciones nacionales[321]

Muchas de las protecciones de dicha directiva están volcadas en la ley 26356 y en el Código Civil y Comercial vigente en menor medida, al regular el derecho de tiempo compartido, y refleja la evolución seguida por la doctrina y la legislación extranjera, no tan inquieta por encasillar el fenómeno en una fórmula de propiedad, como por atender a la protección de los usuarios[322]

El art. 6 prevé un Registro de Prestadores y Establecimientos Vacacionales afectados a Sistemas Turísticos de Tiempo Compartido, que funcionará en la Secretaría de Turismo de la Presidencia de la Nación[323].

Al respecto debe tenerse en cuenta, que sus normas son de orden público y que el Poder Ejecutivo recién reglamentó dicha ley, por medio del decreto 760/2014 dictado el 22 de mayo del año 2014, y publicado en el Boletín oficial el 29 de mayo del mismo año, fecha en la que entró en vigencia; y no dentro de los 90 días como está dispuesto por la misma en su último capítulo. Correspondió, entonces que se realizara la pertinente adecuación de los sistemas turísticos preexistentes, en los términos del art. 42 de la ley, en el plazo de un año a contar de la fecha en que éste se publicó.

Dicha ley no obstante ser minuciosa, justamente fue criticada por la doctrina, porque no creó o modificó un derecho real para adaptarlo a esta realidad, siendo por ende ilusorio el otorgamiento de un derecho real al consumidor. También, por la previsión de tres registros y la oponibilidad de los derechos de los usuarios desde la inscripción de la afectación y no desde la inscripción de sus derechos. Pero observa, que a pesar de dichas críticas que se plasmaron en el despacho de las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, de manera contundente; el Código Civil y Comercial, sigue en gran parte su letra.

---

[321] KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (1996). El tiempo compartido (mal llamada multipropiedad) y la defensa de los consumidores en el derecho comunitario. Posible proyección en el Mercosur. En STIGLITZ, G. A. *Derecho del Consumidor*, vol. 7, dir., Rosario: Juris, pp. 93 y ss. Y en Boletín Judicial, sección doctrina, pp. 30 y ss. AQUARONE, M. T. (1998). *Las nuevas urbanizaciones y aspectos del tiempo compartido*. Bs. As: Abaco, p. 191; FAZIO DE BELLO, M. E. y MOREDA, G. (2001). El llamado tiempo compartido y algunos aspectos de su problemática. Tratamiento prioritario de los derechos del consumidor. *J.A*. 2001-II-905, y ss.

[322] PUJOL de ZIZZIAS, I., (2015). Tiempo Compartido, en KIPER, C. *Aplicación Notarial del Código Civil y Comercial de la Nación. Tomo III*, Santa Fe: Rubinzal- Culzoni, pp. 14-15.

[323] Según lo dispone el art. 7, el organismo de aplicación puede denegar las habilitaciones, sino se cumplen los requisitos exigidos.

El capítulo III, IV, V y IX referidos a la afectación, al contrato, a la administración y extinción fueron derogados por la ley 26.994.

El capítulo VI que continúa vigente regula la comercialización y publicidad, los deberes de los intervinientes siguiendo las directivas del Parlamento Europeo y la ley del consumidor, la que se aplica si es más benigna en virtud de lo establecido por los arts. 3 y 5 de la ley 24240 con sus modificaciones.

Los capítulos VII a VIII, regulan la instancia arbitral y establecen sanciones que se aplican por medio de un procedimiento administrativo que se fija. Y por último en el capítulo X que subsiste, se establecen disposiciones complementarias.

Específicamente, las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil concluyeron por unanimidad de lege lata; que la ley 26356 es insuficiente como instrumento de seguridad jurídica y presenta graves y ostensibles defectos de técnica legislativa. Y de lege ferenda que era necesario que el poder legislativo regulara adecuadamente el derecho de tiempo compartido. Y se propusieron muchas posibilidades: a) que se otorgara la opción de configurarlo como derecho real o personal; regularlo b) exclusivamente como derecho real; y c) exclusivamente como derecho personal".

Mientras que sólo una mayoría consideró que debía regularse el derecho, pero se debía otorgar la opción entre un derecho personal y real[324].

Desde la mirada del derecho de los consumidores (art. 42 CN, art. 1 de la ley 26361 y 5 ley 26356); esta ley les brinda una mayor protección a los usuarios, siguiendo las directivas del Parlamento Europeo, pero en ciertas ocasiones puede dar lugar a que se realicen fraudes a los acreedores[325].

Como se observa, y volviendo al tema específico de esta tesis, dicha ley no reguló el derecho y por lo tanto el tema de su naturaleza no fue precisado y respecto al objeto, sólo se estableció que el sistema se integraba con uno más inmuebles, pero nada se dijo sobre el tiempo y las prestaciones.

5.3.1.- Especificidad de su objeto:

El artículo 2088 del CCC titulado bienes que lo integran, sigue en su primera parte el art. 1 de la ley 26356 que se refería al ámbito de aplicación del sistema[326], y dispone que: "con independencia de la naturaleza de los derechos que se constituyen o transmiten, y del régimen legal al que los bienes se encuentren sometidos, el tiempo compartido se integra con inmuebles y muebles, en tanto la naturaleza de éstos sea compatible con los fines mencionados".

El artículo como se dijo se divide en dos partes, y la primera trae más perplejidad que luz para el intérprete. Se podría entender más, la primera parte, si se tratara de en una norma de derecho internacional (como las directivas del parlamento europeo que respetaban los distintos derechos que las legislaciones reconocían a los usuarios), o que tienda sólo a proteger a los

[324] Ver COSSARI, N. (2008). Tiempo compartido. Impacto de la Ley 26.356 sobre el sistema de Derechos Reales, - *LA LEY* 2008-F, 1266.

[325] Especialmente si se tiene en cuenta que la oponibilidad del derecho del usuario es desde la afectación previa al sistema y que el registro de sus derechos o de los titulares lo lleva el mismo emprendedor, que puede ser el mismo propietario primogénito y que tiene la posibilidad de manipular el mismo los registros para defraudar a los acreedores, si el control previsto por la autoridad de aplicación no es suficiente y serio.

[326] Debe recordarse que esta norma se refiere al sistema turístico de tiempo compartido y no al derecho. Específicamente el art. 1 dispone: Ámbito de aplicación. La presente ley regula los Sistemas Turísticos de Tiempo Compartido (STTC), con independencia de la naturaleza de los derechos que se constituyan o transmitan y del régimen legal al que se encuentren sometidos los bienes que los integran.

consumidores, como la ley 26.356. Y por su antecedente, y las normas que lo rodean debe tenerse en cuenta que se refiere a los bienes que integran el sistema de tiempo compartido y no al derecho real en sí. Al respecto sólo hacen referencia específica al derecho y deber del usuario, los arts. 2101, 2095 e implícitamente las normas que se refieren a los deberes del emprendedor y administrador.

Frente a esta redacción existen dos posibilidades para el intérprete, considerar que cuando existe un Sistema de Tiempo Compartido se le debe otorgar al usuario el nuevo derecho real creado por el legislador, amén de otros derechos personales o reales que se puedan ofrecer conjuntamente. O entender que la ley da la posibilidad, de que se configure el derecho del usuario como derecho real o como derecho personal, etc..

Por otro lado, la posibilidad de que el mismo se configure como un derecho personal, parece corroborarse con lo dispuesto por el art. 2101 del CCC relativo a que al derecho del usuario o adquirente se le aplican las normas de los derechos reales, y este artículo resultaría sobreabundante si siempre se pudiera configurar este derecho como un derecho real. Además, esto coincidiría con lo dispuesto en los proyectos de unificación anteriores y la postura mayoritaria de las XXII Jornadas de Derecho Civil de Córdoba del año 2009, que daban la opción de configurarlo como derecho personal.

Cabe advertir también, que no existe una norma expresa como el art. 2075 en el caso de los conjuntos inmobiliarios en sentido restringido, que disponga que: "todos los conjuntos inmobiliarios deben someterse a la normativa del derecho real de propiedad horizontal…".

Este primer párrafo del artículo comentado, se refiere también a que el régimen de los bienes puede ser cualquiera (régimen de los automotores, buques, aeronaves, inmuebles, semovientes, caballos de pura sangre, etc.), pero que ello no tiene implicancias en la regulación del Sistema de Tiempo Compartido, el que rige, no obstante la aplicación de dichos regímenes particulares a la hora de instrumentar y registrar los derechos de los adquirentes.

El segundo párrafo se ocupa del objeto de este sistema y sólo indirectamente al objeto del nuevo derecho real.

Con respecto al objeto, la referencia a bienes que hace el artículo comentado y el título de éste, ha inducido a una parte de la doctrina a considerar que los bienes que no son cosas pueden ser objeto de este derecho[327]. A ello se le suma que en los fundamentos del anteproyecto

[327] Ver, MOLINA QUIROGA, E. (2013). Los nuevos derechos reales. *Revista del Derecho Privado y Comunitario*, 2012-3 Proyecto de Código Civil y Comercial – II. Santa Fe: Rubinzal Culzoni. p. 529. Quien señala que puede recaer este derecho sobre marcas y patentes, infraestructuras industriales, etc. En el mismo sentido se pronuncian MARIANI DE VIDAL, M. y ABELLA, A. N. (2014). Reglamentación del sistema turístico de tiempo compartido,

se expresa que: "se acepta que el objeto (del derecho real) puede consistir en un bien taxativamente señalado por la ley pensando… en casos de derechos complejos como el tiempo compartido".

De lo que se puede deducir que el objeto del tiempo compartido es no sólo la cosa, sino también el tiempo, o también las prestaciones de servicios[328]. Prestaciones que, para gran parte de la doctrina, no forman parte del objeto del derecho real, sino que pertenecen al ámbito obligacional, es decir al negocio complejo que da lugar a esta figura, como ya se explicó. Mientras que para la Dra. Kemelmajer[329] parece que integran el derecho, configurando un derecho real in faciendo, en virtud de la necesidad de que las prestaciones sean garantidas y oponibles erga omnes. En el mismo sentido se ha pronunciado la Dra. Puerta de Chacón, quien explica que: "existe en la estructura del derecho real un elemento personal, la obligación del emprendedor y del administrador de garantizar al usuario el goce de su derecho. La estructura típica del derecho real se modifica con la existencia del sujeto pasivo determinado, más cuando ese sujeto puede no coincidir con el propietario afectante"[330].

Por otro lado, con respecto al tiempo, el Dr. Cura Grassi ha considerado que por lo menos de lege ferenda si se conceptualiza las cosas como todo aquello que pueda ser percibido por los sentidos, entraría en este concepto el tiempo.

Según "Aristóteles, tiempo es el número del movimiento, según lo anterior y lo posterior. Si el mundo no se moviera no habría tiempo. Si no habría magnitud, no habría movimiento y por lo tanto no habría tiempo". A su vez el término sentido, "es la facultad de recibir las formas

---

LA LEY 16/07/2014, 1 • *LA LEY* 2014-D, 870; y BUERES A. J. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación. Analizado, comparado y comentado*, t.2, (comentario al art. 2088), Bs As: Ed. Hammurabi, p. 394, entre otros.

[328] Debe recordarse que, para la Dra. KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., en "Nuevas tendencias en materia de derechos reales" ponencia presentada en las Jornadas de la Facultad de Ciencias Económicas de la U.N.C., Mza., 1989 y publicada en la obra de autores varios, titulada: "Tendencias Actuales y perspectivas del Derecho Privado y el Sistema Jurídico Latinoamericano, Ed. Cultura, Cuzco, Lima pp. 541 y ss.; las prestaciones complementarias en este derecho son tan importantes como el inmueble mismo. Los derechos que se otorgan a los usuarios resultan verdaderos derechos reales in faciendo, con prestaciones a cargo del propietario del inmueble, que deben estar garantizadas. Interesa resaltar que en la mayoría de los nuevos fenómenos son tan esenciales las prestaciones a cargo de determinado sujeto (por ej.: el servicio de hotelería, de inhumación, etc.) que necesitan ser garantidas con efectos erga omnes. Dicha autora en su trabajo, cita a Giogianni, quien intentó sustituir el concepto de inmediatez por de inherencia; Guarnier, quien merituó la posible aplicación de muchas disposiciones legales pertenecientes a relaciones crediticias y en Francia a Ginossar, quien dijo que la negación de los derechos reales in faciendo ha perturbado una adecuada interpretación del problema. Por último, aprecia, que son muchos los españoles que aceptan la existencia de los mismos y hay italianos que enseñan que hoy el contenido del derecho real se presta a comprender todo lo posible e imaginable, aún la obligación.

[329] KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (1990). Nuevas tendencias en materia de derecho de propiedad (Clubes de campo, cementerios privados, multipropiedad) [Ponencia]. Congreso Internacional de Derecho Privado realizado en Lima en 1988, publicada en *Revista sobre "Tendencias actuales y perspectivas del Derecho Privado y el Sistema Jurídico Latinoamericano*". Lima: Ed. Cultural Cuzco S.A, pp. 541 y ss.

[330] PUERTA DE CHACÓN, A., (2015). Tiempo Compartido. Un "Derecho Complejo" en el Código Civil y Comercial de la Nación, *Rev. Jurisprudencia Argentina* Nº12, 2015-III-, p. 14.

sensibles sin la materia; verbigracia cuando vemos una mesa, no es que la mesa entre en nuestros ojos…"[331]. Las Dras. Kemelmajer y Puerta de Chacón, consideraron que el tiempo también debía inscribirse, debido "a que constituye una protección a los terceros, hace al principio de especialidad registral y es determinante del valor del derecho"[332]. Highthon ya había adelantado que el período de tiempo es el objeto de la comercialización, y que ello tiene una gravitación especial en materia del derecho reales, por cuanto en su estructura durante la vigencia del Código de Vélez, el tiempo podía ser medida del derecho pero nunca objeto del mismo y por eso se exigía un replanteo estructural de las normas que gobiernas esos derechos[333]. Claro es que en el derecho vigente, el tiempo no es una cosa, pues no tiene materia, pero sí se lo podría considerar un bien, que la ley taxativamente puede señalar como objeto de un derecho real, si fuera preciso. Así la Dra. Alicia Puerta ha dicho que "uno de sus elementos estructurales es el "período temporal" (semana, quincena o mes de cada año calendario), evidentemente el factor "tiempo" es un bien incorporal de valor económico que, excepcionalmente, se incorpora al objeto del derecho real (Art. 1883)". El derecho del usuario recae singularmente sobre la cosa afectada y se integra con un elemento incorporal: el lapso temporal del período de disfrute (semana, quincena, mes). El artículo 2093 inc. a) refiere a que el emprendedor comercializa los "períodos de disfrute". Este elemento es un bien inmaterial propio con valor económico…". La autora interpreta que la posibilidad de que el objeto recaiga sobre un bien se hace patente en el tiempo compartido. Los miembros de la Comisión Redactora del Anteproyecto exponen: "*se acepta que el objeto del derecho real sea un bien taxativamente señalado por la Ley, pensando en casos de derechos sobre derechos, como la hipoteca del derecho de superficie en la modalidad de derecho sobre cosa ajena; o en casos de los derechos complejos como el tiempo compartido*" (Fundamentos del Capítulo I del Título I del Libro Cuarto de los Derechos Reales) [334] y enfatiza que lo único exclusivo que tiene el titular del derechos es el período de disfrute.

Actualmente en contra de la posibilidad de considerarlo objeto del derecho real de tiempo compartido, se puede argumentar que no existe una disposición clara y expresa que admita a los bienes que no son cosas como objetos del derecho real de tiempo compartido; como sí ocurre

[331] CURA, GRASSI, D. (2006). *Derecho Inmobiliario.* Bs. As.: Ediciones La Rocca, p. 26, nota 17.
[332] KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (1990). Nuevas tendencias en materia de derecho de propiedad (Clubes de campo, cementerios privados, multipropiedad) [Ponencia]. Congreso Internacional de Derecho Privado realizado en Lima en 1988, publicada en *Revista sobre "Tendencias actuales y perspectivas del Derecho Privado y el Sistema Jurídico Latinoamericano*". Lima: Ed. Cultural Cuzco S.A, pp. 541 y 542.
[333] HIGTHON, E. I, ALVAREZ JULIÁ, L., LAMBOIS, S., WIERZBA, S. M., DE HOZ, M. (1993). Nuevas formas de dominio, 2ª Ed., Bs. As: Ad- Hoc S.R.L., p. 364.
[334] PUERTA DE CHACÓN, A. (2017). Comentario de los artículos de Conjuntos Inmobiliarios (arts. 2073 a 2113), en BUERES (dir) MARIANI DE VIDAL (coord.) cap. II Tiempo Compartido, en *Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias*, Tº 4 B, Bs. As: Ed. Hammurabi.

por ejemplo: con los derechos reales de garantía sobre el derecho de construir, forestar o plantar (art. 2120 CCC); o la prenda de créditos (aunque sea requisito que el mismo esté instrumentado art. 2232 CCC.), y el usufructo de créditos (2130 inc. b CCC) en el caso que la ley lo prevé.

Por otro lado, a pesar de que el título de la norma comentada se refiere a los bienes que integran el sistema, el texto de la misma termina precisando que el tiempo compartido se integra con inmuebles y muebles y no hace referencia en su contenido a los bienes inmateriales. Debe recordarse que los muebles o inmuebles son bienes (género) además de ser cosas (especies), y que en varios pasajes del código el legislador parece utilizar los términos bienes y cosas como sinónimos (ver arts. 236 y ss. del CCC). La única exigencia que refiere para que los muebles o inmuebles sean objeto del sistema, es que los mismos sean compatibles con su destino.

No obstante, debe advertirse, que un derecho sobre objeto inmaterial o cuyo objeto sean las prestaciones es encuadrable sin objeción alguna, en el marco de los derechos personales, donde rige la autonomía de la voluntad (como por ejemplo: el tiempo compartido con tiempo y espacio o lugar flotante que se suele utilizar en la práctica con fines turísticos). Posible configuración que parece admitirse en virtud de la primera parte de este artículo comentado que expresa: "con independencia de la naturaleza de los derechos que se constituyen o transmiten". A ello se suma, que al expresar el art. 2101 que al derecho del adquirente se le aplican las normas de los derechos reales, la discusión entonces, de si el objeto del derecho real está constituido no sólo por la o las cosas sino también por los bienes, o la posibilidad de que tenga por objeto únicamente a los bienes, o si se pueden configurar derechos personales para los adquirentes o no; parece no tener mucha trascendencia práctica, porque sea como sea configurado el derecho del usuario, el mismo se va a regir por las normas de los derechos reales.

Por otro lado, se considera acertado que se haya dado la posibilidad de que este sistema y derecho recaiga sobre cosas muebles cuyo alto costo aconseje un uso compartido, como aparatos médicos sofisticados, cosechadoras, sembradoras, yates, equipos de computación especiales, casas rodantes, etc., y que se puede aplicar a múltiples destinos, porque ello brinda al operador jurídico mayores herramientas para dar más utilidad a los bienes.

Sin embargo, en virtud del texto de los fundamentos del proyecto, que al referirse a los bienes como objeto menciona como ejemplo al tiempo compartido; y expresa que: "… se acepta que el objeto puede consistir en un bien taxativamente señalado por la ley, pensando en casos de derechos sobre derechos, como la hipoteca del derecho de superficie en su modalidad de derecho sobre cosa ajena; o en casos de derechos complejos como el tiempo compartido"; parece que este derecho real recaerá sobre una cosa mueble e inmueble, y al mismo tiempo sobre bienes, como pueden ser las marcas, patentes, o las prestaciones y el período de tiempo

determinado. Es una lástima que no se haya aclarado, si la naturaleza inmaterial está en el tiempo o en las prestaciones a cargo del administrador o emprendedor, que requieren protección frente a todos (erga omnes) y no sólo frente a los prestatarios de los mismos[335].

Se admite entonces, la configuración del derecho real del adquirente, como un derecho sobre cosa parcialmente propia si se la mira desde la cosa que se comparte entre varios, o exclusivamente propia si se la mira desde el punto de vista del tiempo o período de disfrute. Esta cotitularidad de la propiedad[336], es la que hace necesaria un órgano de gestión que ordene los turnos, etc., y al mismo tiempo entra o se engarza el derecho con un contrato de prestación de servicios consustancial al mismo[337]. La visualización del tiempo como parte del objeto complejo de este derecho real, que resultaría ser un bien inmaterial, puede servir de un argumento más para admitir la posibilidad sostenida en la hipótesis de esta tesis.

6. Las partes del cuerpo humano:

Cuando se encontraba en vigencia el Código de Vélez, la cuestión de si el cuerpo humano podía ser objeto de los derechos reales era más simple.

Las partes del cuerpo humano pueden ser consideradas cosas en sentido amplio, porque son entidades materiales, pero por estar fuera del comercio, era claro que no podía ser objeto de un derecho real en el régimen anterior que exigía que las cosas estuvieran en el comercio, para ser objeto de los derechos reales (art. 2400 y concs. del CC). Además Vélez Sarsfield fue contundente en la nota al art. 2312 al excluir de la categoría de bienes al cuerpo humano, cuando expresó: "hay derechos y los más importantes que no son bienes, tales son ciertos derechos que tienen su origen en la existencia del individuo mismo a que pertenece, como la libertad, el honor, *el cuerpo humano*, la patria potestad, etc….". Y si el cuerpo humano no era considerado un bien, menos era una cosa, que era una especie del primero. Así se ha sostenido, que sobre el cuerpo humano se posee un derecho sólo personalísimo y extrapatrimonial[338].

---

[335] Por tal motivo se ha dicho que se dudaba entonces en qué campo incluirlo, si en el de los derechos reales in faciendo o creditorios oponibles erga omnes – Ver KEMELMAJER de CARLUCCI, A. (1990). Nuevas tendencias en materia de derecho de propiedad (clubes de campo, cementerios privados, multipropiedad) [ponencia]. Congreso Internacional de Derecho Privado realizado en Lima en 1988, publicada en *Revista sobre "Tendencias actuales y perspectivas del derecho privado y el sistema jurídico latinoamericano*". Lima: Ed. Cultural Cuzco S.A., pp 550-551.

[336] CASTAÑEDA RIVAS, M. L., *Naturaleza jurídica del tiempo compartido*, "Bienes y Derechos Reales", Enciclopeda Jurídica de la Facultad de Derecho – UNAM, recuperado en https:// archivos.jurídicas.unam.mx 29/1/2022. México. La obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituyo de Investigaciones Jurídicas de la UNAMl, quien habla de cotitularidad pero de derecho de uso o derecho personal.

[338] MARIANI DE VIDAL, M., (1998).*Curso de Derechos Reales*, Tomo I, Bs. As: Zavalía, p. 42. LÓPEZ DE ZAVALÍA, F. (1989). *Derechos reales*, 1, Bs. As.: Ed. Zavalía, pp. 248-250. Dicho autor curiosamente halla un parecido entre la relación del individuo con su propio cuerpo y la del hombre con los hijos "in potestas".

Ahora, las partes del cuerpo humano también pueden considerarse bienes conforme lo prevé el art. 17 CCC, pero sin valor económico o comercial, sino con valor afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social. Y si la ley prohíbe que sea objeto de compraventa por ejemplo, no puede ser objeto de ella en virtud de lo establecido en la última parte del art. 279 del CCC, que sigue con algunas variaciones al art. 953 del C.C.. Pero la incógnita, es si puede ser objeto de un derecho real, porque que estén o no en el comercio no incide en ello.

Para Vélez, las partes del cuerpo humano no era bienes (si se tomaba en cuenta un criterio restrictivo de la palabra valor como ya se explicó) y menos una cosa susceptible de ser objeto de los derechos reales, porque además no estaba en el comercio como se señaló. Es decir desde esta óptica, en el régimen del Código de Vélez no eran las normas de los derechos reales las que determinaban si una parte del cuerpo humano puede ser o no objeto de éstos; sino que lo eran las normas específicas, que establecían primero si estaban o no dentro del comercio; y si era así, se las podía considerar cosas u objeto de los derechos reales. Por lo tanto, si estaba prohibido que fueran objeto de un acto jurídico por estar fuera del comercio (art. 953 del CC), tampoco podían ser objeto de un derecho real.

No obstante, no se puede negar que la alternativa de concebir al cuerpo humano como mercadería, ha existido y se ha discutido, desde la antigüedad, admitiéndose situaciones aberrantes como la esclavitud, trata de blancas; comercialización de ciertas partes del cuerpo. Además, mientras la persona está viva se confunde con el cuerpo, conformándose un todo compuesto por cuerpo y alma. Lo mismo puede decirse de cualquier parte del cuerpo no separada que claramente no puede considerarse cosa, ni objeto de derecho[339].

Con la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial actual, autores como Kiper en principio, aclaran que el cuerpo humano no es una cosa y está alejado de toda idea de valor económico; por consiguiente no puede ser objeto de derecho real. Se confunde con el sujeto al que le sirve de soporte físico. Pero sin embargo, dicho autor parece aceptar que si una parte, se separa del cuerpo lícitamente (es decir no contrariando el orden jurídico), pueden ser cosas y con mayor razón si se reproducen[340]. Así, podrían llegar a ser reputadas cosas (la sangre, el cabello, leche materna, ciertos órganos, etc.) y con valor aunque no comercial (dentro del

[339] GATTI, E. (1977), El cuerpo humano, el cadáver y los derechos reales. *LL*, 1.977-C-749, y (1975). *Teoría general de los derechos reales*. Buenos Aires: Ed. Abeledo Perrot, p. 31. KEMELMAJER, A. (2005) comentario al art. 2311 En ZANNONI (dir). *Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado*, t.10, Bs. As: Ed. Astrea, p. 21, para profundizar sobre este tema que escapa del objeto específico de esta tesis, ver autores citados en la nota. 85.

[340] KIPER, C. (2016). *Tratado de derechos reales, Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.994*. T.I Santa Fe: Rubinzal- Culzoni, p. 28.

amplio espectro que brinda el art. 17 del CCC), y por lo tanto podría disponerse de ellos con fines científicos, humanitario, sociales, afectivos, o terapéuticos.

Es decir, ahora según el art. 17 del CCC son una clase de bienes sin valor comercial, y el requisito de la comercialidad no se exige para el objeto de los derechos reales (según lo expresado en los fundamentos del proyecto, y explicado anteriormente). Pero sólo si se toma en cuenta, que las cosas que pueden ser objeto de los derechos reales, son los bienes que integran el patrimonio y que las partes del cuerpo humano no lo conforman, porque no se pueden considerar prenda común de los acreedores y no tienen valor pecunario o comercial, y que los derechos reales son una clase de derechos patrimoniales, junto con los personales e intelectuales, se podría llegar a deducir que no pueden ser objeto de los derechos reales.

En el mismo sentido, se pronuncia Orgaz[341], para quien además, si no se produce un deterioro en la integridad física, la legislación específica puede llegar a aceptar con ciertas limitaciones que las mismas se comercialicen. También han sido consideradas cosas dichas partes, si es imposible el reimplante[342]. Se ha entendido que siempre se debe tener en cuenta el respeto a la persona humana, la moral, las buenas costumbres, y que no se disminuya la integridad física del disponente[343], ni se afecte el orden público y que no se viole el art. 279 del CCC. Y si no hay normas específicas, se acude a los principios generales del derecho.No obstante, se advierten discusiones doctrinarias al respecto[344], especialmente en algunos casos, porque parece ser muy difícil sentar principios absolutos en este terreno[345].

---

[341] ORGAZ, A. (1946). *Derecho Civil argentino. Personas individuales*. Bs. As.: Depalma p. 130 y ss. Dicho autor se pronuncia por la nulidad de los actos de disposición que tengan por objeto partes del cuerpo humano antes de su separación, aún cuando sean susceptibles de renovación- citado por MARIANI DE VIDAL, M., (1998) *Curso de Derechos Reales*, Tomo I, Bs. As: Zavalía, p. 43.

[342] Fueron consideradas cosas especialmente cuando es imposible el reimplante por medio de la microcirugía una vez separadas del cuerpo. TOBÍAS, J. (2009), *Derecho de las personas*, Bs. As: LA LEY, N° 68, p.618; RIVERA, J. C. (2000)*, Instituciones de Derecho Civil*, Bs. As.: Abeledo Perrot, t. II, p. 58, SAGARNA, F., (1996) *Los transplantes de órganos en el derecho*, Bs. As.: Depalma, p. 48.

[343]Ver fallos de la C, 1° Civ. y Com. La Plata; Rep. La Ley, T. 13, sum. 1; C. Civ., 2° Cap., LL 48-123. Se ha dicho que nos son pasibles de ser objeto de actos jurídicos el corazón, las glándulas sexuales si disminuyen la capacidad reproductiva, etc.- Ver MARIANI DE VIDAL, M., (1998). *Curso de Derechos Reales*, Tomo I, Bs. As: Zavalía , p. 43. La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, en su declaración del 7-11-68 expresó: "El caso especial que ahora se plantea con motivo de las operaciones de trasplante, sugiere asimismo la conveniencia de establecer… una norma que prohíba los actos de disposición del propio cuerpo cuando causen una disminución permanente de la integridad física, o cuando sean contrarias al orden público o las buenas costumbres". En el derecho comparado podemos encontrar disposiciones en el mismo sentido en el art. 5° de Código Civil y Com. Italiano de 1.942.

[344] Fueron consideradas cosas especialmente cuando es imposible el reimplante por medio de la microcirugía una vez separadas del cuerpo. TOBÍAS, J. (2009). *Derecho de las personas*. LA LEY, N° 68, p. 618; RIVERA, J. C. (2000). *Instituciones de Derecho Civil*. Bs. As.: Abeledo Perrot, t. II, p. 58; SAGARNA, F. (1996). *Los trasplantes de órganos en el derecho*. Bs. As.: Depalma, p. 48.

[345] DE LORENZO, M. F. (2010). El cuerpo humano que se vuelve cosa, cosas que se vuelven cuerpo humano. *LL*-2010-B-807. Dicho autor plantea que la posibilidad de reimplantar con éxito un miembro amputado, aún después de horas (por el progreso de las técnicas de la microcirugía); puede poner en crisis la concepción tradicional.

La Dra. Kemelmajer advierte que hay objetos situados en terrenos fronterizos como: la sangre, los órganos, proteínas, enzimas, hormonas, anticuerpos, material genético, etc.; y recuerda que la novedad no consiste en que estas partes o al cuerpo humano se le haya colocado un precio (como con la esclavitud o cuando se vendía orina para extraer el amoníaco natural), sino en los múltiples empleos que se les puede dar en la actualidad con el avance de la ciencia y tecnología. Sin embargo, resalta dicha autora que las normas o reglas en estos supuestos no pueden provenir de los mecanismos del mercado, ni pueden estas partes ser tratadas como simples mercaderías. Se justifica un serio control para evitar el abuso que a veces se hace de las diferentes partes del cuerpo, por razones socioeconómicas, humanas y culturales. Debe tenerse en cuenta, que es necesario tratar al cuerpo y sus partes (aunque no sean estas últimas en sí mismas la persona), para garantizar la integridad y la libertad del individuo. Por el contrario, autores como Tristram Engelhardt[346] se pronuncian en contra de los principios permisivos.

Específicamente respecto del objeto de los derechos reales, parte de la doctrina nacional como, María Florencia Franchini y Pablo María Corna, se enrolan en una postura permisiva al sostener que: "los órganos y el material anatómico para la implantación de los mismos (…) y los tejidos y materiales anatómicos naturalmente renovables y separables – y separados- del cuerpo humano, constituyen cosas (…) y por lo tanto, pueden ser objeto de los derechos reales".

Para dichas autoras, el cadáver es una cosa de tráfico restringido y de inalienabilidad relativa y, las partes renovables y aun las no renovables no son cosas, sin embargo, consideran que pueden ser objeto de los derechos reales si están separadas del cuerpo. Acotan dichas doctrinarias, que pueden ser reivindicadas mientras estén separadas del cuerpo, y que los objetos no son los lícitos o ilícitos, sino los actos que se puedan hacer con ellos[347].

Debe tenerse en cuenta, que existe una regulación o estatuto específico sobre estas partes del cuerpo, y por lo tanto, la autonomía de la voluntad no es absoluta, teniéndose que revisar la legislación que en el caso se aplica. Así, la ley 24.193 que regula la ablación de órganos y tejidos para su implantación de cadáveres humanos a seres humanos y entre e seres humanos, pero exceptúa de la aplicación de dicha ley a ciertos tejidos y prácticas en sus arts 1 y 2..

---

[346] TRISTRAM ENGELHARDT, H, Il corpo in vendita: dilemmi morali della secolarizzazione, en RODOTÁ (dir.), *Questioni di bioética*, p. 132., citado por KEMELMAJER, A.,(2005), en *Código Civil y Leyes complementarias, comentado, anotado y concordado* dirigido por Zannoni, T. 10, comentario al art. 2311, Bs As: Editorial Astrea., p. 23.

[347] FRANCHINI, M. F. y CORNA, P. M. (20 al 22 de septiembre de 2001). *El objeto de los derechos reales*. [Ponencia]. XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, p. 1. Admiten que dichas cosas tienen un valor pero no pecuniario, porque la misma ley les ha privado de tal carácter y las colocan fuera del comercio por razones morales. Expresan que la circunstancia que una cosa esté o no fuera del comercio, no impide que las mismas puedan ser objeto de ciertos actos jurídicos (como la locación y el comodato), si no son nocivas al bien público.

Según la Real Academia Española, ablación es: med. La "extirpación de cualquier parte del cuerpo"… y en derecho también se utiliza el término para referirse al "sacrificio o menoscabo de un derecho". Aunque muchos ordenamientos, nombran al que entrega una parte del cuerpo como donante o cedente, ello ha sido criticado, porque se trata de un acto personalísimo y lo dado son cosas extra-comercio[348], por eso el art. 14 de LTO habla de "dador". Se utiliza el término disponer, tanto en el art. 17 de la CCC como en el art. 18 de dicha ley, pero no en el sentido comercial. Y claramente el art. 27 de dicha ley prohíbe en el inciso f "toda contraprestación u otro beneficio por la dación de órganos o materiales anatómicos, en vida o para después de la muerte, y la intermediación con fines de lucro"[349], es decir que prohíbe la venta; y en el inc. g) la inducción y coacción para obtener el consentimiento del dador.

Es que la ley resguarda que exista un verdadero consentimiento libre del titular para dar los órganos[350] (ver art. 15) y que no reciba contraprestación que en cierta manera pueda incidir en personas necesitadas[351]. En esta línea, se respeta el consentimiento en todo momento, el que puede ser revocado (art. 15 in fine), por eso no es ejecutable el acto por el cual se enajena una parte del cuerpo. De ello se deriva que el arrepentimiento no conlleva consecuencias jurídicas, no obstante la tendencia contraria mencionada por Gastaldi[352].

No quedan comprendidos en el ámbito de aplicación de esta ley "los materiales anatómicos y tejidos naturalmente renovables y separables del cuerpo humano", como la leche de la madre, el cabello, la sangre, etc.; "salvo que el tratamiento fuera de médula ósea". Pero ello no significa que su venta esté permitida, hay que analizar el ordenamiento en cada caso. Así por ejemplo la comercialización de la sangre se encuentra también prohibida por la ley 22.990 con sus modificaciones (art. 4 y concs.)[353].

---

[348] MARIANI DE VIDAL, M. (1998). *Curso de derechos reales*, t. I. Bs. As.: Ed. Zavalía, p. 42, quien cita a LÓPEZ ZAVALÍA en apoyo de dicha postura. CIFUENTES, S. (1993). Trasplantes de órganos in vivo. Otra oportunidad perdida. *E.D.*, 153-891, y (Ver KEMELMAJER, A (2015) comentario al art. 2311 En ZANNONI (dir). Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado, t.10, Bs. As: Ed. Astrea, &10, p. 755.

[349] Ver BUERES, A., RIVERA, J. (1984) Dación de órganos entre vivos. ¿Interpretación o apartamiento de la ley?, en *LL*, supl. del 27-3-84; LEONFANTI, M. A. (1997). Trasplantes de órganos humanos. *LL*-1997-C-796. No existe prácticamente discrepancia en el derecho comparado al respecto.

[350] ORGAZ, A. (1946). *Derecho Civil argentino. Personas individuales*. Bs. As.: Depalma, p. 125, MARTINEZ, M., estudio en *La Ley*-133-1031.

[351] Ver fallo de la CSJN, en el caso: "S. y D., C", sentencia del 6/11/80, LL-1981-A-397, conforme lo dispuesto por la ley 21.541 antes de la reforma de la ley 23.464, en contra de la postura de la CNCiv., sala A, el 4-9-80. Debe tenerse en cuenta que conf. el art. 13 por la ley 23.464 el consentimiento no puede ser suplido, ni complementado.

[352] GASTALDI, J. M. (1993). Contratos relativos a la persona y a su cuerpo, en *Temas de derecho privado*, IV, Separata de la Revista del Notariado. Bs. As.: Colegio de Escribanos de la Capital Federal. p. 54.

[353] Esta ley en principio prohíbe la comercialización y otros actos de de aprovechamiento de la sangre, salvo en los casos de excepción que se contemplan en la ley en los artículos 4, 8, 23, 52 y 53, especialmente.

Debe advertirse, que el Código Civil y Comercial vigente regula los actos de disposición sobre el propio cuerpo en el art. 56, estableciendo que están prohibidos los que "ocasionen una disminución permanente de su integridad o resulten contrarios a la ley, la moral o las buenas costumbres, excepto que sean requeridos para el mejoramiento de la salud de la persona y excepcionalmente de otra persona, de conformidad a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico". Aclara, que la ablación se rige por la ley especial y que el consentimiento para los actos no comprendidos en la prohibición establecida en el primer párrafo, no puede ser suplido y es libremente revocable.

Por otro lado, el art. 58 del CCC establece cuáles son las condiciones para que pueda realizarse una investigación en seres humanos.

También se distingue entre la disponibilidad cadavérica, en la que la voluntad puede ser expresada por personas distintas al difunto si el deceso ya se produjo, en caso de silencio (pariente o el juez según el supuesto conf. arts. 21 y 22 de la ley 24.193 modificada por la ley 26.066); y la de las partes no renovables del cuerpo vivo.

Adviértase, que en la doctrina y derecho comparado no existen discrepancias acerca de que todos los actos de dación de órganos no regenerables deban ser absolutamente gratuitos[354], pero además no deberían causar disminución permanente de la integridad física.

Entonces, es claro que no se puede hablar de apreciación pecuniaria de dichos bienes o de que los mismos tengan valor comercial como lo dice el art. 17 de la CCC; pero la violación de estos derechos personales puede dar lugar a la reparación que constituye un bien, es decir pueden ser la causa de la existencia de un bien o crédito. Así por ejemplo, si se los menoscaba, puede solicitarse una indemnización. Explicaba didácticamente Vélez que: "el que hace cesión de sus bienes a sus acreedores, no comprenden en la cesión, ni su libertad, ni sus facultades personales. El poder jurídico que se puede tener sobre una persona y los derechos que de él le resulten no son bienes, aunque las ventajas que obtenga, den nacimiento a bienes" (como la inteligencia, el trabajo). Sin embargo, luego pareciendo tomar un concepto más amplio de valor o de bien, cita que en la "jurisprudencia sólo se considera bien, lo que puede servir al hombre, lo que puede emplear éste en satisfacer sus necesidades, lo que pueda servir para sus usos o placeres, lo que puede en fin entrar en su patrimonio para aumentarlo o enriquecerlo, aunque consista en un mero derecho, como un usufructo, un crédito". Y en este último sentido, parece que podría considerarse que el pelo, la sangre y hasta cualquier otro órgano separado del cuerpo

[354] Ver BUERES, A., RIVERA, J. (1984) Dación de órganos entre vivos. Interpretación o apartamiento de la ley; *LL*, supl. del 27-3-84; LEONFANTI, M. A. (1997). Trasplantes de órganos humanos. *LL*-1997-C-796.

puede servir hombre para satisfacer sus necesidades, por eso hay que analizar si alguna norma deniegua la posibilidad de comercializarlos, para evitar que se menoscabe a la persona.

Se ha entendido, que cuando existe entrega voluntaria de un órgano por extracción o ablación, en principio las cosas que surgen de dicho acto no son del que practica la intervención, sino del sujeto del que provienen[355]. Por eso hoy se hace firmar al paciente una convención, en el que se autoriza la utilización de parte del material biológico extraído, sin embargo para muchos autores, esto no trasmite la propiedad plena de dichas cosas. La cuestión planteada en el fallo forma parte del gran debate filosófico, en torno a si somos o no propietarios de nuestro cuerpo, que repercute en el tema que se aborda. Lo que ya Kant negaba con estas palabras; "El cuerpo constituye la condición absoluta de la vida, a tal punto que no podemos tener idea de otra vida sino mediante nuestro cuerpo y no podemos usar de nuestra libertad sino sirviéndonos de nuestro cuerpo. El hombre no es una propiedad de sí mismo, esto sería contradictorio"[356].

Por otro lado, se encuentran aquellas cosas que se introducen en el cuerpo humano como los marcapasos, las dentaduras, etc., las que se han considerado que sólo pueden ser calificados cosas, si su separación no produce lesiónal organismo[357]. Kiper entiende que, las partes artificiales dejan de ser cosas cuando se introducen en el cuerpo y se transforman en bienes personalísimos[358].

Con relación a los desechos hospitalarios, y partes del cuerpo, como el material proveniente de ablaciones, cordón umbilical, amputaciones, etc., las opiniones no coinciden y existen fallos extranjeros en los que se ha considerado que pueden ser objeto de propiedad[359].

6.1. El embrión:

Según la real academia española es: "1.m. Ser vivo en las primeras etapas de su desarrollo, desde la fecundación hasta que el organismo adquiere las características morfológicas de la especie. 2.m. En la especie humana, producto de la concepción…".

Vélez en el artículo 70 del CCl, establecía que desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas. Gran parte de los científicos han señalado que no se puede hablar con precisión, ni discusiones de embrión y de pre-embrión, tampoco parece

---

[355] KEMELMAJER, A, (2005), en *Código Civil y Leyes complementarias, comentado, anotado y concordado* dirigido por Zannoni, T. 10, comentario al art. 2311, Bs As: Editorial Astrea, p. 24..

[356] BERLINGUER, Il corpo come merce o me valore, en *RODOTA* (dir), "Questioni de Bioética", B.Milán, p. 87.

[357] MARIANI DE VIDAL, M. (1998). *Curso de derechos reales*, t. I. Bs. As.: Ed. Zavalía, p. 44. LÓPEZ DE ZAVALÍA, F. (1989). *Derechos reales*, 1, Bs. As.: Ed. Zavalía,p. 25.

[358] KIPER, C. (2016). *Tratado de derechos reales, Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.994*. T.I. Santa Fe: Rubinzal- Culzoni, p. 29.

[359] Para profundizar sobre el tema y debido a que escapa del objeto de esta tesis, ver KEMELMAJER, A, (2005), en *Código Civil y Leyes complementarias, comentado, anotado y concordado* dirigido por Zannoni, T. 10, comentario al art. 2311, Buenos Aires: Editorial Astrea, p. 26 y 27.

decisivo para todos, que el embrión esté o no implantado[360]. Y ante la duda muchos juristas, han considerado que se deben resguardar el derecho primordial de la vida, en virtud del principio pro homine, rector de todo el derecho internacional[361]. Debe tomarse en cuenta que desde que se fecundó el óvulo, se forma el huevo o cigota, y se multiplican y desarrollan las células de manera ininterrumpida hasta la muerte. No obstante, no se puede dejar de mencionar que existen posturas doctrinarias que intentan encontrar como momento en que comienza la existencia de la persona, la implantación[362], los tres meses, los seis meses, etc.

En nuestro derecho en virtud del artículo 19 del CCC que dispone que: "la existencia de la persona humana comienza con la concepción[363]", se puede deducir que el embrión que en este momento se forma es persona, y por lo tanto no podría ser objeto de derechos reales[364]. Tampoco puede equipararse a una parte del cuerpo de la madre, porque tiene individualidad propia, su propio ADN, su propia carga genética, etc.. No se puede negar que es un ser vivo, que no es mineral, ni vegetal, ni animal, sino humano, y como ser humano es persona[365].

En materia de derechos reales, los autores sólo mencionan el problema y la polémica que divide a juristas, religiosos, filósofos, médicos, biólogos, etc. Y señalan que por un lado están, los que consideran que el embrión es una cosa (común o digna de protección especial) y los que no, con las distintas y obvias consecuencias que se derivan de cada postura"[366].

---

[360] LAMM, E. (2015). El status del embrión in vitro y su impacto en las técnicas de reproducción humana asistida. Aclarando conceptos para garantizar derechos humanos. Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Familia. Filiación y Responsabilidad parental, *La Ley*, 43, cita online: AR/DOC/1297/2015; considera por el contrario que el embrión no implantado no es persona jurídicamente hablando, ni cosa, sino que lo considera como parte separada del cuerpo que se encuentra fuera del comercio (art.17 del CCC) y puede protegerse por leyes.

[361] ÁBALOS, G. (2017), en Conferencia dada en el marco de la Diplomatura de Código Civil y Comercial. Ley 26994., organizada por la Facultad de Derecho de la UN de Cuyo. En el mismo sentido, la Academia Nacional de Derecho en la semana del día del niño por nacer ha declarado que el derecho a la vida se tiene desde el momento de la concepción, se encuentra implícitamente protegido por el art. 33 de la CN y ha sido consagrado de modo explícito en varias constituciones provinciales. Se halla también amparado por el art. 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada por la ley 23.054, en los artículos 1 y 6.1 de la Convención sobre Derechos del Niño con la reserva que formuló el art. 2 de la ley 23.849. etc.

[362] Como lo establecía el proyecto de Código Civil y Comercial 2012, en su redacción original.

[363] Mientras que la mayoría entiende que el término concepción es igual a fecundación, y esa parece haber sido la idea del legislador cuando modificó la versión original del proyecto del 2012; sin embargo, autores como Eleonora LAMM, siguen interpretando que fecundación es igual a implantación- Ver LAMM, E., cita online: AR/DOC/1297/2015, en forma coincidente con fallo de la CIDH en el fallo: Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica, sentencia de 28 de noviembre de 2012 y antes de este evento no procede aplicar el art. 4 de la C. Americana.

[364] En la Sentencia No. 2000-02306 de 15 de marzo de 2000 emitida por la Sala Constitucional de la CSJ de Costa Rica, Expte.. No. 95-001734-007-CO (expte. de anexos al informe, tomo I, folios 88, 90), relativa a la Fecundación in Vitro se dijo al respecto que: "El embrión humano es persona desde el momento de la concepción (o fecundación), por lo que no puede ser tratado como objeto, para fines de investigación, ser sometido a procesos de selección, conservado en congelación", ni tampoco expuesto a un riesgo desproporcionado de muerte.

[365] OEA. (1978). Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 1.2.

[366]KIPER, C. (2016). *Tratado de derechos reales, Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.994*. T.I. Santa Fe: Rubinzal- Culzoni, p. 31.

6.2.El genoma humano:

En los países desarrollados, en virtud de los descubrimientos sobre el genoma humano y dada su significación económica, los mismos son patentados Específicamente en Europa, luego de una ardua discusión que duró diez años, hasta 1.998, se dictó la directiva europea 98/44 que acepta la patentabilidad del genoma humano, con restricciones. Pero se prohíbe tajantemente, que el cuerpo humano en los distintos estadios de su constitución y desarrollo pueda constituir una invención patentable (art. 5°, ap. 1)[367]. No obstante el tema ha continuado siendo objeto de numerosas discusiones éticas y mercantilistas[368].

Son calificado de contrarios al orden público o a la moralidad y, por lo tanto no patentables, los procedimientos de clonación de seres humanos, los de modificación de la identidad genética germinal del ser humano y la utilización de embriones humanos con fines industriales y comerciales (art. 6 de la directiva).

6.3.El cadáver:

Sobre la naturaleza jurídica del cadáver existen muchas teorías. Las que afirman que es una cosa, las que sostienen que es una semi-persona o persona residual, negándole el carácter de cosa; hasta las que sostienen que es una persona. Pero todas coinciden en que no es una nada jurídica.

Y aun las posturas que parecen antagónicas; sin embargo en los casos concretos, coinciden en las soluciones que brindan. Especialmente porque la que sostiene que es cosa, admite que por motivos de moralidad pública o porque los restos conllevan la memoria del difunto, deben limitarse los actos que pueden tener por objeto un cadáver. Además ambas posiciones terminan solucionando los casos aplicando los principios generales del derecho[369].

Respecto de los derechos reales, existen pronunciamientos contundentes de nuestra jurisprudencia, que han afirmado que: "en razón de la especial naturaleza jurídica de los cadáveres, no es posible aplicarles las normas comunes sobre posesión y propiedad, pues no

[367] En los considerandos vigésimo y vigésimo primero de la directiva se expresa que: es posible que un elemento del cuerpo forme parte de un producto que pueda ampararse en la protección de una patente, pero no que tal elemento, conf. el art. 5, ap. 3 de la directiva. Por ejemplo: una secuencia del A.D.N., como tal, no es patentable.

[368] Ver LEONOR, N. (1997). Unesco´s Univesal Declaration on de Human Genome and Human Rights. *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n°9, p. 93, de la misma autora. Autora citada por KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., (2005), en *Código Civil y Leyes complementarias, comentado, anotado y concordado* dirigido por ZANNONI, T. 10, comentario al art. 2311, Buenos Aires: Editorial Astrea, p. 31. Ver también Núñez, J. (2002). La protección de los microorganismos en la ley argentina de patente. *J.A*.-2.002-I- 1.089.

[369] Por eso, se ha considerado nulo el contrato por el cual los herederos venden el cadáver a un tercero y se ha entendido que salvo una voluntad contraria, el Estado no puede apropiarse de las partes del cuerpo, aunque éste ya sea un cadáver.

Los argumentos de la posición que no lo consideraba cosa se basaba estando vigente el Código de Vélez, entre otros argumentos, en que pre-vive en el cadáver la memora del difunto, en que el único destino del mismo es el funerario, en que carece de valor económico, y en que poner precio a un cadáver violaba el art. 953 del CC.

constituyen una cosa en el sentido legal de la palabra; pero tampoco son sujetos de derecho; consecuentemente, los conflictos no pueden ser resueltos con las normas legales sobre las cosas, sino conforme con los principios generales del derecho"[370].

Actualmente autores como Kiper[371], entienden que es indudable que el cadáver es una cosa sin valor económico; aunque excepcionalmente puede tenerlo cuando por ejemplo: se adquieren huesos o partes en un museo o facultad de medicina. Dicho autor considera inaceptable sostener que se trata de un resto de personalidad o de una semi-persona, porque la persona humana jurídicamente hablando, termina con su muerte (art. 93 del CCC)[372]. Sin embargo, resalta que debe respetarse la memoria de la persona, por lo que entiende muy limitados los actos jurídicos que puedan celebrarse sobre el mismo.

Por otro lado, el art. 61 del CCC con respecto a las exequias expresa que: "la persona plenamente capaz puede disponer, por cualquier forma, modo y circunstancia de ellas e inhumación, así como dación de todo o parte del mismo, con fines terapéuticos, científicos, pedagógicos o de índole similar. Sin embargo, si la voluntad del fallecido no ha sido expresada o ésta no es presumida, corresponde al cónyuge, conviviente o en sus defectos a los parientes según el orden sucesorio, quienes no pueden dar al cadáver un destino diferente al que habría dado el difunto de haber podido expresar su voluntad".

A pesar que estos temas en particular ameritan un estudio más profundizado, como no se refieren al espacio aéreo inmobiliario o a los derechos, solo se presenta este esbozo de la cuestión, para tener en cuenta el panorama global de la problemática del objeto de los derechos reales, y como los avances tecnológicos pueden incidir en lo que se puede llegar a considerar su objeto o no.

7. El espacio aéreo inmobiliario:

Cabe precisar que cuando se hace referencia en este trabajo al espacio, se toma al término, no en la acepción abstracta o como concepto de relación, sino como el volumen preciso que integra un inmueble y que se ubica sobre la superficie terrestre, delimitado por líneas

[370] Ver CNCiv., Sala A 18/9/69, E.D. 28-709; LL 136-605, y J.A. 4-1.969-358, íd. Sala F, 27/2/69, J.A. 4-1.969-354 y E.D. 28-692. C 1° Civ. y Com. M Plata, Sala I, 9/3/99, E.D., 187-145, J.A. 1.999-III-592 y LLBA, 1.999-824. CNCiv., Sala E, 4/4/01, LL, 2.001-F-6. Y J.A., 2.001-IV-685. CNCiv., Sala I, 29/6/99, LL, 1.999-E-248 y E.D. 186-389. La tesis que le niega el carácter de cosa en el ámbito penal, ha llevado a negar el carácter de hurto a la sustracción de cadáveres de los cementerios, ante la carencia de normas específicas.

[371] KIPER, C. (2016). *Tratado de derechos reales, Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.994*. T.I. Santa Fe: Rubinzal- Culzoni, p. 30.

[372] Para ampliar, ver REY DE RINESSI, R. (2005). *Cementerios privados. Concepto - Régimen a aplicar a los restos mortales, DPyC-Contratos de servicios* II, Santa Fe: Rubinzal Culzoni. Rev.Nº:2, p. 205.

imaginarias que pueden estar materializadas en parte por paredes, cercos o no. Es decir, que se hace referencia al volumen que se ubica sobre suelo de un determinado inmueble. Un inmueble específico abarca generalmente espacio aéreo (compuesto de materia especialmente gaseosa), terrestre (compuesto de tierra) y muchas veces también acuático (compuesto de agua).

La pregunta que surge, al respecto es si puede considerarse al espacio aéreo inmobiliario como objeto de los derechos reales junto con el suelo o espacio terrestre y si puede considerarse al espacio aéreo objeto de un derecho real, separado del suelo.

El punto por ser medular para el desarrollo de esta tesis se trata detenida y analíticamente, en el capítulo siguiente.

CAPÍTULO V:

EL ESPACIO Y LOS DERECHOS

1. Espacio aéreo inmobiliario:

Como ya se adelantó se analiza en este capítulo, uno de los temas centrales de esta tesis, que consiste en discernir si el espacio aéreo inmobiliario, puede o no ser objeto de los derechos reales.

Para ello se comienza analizando qué se entiende por espacio, su relación con el dominio del suelo y la circulación aérea, su diferencia con el aire, doctrina y jurisprudencia administrativa, para luego deducir si éste puede ser objeto de los derechos, y de derechos reales y cómo puede serlo**.**

1.1. Conceptualización de espacio:

Según el Diccionario de la Real Academia Española, el término espacio (del latín spatium) tiene muchas acepciones:

"1. m. Continente de todos los objetos sensibles que existen.

2. Parte de este continente que ocupa cada objeto sensible.

3. Capacidad de terreno, sitio o lugar.

4. Transcurso de tiempo.

5. Tardanza, lentitud.

6. Distancia entre dos cuerpos o sucesos.

7. ant. Recreo, diversión.

8. Ast. Lugar descampado.

9. Impr. Pieza de metal que sirve para separar las palabras o poner mayor distancia entre las letras.

10. Mat. Conjunto de entes entre los que se establecen ciertos postulados.

11. Mat. v. geometría del espacio.

12. Mec. Distancia recorrida por un móvil en cierto tiempo.

13. Mús. Separación que hay entre las rayas del pentagrama.

- exterior. El espacio cósmico que se encuentra más allá de la atmósfera terrestre.

- muerto. Fort. En las fortificaciones, el que, no siendo visto por los defensores, no puede ser batido por los fuegos de estos, y, por tanto, queda indefenso.

- planetario. Astron. El que ocupan los planos de las órbitas de los planetas en su movimiento alrededor del Sol.

-sidéreo. Astron. El situado más allá de los límites de la atmósfera terrestre. Dícese también el espacio.

-vital. Ámbito territorial que necesiten las colectividades y los pueblos para desarrollarse.

- espacios imaginarios. Mundo irreal, fingido por la fantasía,

Por otro lado, el diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales dice que espacio es: "continente de cuanto existe. Parte del espacio general que ocupa un cuerpo en su extensión y volumen. Dimensión o capacidad de un terreno, edificio u otra cosa. Transcurso de tiempo. Lapso. Y luego espacio territorial nos remite a dominio aéreo que se conceptualiza de la siguiente manera: es el que ejerce el Estado en el espacio aéreo que se prolonga verticalmente sobre su territorio o, mejor dicho, sobre sus dominios terrestre y acuático..."[373].

En filosofía se ha dicho que espacio y tiempo son categorías del ser. Pero también por otro lado, para la mayoría de los filósofos, el espacio existe, es decir es un ser, aunque para algunos es una realidad ideal y para otros es una realidad material, porque resulta perceptible por los sentidos y es mensurable.

Siguiendo a Ferrater Mora, los filósofos apuntan que: "tanto los átomos como el vacío existen, ya que de otra suerte no podría haber movimiento, pero son dos distintas formas de existencia..." Demócrito: "El espacio puede considerarse como un receptáculo puro…"Platón:"…En parte las cosas están hechas, según Aristóteles, de espacio… y también define al espacio como lugar". Teofrasto "…considera al espacio como algo definido mediante la posición y orden de los cuerpos…". Plotino, concibiendo el espacio como lugar, dice que éste "es una realidad incorpórea". En varias interpretaciones filosóficas el espacio aparece como "una realidad sustancial" o, como Kant dirá luego, como "cosa en sí". Las interpretaciones modernas se pueden clasificar en empiristas (especialmente filósofos insulares, ingleses e irlandeses) y en racionalistas (especialmente sostenida por filósofos continentales). Por ejemplo, podemos citar la teoría de Locke como empirista. Éste se interesa sobre todo por el problema del origen de la idea del espacio, ésta es obtenida por medio de la vista y del tacto. Las ideas de Locke al respecto tienen una consecuencia: que aunque la noción de espacio tiene origen empírico, el espacio es concebido "como algo en sí". Ahora, si el espacio no puede ser percibido, ello no significa que sea una ilusión; el espacio es una realidad o mejor dicho una idea real, el espacio existe. La interpretación más corriente de la concepción de Newton sobre el espacio es la que lo considera como cosa, entidad o realidad absoluta, independiente en principio de los objetos situados en él y de sus movimientos. Clarke sostiene que "el espacio es real, no se halla limitado por los cuerpos, sino que existe igualmente dentro de los cuerpos y sin ellos", mientras que Leibniz considera que es una cosa ideal. Según Heidegger, el espacio no está en el sujeto, como afirma el idealismo, ni el mundo está en el espacio, como sostenía el realismo, sino más bien el espacio está en el mundo, por cuanto es el ser-en-el-mundo de la

[373] OSSORIO, M. (1982). Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Buenos Aires: Ed. Heliasta S.R.L. p. 292.

existencia el que ha dejado "franco" el espacio. Tales posiciones pueden distribuirse entonces en dos grupos: unas en las cuales el problema del espacio está estudiado con relación al sujeto, y otras en las cuales el espacio está considerado en sí mismo[374].

Además, es errado decir que lo que da utilidad al espacio es la posibilidad de ejercitar el derecho de propiedad sobre el suelo. Piénsese en la aeronavegación, en la construcción de puentes en altura. Por otro lado, también se ha afirmado que lo que da utilidad al suelo es el espacio. Así el insigne jurista Salvat ha afirmado al respecto que: "la propiedad del espacio se ha considerado indispensable como medio de asegurar la eficacia práctica de la propiedad de la superficie" [375] ; y por lo tanto, utilizando ese mismo razonamiento se podría llegar al absurdo de afirmar que el suelo no es un bien porque lo que le da utilidad es el espacio y, en consecuencia, no puede ser objeto de los derechos reales. Lo cierto es que tanto el espacio como el suelo son bienes útiles para el hombre y, unidos dan una mayor o completa utilidad.

Como se puede observar, el término espacio tiene muchas acepciones, pero a los fines de este trabajo no nos referiremos al espacio como categoría, es decir como un concepto o noción pura o abstracta del pensamiento, a las que se refiere Kant o Aristóteles. Este último nombra por ejemplo al espacio o lugar junto con la sustancia (que es una realidad material)[376] como categorías entre otras que menciona. La acepción que tomamos en esta tesis es la exterior, astronómica o vital, porque nos referimos al espacio aéreo inmobiliario como un volumen determinado, que se ubica sobre el suelo, entre las líneas imaginarias que se prolongan de manera oblicua desde el centro de la tierra hasta el espacio aéreo, pasando por el perímetro o los límites de un inmueble, hasta la medida de lo aprovechable por el hombre. Es decir, que se trata del espacio al que se refiere el art. 1945 segundo párrafo del CCC, cuando dispone la extensión del dominio inmobiliario.

Lo cierto es, que si uno se refiere sólo al espacio inmobiliario con separación del suelo y subsuelo, éste en principio parece no ser una cosa (para nuestra legislación), porque no está

---

[374] Ver FERRATER MORA, J. (1965) *Diccionario de Filosofía*, t I A-K, Bs. As.: Editorial Sudamericana, voz "espacio".

[375] A continuación, cuando habla de la extensión del espacio aéreo, nos dice que "la doctrina moderna restringe la propiedad del espacio aéreo, en la medida del interés legítimo del propietario, es decir, en la medida que le sea necesario para asegurar el goce efectivo de la propiedad de la superficie" Es decir, de dicho texto podría deducirse que la doctrina moderna considera objeto del derecho de dominio el suelo y el espacio sobre éste (necesario para ejercer el derecho sobre el suelo)."Cuando el propietario extrae o puede extraer del espacio aéreo o del subsuelo alguna utilidad concreta, nadie puede privarlo de ella, pues su interés práctico merece la tutela de la ley..." Conf. De RUGGIERO, R. (1929). *Instituciones de derecho civil*. Madrid: Reus, s/f, t. I, pp. 539-40, citado por SALVAT, R., *Tratado de derecho civil argentino. Derechos reales*. Bs. As.: TEA, 4ª ed., t. III

[376] Adviértase, que la filosofía haya considerado que la sustancia es una categoría del pensamiento, no implica que ello sea un obstáculo para que se la considere posible objeto de derechos. Ver ARISTÓTELES, (1964) *Metafísica.* (F. Smaranch, Trad.) Madrid: Ed. Aguilar, pp. 233 a 255. Ver KANT, I. (1970). *Crítica de la Razón Pura*. (segunda ed.). (J. Bergua, Trad.) Madrid: Ed. Clásicos Bergua, p.353.

compuesto de materia. Pero sí, se lo puede detectar como un objeto que el hombre valora, algo susceptible de apreciación económica, más hoy en día. Se puede advertir por ejemplo, en el derecho de superficie, cuando éste recae sobre el subsuelo, que lo que se valora generalmente, no es la tierra (materia) que se encuentra en el subsuelo, sino el espacio o lugar subterráneo que se obtiene luego de sacar la tierra, para construir por ejemplo, las cocheras. En Suecia por ejemplo, los bancos y otras instituciones de crédito, le han atribuido gran importancia a volúmenes en propiedad como objetos de hipoteca[377].

Por supuesto que salvo para el caso de aeronavegación, el espacio por sí solo en general actualmente, no satisface las necesidades del hombre, pues siempre se necesita por el principio de gravedad, de un terreno para hundir los cimientos de la construcción o para que penetren las raíces de lo plantado, etc. Es decir, un punto de apoyo.

La doctrina aeronáutica, desde otro punto de vista, también advierte el gran tema de la propiedad del espacio aéreo, cuando vislumbra que: "el espacio aéreo constituye un volumen de aire y agrega que "según que ese volumen de aire esté situado sobre un Estado o sobre el mar libre, podremos decir que se trata del espacio aéreo nacional o del espacio aéreo del mar libre. Tendríamos así, una primera clasificación. Pero también podemos estudiar a este espacio aéreo con referencia a los propietarios en la superficie, con lo que tendremos abierto un camino de investigación respecto al espacio aéreo y el derecho de propiedad" [378].

Y se aclara que cuando se habla del espacio aéreo como concepto jurídico, se dice que se hace referencia entonces a "un ámbito susceptible de apropiación, que puede ser delimitado y sobre el cual el hombre y los Estados pueden ejercer derechos". Entonces, este ámbito delimitado susceptible de apropiación y sobre el cual, tanto el particular como el Estado pueden disponer jurídica o materialmente: construyendo, ocupándolo o simplemente ejerciendo sus derechos según el caso, si bien no se vislumbra en principio como cosa, sí se lo podría calificar como bien (art. 16 CCC), porque es un objeto susceptible de valor.

1.2. Espacio aéreo, dominio suelo y circulación aérea:

Para la concepción individualista del siglo XIX, el dominio se extendía al subsuelo y al espacio aéreo sin límite.

Ferrer dice que: "en la primacía de este derecho sobre la circulación aérea se buscaron, desde el Derecho Romano hasta las normas entonces imperantes del Derecho Civil, los argumentos limitativos a la actividad aeronáutica. Y se trajo, por tanto, al terreno de la discusión

[377] AMEIJENDA, A. (1996), "La utilización tridimensional de inmuebles en España", trabajo de fin de carrera de La Escuela Técnica Superior de Estocolmo. Suecia. Recuperado en http://antonio.nu/exjobb/tesina.htm.
[378] FERRER (h), M., A. (1976). *Derecho Espacial*. Bs. As.: Plus Ultra. p. 86.

la vieja máxima romana de que la propiedad se extendía *"...usque ad coelum et usque ad inferni*", que, "que se atribuyó a Accurcio, el célebre doctor de Bolonia en el siglo XIII".[379]

Josserand con su postura finalista, considera desprovista de todo fundamento la protección de los propietarios de extender a la atmósfera su dominio sin límites, y la califica como irrisoria y antijurídica; hace, a propósito de esto, una comparación con la situación de los propietarios ribereños, vecinos del mar, y dice que a aquellos cuyos fundos son bañados por el Atlántico o el Mediterráneo, jamás se les ha ocurrido extender su dominio horizontalmente hasta la orilla opuesta. Manifiesta que la propiedad implica contornos definidos y un asiento preciso; nadie puede pretenderse propietario de la inmensidad, puesto que no podría ejercer sobre ella un dominio efectivo, ni jalonarla con mojones precisos; un derecho de propiedad de objeto indefinido es una monstruosidad jurídica, una contradicción consigo mismo.

Por eso considera que: "es indispensable limitar la propiedad sobre el espacio aéreo cuantitativa como cualitativamente; en el primer sentido, la limitación surgirá de los reglamentos que fijarán el punto a partir del cual expira el dominio del propietario". Explica que, el texto del artículo que se refiere a que el dominio del suelo comprende o se extiende al espacio ubicado encima, por el pensamiento y la intención del propio legislador, que resultan perfectamente aclarados por el párrafo siguiente que se refiere "a construcciones y plantaciones, está indicando bien claramente que son esas facultades de plantar y edificar las que, esencialmente, han sido tenidas en cuenta" y que por esto con el espacio necesario para ellas queda cumplida su finalidad, sin que sea necesario extender hasta los cielos su derecho. En cuanto a la limitación cualitativa, expresa que: "es precisamente donde encuentra aplicación la doctrina del abuso del derecho, ya que esa limitación se refiere a los móviles que impulsan al propietario en su conducta; el ejercicio de un derecho no puede tener lugar con intención de perjudicar, puesto que, o ese ejercicio es legítimo o resulta malicioso, y en tal caso deja de ser tal"[380]. Debe advertirse al respecto, que en caso que se ejerciera con una intención de perjudicar sería ilícito por contrariar una norma, como la que prohíbe contaminar el aire por ejemplo, o abusivo si no obstante no ir contra una norma expresa, se ejerce contrariando lo fines del ordenamiento jurídico, la buena fe, la moral o las buenas costumbres (art.10 del CCC).

En este sentido, antes de la sanción del Código Civil y Comercial vigente, Aldo Armando Cocca, refiriéndose al régimen del art. 2518 de nuestro Código Civil decía: "… por ello puede afirmarse, sin temor a equivocarse, que nuestro codificador no contempló otro problema

[379]FERRER (h), M., A. (1976). *Derecho Espacial*. Bs. As.: Plus Ultra, p. 91.
[380]Ver JOSSERAND, L. (1950). *Derecho Civil*. Trad. de Cunchillos y Manterolla, T. I, Vol. III. Bs. As. La postura de este autor es mencionada por FERRER (h), M., A. (1976). *Derecho Espacial*. Bs. As.: Plus Ultra. p. 87.

jurídico y, por tanto, que no atribuyó al propietario de un inmueble derecho de dominio sobre el espacio aéreo, más que el que sea necesario a aquél para hacer sus plantaciones o elevar sus edificios hasta una altura tal, cuanto lo permitiese la técnica de la construcción y lo hiciese posible la capacidad de resistencia de los materiales empleados…". Y más adelante, al hablar de las restricciones al dominio privado, impuestas por el interés público (art. 2611 CC derogado), incluye a la "aviación civil, comercial, militar, etc., la que, afirma, constituye un interés público"[381].

Esta cuestión de la limitación del dominio, trajo aparejada varias teorías que, siguiendo a Folchi, que estudia el derecho aeronáutico y que en principio en virtud de proteger la libre circulación aérea, intenta negar o limitar el derecho de propiedad privada sobre el mismo. Y son las siguientes:

a. Teoría de la facultad legal (Naquet); consagrada en el Código Civil de Napoleón, que se refiere a las cosas de índole material. Por lo que no quedaría comprendido el espacio aéreo. Y debido a que el dominio sólo puede ser ejercido sobre cosas, el dueño del suelo no tiene dominio sobre el espacio, sino una facultad legal de apropiación.

b. Teoría de la propiedad y posesión (Julliot y Saleilles); considera que el propietario del suelo también lo es del espacio hasta el infinito, pero no puede oponerse a su utilización, por quienes desarrollan la actividad aérea, ni a la ocupación del mismo por terceros, salvo en el sector del espacio cuya efectiva posesión se ejerce. Esto en nuestro derecho claramente no es así porque el dueño del suelo aunque no realice actos posesorios sobre el mismo y el inmueble no tenga mejoras, puede excluir las construcciones que avancen sobre su espacio aéreo inmobiliario.

c. Teoría de la servidumbre de paso (Hamel); que reconoce la existencia de una servidumbre de paso a favor de la circulación aérea, en base a que si bien el derecho del propietario no tiene límite en altura, ese derecho reconoce una servidumbre de paso en la forma y con las beneficios indicados, distinguiéndose de las otras servidumbres, en que no reconoce un fundo dominante, sino que se impone en interés de la circulación aérea.

d. Teoría del abuso del derecho; desarrollada por los tribunales franceses en 1913, basados en los fundamentos de Josserand. La misma se funda en el concepto de que el propietario no tiene un derecho de propiedad absoluto sobre el espacio aéreo, sino relativo y que el derecho debe ejercerse en sus justos límites y no abusivamente.

[381] COCCA, A., en su obra inédita *Restricciones que impone al derecho de dominio el vuelo de las aeronaves,* citado por FERRER (h), M., A. (1976). *Derecho Espacial*. Bs. As.: Plus Ultra, p. 94.

e. Teoría del espacio utilizable; fue sostenida por diversos doctrinarios, con variados matices y repercusión jurisprudencial, y que parece haber repercutido en la letra de nuestro art.1945, el que se refiere a aprovechable en vez de utilizable.

- Jammes y Merignhac: Son autores franceses que intentaron establecer una cantidad exacta de metros. Así consideraron que el dominio del propietario del suelo se extiende hasta una altura determinada, que respectivamente fijaban en 600 y 330 metros. Postura que no se comparte, porque hace necesaria una modificación legislativa, cada vez que por los avances tecnológicos, el espacio utilizable por los propietarios del suelo, sea mayor.

- Lalou, Khadr y Fragali entienden que la extensión material del dominio llega a la parte que efectivamente puede ser ocupada por el propietario. Similar criterio siguió la jurisprudencia francesa en varios fallos, así como la doctrina y jurisprudencia española. Este criterio más amplio y en potencial, resulta más ajustado y es el que parece también haberse recepcionado en el Código Civil y Comercial cuando en el art. 1945 expresa que: "el dominio de una cosa inmueble se extiende al subsuelo y al espacio aéreo en la medida que su aprovechamiento sea posible…".

- Zona de posesión efectiva: Esta es seguida por la jurisprudencia norteamericana, y que, conforme al sistema general del derecho anglosajón de resolver las cuestiones litigiosas que se presentan en base al principio del precedente jurisprudencial (*stare decisis*), es consecuencia de que los fallos han tenido en cuenta las circunstancias particulares de cada caso, a fin de resolver la porción del espacio utilizable por el propietario del suelo, sin fijar alturas determinadas, lo que difiere al espacio realmente utilizado. Folchi expresa que comparte la postura de Videla Escalada, que propicia la teoría del espacio utilizable, pero que luego lo lleva a la conclusión, de que el espacio aéreo no es susceptible de propiedad privada[382], y sostiene que: "en general y en cuanto al sector no sometido a ocupación por el propietario fundiario, el espacio aéreo es de utilización libre". Pero cabe observar que esta teoría, no justifica el derecho de exclusión que tiene el propietario del suelo de las construcciones, ramas[383] u otras inmisiones que ingresen en el espacio aéreo que se encuentra sobre su terreno. Ni el derecho a que se le pague el valor de la parte invadida del inmueble por el colindante (art. 1963 del CCC).

[382] FOLCHI. (2015). *Tratado de Derecho Aeronáutico y política aeronáutica civil*, T I, Bs. As.: Astrea. p. 146.
[383] Ilustrativamente, el art. 673 del Código Civil Francés dispone: "Si las ramas de los árboles, arbustos y arbolitos del vecino se extendieren sobre una heredad, tendrá el dueño de ésta derecho a reclamar que se corten. Los frutos caídos de estas ramas naturalmente le pertenecen. Si fueren las raíces, abrojos o ramitas las que se extendiesen en su heredad, podrá cortarlas por sí mismo del límite de la línea de separación. Y prosigue que estos derechos son imprescriptibles"- Recuperado de www.legifrancia.gouv.fr.

f. Teoría de la inexistencia de derecho del propietario del suelo, sobre el espacio aéreo (Mac Nair). Para este autor el dueño del suelo no posee derechos sobre el espacio aéreo y por tanto no puede oponerse al sobrevuelo de aeronaves por encima de su propiedad fundiaria, debido a que sólo tiene facultad para utilizar el espacio en la porción que sea necesaria para levantar plantaciones o construcciones, pero puede reclamar en su caso una justa indemnización si ese sobrevuelo le produce algún perjuicio.

g. Teoría de la interpretación y modificación de las disposiciones legales. Algunos autores han entendido que lo que debe hacerse con las disposiciones legales incorporadas a la legislación civil (como lo hizo la doctrina y jurisprudencia con el derogado art. 2518 del CCC, según lo pone de resalto Videla Escalada a pesar de señalar la intranquilidad que generaba), es interpretarlas correctamente (Berthelémy), a diferencia de otros que directamente propugnan su modificación (Henry-Couannier)[384].

En la actual redacción del Código, el art. 1945 referido a la extensión del dominio de un inmueble, se dispone que éste abarca el subsuelo y al espacio aéreo, en la medida que sea posible su aprovechamiento, y se agrega, salvo lo dispuesto en normas especiales; con lo reconoce de manera expresa la existencia de límites al dominio aéreo que puedan provenir de las normas que regulan la circulación aérea, como de otras leyes, lo que ya era admitido por la doctrina y jurisprudencia anterior sin discusión. La que se basaba en el art. 2611 del Código de Vélez que contemplaba la posibilidad de la existencia de restricciones y límites fundados en el interés público, que tuvieran como origen el derecho administrativo.

Actualmente el Código Civil y Comercial, contempla que las limitaciones al dominio en interés público, están regidas por el derecho administrativo (art. 1970 CCC) generalmente[385]. El dominio privado sobre el espacio aéreo, se encuentra también limitado por las normas del Código Aeronáutico cuando regula el despegue, la circulación y el aterrizaje de aeronaves. Además la aeronavegación es libre en el territorio argentino, sus aguas jurisdiccionales y el espacio aéreo que los cubre, en cuanto no fueren limitados por la legislación vigente. Y se encuentra regulado además el tránsito de manera que posibilita el movimiento seguro y ordenado de las aeronaves; debiendo la autoridad aeronáutica establecer las normas generales relativas a dicha circulación y nadie puede, en razón de un derecho de propiedad, oponerse al

[384] FOLCHI, M. O. (2015). *Tratado de Derecho Aeronáutico y política aeronáutica civil,* T I. Bs. As.: Editorial Astrea, p. 148.

[385] No obstante, el númerus clausus o número cerrado que surge de los artículos 1887 y 1884 del CCC, la prohibición o limitación de las cláusulas de inenajenabilidad del art. 1972 del CCC, el camino de sirga del art. 1974 del CCC, son limitaciones en interés público, que excepcionalmente, surgen del propio código.

paso de una aeronave. No obstante se aclara, en virtud del principio general que sostiene que quien ocasiona un daño debe indemnizar, que si se produjese perjuicio, el titular del dominio del inmueble afectado, tendrá derecho a indemnización (arts. 3 y 6 CA).

Debe advertirse, que históricamente en el ámbito del derecho privado no ha hecho tanta falta diferenciar el derecho sobre el espacio aéreo del terreno. Pero con los avances de la tecnología y el hacinamiento en las grandes ciudades, se plantea la necesidad de aprovechamiento por varios sujetos de distintos espacios, y el consecuente otorgamiento a un tercero no propietario del suelo de: un derecho personal, administrativo o real sobre cosa propia o ajena, que recaiga sobre el espacio inmobiliario.

Al respecto se ha dicho en el derecho comparado, que el concepto de propiedad inmueble en España es perfectamente vertical. El propietario de un inmueble es dueño de todo el espacio delimitado por la proyección vertical de sus linderos. La extensión, o bien limitación, del dominio en sentido vertical, no obstante, no está claramente delimitada. Dentro de los confines de este espacio puede individualizarse la propiedad de volúmenes. Una condición para que pueda procederse a individualizar un volumen, no obstante, es que esté o bien directamente adherido al suelo, o bien indirectamente, estando conectado con una edificación que a su vez esté adherida al suelo. Tales volúmenes en propiedad horizontal coexistirán incondicionalmente dentro de una misma y única propiedad inmueble vertical. La propiedad inmueble vertical constituye, sin excepción, el núcleo de la propiedad inmueble, estando la propiedad de un volumen siempre subordinada a la propiedad vertical[386].

En derecho administrativo, es aceptado hablar de la jurisdicción sobre el espacio aéreo y hasta del dominio público del espacio aéreo suprayacente. El Código Civil y Comercial vigente, en el inciso e) del art. 252, dispone que son bienes pertenecientes al dominio público, "el espacio aéreo suprayacente al territorio y a las aguas jurisdiccionales de la Nación Argentina, de conformidad con los tratados internacionales y la legislación especial". Es decir, que considera al espacio aéreo suprayacente como un bien del dominio público, ergo parece no existir problema en que el espacio aéreo que se encuentra sobre el ras del suelo se considere un bien del dominio privado del dueño del suelo o del dominio público, si el suelo es del dominio público del Estado.

Sin embargo, muchos doctrinarios argentinos han sostenido que, el espacio aéreo "no puede ser objeto de derechos reales pues no son cosas que existan materialmente, en

[386] AMEIJENDA, A. (1996). "La utilización tridimensional de inmuebles en España", trabajo de fin de carrera de La Escuela Técnica Superior de Estocolmo. Suecia. Recuperado http://antonio.nu/exjobb/tesina.htm.

consecuencia las negociaciones sobre el espacio aéreo, por ejemplo ventas de unidades funcionales a construir, entran en la órbita de los derechos personales... "[387].

También se ha dicho que: "el espacio que se eleva sobre el fundo es simple abstracción, es un vacío que puede ser rellenado, pero entonces deja de ser espacio, mientras es espacio no se puede considerar como bien, debido a que como tal no da utilidad alguna. Lo que da utilidad no es el espacio de por sí, sino la posibilidad jurídica de ejercitar el derecho de propiedad sobre el suelo, que se manifiesta mediante plantaciones y construcciones efectuadas directamente por los mismos propietarios o bien con la atribución a los demás de efectuarlas"..."no tiene sentido constituir un derecho real o personal que no se refiera al suelo..."[388].

Es cierto como ya se advirtió, que por la gravedad, mientras que los avances tecnológicos no permitan que ciertas construcciones o cosas, se mantengan suspendidas o flotando, el espacio sin un pedazo de suelo o cualquier punto de apoyo carece de utilidad para la construcción o plantación, pero sí tiene utilidad para la circulación, o para el tendido de cables, carteles, o el avance de una construcción que pisa sobre el suelo de otro inmueble, etc.

Por ello, se ha sostenido al analizar el derecho de superficie, que se lo puede considerar de naturaleza mixta, en parte derecho sobre la cosa propia y en parte derecho sobre la cosa ajena en todo momento, porque aun cuando existan plantaciones éstas deben hundir sus raíces en el suelo ajeno y cuando existan construcciones, éstas hundirán sus cimientos en el suelo ajeno para apoyarse, lo que limita rotundamente a la vez el derecho de propiedad del titular del suelo[389].

---

[387] CORNEJO, A. (1989). El objeto de los derechos reales. *LALEY* 1989 -D- 990, nota 39 cita a GUTIERREZ ZALDIVAR. (1977). *LL* 1977-D-781 y RACCIATTI, H., T1989-D-Sec. Doctrina.

[388] BIONDO, BIONDI. (1961). *Los bienes*. Barcelona: Ed. BOSCH SA, p. 74. Dicho autor agrega que: Disponer del espacio aéreo por vía real u obligacional no puede significar jurídicamente más, que atribuir a otros la facultad de ejercitar aquellos mismos poderes que puede ejercitar el propietario y que están consentidos por la ley. Tal enajenación significa de una parte renuncia preventiva al derecho de accesión, siempre que esto sea admitido por la ley, y constitución a favor de otros de un derecho por el cual el titular de la concesión es autorizado a tener y gozar de la construcción sobre el suelo ajeno; pero el objeto es siempre el suelo y el suelo es jurídicamente cosa".- citado por CORNEJO, A. (1989). El objeto de los derechos reales. *LL* 1989 -D, p. 991, nota 43. Otro autor español ALBALADEJO, M. (1983). *Derecho civil*, t. III, Derecho de bienes, cap. 44, núm. 4, apart. A vol. I. Barcelona: Ed. Bosch, pp. 251-252, más enfáticamente agrega que no sólo el espacio no es cosa sino, que no puede considerarse que forma con el suelo y el subsuelo el objeto cosa de la propiedad inmueble.

[389] LINARES DE URRUTIGOITY, M. y PUJOL DE ZIZZIAS, I. (2002) Objeto del derecho real de superficie – con especial referencia al derecho de superficie proyectado y a la superficie forestal de la ley 25.509. *Revista del Notariado*, 867, pp. 44-48. Esta opinión la sostuvimos en dicho artículo, donde explicamos que se podían visualizar cinco posibles posturas respecto del objeto del derecho de superficie. La que consideraba que en la primera fase es un derecho sobre cosa ajena, mientras que en la segunda un derecho sobre cosa propia, como lo proponía el proyecto de 1998 y ahora lo dispone el Código Civil y Comercial vigente. La postura que sostiene que en su primera fase es un derecho personal y en la segunda un derecho real sobre cosa propia. La tercera posición que se podría sostener es que siempre es un derecho real sobre cosa ajena. La cuarta puede consistir en que es un derecho real sobre cosa propia en sus dos fases si se entiende que el inmueble se puede dividir horizontalmente se encuentre construido o no, y la que sostuvimos en dicho trabajo que es que en sus dos fases es de naturaleza mixta.

Así Biondi, termina considerando que el derecho de superficie en sus dos planos siempre es un derecho sobre cosa ajena. Aunque dicho autor se olvida de la particularidad de este derecho, que es la de que justamente otorga un derecho real sobre cosa propia también al superficiario sobre lo construido o plantado a diferencia del usufructo (según la postura mayoritaria recepcionada en el art. 2115 del CCC); o sobre la parcela en la que se encuentra lo construido o plantado (lo que no se acepta expresamente, pero parece deslizarse su aceptación en art. 2125 segundo párrafo del CCC), si se considera que sobre una parcela de espacio aéreo puede transferirse o constituirse un derecho real, en este caso el de superficie, como se analizará con más detenimiento cuando se estudie esta figura.

También se ha sostenido que el espacio no es cosa[390], sino medio en que se encuentra la cosa y que es necesario para la existencia y ejercicio del derecho sobre la cosa. Medio que si bien tiene mayor importancia para la propiedad fundiaria, es necesario para toda relación jurídica[391].

En contra de estas opiniones se ha manifestado que: "el espacio aéreo, sobre todo en materia de propiedad horizontal es cosa y por lo tanto está amparado en el ámbito de los derechos reales; cuando hay un edificio o se encuentra en proyecto o en construcción al existir un plano de subdivisión y un reglamento, no habría impedimento para enajenar el espacio aéreo perfectamente delimitado en los términos de la ley 13.512". Y sobre la base de los artículos 12 y 16 de la ley de propiedad horizontal relativas a la reconstrucción y demolición del edificio se ha sostenido que: en la "propiedad horizontal existe el espacio aéreo que es distinto del mismo edificio aun cuando mantiene una íntima dependencia, entre ambos. Desapareciendo el edificio, continúa el dominio (o condominio) sobre el espacio aéreo hasta tanto los copropietarios decidan la desafectación del régimen de la propiedad horizontal, constituyendo entonces un condominio sobre el solar"[392].

En el derecho argentino sin embargo, de una lectura del texto del art. 2518 de Código Civil de Vélez derogado, también podía llegar a deducirse que el espacio aéreo era objeto del derecho real de dominio, pues el mismo rezaba: "...El propietario es dueño exclusivo del espacio aéreo... puede extender en el sus construcciones (...) y demandar la demolición de las obras del vecino...".

[390] MESSINEO, F. (1971). *Manual de derecho comercial* t. II, cap. 25, núm. 2 bis, Bs. As: Ejea. p. 260.
[391] SANTORO PASSARELLI, F. (1946). Doctrinas generales del derecho civil. *Revista de Derecho Privado*, p. 47, Madrid. citado por CORNEJO, A. (1989). El objeto de los derechos reales. *LL* 1989 -D, p. 991, nota 45.
[392] SUARES, C. M. (1978). La venta del espacio aéreo. *LA LEY*, t. 1978-B-911.

Así Salvat expresaba que: "La propiedad del espacio se ha considerado indispensable como medio de asegurar la eficacia práctica de la propiedad de la superficie". Este autor limitando la extensión del derecho sobre el espacio, luego agregaba que: "la doctrina moderna, restringe la propiedad del espacio aéreo, en la medida del interés legítimo del propietario, es decir, en la medida que le sea necesario para asegurar el goce efectivo de la propiedad de la superficie"[393]. Es decir, de dicho texto podría deducirse que parte de la doctrina moderna consideraba objeto del derecho de dominio o por lo menos del derecho de propiedad, la superficie o rasante del suelo y el espacio sobre la misma, necesaria para ejercer el derecho sobre el suelo, por lo que parecería que no podría ser objeto de un derecho real por separado. Y este derecho, debía ampararse judicialmente. En este sentido se había sostenido que: "cuando el propietario extrae o puede extraer del espacio aéreo o del subsuelo alguna utilidad concreta, nadie puede privarlo de ella, pues su interés práctico merece la tutela de la ley..."[394].

Por el contrario Gatti ha manifestado tajantemente que: "ni espacio, ni aire son cosas desde el punto de vista jurídico. Son meros conceptos de relación, al igual que el tiempo, toda conducta humana se da en un lugar y un momento determinado, el hombre no hace ni puede hacer nada del espacio, pues no sería cosa en el sentido jurídico, sino un mero concepto de relación." Y agregaba contradictoriamente que la interpretación que se debía hacer del art. 2518 era que aunque resultaba "*evidente que el art. 2518 citado se refiere al espacio aéreo como si fuera una cosa,* lo correcto no es decir que el propietario de un inmueble lo es también *del espacio aéreo existente sobre el mismo,* sino que él "puede ejercer su derecho de propiedad e impedir que los demás lo ejerzan en aquel espacio"[395].

En esta postura negativa se enrola Fernando Miranda, quien al analizar el tema a la luz del Código Civil y la ley uruguaya, considera que: "es necesario que primero existan las cosas como tales y recién después se podrán constituir derechos reales sobre ellas. Y refiriéndose a la propiedad horizontal, expresa que recién producido el bien de propiedad horizontal con los elementos físicos que la integran, con la estructura material adecuada y con estos otros elementos extrínsecos que la ley requiere, se puede constituir sobre él propiedad horizontal, antes de ello "tendremos que considerarlo una cosa futura: no es aún propiedad horizontal,

---

[393] ARGAÑARAZ, M. (1959), en SALVAT, R., *Tratado de derecho civil argentino. Derechos reales*. Bs. As.: TEA, 4ª ed., t. III, en número 641, p. 48.

[394] Conf. RUGGIERO, R. (1929). *Instituciones de derecho civil*. Madrid: Reus, s/f, t. I, pp. 539-40 citado por SALVAT, R., *Tratado de derecho civil argentino. Derechos reales*. Bs. As.: TEA, 4ª ed., t. III, en número 641, p.48

[395] GATTI, E. (1975). Teoría General de los Derechos Reales. Bs. As.: Ed. Abeledo Perrot, pp. 198-199. ALTERINI, J, (1981) En LLAMBÍAS J., ALTERINI en *Código Civil anotado*, t. IV-A, Bs. As.: Ed. Abeledo-Perrot, "Derechos reales ", nota a 2518 p. 314. HIGHTON, E. (1983). *Derechos reales*, vol. 2, 1ª parte, Bs. As.: Ed. Hammurabi, "Dominio y usucapión", p. 73.

puede llegar a serla (…) Sobre las cosas que no existen materialmente, pero que se espera que existan, sólo se pueden establecer relaciones personales y sólo crean responsabilidad…"[396]. En el mismo sentido, Racciatti[397] sostiene que no hallándose aun construida la unidad vendida sobre planos, el contrato (…) se desenvolverá en el ámbito de los derechos personales (…) recién habrá derecho real cuando se encuentre construida y cumplido los requisitos para adquirir este derecho, aunque el contrato celebrado con el promitente vendedor sea de compraventa (aun de cosa futura) y no de locación.

Fontbona[398] entiende que el espacio aéreo o subterráneo no ofrece la forma de cubo. Y que el cubo de aire sumado a la fracción de terreno o suelo, no satisface el concepto, o no cumple el requisito de cosa a que esta institución se refiere. Considera que si bien el cubo de aire puede ser caracterizado por asimilación a un objeto corporal, no es la cosa que exige la propiedad horizontal. Pero agrega reconociendo la posibilidad de que pudiera ser objeto de un derecho real, que: "la propiedad o cubo de aire cabría mejor, como derecho real desmembrado del dominio, en el derecho de superficie".

1.3. Diferencia con el aire:

Según la real academia española, aire "del lat. aer, eris y éste del gr… -m., es gas que constituye la atmósfera terrestre, formado principalmente de oxígeno y nitrógeno, y con otros componentes como el dióxido de carbono y de vapor de agua…"[399].

Químicamente hablando el aire es materia que se encuentra en el espacio. Pero no está en el comercio, ni tiene valor pecuniario, como si lo parece tener el espacio inmobiliario.

Se considera, que si bien el aire es una cosa y el espacio aéreo contiene aire, ambos "espacio y aire son conceptos diferentes". De acuerdo con esta posición, se ha dicho que el aire es una cosa desde el punto de vista físico, pero no jurídico, mientras que el espacio no es una cosa desde el punto de vista físico debido a que toda cosa ocupa un lugar en el espacio. El espacio sería un mero concepto de relación, al igual que el tiempo, desde que, "toda conducta humana se da en un lugar y en un momento determinado; el hombre no hace ni puede hacer

[396] MIRANDA, F. (1961). La propiedad horizontal como bien o cosa. La constitución de derechos reales en la etapa previa al nacimiento de la cosa y su estatuto. *Rev. Asoc. de Escribanos del Uruguay, Montevideo*, enero-diciembre, p. 22.
[397] RACCIATTI, H. (1958). *Propiedad por pisos o por departamentos*. 2° Bs. As.: Ed. Depalma., p. 51.
[398] FONTBONA, F. I. J. El estado prehorizontal. *Rev. Notariado* 677. Citado por FARINI, M. B, GAZZOTTI, A., GEREZ DE UEMA, M. L., TARIGO, D. H., MORA de TARIGO, M. C., La sobreelevación de la propiedad horizontal, *Revista Notarial*- 873-1984-365. Dichos autores en la p. 433 expresamente manifiestan en su cuarta ponencia, que hasta que no se modifique el concepto de cosa, vigente en nuestro Código Civil, negamos que el espacio aéreo revista la condición de tal.
[399] Recuperado de www.dle.rae.es

nada del espacio, pero todo lo hace en el espacio. El espacio no sería pues, cosa, ni siquiera en el sentido jurídico, sino un mero concepto de relación"[400].

Parece más acertado y realista sostener que aire es una cosa en sentido físico, porque está compuesta por materia en estado gaseoso, pero que como no tiene valor no puede ser objeto de derecho; y el espacio no es cosa desde el punto de vista físico, pero si podría llegar a considerarse un bien porque es susceptible de apreciación pecuniaria.

Adviértase, que si se compara al volumen de espacio que se ubica sobre el suelo, con el que se encuentra bajo el mismo, se advierte que los dos contienen materia, el primero en estado gaseoso (aire), el segundo en estado sólido principalmente (tierra, piedras, etc.), aunque también puede tener líquidos y hasta gases[401], y en los dos casos a un constructor o al titular del derecho de sepultura no le interesa el aire o la tierra en sí, sino el espacio para construir las cocheras en el subsuelo o colocar el ataúd, etc., en el caso del subsuelo. La tierra por ejemplo, en el caso de una parcela para enterrar un ataúd es un estorbo que se saca (salvo la que se utiliza para taparlo y constituye el suelo) y lo que interesa y tiene valor es el espacio que queda abajo del suelo, para ser ocupado. Lo mismo ocurre con el espacio aéreo.

Los autores que estudian el derecho aeronáutico sostienen, que "el espacio aéreo constituye la parte gaseosa que rodea a la Tierra, y que se extiende sobre ella, tanto sobre la tierra firme como sobre los espacios acuáticos. Decimos ámbito o ambiente, y esto implica diferenciarlo del aire; el espacio aéreo es el continente, en tanto que aire es el contenido"[402].

Por otro lado, Cura Grassi, desde el punto de vista de los derechos reales especialmente, parece aceptar al espacio como objeto de los mismos, por lo menos de *lege ferenda*, cuando propone un nuevo concepto de cosa como: "todo aquello que pueda ser percibido por los sentidos, susceptible de apreciación pecunaria". Aclara en la nota a dicha definición, que de esta manera se le ocurre que podría entrar en este concepto, el aire, el viento, el sol, el espacio, la energía, y el tiempo[403].

El proyecto Unificado del Código Civil y Comercial de 1998, en su art. 1974 puede interpretarse que solapadamente, admitió al espacio como objeto integrante del derecho sobre la unidad funcional en la propiedad horizontal. Es decir, que parece admitir que el objeto del

---

[400] CORNEJO, A. A. (1989), El objeto de los derechos reales, *LA LEY*, Sec. Doctrina, p. 990.
[401] Los principales gases contenidos en el suelo son el oxígeno, el nitrógeno y el dióxido de carbono. https// es. slideshare.net) jecalobo. La fase gaseosa o atmósfera del suelo, está constituida por un gas de composición parecida al aire cualitativamente, pero con proporciones diferentes a sus componentes. Ella permite la respiración de los organismos del suelo y de las raíces de las plantas que cubren la superficie- Recuperdo de https://www.eweb.unex.es ECAP. Lección) 4 Fase gaseosa del suelo.
[402] LOSADA, F. (2018). *Derecho del Transporte*. Bs. As.: Ed. Astrea, pp. 490-491.
[403] CURA GRASSI, D. (2006). *Derecho Inmobiliario*. Buenos Aires: Ediciones La Rocca, p. 26 y nota 17.

derecho de propiedad horizontal en el supuesto de unidades funcionales pueda estar compuesto por un espacio con ciertas características, la alícuota del terreno, y de las cosas partes de uso común del inmueble o indispensables para mantener su seguridad y una o más unidades complementarias destinadas a servirlas. Obsérvese que el art. 1974 conceptualizaba a la unidad funcional de la siguiente manera: "El derecho de propiedad horizontal se determina en la unidad funcional, la que consiste en pisos, departamentos, locales u otros espacios susceptibles de aprovechamiento independiente por su naturaleza o destino…". Y esta misma frase se encuentra receptada en el art. 2039 del CCC vigente, como se verá cuando se analice la propiedad horizontal.

En primer lugar se advierte, que considera a los pisos, departamentos y locales como espacios, porque luego de nombrarlos agrega y otros espacios. Es que esto siempre ha podido advertirse cuando se esquematiza o dibuja un edificio y se identifican las partes privativas y comunes llegando a la conclusión de que la parte privativa es más que nada, espacio o un volumen para ser ocupado, vivir, trabajar, etc. Ello se vislumbra claramente, cuando se analiza la enumeración del art. 2041 del CCC que sigue casi la letra del art. 1976 del proyecto de 1998, que menciona las cosas y partes necesariamente comunes, a pesar de que el legislador se ha esforzado en sostener que no es un desteñido cubo de aire, como cuando estudiemos la propiedad horizontal, se analizará.

Por otro lado, en virtud de la letra del art. 1974 de dicho proyecto y 2039 del CCC cabe preguntarse ¿Por qué habrá querido el legislador utilizar la expresión otros espacios susceptibles de aprovechamiento en dichos artículos? Desde ya, no sólo para referirse a departamentos, locales o pisos, porque estos fueron nombrados, ¿habrá querido incluir otros espacios que a diferencia de los departamentos no están construidos como patios, etc.? Y es más, hasta nos podríamos cuestionar si con esta frase, no se estará intentando incluir los espacios no construidos o en construcción.

Se observa respecto de esta última opción, que el problema de la venta de unidades funcionales no construidas, se ha intentado solucionar en parte aunque de modo no efectivo hasta el momento, con el seguro obligatorio previsto en el capítulo 10 del título V del libro Cuarto del Proyecto. Cuyo ámbito de aplicación abarca conforme lo regulado en los arts. 2070 a 2072 del CCC a la prehorizontalidad o comercialización preliminar de unidades construidas o proyectadas bajo el régimen de propiedad horizontal, salvo los supuestos expresamente excluidos por el art. 2072.

Por otro lado, la problemática de los conjuntos inmobiliarios consistente en que, si se los quería someter al régimen de propiedad horizontal, la doctrina señalaba que como el terreno era

necesariamente común y el espacio era la nada jurídica, no existía objeto material, es decir cosa sobre la que pudiera recaer el derecho sobre la unidad privativa, si no había construcción alguna, salvo que se realizara una interpretación finalística y dinámica de la ley 13.512 que se propuso en su momento, actualmente no presenta inconvenientes.

Ello es así, porque el legislador ha previsto un régimen de propiedad horizontal especial al que deben someterse obligatoriamente los conjuntos inmobiliarios. Así el art. 2076 del CCC que se ubica dentro del Título VI, Capítuo I, titulados Conjuntos inmobiliarios expresa: "son necesariamente comunes o de uso común las partes o lugares de terreno destinadas a vías de circulación, acceso y comunicación (…) y todo otro bien afectado al uso comunitario…". Pudiendo de ahora en más sin obstáculos, venderse una parcela no construida (compuesta de suelo, subsuelo y espacio aéreo), como unidad privativa, en un conjunto inmobiliario sometido al régimen de propiedad horizontal especial.

La otra posibilidad, es considerar que el término espacio se está refiriendo a espacios proyectados en el aire para sobre-elevar, sobre un edificio ya sometido al régimen de propiedad horizontal, pero ello no parece haber sido la voluntad o finalidad del legislador[404]. Aunque ésta ahora no es fuente de interpretación de las normas, según lo dispuesto en el art. 2 del CCC.

El tema del espacio aéreo inmobiliario como objeto de los derechos reales está íntimamente ligado no sólo a la propiedad horizontal, sino al derecho de superficie, justamente porque son los dos derechos que permiten la división horizontal y no vertical del inmueble (como en el caso común de los lotes o parcelamientos). Y son los dos casos, que la doctrina señala como excepciones al principio de accesión, que determina que todo lo que está sobre y bajo el suelo le pertenece al propietario del suelo, con la salvedad de las minas, tesoros, etc. Ello se encuentra expresamente referido, pero con relación a las construcciones, siembras o plantaciones que se encuentren sobre o bajo el suelo en el art. 1945 tercer párrafo del CCC y no con respecto a las subparcelas (aéreas, y del subsuelo) en las que también se puede dividir un inmueble no sembrado, ni construido.

Vernengo Prack cita como paradigmático, un precedente de la Corte Suprema Nacional que sienta la doctrina avalada legislativamente por el art. 10 de la ley 13.264 (que expresa que es susceptible de expropiación el subsuelo, con independencia de la propiedad superficial), consistente en que con arreglo a nuestra legislación, no hay incompatibilidad en que el subsuelo y la parte superior, puedan utilizarse y pertenecer separadamente a distintos propietarios. En dicho caso, la Corte se fundaba en que el art. 2617 del CC derogado, prohibía la división

[404] Ver en el capítulo siguiente la transcripción de parte de los fundamentos del proyecto, en la que se expresa, que el derecho sobre la unidad exclusiva, no es una desteñida propiedad sobre un cubo de aire.

horizontal de edificios, no del suelo, subsuelo y espacio aéreo; y por implicar una restricción ello, la interpretación debía ser restrictiva, y por eso podía aplicarse lisa y llanamente el art. 2521 del CC (que hablaba de que la propiedad de las obras establecidas en el espacio aéreo que se encuentran sobre el terreno, no causa la presunción de la propiedad del suelo)[405].

Debe tenerse en cuenta que las leyes 9.070 y 11.689 respecto del subsuelo, facultaron a la Compañía de Tranvías Anglo Argentina y a la C.H.A.D.O.P.Y.F., la construcción de líneas subterráneas de transporte de pasajeros, mediante la expropiación de la franja de subsuelo necesaria el efecto, que dieron origen a la coexistencia de dos propiedades en sentido horizontal.

Sin embargo por otro lado, respecto de la inseparabilidad de la propiedad del suelo y del espacio aéreo, pero pareciendo admitir que la unidad funcional es o está compuesta de espacio aéreo, se ha pronunciado la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, sala II, Mar del Plata, autos "Titania S.R.L. s/ quiebra"[406]. Allí se sostuvo que, "debido a la uniformidad predominante en el régimen de propiedad horizontal tanto el terreno como la unidad funcional, o sea su espacio aéreo, están unidos de tal manera que ambas cosas revisten el carácter de principal, no pudiendo coexistir independientemente en el régimen mencionado"[407].

En el mismo sentido que la Corte, y admitiendo que sobre el espacio se podía tener un derecho propio, se manifestó la Cámara Civil en Pleno (Grandoli, Senillosa, Tezanos Pinto, Lagos Corondado y Tobal) al pronunciarse en Tribunal de Superintendencia del Registro de la Propiedad, diciendo que es factible la división del suelo en distintas capas y que "se trataba de inscripción de propiedad, no de restricción al dominio, ni de servidumbre"[408].

Y algunos autores han hablado de la posibilidad de derecho real sobre cosa ajena sobre el espacio o el vuelo, como la prenda sobre vuelo. Así Leopoldo Carrasaco Jashes[409], autor

---

[405] CSJN., caso "Empresa Ferrocarril Central Argentino c/ Hall, Alazon S. y Amellon G., Máximo", sentencia de 18/02/1886, fallos de la CSJN t. 29, p. 323. Ver VERNENGO PRACK, R. E.M. (1981). Invasión del espacio aéreo sobre un bien del dominio público de un edificio objeto de propiedad horizontal, *LL*-1981-C-1.176.

[406] Ver SCJ de Bs. As., caso "Titania S.R.L. s/quiebra", nº 27.869., sentencia del 09/10/1979, Pub. en TR LALEY AR/JUR/5156/1979. En donde se relata que las actuaciones se iniciaron por quiebra de Titania S.R.L. En dichos autos, la S.A.I y C Caputo, acreedora de la fallida, se presenta a fin de que se de cumplimiento a la sentencia de primera instancia que reconoce a la misma la exclusiva propiedad del espacio aéreo del edificio de la Gran Galería Central como pago de su crédito contra la primera, pidiendo la inscripción del bien en el Registro de la Propiedad. El sentenciante, si bien aprueba la adjudicación del inmueble de referincia, no hace lugar a la inscripción solicitada, por lo que se interpone recurso de apelación. Y la C.C. y Com. Sala II, del Dpto. Judicial de Mar del Plata, por el contrario ordena la inscripción en el Registro y regula los honorarios, respecto del cual se pide la nulidad, dando lugar al recurso extraordinario ante la SCJ de Bs.As.

[407] Fallo citado por FARINI, M. B., GAZZOTTI, A., GEREZ DE UEMA, M. L., TARIGO, D. H., MORA de TARIGO, M. C. (1984). La sobreelevación de la propiedad horizontal, *Revista Notarial*- 873-1984-362.

[408] Cámaras Civiles en Pleno de la Capital. Registro de la Propiedad. Inscripciones, caso Cía. Hispano-Argentina de Obras Públicas y Finanzas. *JA*-XLVII-1934-664.

[409] CARRASCO JASHES, L. (2004) Algunas consideraciones relativas a la prenda sobre el vuelo, *Revista de Derecho*. Concepción Chile: Universidad de Concepción. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. T. 215-216, p. 251 y ss. No obstante, observa ciertos inconvenientes en el caso de remate del vuelo. Como por ejemplo la materialización del derecho del que adquirió en remate el vuelo de acceder al terreno lo que no puede ser impedido,

chileno realiza un estudio sobre la prenda sobre el vuelo regulada en la ley 18.112 de prenda sin desplazamiento, que a su juicio es la caución aplicable. En especial analiza la legislación indicada en la actividad forestal. Para dicho autor el vuelo (que según el art. 571 del Código Civil chileno, es un bien mueble por anticipación) puede ser objeto de prenda sin desplazamiento tanto por el propietario del suelo (en cuyo caso generalmente para mayor seguridad exigirá una hipoteca sobre sobre el terreno sobre el cual se encuentra el vuelo), como por un tercero propietario del vuelo que difiera al propietario del terreno. Y menciona como derecho de dominio sobre el vuelo, al derecho que adquiriría el adjudicatario en subasta en caso de ejecución de dicha prenda.

El Supremo Tribunal Español, en sentencia del 23 de junio de 1998, admite la usucapión contra tábulas del derecho de vuelo, si tiene buena fe y justo título (porque en el caso el Ayuntamiento no era titular del vuelo). Y el tribunal sostuvo que el derecho de vuelo podría entenderse como una parte del derecho de propiedad, o como un derecho real que recae sobre una cosa ajena. En todo caso, el derecho de propiedad se extiende al vuelo, y si éste está desgajado del anterior, el vuelo queda configurado como derecho real inscribible en el Registro de la Propiedad[410].

Cabe recalcar, que el único artículo que se refiere a parcela que se encuentra bajo o sobre el suelo, es el 2125 del CCC en el derecho de superficie; salvo que se entienda que también hacen referencia a las parcelas subterráneas, los artículos 2107, 2108, 2110 a 2112 del CCC, que se refieren al derecho real de sepultura en los cementerios privados.

La primera norma mencionada expresa en su segundo párrafo, refiriéndose a los efectos de la extinción del derecho de superficie que: "si el derecho de superficie se extingue antes del plazo legal o convencional, los derechos reales constituidos sobre la superficie o sobre el suelo continúan gravando separadamente las dos parcelas como si no hubiera habido extinción, hasta el transcurso del plazo del derecho de superficie". Debe advertirse, que no dice continúan gravando el derecho de superficie ya extinguido (que sería un contrasentido) o lo construido, plantado o forestado, sino las parcelas (aérea o del subsuelo, según el caso).

---

porque sino podría alegar que lo ha limitado en el ejercicio de su dominio sobre el vuelo, etc. Entiende que en Chile, la prenda sobre el vuelo ha perdido aplicación en virtud de la regulación existente, por eso propone la modificación del procedimiento de realización de la prenda, que permita que el acreedor recurra a estar garantía. Se advierte que el art. 571 no habla de vuelo sino de "las cosas accesorias a los inmuebles, como la yerba, madera", etc., que se reputan "muebles, aun antes de su separación, para el efecto de constituir un derecho sobre dichos productos o cosas a otra persona que a dueño".

[410] STS español, Sala Primera de lo Civil, sentencia de 23 de junio de 1998, resolución nº 607/1998. Recuperado de https://vlex.es/vid/-17745184

Además, se admite también el derecho de construir sobre construcciones ya existentes aún dentro del régimen de la propiedad horizontal en el art. 2116 del CCC. Dicha norma permite que el derecho de sobreelevar o subedificar que hasta el dictado del Código Civil y Comercial sólo podía ser un derecho personal, para la mayoría de la doctrina, ahora pueda configurárselo como derecho real de construir *ab initio* aun dentro del régimen de propiedad horizontal, o fuera de él, pero por un plazo máximo de duración de setenta años (art. 2117 del CCC).

Por otro lado, las únicas normas que se refieren en el Código Civil y Comercial a espacio aéreo, o vuelo, son la que enumera los bienes del dominio público (art. 235 inc. c), la de la extensión del derecho de dominio (art. 1945 del CCC) y las del derecho de superficie (arts. 2114 a 2116). Mientras que, en la propiedad horizontal, sólo se habla de otros espacios, de partes, patios, azoteas, etc., como se explicará oportunamente. Mientras que al subsuelo lo mencionan las normas de Código Civil y Comercial que enumeran los bienes del dominio público -art. 235 inc. a), la de extensión del derecho de dominio (art. 1945), las del derecho de superficie (arts. 2114 a 2116).

Con respecto al cementerio privado, se entiende que en el nuevo régimen dispuesto por los artículos 2103 y ss. CCC, el inmueble podría no ser común, en virtud que la nueva regulación habla del derecho real de sepultura sobre las parcelas. Pareciera que al igual que la propiedad horizontal especial, hay partes privativas (las parcelas) y partes comunes o por más bien de uso común, aunque sigan perteneciendo al originario propietario emprendedor (los pasillos, los que contienen servicios comunes, capillas, etc.). Salvo que se considere que todo el suelo es del propietario primogénito, y las parcelas del subsuelo son de los adquirentes del derecho real de sepultura. En dicho caso, el espacio que se encuentra bajo el suelo para colocar el ataúd es el valioso como ya se advirtió, en virtud de que lo que interesa no es la tierra- cosa material, sino simplemente el lugar o espacio, para colocar los restos.

Debe observarse que el legislador no aclara la estructura del derecho real nuevo, sino que simplemente expresa que al derecho real de sepultura se le aplican las normas de los derechos reales (art. 2112 del CCC.). Al igual que en el supuesto del tiempo compartido, el legislador se ocupó de regular el sistema de tiempo compartido, su afectación, calificó de relación de consumo, el vínculo entre los partícipes, estableciendo sus funciones, derechos y obligaciones, para que el consumidor y/ o usuario se viere protegido, le dio la oponibilidad de los derechos reales al derecho de adquirente y la posibilidad de que el mismo acuda a las defensas y preferencias reales, al aplicárseles dichas normas[411].

[411] Por último, en el caso de estos dos derechos al igual que en el supuesto de los conjuntos inmobiliarios, el legislador se encarga de precisar expresamente y en normas particulares a dicho efecto que se aplican las normas

La posibilidad de transferencia del espacio aéreo inmobiliario, ha sido resaltada por Fernández Rouyet[412], quien expresa que: "la unanimidad de la doctrina, entiende que la venta del espacio aéreo en forma independiente del dominio del inmueble, implica la constitución de un derecho de superficie", y que ello no se encontraba aceptado en el Código de Vélez, pero que estaba siendo empleado en derecho comparado con gran utilidad y su inclusión en nuestro sistema legal, era "requerida por autorizada doctrina".

Por otro lado, Suares[413] sostiene que la propiedad horizontal consta de dos elementos: a) el espacio aéreo y b) el terreno sobre el que se realizará el edificio. Por eso, la compra del espacio aéreo lleva además implícito el porcentual que le corresponde sobre el terreno. Espacio aéreo en la propiedad horizontal no significa aire, puede ser localizado perfectamente y ubicado su posición sin lugar a dudas. Se puede comprar, sin inconveniente legal, un espacio aéreo (derecho real) y celebrarse con una empresa un contrato de locación de obra para que construya un edificio (derecho personal). Vale decir, que puede ejercer sus derechos posesorios sobre el terreno que se extenderían hasta el espacio aéreo que le pertenece. En el mismo sentido se pronuncia Fernández Rouyet, recordando que el derecho no puede negar o desproteger intereses y derechos legítimos de los adquirentes de los departamentos. Y dicho autor llega a preguntarse: ¿en "qué pureza conceptual, nos negamos a aceptar la solución más justa y adecuada, si hasta en el mismo esquema de Vélez se pueden constituir derechos reales sobre créditos? Los que pueden ser objeto de usufructo (arts. 2904 al 2907) o de una prenda (arts. 3204 y 3211)[414]. Llama la atención que la objeción de la doctrina realista a que los derechos personales pueda ser en algunos casos objeto de los derechos reales, no sea tan intensa como la oposición a considerar al espacio aéreo inmobiliario, como objeto de los derechos reales, cuando aceptar que los derechos puedan ser objeto de los derechos reales trae más confusión conceptual con los derechos personales, que considerar que el espacio aéreo inmobiliario, lo puede ser. Debería

---

de policía (arts. 2079, 2075, 2073, 2102 y 2113 del CCC). Normas de policía que limitan en realidad a todos los derechos en interés general, conf. Art. 1970 del CCC primera parte. Normas que no obstante expresar que limitan el dominio, resultan aplicable a todos los derechos reales que se ejercen por la posesión y aún a todos los derechos conforme con los arts. 14 y 28 de la C.N.

[412] FERNANDEZ ROUYET, R. D. (1984). El espacio aéreo en la propiedad horizontal. *Revista Notarial* 873-1984-453.

[413] SUARES, C. M. (1978) La venta del espacio aéreo, *LL*-1978-911. En contra GATTI, E. y ALTERINI, J. H. (1973). *Prehorizontalidad y boleto de compraventa*, Bs. As.: LA LEY, p. 82, se pronuncian acerca de que en ese caso se encuentran ante una venta de cosa futura y el derecho real reconoce como objeto inmediato una cosa determinada de existencia real. Y ZALDIVAR, G. (1977). La venta de aire, del espacio aéreo. El Derecho de Superficie. Los Derechos reales suprimidos. *LL*-1977-D-781, para quien el dominio solo se constituye por acto material, por entrega de la cosa en la tradición, por actos posesorios en el caso de prescripción, actos materiales de incorporación en la accesión, etc.

[414] FERNÁNDEZ ROUYET, R. D. (1984). El espacio aéreo en la propiedad horizontal. Sobreelevación. *Revista Notarial*, 873, p. 454.

ser la "objeción más intensa", "admitir que el derecho real tenga como objeto inmediato no la cosa, sino los poderes o facultades desmembrados del derecho de dominio del propietario, pasando a ser el bien, en tales supuestos, objeto mediato"[415].

Suares y Rouyet en este orden de ideas, conceptualizan al espacio aéreo como cubo de aire, considerándolo como algo verdadero y real, susceptible de ser apropiado y con un valor económico. Fundamentaban su postura en el art. 7 de la ley 13.512, porque como los cotitulares tienen derecho al vuelo que se encuentra sobre el edificio, que es una cosa que les pertenece y tiene valor, es obvio que se necesite el consentimiento de todos. La naturaleza jurídica está dada por el espacio o volumen de aire comprendido entre las paredes interiores y exteriores, techo y suelo, que delimitan sus dimensiones, sin integrarla.

En Brasil, se considera que es inmueble el suelo, lo que se incorpora al suelo; y sus accesorios, como los árboles y el espacio aéreo. Los expositores de esta postura sostienen que alguien puede ser propietario del espacio aéreo correspondiente a un edificio, a determinada "cota de altura", espacio por el cual se abona un precio relacionado con el porcentual correspondiente al terreno y cosas comunes[416].

Vázquez Bote[417] afirmaba al respecto: "el cubo de aire parece, pues un objeto de derecho tan perfecto o más que la columna de aire sobre el fundo. El cubo de aire es una realidad del mundo exterior susceptible de ser apropiada y tiene susceptibilidad de valor económico, siendo en derecho siempre valorado conforme a la conciencia social. No existía así discordancia entre el art. 2311 con el artículo 2326 del Código de Vélez y la consideración del cubo de aire como cosa, pues podía tener el tratamiento de cosa, y por lo tanto aseguraba, que podía ser objeto de un derecho real.

El autor francés, Julliot[418], es uno de los sostenedores más férreos de esta teoría del cubo de aire y afirma, que se puede hipotecar el cubo de aire o espacio geométrico. Fundamenta su postura en que el art. 552 del C.C. similar a nuestro art. 2518 del CC derogado, (que expresaba que la propiedad del terreno se extiende a toda la profundidad y al espacio aéreo sobre el suelo), al no hacer distingos, permite llegar a la conclusión que la naturaleza del espacio aéreo es igual a la de la profundidad, es decir que son inmuebles por su naturaleza, igual que el subsuelo.

---

[415] MOLINARIO, A. D. (1965) *Derecho Patrimonial y Derecho Real*, Bs. As., p. 44.
[416] FARINI, B., y ots. (1984). La sobreelevación de la propiedad horizontal. *Revista Notarial* – 873- 1984-362
[417] Citado por FARINI, M. B., GAZZOTTI, A., GEREZ DE UEMA, M. L., TARIGO, D. H., MORA de TARIGO, M. C. (1984). La sobreelevación de la propiedad horizontal. *Revista Notarial*- 873-1984-362.
[418] JULLIOT, CH. L. (1927). *Traite- Formularie* (sobre división de casas por pisos y por departamentos), Francia: Jorurnal des Notaries et des Avocats,

Por otro lado, distingue propiedad del espacio aéreo[419], de propiedad del aire que se mueve en él y que está comprendido en la *res ómnium comunes*. Así afirma que se puede vender para ser usado como aeródromo, el espacio geométrico que cubre un campo desde el milésimo metro de altura, o como propietario de una casa puedo vender el cubo de espacio necesario para construir otro piso más, al propietario de la casa vecina para expandirse en altura o ancho.

En el mismo sentido el uruguayo Pascual Quagliata[420], sostiene que por ser el espacio aéreo una cosa, puede ser objeto del derecho real.

Carlos Maiorca ha expresado que: "la solución afirmativa de la propiedad sobre el espacio está admitida desde el punto de vista del derecho romano, del derecho intermedio, del derecho germánico, del derecho civil italiano y del derecho extranjero... según el cual, en el contrato constitutivo de superficie se enajena la propiedad del espacio"[421].

El tercer Congreso Internacional de Derecho Registral celebrado en 1.977 en San Juan de Puerto Rico[422], al tratar el aspecto desde el punto de vista registral, llegó a la conclusión que el espacio aéreo existe y da lugar a una circulación negocial.

Otra posición doctrinal considera, que el espacio aéreo no puede considerarse cosa si se toma en cuenta su inmaterialidad, pero si se tiene en cuenta su innegable valor económico, entienden que se puede pensar que sí lo es. Y aclaran que la importancia de tomar en cuenta si es o no cosa, está relacionada con la clase de derecho que se tiene sobre el mismo, que será real en el caso que se considere cosa y personal en el supuesto contrario. Expresan que los que consideran que por su valor se lo debe considerar cosas, lo comparan con la energía y fuerzas de la naturaleza, pero para ciertos autores[423] éstas, a diferencia del espacio aéreo no pueden gozarse. No obstante resaltaban, que el artículo 2311del CC no afirmaba que sean cosas, sino que se les aplicaba las disposiciones de éstas, lo que es distinto. La aceptación del espacio aério como objeto de los derechos reales sería fácilmente admisible entonces, en el caso que existiese una modificación similar a la referida a las energías, que dispusiera que se le aplican las normas

[419] COSSARI, N. A, LUVERA, M. Á. (2005). Propiedad horizontal: techo edificable y tráfico inmobiliario. El Derecho - UNIVERSITAS S.R.L - *Revista del notariado* - Año CVIII - Abr/May/Jun (2005). Id SAIJ: DACF060030. Dicho autor también habla de propiedad del espacio aéreo.

[420] QUAGLIATA, P. (1935). *La propiedad horizontal en los Registro Públicos*, Uruguay: Biblioteca publicaciones oficiales de Uruguay. citado por FARINI, M. B., GAZZOTTI, A., GEREZ DE UEMA, M. L., TARIGO, D. H., MORA de TARIGO, M. C. (1984). La sobreelevación de la propiedad horizontal. *Revista Notarial*- 873-1984-359 y ss.

[421] MAIORCA, C. (1934). *Lo spazio e i limiti della propieta fondiaria*, vol. 1, Torino: Univ. di Torino, p. 6 y sigs , obra citada por LINARES DE URRUTIGOITY, M. y PUJOL DE ZIZZIAS, I. (2002). Objeto del derecho real de superficie. *Revista del Notariado,* 867, sección doctrina, p. 49.

[422] Citado por FARINI, M. B., GAZZOTTI, A., GEREZ DE UEMA, M. L., TARIGO, D. H., MORA de TARIGO, M. C. (1984). La sobreelevación de la propiedad horizontal. *Revista Notarial*- 873-1984-362.

[423] FARINI, M. B., GAZZOTTI, A., GEREZ DE UEMA, M. L., TARIGO, D. H., MORA de TARIGO, M. C. (1984). La sobreelevación de la propiedad horizontal. *Revista Notarial*- 873-1984-359 y ss.

de las cosas al espacio aéreo, o si directamente se modificara el concepto de cosa en el Código Civil, o por ser innegablemente un bien, la ley taxativamente lo aceptara como objeto de los derechos reales de manera expresa en ciertos supuestos.

Al respecto, debe advertirse que el art. 235 que enumera los bienes del dominio público, nombra al espacio suprayacente. Es decir, que según el mismo y teniendo en cuenta que en la enumeración se menciona al espacio, que en principio por no tener materia sería un bien, se puede deducir que se acepta que el dominio público recae sobre cosas y bienes a diferencia del dominio privado que recae sobre cosas.

1.4. Doctrina y jurisprudencia administrativista:

Resulta interesante rescatar lo expuesto por la doctrina y jurisprudencia administrativista, que se ha manejado con más apertura y realismo al respecto.

Dicha doctrina también habla de la invasión del espacio aéreo[424], y se plantea el caso de dos edificios que enclavados sobre terrenos separados por la vía pública, se encuentran unidos y comunicados entre sí por una edificación, la cual atraviesa la calle de un lado a otro.

Vernengo luego de citar dos precedentes, uno de la CSJN[425] y otro de la Cámara Civil en Pleno[426] que aceptan la división del subsuelo en capas concluye que: tratándose de dominio privado, puede existir un propietario del espacio aéreo, distinto del propietario de la superficie donde se proyecta o del suelo. Este autor con respecto al dominio público dice, que esta división en capas puede suceder con más razón, dado que el mismo carece del carácter de la exclusividad, mientras que no impida el uso y goce a la comunidad. Lo que no se encuentra impedido en el caso que plantea respecto de la calle.[427]

Y la doctrina administrativista, ha visto sin problemas la posibilidad de permitir el uso del espacio aéreo público y cobrar por él, encontrándose lejos de considerar al espacio aéreo, como la nada jurídica.

---

[424] VERNENGO PRACK, R. E.M. (1981). Invasión del espacio aéreo sobre un bien del dominio público de un edificio objeto de propiedad horizontal, *LL*-1981-C-1.176. Dicho autor cita un precedente de la Corte Suprema Nacional, que sienta la doctrina avalada legislativamente por el art. 10 de la ley 13.264, de que con arreglo a nuestra legislación no hay incompatibilidad alguna en que el subsuelo y la parte superior pertenezcan a distintas personas.

[425] CSJN., caso "Empresa Ferrocarril Central Argentino c/ Hall, Alazon S. y Amellon G., Máximo", sentencia de 18/02/1886, fallos de la CSJN t. 29, p. 323.

[426] Cámaras Civiles en Pleno de la Capital. Registro de la Propiedad. Inscripciones, caso Cía. Hispano-Argentina de Obras Públicas y Finanzas. *JA*-XLVII-1934-664.

[427] Ver VERNENGO PRACK, R. E.M. (1981). Invasión del espacio aéreo sobre un bien del dominio público de un edificio objeto de propiedad horizontal, *LL*-1981-C- p. 1177 y BIELSA. (1964), *Derecho Administrativo*, t. II, Bs. As.: LALEY, p. 503 La Administración pública puede dar permisos de uso en forma privativa sobre ciertas partes siempre que no modifique el uso habitual de la colectividad. Y esto se justifica, pues una prohibición absoluta de todo uso espacial que no afectase el uso general sería sin duda arbitraria y hasta contraria al interés general-citado.

Así, Bielsa respecto del espacio aéreo se refiere cuando aclara que: "en las grandes ciudades es frecuente la autorización para edificar la parte alta de los edificios (a partir del primer piso) sobre la línea que divide el dominio público del dominio privado. Así, el cuerpo de la parte alta del edificio que avanza uno o dos metros en el espacio aéreo del dominio público, puede permitirse si con ello no afecta la luz natural o la ventilación y no altera la estética de la calle"[428].

Por otro lado y como ya se señaló, se ha aceptado sin problema el dominio del Estado sobre el espacio aéreo, que se conceptualiza de la siguiente manera: "es el que ejerce el Estado en el espacio aéreo que se prolonga verticalmente sobre su territorio o, mejor dicho, sobre sus dominios: terrestre y acuático...".

Pero cabe aclarar, que este dominio se prolonga sobre sus dominio terrestre y acuático, allí no se refiere a dominio privado o público del Estado; sino al dominio eminente o internacional. Porque el espacio aéreo suprayacente argentino, se encuentra tanto sobre los inmuebles de dominio privado o público del Estado, como de los particulares dentro de la Argentina.

En este sentido el art. 235 del CCC dispone que el Estado tiene un dominio público sobre el espacio suprayacente al territorio y las aguas jurisdiccionales de la Nación Argentina, de conformidad con los tratados internacionales y la legislación especial.

Es necesario recalcar que: el dominio público que recae sobre los inmuebles que se encuentran enunciados en dicho art. 235 del CCC, no abarca todos los bienes inmuebles que conforman el territorio argentino; por eso el art 235 de dicho cuerpo, nombra a las calles, plazas, caminos, canales, etc., en el inc. f), y no al resto de los inmuebles que se ubican en el país. Por eso es necesario recordar la distinción entre dominio público, dominio internacional y el eminente del Estado.

Vélez explica en la nota al art. 2507 del C.C. derogado, que muchos autores dividen la propiedad, en propiedad soberana del Estado o eminente y propiedad del derecho civil[429].

El Estado tiene, "respecto de los bienes que están en el territorio, un poder, un derecho superior de legislación, de jurisdicción y de contribución que, aplicado a los inmuebles, no es otra cosa que una parte de la soberanía territorial interior". Agrega que "a este derecho del Estado, que no es un verdadero derecho de propiedad o dominio, corresponde sólo el deber de los propietarios de someter sus derechos a las restricciones necesarias al interés general, y de contribuir a los gastos necesarios a la existencia, o al mayor bien del Estado".

[428] BIELSA. (1964), *Derecho Administrativo*, t. II, Bs. As.: LALEY, p. 503.
[429] Para profundizar ver PAPAÑO, R. y ots. (1993). *Derechos Reales*, T. I, Bs. As.: Ed. Depalma, pp. 188-189.

Mariani explica al respecto que "a pesar del calificativo de dominio que recibe, el eminente no configura en modo alguno un derecho de propiedad, sino que es una manifestación de la soberanía del Estado. En el que algunos autores por ejemplo, fundamentan el derecho a expropiar la propiedad privada por parte del Estado"[430].

Cabe recordar que se consideran cosas del dominio público del Estado aquellas que están destinadas al uso directo y general de los habitantes o están afectadas a un fin de utilidad o comodidad común[431] y pertenecen en propiedad al Estado, por ello estaría fuera de este instituto, si a pesar de destinarse a la utilidad o comodidad común la cosa perteneciera a un particular, donde funciona una escuela pública[432]. Sin embargo para Bielsa[433], los bienes del dominio público no son de propiedad del Estado, sino que sobre ellos, el Estado ejerce un superior poder de policía[434].

Hay otro dominio que se llama internacional. La relación entre un Estado y otro Estado respecto del dominio internacional, no consiste en una relación especial de acreedor y deudor entre una Nación y otra; sino en una obligación general de todas las Naciones, obligación pasiva, como la que es relativa a los derechos reales. Es "una obligación de inercia, de respetar la acción de cada pueblo sobre su territorio, no turbarla, ni imponerle obstáculo alguno". Y llega a decir Vélez, que: "La Nación considerada en su conjunto tiene respecto a las otras Naciones los derechos de un propietario". El pueblo soberano tiene una acción más alta, "el ejercicio del derecho de imperio, de legislación, de jurisdicción, de mando y de administración; en una palabra, un derecho de soberanía en toda la extensión del territorio". En síntesis termina el autor diciendo que: "el dominio internacional es el derecho que pertenece a una Nación de usar, de percibir sus productos, de disponer de su territorio con exclusión de otras naciones, de mandar en él como poder soberano, independientemente de todo poder exterior; derecho que crea, para los otros Estados, la obligación correlativa de no poner obstáculo al empleo que haga la Nación propietaria de su territorio, y de no arrogarse ningún derecho de mando sobre este mismo territorio".

---

[430] MARIANI DE VIDAL, M. (2004). *Derechos Reales*. Bs. As.: Ed. Zavalía, pp. 297-298.
[431] SPOTA, A. (1953). *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, T. I. Bs. As.: Ed. Depalma, vol 3, n° 1687.
[432] MARIANI DE VIDAL, M. (2004). *Derechos Reales*. Bs. As.: Ed. Zavalía, p. 281.
[433] BIELSA, R. (1938) *Derecho administrativo*, t. II, Bs. As.: Ed. Lajouane y Cía., p. 427 y ss., y (1928) *Relaciones del código civil*, Bs. As.: Ed. Lajouane & Cía.
[434] Y se decía en este sentido que: "sólo estarán en el patrimonio del Estado los bienes del dominio privado, enumerados en el art. 2342 del CC, aunque estén destinados a la utilidad pública, a un servicio público. Pero cabe la pegunta, en dicho caso no se transformaría en un bien del dominio público por afectación artificial.

La doctrina publicista recuerda al respecto, que la autoridad municipal suele cobrar por el uso del espacio aéreo de las vías públicas, la llamada contribución de voladizo[435]. Postura que ha sido seguida por la jurisprudencia sin planteos, como la que se cita a continuación a modo de ejemplo:

Así la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala I, el 30/08/2006"[436]; consideró que corresponde revocar la medida cautelar otorgada por el a quo, con el objeto de que el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires se abstenga de exigir el pago del gravamen por el uso y ocupación del espacio aéreo, hasta que se resuelva si es constitucional o no dicho tributo, puesto que no se encuentra acreditada la verosimilitud del derecho invocado por cuanto la exención concedida por el art. 39 de la ley 19.789 se refiere exclusivamente al uso del espacio aéreo de dominio público y tanto el Código Fiscal como la actora, se refieren al uso del espacio privado.

Al respecto la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, sala II, el 01/10/2004, en el caso: "Cable Televisora Color S.R.L. c. Municipalidad de San Rafael"[437], entendió que corresponde declarar la inconstitucionalidad del art. 153 de la ordenanza 4561 dictada por el Concejo Deliberante de la Municipalidad de San Rafael en cuanto impone a las empresas prestadoras del servicio de televisión por circuito cerrado, un tributo por la ocupación del espacio aéreo originada en el tendido de cables de transmisión, toda vez que resulta aplicable al caso el art. 39 de la ley 19.798 (Adla, XXXII-C, 3422), que exime a las empresas de telecomunicaciones de aquellos gravámenes motivados en la ocupación o uso del espacio público. En igual sentido se pronunció el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Jujuy, el 22/05/1998[438], específicamente se dijo que: "El tributo municipal que se origina en la ocupación o uso del espacio aéreo a los fines de la prestación del servicio público de telecomunicaciones constituye un inequívoco avance sobre la reglamentación que el gobierno nacional ha hecho en una materia delegada. Porque del juego armónico de las disposiciones del art. 56 de la ley 22.285 y del art. 39 de la ley 19.978, se desprende que el uso del espacio aéreo por parte de los circuitos cerrados de televisión se encuentra exento del pago de todo gravamen (Adla, XL-D, 3902; XXXII-D, 5209; LIV-B, 2420). Con el mismo criterio se pronunció la

[435] MARIENHOFF, M. S., *Tratado de Derecho Administrativo,* t. V, p. 33, nota 153. Ver también WINISZKY I. (1946), Transferencia de terreno destinado a ochava y exoneración de derechos de voladizo. *Revista de Derecho y Administración Municipal*, set-oct, p. 725 y ss.

[436]Cám. de Apel. en lo Cont. Adm. y Trib. de la Ciudad Autónoma de Bs. As., sala I, caso "Techtel - LMDS Comunicaciones Interactivas S.A. c. Ciudad de Buenos Aires, sentencia de el 30/08/2006. IMP 2006-23-24, 2914.

[437]SCJ de Mza, sala II, el 01/10/2004, en el caso: "Cable Televisora Color S.R.L. c. Municipalidad de San Rafael. Pub. en LA LEY Online.

[438] STdeJ de la Provincia de Jujuy, caso "Municipalidad de Palpalá c. Cable Visión Palpalá S.R.L.", sentencia del el 22/05/1998, pub. en la *LLNOA*, 2000-412.

Cámara Federal de Apelaciones de San Martín, sala II, el 03/06/1997, en "Telefónica de Argentina S. A. c. Municipalidad de La Matanza"[439].

Debe tenerse en cuenta que, en todos estos casos no se cuestionó que el espacio aéreo público fuera o no, del dominio público, sino que se tuvo en cuenta que su uso en dichos supuestos se encuentra exento de gravamen, en virtud de lo dispuesto por normas nacionales.

Pero salvo ley especial, las municipalidades pueden cobrar por el uso del espacio público. Esto fue aclarado por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, sala I, el 04/02/1998, en Telefónica de Argentina S. A. c. Municipalidad de Mendoza[440]. La ley orgánica de municipalidades 1079 enuncia los recursos municipales, declarando ramos exclusivos de tributación para formar parte del erario comunal, el uso transitorio o permanente de los subsuelos, calzadas y veredas, sin perjudicar las necesidades públicas (art. 113, inc. 2º). Resulta obvio que al establecerse el uso de la vía pública como hecho imponible se incluye el espacio aéreo sobre esa superficie". Y aclaró que los gobernadores firmantes del Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento se comprometieron a promover la derogación de las tasas municipales que graven el uso para servicios del espacio aéreo (Decreto nacional 1807/93 (Adla, LII-D, 4239). Y dicho acuerdo fue objeto de aprobación en la Provincia de Mendoza, sin renunciar a las potestades en lo referente a la materia Impositiva y Poder de Policía, conforme a las normas constitucionales y legales (arts. 1º y 3º, ley 6072).

Pero sin embargo, también se ha entendido que la posibilidad de cobrar derechos de uso del espacio, debe ir unida a una prestación de un servicio adicional. Así la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, sala II, el 14/08/1997, en Telefónica de Argentina S. A. c. Municipalidad de Mendoza[441] ha dicho: "Conforme a la ley Orgánica de Municipalidades, éstas están legalmente facultadas para fijar derechos por el uso transitorio o permanente de subsuelos, calzadas y veredas, y también derechos por la ocupación del espacio aéreo. Pero estos derechos tienen que responder a la idea de la existencia de una contraprestación de un servicio municipal, prestado a la entidad concesionaria del servicio". Pues se entendió que: "es excesivo el cobro de derecho de ocupación del espacio aéreo cuando se reitera año a año, sin que se evidencie una presentación adicional de servicio, pues ello significa incurrir en un aumento del costo del servicio que se trasladará al usuario, conforme las reglas que conforman la ley pertinente y el

[439] Cámara Federal de Apelaciones de San Martín, sala II, caso "Telefónica de Argentina S. A. c. Municipalidad de La Matanza, sentencia del el 03/06/1997, *LA LEY* 1997-D, p. 376.
[440] SCJ de Mza, sala I, caso "Telefónica de Argentina S. A. c. Municipalidad de Mendoza", sentencia del el 04/02/1998, *LLGran Cuyo*, 1998, p.263.
[441] SCJ de Mza, sala II, caso "Telefónica de Argentina S. A. c. Municipalidad de Mendoza", sentencia del el 14/08/1997, *LLGran Cuyo,* 1998, p. 121.

pliego de condiciones de la concesión telefónica, sin que exista realmente una contraprestación municipal que retribuir".

1.5. Apreciaciones sobre el espacio aéreo inmobiliario como objeto de los derechos reales:

En primer lugar, debe tenerse por descartado que el espacio sea un sujeto, por lo tanto es un objeto, que el sujeto puede medir, apreciar, ocupar, etc, y que presenta un innegable valor para el hombre, lo que se desprende de la jurisprudencia y de la experiencia común. Pero el espacio no es materia, sino que está lleno de materia, líquida, gaseosa, o sólida. La doctrina clásica como se explicó, siempre consideró que el objeto de los derechos reales eran las cosas materiales, y por lo tanto existe una gran oposición a considerar al espacio de un inmueble determinado como objeto de los derechos reales.

Este problema no se presenta con las cosas muebles cuya extensión limitada y que generalmente compuesta por materia sólida o líquida (una botella de vino); sino con el inmueble.

Adviértase, que por la preocupación de mantener el principio de que el objeto de los derechos reales tiene que ser material, se podría llegar a considerar que el inmueble es un plano compuesto por el suelo o un cuerpo que va desde el suelo y abarca el subsuelo en líneas perpendiculares. Por el contrario, siempre desde el derecho romano (se ha considerado que el inmueble se extiende en líneas perpendiculares desde el centro de la tierra hasta el infinito), y que el dominio del inmueble abarcaba el espacio aéreo.

Y para intentar ser coherentes, se ha considerado que al inmueble como una cosa material determinada, como la cosa mueble, con la única diferencia de que se encuentra inmobilizada. Cuando en realidad presenta diferencias sustanciales con las cosas muebles,

En primer lugar los inmuebles no son cosas materiales corporales separadas entre sí, y que se extienden hasta donde termina cada cuerpo. En realidad, resultan fracciones imaginarias del planeta tierra, separados entre sí por planos imaginarios que los agrimensores ubican en su GPS y pueden georreferenciar.

Por otro lado, es muy importante tener en cuenta que el inmueble no es un plano, sino que es tridimensional, es un cuerpo de distintas formas, pirámide, cono, etc., que está determinado en sus caras laterales y en la base pero no en la cara superior, porque no tiene una altura determinada, sino que abarca el espacio aéreo en la medida de lo aprovechable, y los intentos de darle una altura determinada 300 metros desde el suelo, etc., no ha tenido eco en la legislación.

Negar esta realidad, es cerrar los ojos a lo que es para que este encaje en un molde doctrinario. Es más hasta se podría considerar que el inmueble en sí es un espacio delimitado por planos imaginarios, que en parte es terrestre o está compuesto por materia sólida, en parte es acuático o está compuesto por agua y en parte es gaseoso y está compuesto por aire o gas.

Se comprende que en este momento la doctrina especialmente civilista no se encuentre preparada para cambiar el paradigma, del objeto de los derechos reales. Por eso se piensa que teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 1883 del CCC, respecto del objeto de los derechos reales, que son cosas o bienes en los casos taxativamente señalados por la ley; la mejor manera de introducir al espacio aéreo inmobiliario como objeto de los derechos reales, es directamente considerándolo un bien susceptible de ser objeto de los derechos reales, cuando la ley así lo admite.

Al respecto debe tenerse en cuenta que de lo explicado por la Dra. Kemelmajer[442], se puede deducir que si el derecho real en esencia y estáticamente se puede definir como el poder del hombre sobre las cosas, es fácil entender que lo que el hombre pueda hacer con las cosas y cuáles objetos se pueden considerar cosas, se encuentra vinculado al avance de la ciencia y la tecnología. Es decir, que a medida que la tecnología avanza, el ámbito del objeto de los derechos reales se amplía, porque empiezan a haber más cosas susceptibles de apropiación y por lo tanto de valor[443].

En el caso del espacio, no es que sostenga que sea una nueva cosa, sino que el avance de la construcción, de la tecnología, la superpoblación y el hacinamiento en las grandes ciudades y las necesidades del hombre hacen que el aprovechamiento del espacio sea cada vez más importante, y por lo tanto que el espacio aéreo inmobiliario adquiera un valor por sí, aún en forma separada al suelo.

Tecnología y derecho son dos sistemas que evolucionan en el tiempo y que deben tener cierta concordancia siempre que el avance tecnológico no atente contra los derechos fundamentales, si no se quiere que el derecho se aparte de la realidad que busca regular. Se advierte que los cambios tecnológicos se producen constantemente y el derecho debe prever normas flexibles que permitan abarcarlos y no dejarlos de lado, so pena de convertirse en un ordenamiento caduco.

---

[442] KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (2015), comentario al art. 2311, En ZANNONI (dir). Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado, t.10, Bs. As: Ed. Astrea, p. 5 y ss.

[443] CALEGARI DE GROSSO, L. E. (1998). *Derechos Reales - Estudio a partir del caso judicial*, tomo I, Bs. As.: Abeledo Perrot, p.16. Lo mismo sucedió con el hombre en la época de la esclavitud, que podía considerarse cosa y objeto del derecho de dominio

Siguiendo este criterio, parece acertado que se haya previsto en el art. 1883 del CCC que el objeto de los derechos reales pueda consistir en un bien taxativamente señalado por ley. Lo que permite, que sin romper el principio general de que el objeto de los derechos reales son las cosas, regulada en el Código Civil y Comercial, con una sola mención legislativa se pueda considerar a cualquier bien y no sólo a las cosas materiales, que el legislador disponga de acuerdo a los avances tecnológicos y requerimientos sociales, como objeto de los derechos reales. Y de esta manera brindarle al ser humano, mayor seguridad jurídica, oponiblidad erga omnes, ius persecuendi, ius preferendi y el resto de los beneficios que ser titular de un derecho real acarrea.

2. Los derechos:

2.1. Introducción

En el del Código Civil de Vélez derogado, según lo dispuesto por el art. 2.311 y conforme lo expuesto, en principio las cosas, entendidas como entidades materiales, podían ser objeto de los derechos reales. Sin embargo, como ya se fue adelantando varios artículos de dicho Código admitían indirecta o solapadamente que un derecho como el usufructo, la prenda, etc., pudiera recaer sobre créditos.

Así la doctrina había aceptado que, "algunas veces el objeto de los derechos reales no fuera una cosa, tal como ocurre con el usufructo de créditos o con la prenda, cuando tiene por objeto créditos, etc."[444]. Es decir que gran parte de la doctrina nacional[445], aceptó estos casos excepcionales, lo que fue puesto de manifiesto en la Comisión n° 4 de las XVIII Jornadas de Derecho Civil, donde se trató el tema del objeto de los derechos reales, y se concluyó, siguiendo la propuesta del art. 1816 del Proyecto del Código Civil de 1998, que: son objeto de los derechos reales los derechos, en los casos previstos especialmente. Esta opinión mayoritaria fue receptada por el Código Civil y Comercial vigente, pero cambiando la palabra derecho, por bienes, como ya se aclaró.

Más precisamente en el 1° despacho de la Comisión 4 de las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil en la parte referente al tema que se está analizando se concluyó que:

"I. Los derechos reales tienen por objeto:

[444] MOLINARIO, A. D. (1965). *Derecho Patrimonial y Derecho real*. Bs. As., p. 44.

[445] COSSARI, Nelson G.A. (2002). Posibilidad de constituir derechos reales sobre bienes que no son cosas, *Zeus*, 23 de octubre, Tomo 90 (y luego actualizado ante la sanción de la ley 25.509 hasta las XIX Jornadas de Derecho Civil). MESSINEO, F. (1971). *Manual de Derecho Civil y Comercial*; Tomo III. Bs. As.: Ediciones Jurídicas Europa-América, p. 198, Quien ya desde 1.971 aceptaba que puedan ser objeto de los derechos reales las cosas incorporales (derechos), pero no una actividad.

a) las cosas

b) las partes materiales de las cosas

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"

La amplia expresión "derechos" se proyecta a los tres casos que se examinaron, pero en resguardo del número clausus y de la tipicidad se dispone, que la ley debe establecer expresamente, cuándo es posible constituir derechos reales sobre los derechos. A su vez, y esto es fundamental, debe ser posible la relación directa con el objeto y que se confieran los derechos de persecución y preferencia, para dejar a salvo la esencia del derecho real.

No obstante, cabe señalar que ciertos autores nacionales, se han mostrado reticentes al respecto, como Gatti, quien afirmó que las cosas son el único objeto posible[446]. Bianca defendió el principio de que: "el objeto de los derechos reales son las cosas materiales" y argumentó que sólo en relación a las cosas materiales, puede explicarse aquel poder inmediato que representa una de las connotaciones esenciales de los derechos reales[447]. El proyecto de 1998 fue más acorde con la posición más progresista, cuando los admitió en el inc. b del art. 1816.

En el derecho comparado, el Código Civil Francés, parece admitir a los derechos como objeto de los derechos reales cuando afirma en el art. 526 del C.Civil Francés.

"Son objetos inmuebles, por el objeto al que se aplican:

El usufructo de los bienes inmuebles;

Las servidumbres o servicios hipotecarios;

Las acciones que tiendan a reivindicar un inmueble".

Y el artículo 529 de este cuerpo legislativo dispone: Son muebles por la determinación de la ley, las obligaciones y acciones que tienen por objeto sumas exigibles o efectos mobiliarios, las acciones o intereses en las compañías de financiación, de comercio o de industria, aunque los bienes inmuebles dependientes de estas empresas pertenezcan a las compañías. Estas acciones o intereses serán reputados como bienes muebles en relación con cada asociado solamente, en tanto dure la sociedad. Asimismo, son bienes muebles por determinación de la ley, las rentas perpetuas o vitalicias, bien sobre el Estado, bien sobre particulares".

[446] GATTI, E. (1975). *Teoría General de los Derechos Reales*. Bs. As.: Ed. Abeledo Perrot, p. 190

[447] BIANCA, C. M. (1999). *Diritto Civile* T 6 "La propietà", Milano, pp. 131-132.

Como ya se adelantó, actualmente el art. 1883 del CCC, siguiendo los proyectos de unificación anteriores, opiniones doctrinarias y despachos mayoritarios de los Congresos, admite que el objeto del derecho real pueda ser un bien taxativamente señalado por ley.

Esto significa que excepcionalmente pueden los bienes que no son cosas ser objeto de los derechos reales, siempre que la ley lo haya aceptado expresamente. Lo que descarta que jurisprudencial o doctrinariamente se pueda admitir que algún bien que no sea cosa y que no esté señalado por la ley, pueda ser objeto de un derecho real.

2.2. El caso del usufructo:

En el Código Civil anterior, precisamente el art. 2838 del CC facultaba que el usufructo recayera sobre toda especie de bienes, ya sean cosas o derechos. Pero, con el fin de cosificar el derecho y no romper la congruencia con el principio de que las cosas son objetos de los derechos reales, el mismo artículo precisaba que era necesario que los derechos en esos casos estuviesen representados en sus respectivos instrumentos, lo que fue denunciado como un forzamiento de la realidad.

En la legislación vigente, como se admite que los bienes que incluyen los derechos en los casos que la ley lo admite, puedan ser objeto de los derechos reales, directamente se acepta que los créditos puedan ser objeto de los derechos, sin exigirse en principio que el crédito esté instrumentado, lo que se considera un sinceramiento. Sin embargo, se observa que ello no siempre es así, y se sigue exigiendo la instrumentación en varios casos, pero no se considera que el papel en el que se instrumenta sea el objeto del derecho real.

2.2.1. Usufructo de créditos:

El art. 2875 del C.C. de Vélez decía, que cuando el usufructo estuviera establecido sobre créditos o rentas, los títulos deben ser entregados notificándose a los deudores; pero el usufructuario no puede cobrarlos judicialmente sin el concurso del nudo propietario.

La doctrina realizaba un esfuerzo interpretativo para explicar por qué en este supuesto, no se rompía el principio de que sólo las cosas podían ser objeto de los derechos reales. Así doctrinarios de la altura de Gatti manifestaban al respecto, que el crédito no es el objeto actual del usufructo, el objeto actual es el instrumento que lo representa y su objeto futuro tampoco sería el crédito, sino las cosas que en virtud de los instrumentos viniesen en poder del usufructuario. Dicho autor afirmaba, que en realidad se trataba de una cesión a los fines del cobro de crédito y automática constitución de usufructo sobre las cosas recibidas[448].

[448] GATTI, E. (1975). *Teoría general de los derechos reales*. Buenos Aires: Ed. Abeledo Perrot, p. 202.

Se explicaba, que no se podía en rigor configurar un usufructo sobre un crédito, porque no se podía constituir un derecho real sobre la prestación, que es conducta humana.

El actual art. 2130 del CCC establece que: "El usufructo puede ejercerse sobre la totalidad, sobre una parte material o por una parte indivisa de los siguientes objetos:…b) un derecho, sólo en los casos en que la ley lo prevé". La ley debe precisar, cuáles son esos supuestos admitidos. La doctrina ha dicho, que es factible dar en usufructo una marca[449], patentes industriales, derechos intelectuales, aunque con discusiones, como ser verá más adelante. También y conforme al art. 218 de la ley 19550 podría darse en usufructo una acción. Debe observarse, teniendo en cuenta la diferenciación de género a especie, entre bienes y créditos, que la marca más que un crédito, es un bien inmaterial que otorga a su titular un derecho.

2.2.2. Usufructo de patrimonio:

En el Código Civil derogado también se admitía el usufructo de un patrimonio (o de una parte alícuota de él), es decir el usufructo que tendría por objeto una universalidad del derecho. Expresamente el art. 2898 del CC decía: "El que adquiere a título gratuito un usufructo sobre una parte alícuota de bienes, está obligado a pagar en proporción de su goce…."

Gatti explicaba al respecto, que tampoco podía verse al patrimonio como objeto, sino que el usufructo de patrimonio se descompone en usufructos sobre las cosas no consumibles o fungibles que la integran, más "cuasi usufructos" sobre las consumibles y fungibles, más usufructos de créditos que tenga el patrimonio. Todo ello junto a una cesión de las deudas que figuren en el pasivo[450].

Actualmente el art. 2130 del CCC, admite en el último inciso que el usufructo tenga como objeto todo o una parte indivisa de una herencia, cuando la misma tiene origen testamentario. Sin embargo, Kiper[451] considera que "la regla de la especialidad permite entender que no existe el derecho real sobre el patrimonio, sino sobre las cosas singulares que lo componen".

Para Cossari, el caso del usufructo de herencia es dudoso, porque siguiendo el razonamiento de Gatti expuesto anteriormente al respecto, en la actualidad no se ha mantenido el usufructo de créditos y el usufructo de cosas fungibles se reduce al caso de los animales (art. 2130 inc. d) del CCC, por lo tanto en el caso de usufructo de herencia, respecto de los créditos

[449] MALIZIA, R., en trabajo inédito, citado por KIPER, C. (2016). *Tratado de derechos reales, Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.994*. T.I. Santa Fe: Rubinzal- Culzoni, nota 18, p. 23.
[450] GATTI, E. (1975). *Teoría general de los derechos reales*. Buenos Aires: Ed. Abeledo Perrot, p. 204.
[451] KIPER, C. (2016). *Tratado de Derechos Reales. Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.994*, Tomo I, Santa Fe: Rubinzal- Culzoni Editores, p. 24.

y las cosas consumibles o fungibles que no sean animales, sólo se puede ver simples préstamos[452]. Sin embargo, el art. 2130 del CCC admite el usufructo sobre un derecho, pero cuando la ley lo disponga[453].

2.3. Prenda de Créditos:

Los arts. 3204, 3211 y 3212 del Código Civil de Vélez, permitían también la prenda sobre créditos, siempre que constaran en un título por escrito (nuevamente se observa la exigencia de cosificación del crédito para mantener la coherencia del sistema que formalmente no podía admitir excepciones). Aquí, como en el caso del usufructo de créditos, se consideraba que el objeto actual de la prenda era el instrumento de crédito, y las cosas que en virtud del crédito, debían ser entregadas al acreedor pignoraticio y eran el objeto futuro de la prenda. Como se observa, esta concepción o interpretación clásica sobre el usufructo y la prenda de créditos fue desarrollada convincentemente por Gatti, a quien modernamente adherían varios doctrinarios, entre otros Highton[454].

Otros autores, como por ejemplo Jorge Alterini, consideraban superado ese punto de partida. En su concepción, tanto el usufructo de crédito, como la prenda de crédito recaen realmente sobre el crédito. Así explicaba que: "en la prenda de crédito, la respuesta sobre cuál es el objeto, parecería no sólo es simple, sino también obvia: el crédito (…) En el caso del usufructo del crédito, en principio también resultaría poco discutible que el objeto es el crédito... Sólo con sustento en una muy fértil imaginación puede pensarse que el usufructo de créditos se traduzca en el uso y goce de un papel[455]". Según el destacado autor[456], Vélez sólo habría recurrido a la categoría de las cosas por carácter representativo, para mantener a ultranza el principio de que los derechos recaen sobre cosas.

Debe recordarse que el art. 2317 del CC manifestaba que: "son inmuebles por su carácter representativo, los instrumentos públicos de donde constare la adquisición de derechos reales sobre inmuebles…", y el art. 2319 del mismo cuerpo legal mencionaba entre las cosas muebles

[452] COSSARI, N. G (2015), en ALTERINI, J. H (dir. general), COSSARI, N. G. (dir. del tomo), ALTERINI, I. *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético.*Bs. As.: LA LEY, pp. 30-31.
[453] ABREUT DE BERGHER, L. E. *El usufructo. Sus caracteres frente al nuevo Código Civil y Comercial*, recuperado en https://jndcbahiablanca2015.com
[454] HIGHTON, E., *Código Civil*; BUERES, A. –dirección- y HIGHTON, E. –coordinación- Tomo 5 p. 1477
[455] ALTERINI, J., su conferencia transcripta en Anuario Departamentos de Derecho Privado I, Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires, Separata de la *Revista del Notariado*, pp. 89-90
[456] ALTERINI, J., su conferencia transcripta en Anuario Departamentos de Derecho Privado I, Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires, Separata de la *Revista del Notariado*, p. 90.

"a los instrumentos públicos o privados de donde constare la adquisición de derechos personales".

El proyecto de 1998 admitió, que el objeto de la prenda de créditos era el crédito. Alterini manifestó al respecto, que dicho proyecto "al regular la prenda[457] de créditos no cae en la "la hipocresía de convertir el instrumento en el objeto de la prenda… en el momento culminante del incumplimiento del deudor, no es necesaria ninguna colaboración suya para ejecutar… Al menos en esa instancia, se patentiza la relación directa con el objeto: el derecho y no la cosa". E insistía en que: "no se fractura la relación directa, pues, no se requiere la colaboración activa del obligado que es correlativa a los derechos personales[458]".

Dicha observación es acertada, si se concibe a la prenda de créditos como el derecho de ejecutar por sí el crédito prendado, con prescindencia de la colaboración del deudor prendario. No obstante, paradógicamente los arts. 2114 y 2122 del proyecto de 1998 requerían que el crédito se encontrara instrumentado. Al igual que lo sostiene para la prenda de créditos el actual artículo 2232 y ss. del CCC, en concordancia con el art. 2219 del CCC, pero se debe entender, que es por seguridad y no porque se considere que el papel es el objeto del derecho real en dicho caso. Precisamente el art. 2219 del CCC expresa conforme con el art. 2188 que admite que las cosas y los derechos pueden ser objeto de los derechos reales de garantía que: "la prenda es el derecho real de garantía sobre cosas muebles no registrables o créditos instrumentados".

Esta clase de prenda se encuentra regulada en la sección 3 del capítulo 4 del título XII titulado "Derechos reales de garantía" del Libro cuarto. En dicho apartado se aclara cuál es la prenda de créditos, cuándo se constituye, cómo se conserva y cobra, el supuesto en que es necesario la opción o declaración del constituyente, la participación en un contrato con prestaciones recíprocas y la extinción.

Por otro lado, el art. 2220 del CCC, se refiere a la prenda con registro que recae sobre bienes y remite a la legislación especial. Según el decreto ley 15.348/46 ratificado por ley 12.962 o por decreto 897/95, es posible la prenda de fondo de comercio que abarca cosas y bienes inmateriales. Lo mismo hace el art. 2231 del CCC al admitir la prenda de títulos valores.

Entonces, la admisión de estos derechos reales sobre créditos, que son una clase de bienes inmateriales, nos hace cuestionarnos por qué no puede ser objeto de estos el espacio aéreo.

2.4. Derechos reales sobre otros derechos reales:

¿Pueden recaer los derechos reales sobre otros derechos reales?

[457] El Proyecto no regula el usufructo de créditos

[458] ALTERINI, J. su conferencia transcripta en Anuario Departamentos de Derecho Privado I, Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires, Separata de la *Revista del Notariado*. p. 94

Autores como Cossari[459], sostienen que en el Código Civil de Vélez, los derechos reales no podían ser objeto de otros derechos reales, y que los supuestos previstos en el derecho comparado y proyectado, en definitiva recaen sobre la cosa objeto del derecho gravado, aun cuando el derecho pueda aparecer como objeto inmediato. En contra se pronunciaba Penido, quien consideraba que dicha posibilidad sólo estaba vedada expresamente para el usufructo (art. 2842 del C.C.) y la hipoteca (art. 3120 del C.C.). Pero la prenda podía recaer sobre créditos (arts. 3240, 3209 y 3211 del C.C.). No obstante se advierte, que crédito no es lo mismo que un derecho real; y además el usufructuario podía constituir anticresis sobre el inmueble que tiene en usufructo (arts. 3241 in fine y 3242 del C.C.). Sin embargo, podía rebatirse que en ese caso, que la anticresis en realidad recaía sobre el inmueble con las limitaciones impuestas al usufructuario, o que realmente no se daba en anticresis su derecho de usufructo, sino el inmueble usufructuado sobre la base de la cesión de su derecho de usufructo[460].

El proyecto de 1998 previó dentro del derecho de superficie la posibilidad de hipotecar el derecho de construir o forestar (art. 2026). La potestad para hipotecar se repite en el art. 2105 al establecer las personas que se encuentran legitimadas para constituir hipoteca.

El proyecto con seguridad, quiso establecer expresamente la facultad de hipotecar el *ius aedificandi* y el derecho de forestar, a fin de evitar que pudiera entenderse que sólo se podría hipotecar la propiedad superficiaria separada (cuando ya existía algo construido) y por lo tanto se privara al titular de dicho derecho, de la posibilidad de acceder al crédito hipotecario en el momento más necesario, es decir cuando se dispone a edificar o forestar) En efecto, en los fundamentos del Proyecto de 1998 se expresaba respecto de "la financiación del emprendimiento superficiario, que es destacable que en la regulación de la hipoteca se admite que pueda recaer sobre el derecho de superficie, por cierto que en sus dos planos"[461].

En efecto, en los fundamentos del Proyecto de 1998 se expresa respecto de la financiación del emprendimiento superficiario, que: "es destacable que en la regulación de la hipoteca se admite que pueda recaer sobre el derecho de superficie, por cierto que en sus dos planos". Por lo tanto, se acepta claramente la constitución de un derecho real sobre otro derecho real: el derecho de edificar[462].

[459]COSSARI, N. G.A. (2002). Posibilidad de constituir derechos reales sobre bienes que no son cosas, *Zeus*, 23 de octubre, Tomo 90 (y luego actualizado ante la sanción de la ley 25.509 hasta las XIX Jornadas de Derecho Civil).
[460] Conf. HIGHTON, E., *Código Civil*; BUERES, A. (dir) y HIGHTON, E. –coordinación- Tomo 5, p. 1518.
[461] Conf. ALTERINI, en su conferencia transcripta en Anuario Departamentos de Derecho Privado I, Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires, Separata de la *Revista del Notariado*, p. 94.
[462] Conf. ALTERINI, en su conferencia transcripta en Anuario Departamentos de Derecho Privado I, Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires, Separata de la *Revista del Notariado*, p. 94.

El proyecto de 1987 por el contrario había prohibido que el derecho de edificar pudiera ser objeto de gravámenes reales (art. 2614), según sus notas explicativas, para mantener la coherencia con el rechazo por el Código de que existieran derechos reales que recayeran sobre otros derechos reales.

En la redacción del artículo 2 de la ley de superficie forestal 25.509, no estaba suficientemente claro si se podía gravar con hipoteca el derecho a forestar, dado que parecía que eran sólo las plantaciones ya existentes las que podían ser gravar con derechos reales de garantía[463]. Andorno,[464] en su ponencia en las XIX Jornadas Nacionales fue terminante en negar tal posibilidad en cuanto al derecho de forestar[465]. En el mismo sentido Cura Grassi sostuvo que: "sólo podría hipotecar el titular de la propiedad superficiaria, no así el titular del derecho a sembrar, quién tan sólo es titular de un derecho personal, para alguna parte de la doctrina[466], o derecho real sobre cosa ajena, para otra parte de la misma."[467]

Se consideró que era muy importante permitir el derecho de hipoteca tanto sobre la propiedad separada como sobre el derecho a forestar, pero que debía ser reformado el texto para otorgar claridad al concepto. Porque ningún inversor otorgaría un crédito exponiéndose a planteos de nulidad. El principio de tipicidad en el derecho argentino exige sumo cuidado a la hora de redactar las normas.

Mariani de Vidal entendió, fundamentalmente por razones económicas, que la interpretación más razonable llevaba a incluir a ambos planos del derecho de superficie como posible objeto de derecho real de hipoteca[468].

Las XIX Jornadas Nacionales en el punto VI el despacho mayoritario sentó que: la superficie forestal, en sus dos manifestaciones, podía ser objeto de hipoteca (mayoritario, 24 votos), mientras que la minoría (dos votos) señaló que el derecho real de superficie forestal, en tanto derecho, no puede ser objeto del derecho real de hipoteca (arts. 3108, 3109, 3120 y concs. del Cód. Civil) y que podía ser objeto del derecho real de hipoteca sólo lo plantado en tanto

[463] COSSARI, N. A, LUVERA, M. Á. (2005). Propiedad horizontal: techo edificable y tráfico inmobiliario. El Derecho - UNIVERSITAS S.R.L -*Revista del notariado* - Año CVIII - Abr/May/Jun. Id SAIJ: DACF060030, p. 687. En el mismo sentido CURA GRASSI, D. (2003). Reflexiones acerca del nuevo derecho real de superficie forestal, *LA LEY*, 6 de febrero, p. 3.

[464] ANDORNO, L. O. El derecho real de superficie forestal en el ordenamiento jurídico positivo argentino. *DJ,* 2002-2, p. 149.

[465] ANDORNO, L. O., su ponencia en las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, p. 640.

[466] En realidad, no existe duda en la doctrina nacional prácticamente unánime y en el texto de la ley, sobre que el derecho a forestar es un derecho real.

[467] CURA GRASSI, D. C. (2003). Reflexiones acerca del nuevo derecho real de superficie forestal, *LA LEY*, 2003-A, p. 1268.

[468] MARIANI DE VIDAL, M. (2004). *Derechos Reales*. Bs. As.: Ed. Zavalía, p. 1417; en el mismo sentido PAPAÑO, R. y ots. (1993). *Derechos Reales*, T. I, Bs. As.: Ed. Depalma, p. 291.

inmueble (arts. 2314, 3108, 3109, 3120 y conc. del Cód. Civil y art.2° "in fine" de la Ley 25.509).

Pero aún en estos casos, algunos autores entienden que la hipoteca recae sobre la finca misma, y el derecho que se dice hipotecado no es el objeto del derecho de hipoteca, sino el límite y medida de las facultades del acreedor hipotecario sobre la finca[469]. En estos casos podría hablarse de un objeto inmediato que es el derecho hipotecado, pero que en definitiva la hipoteca recae sobre el objeto de este último, la cosa.

Se observa que, toda esta dificultad estuvo dada por no admitirse doctrinariamente que el inmueble en el caso de la superficie forestal, se encuentra dividido horizontalmente y en dos parcelas. Interpretación que era más factible, con el texto de la ley de superficie forestal, que con la legislación actual que regula el derecho real de superficie con dos fases. Ello, porque la ley de superficie forestal conceptualizaba al derecho real de superficie, siempre como derecho real sobre cosa propia, no se diferenciaba en cuanto a su regulación los dos planos del derecho que ahora se distingue; y utilizaba en varias normas términos que inducían a concluir en dicho sentido.

Con el vigente Código Civil y Comercial, autores como Roberto Malizzia[470], consideran que se puede deducir que el usufructo puede ser objeto de usufructo, en razón que el usufructuario está facultado a disponer de su derecho de usufructo (art. 2129 del CCC), está permitida su transmisión (art. 2142 del CCC), y quien puede lo más, puede lo menos. Ello se encuentra también admitido en el derecho francés, español e italiano.

Es más, actualmente se acepta expresamente que el derecho real de construir, plantar o forestar pueda ser objeto de derecho real de garantía, expresamente en el art. 2120 primer apartado del CCC, conforme con lo dispuesto en el art. 2188 del CCC., que de modo genérico expresa que: los "derechos pueden constituirse en objeto de los derechos reales de garantía….", como ya se señaló[471] y en un todo de acuerdo al art. 1883 del CCC.

Cabría preguntarse también, si la hipoteca sobre la cuota parte ideal de un condómino es un derecho real sobre una parte de un derecho real, en virtud que la cuota parte ideal es la división del derecho y no de la cosa. En las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (2001), organizadas por la UCES en Capital Federal, se trató el tema de la hipoteca sobre la

[469] PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1999); *Derechos Reales*, Derecho Hipotecario, T II, p. 118, Tercera Edición, Madrid.
[470] MALIZIA, R. (1916), en trabajo inédito citado por KIPER, C., *Tratado de los Derechos Reales. Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.994*, Tomo I, Santa Fe: Rubinzal- Culzoni Editores, nota 18**,** p. 23
[471] PUJOL de ZIZZIAS, I. y LINARES DE URRITIGOITY, M. (2008). *Contrato y derecho de superficie forestal, en Derecho de los Contratos. Técnica de la Contratación actual*., coord. por PEREZ HUALDE, F., Bs. As.: Ed. Ad. Hoc., pp. 913-919.

cuota ideal. Y se discutió si la cuota (que es inmaterial), es el objeto del derecho de hipoteca o sólo era una medida del ejercicio del derecho real de condominio sobre la cosa[472].

2.5. El supuesto especial de los derechos intelectuales:

Toda exteriorización del pensamiento puede ser considerada producto intelectual. Su resultado es producto de la actividad mental del autor, quien crea conceptos y expresiones que adquieren realidad de por sí, y que generalmente se exteriorizan en la materia que le da sustento o en la que se plasma. Ahora cuando estos productos intelectuales se encuentran protegidos por la ley, se convierten en propiedad intelectual o derecho intelectual[473].

Según nuestro ordenamiento jurídico y la jurisprudencia son derechos intelectuales: a) los derechos de autor regulados por la ley 11.723[474], b) las patentes que pueden ser: 1) de invención – ley 24281 con la modificación de la ley 24.572, 2) las creaciones fitogenéticas (ley 20.247); 3) patente de modelo y diseños industriales (decr. ley 6673/63, ratificado por ley 16.478)[475], y 4) modelos de utilidad. c) la biotecnología: que son las técnicas empleadas para introducir cambios en los seres vivos (ley 24.481), lo patentable es el descubrimiento en la naturaleza de una nueva sustancia si se establece un procedimiento y se la caracteriza; d) las marcas registradas, el nombre comercial (ley 22.362[476]), e) el secreto comercial que tiene su tutela en

[472] VAZQUEZ, G. A. (2001). El objeto de los derechos reales en el Proyecto de Código Civil de 1998, ponencia presentada en las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, organizadas por la UCES en Capital Federal, menciona que ciertos autores consideran que es objeto del derecho real es la cuota ideal (que no es una cosa). Ver ALTERINI J. (1988). en comentario al art. 2311.En LLAMBÍAS, J. y ALTERINI, J. H. *Código Civil Anotado*, t. IV-A-, 2ª, reimpresión, Bs. As., p. 12. Alterini critica la postura que dice que la cuota ideal no es cosa y señala que el objeto del derecho de condominio es la cosa y que la alícuota es sólo la media de ejercicio del derecho real.

[473] Ver FARINA, J. M. (1999), en capítulo VIII los derechos intelectuales como objeto de los contratos comerciales. En *Contratos Comerciales Modernos*. Bs. As.: Ed. Depalma, p. 466.

[474] Comprende escritos de toda naturaleza y extensión obras dramáticas, composiciones musicales, cinematográficas o coreográficas, obras de dibujo, pintura, escultura o arquitectura, modelos y obras de arte o ciencia, impresos, planos, mapas, plásticos, fotografías, grabados, discos, y en general toda producción científica, literaria, artística o didáctica, sea cual fuere el procedimiento de reproducción. La protección de la obra se obtiene mediante la registración en el Registro Nacional de la Propiedad Intelectual. La ley dispone asimismo un régimen de sanciones penales para quienes vulneren los derechos. Ver CAIVANO, R. J. (1994). El arbitraje y la propiedad intelectual, *Derechos Intelectuales*, Bs. As.: Ed. Astrea, Bs. As., p. 138.

[475] Formas o aspectos incorporados o aplicados a un producto industrial con carácter ornamental. Se tiene sobre él un derecho de propiedad y el derecho exclusivo de explotarlo o transferirlo. Se protege mediante su registración en la Dirección Nacional de Propiedad Industrial, la que se otorga por el plazo de 5 años renovable de la misma duración, y puede cederse total o parcialmente debiendo inscribirse la transferencia. Ver CAIVANO, R. J. (1994). El arbitraje y la propiedad intelectual, *Derechos Intelectuales*, Bs. As.: Ed. Astrea, p. 139.

[476] En dicha ley se establece que se pueden registrar, marcas para distinguir productos o servicios. Se dispone como deben ser las palabras que se utilicen. La protección del derecho se obtiene de su registración, que otorga a su titular, el derecho de propiedad y exclusividad de uso por el término de 10 años, renovable indefinidamente por períodos iguales si la misma fue utilizada dentro de los últimos 5 años. Se dispone que la transferencia de la marca sólo es válida frente a terceros una vez inscripta en el Registro Nacional de la Propiedad Industrial. Se ha dicho que: "las designaciones entendidas como nombre o signo con que se designa una actividad son consideradas también como una propiedad a los efectos de la ley, adquiriéndose con su uso y sólo en relación al ramo en que se utiliza". CAIVANO, R. J. (1994). El arbitraje y la propiedad intelectual, *Derechos Intelectuales*, Bs. As.: Ed. Astrea, pp. 138-139.

el Código Penal y en la ley de lealtad comercial 22.802; f) Know how, no está regulada pero la doctrina considera que merece protección basada en la que se confiere al secreto comercial, g) software, que merece tutela jurídica, aunque se discute desde qué ángulo[477], y otros productos relacionados con la informática.

No obstante, autores como Mouchet y Radaelli, consideran que dentro de los derechos intelectuales se encuentran los derechos sobre obras literarias y artísticas, los derechos sobre inventos y los derechos sobre dibujos y modelos industriales. Y excluyen expresamente al derecho sobre las marcas de fábrica y enseñas comerciales considerados por Picard; porque entienden que ellas nada tiene que ver con la creación intelectual, no tienden a proteger y regular dichas relaciones[478].

2.5.1. Teorías sobre la naturaleza jurídica:

Respecto de su naturaleza jurídica, se pueden dividir las teorías en dos grandes grupos: las doctrinas dualistas y las monistas. Las dualistas diversifican el conjunto de facultades que corresponden al creador en dos tipos: uno de contenido moral que estiman que forma parte del derecho de la personalidad (lo que en general es aceptado), y otro de carácter patrimonial (dentro del cual cada autor propugna su postura). Mientras que las posturas monistas entienden que ambos aspectos configuran un conjunto armonioso de facultades de índole moral y económica, que no pueden ser aisladas analíticamente como lo pretende la postura dualista. Se consideran monistas, la teoría del derecho de la personalidad y las diversas manifestaciones del monismo jurídico en la actual bibliografía alemana.

Dentro de la postura dualista, se puede distinguir dos posiciones la de la configuración del derecho como un señorío jurídico sobre un bien exterior y otra que reduce este derecho a una facultad de hacer o desarrollar en exclusiva una actividad determinada. En el primer subgrupo se ubica la teoría de la propiedad, en sus diferentes formulaciones, la del usufructo o servidumbre; la del derecho sobre inmateriales y la teoría de los derechos intelectuales, etc. Por otro lado, en el segundo subgrupo de las tesis dualistas se encuentran la teoría del derecho a la

[477] Los derechos intelectuales como objeto de los contratos comerciales, Capítulo VIII, *Contratos comerciales modernos*, pp. 636-637. La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, firmado en Estocolmo el 14 de Julio de 1967, dispone en su art. 2, viii, que la propiedad intelectual se compone de los derechos relativos a "las obras literarias, artísticas y científicas, a las invenciones en todos los campos de la actividad humana, a los descubrimientos científicos, a los dibujos y modelos industriales, a las marcas de fábrica, de comercio y de servicio, así como a las nombre comerciales, a la protección contra la competencia desleal; y todos los demás derechos relativos a la actividad intelectual, en los terrenos industrial, científico, literario y artístico.

[478] Dichos autores consideran también que existe una categoría de derechos intelectuales y otra de derechos conexos al derecho intelectual, llamados derechos vecinos. MOUCHET, C. y RADAELLI, S. (1957). *Los derechos del escritor y del artista*. Bs. As.: Ed. Sudamericana, pp. 22-23, donde se cita otra obra de los mismos autores titulada: *Derechos intelectuales sobre las obras literarias y artísticas*, III, cap. XII.

no imitación, la de los derechos de clientela de Roubier, las posturas que califican el derecho como un monopolio y la doctrina del derecho de trabajo[479], etc[480].

Al referirse a los derechos intelectuales en general Rondina expresa que resulta muy claro que es un derecho de propiedad, como lo dice la ley 11.723, dec. 6.673/63 ratificado por ley 16.478 sobre dibujos y diseños y finalmente por la ley 24.481 de patente y modelos de utilidad, pero un derecho de propiedad con fuerte hipoteca social[481].

Se considera incluido en el patrimonio, el derecho que tiene el autor de una obra científica, literaria o artística para disponer de ella y explotarla económicamente por cualquier medio. Pero, por la índole del objeto sobre el cual el derecho se ejerce, estas facultades se denominan derechos intelectuales. Existen dos posturas fundamentales sobre la naturaleza de este derecho, una es la teoría de los bienes inmateriales, que acentúa la plenitud de goce de un bien que constituye el contenido del derecho o poder sobre la creación y otra es la del monopolio, para lo cual lo que se destaca es la posibilidad de hacer algo y la abstención de los demás[482]. Para esta última postura las ideas, pensamientos y concepciones son inapropiables por sí mismas, ya que una vez conocidas por todos es imposible evitar de hecho su apropiación por la generalidad. Y el derecho no puede prescindir al tutelar el interés del autor o del inventor, de relacionar la idea, en que la creación consiste en un ejemplar material determinado, por lo tanto si desaparecen todos los ejemplares no hay posibilidad de proteger a su autor. No obstante se observa, que con la digitalización de las obras esto actualmente no es tan así, salvo que hubiera desaparecido la obra aun digitalmente.

Dentro de las posturas dualistas como se explicó, existe un grupo de autores que consideran que el derecho en su contenido económico es un señorío inmediato sobre la obra del tipo dominical o parecida al dominio, es autónomo porque no necesita del hacer de otros, salvadas las diferencias relativas a su objeto; y por lo tanto consideran que este derecho es un derecho real o cuanto menos absoluto. Para estos autores, las obras intelectuales reúnen los tres

---

[479] GUITTON, J. (1981), *El trabajo intelectual*. Madrid: Ediciones Rialp SA., p.10.

[480] También existen otras posturas, como la del derecho del autor como un derecho absoluto; la de GERBER para quien existe un verdadero derecho subjetivo en el derecho de autor, que es simple reflejo de una limitación legal; la de la CASANOVA (1941), que sostiene la tesis de la relación contractual entre el inventor y la sociedad, en *Traité Technique et pratique des brevets d´invention*, París, especialmente p. 21 y ss.- pero que parece más aplicable al derecho de patentes. La teoría de la prestación de servicios y otras citadas por BAYLOS CORROZA, H. (1933) La problemática de los derechos intelectuales, *Tratado de Derecho Industrial, Propiedad industrial, Propiedad intelectual. Derecho de la competencia económica, disciplina de la competencia desleal.* Madrid: Ed. Civitas, pp. 390-391.

[481] SPOTA, *Instituciones Contratos*, vol VI, p. 255 y ss.

[482] SORDELLI, *La concorrenza desleale*, cit., p. 29 y ss. citado por BAYLOS CORROZA, H. (1993), en Epígrafe segundo El derecho patrimonial del creador como derecho a ejercer en exclusiva una actividad económica, en *Tratado de Derecho industrial, Propiedad industrial, Propiedad intelectual. Derecho de la competencia económica, disciplina de la competencia desleal*. Madrid: Ed. Civitas S.A., p. 431.

requisitos característicos de la objetividad que son: la individualidad, la valuabilidad económica y apropiabilidad jurídica del ente u objeto. Las obras intelectuales, adquieren su propia individualidad en cuanto se separan del autor por el acto creador, se transforman en una idea en la mente en una realidad materializada en la obra, que satisface necesidades humanas y por lo tanto son bienes económicos, y son apropiables en el sentido que admite este objeto, que es que son susceptibles de un poder de exclusión.

Ahora si bien los autores de esta tesis, consideran que es un derecho absoluto, con oponibilidad erga omnes, disienten en la clase de derecho que es.

2.5.1.1 Derecho de propiedad:

Esta postura es la más generalizada y sostiene que no se diferencia la propiedad intelectual de la propiedad sobre las cosas materiales. Fue la primera etiqueta con la que se la incorporó a los ordenamientos jurídicos modernos, y es un instrumento utilizado en la práctica jurídica para la aplicación de las normas protectorias, que constantemente se sirven de conceptos como los de ocupación, posesión, reivindicación y otros muchos pertenecientes a la técnica de la propiedad[483]. Esta posición tiene la ventaja que la propiedad presenta el atributo de su elasticidad plástica, por su posibilidad de reducirse conceptualmente a un núcleo esencial, que no resulta alterado por las desmembraciones de las facultades concretas, ni por la imposición de limitaciones condicionantes. La esencia misma de estos derechos, que se encuentra por encima de toda consideración, como una manifestación explícita de la relación de pertenencia. Por ello esta postura aglutina teorías variadas, no unívocas, que se han ido desarrollando en distintas etapas que se pueden diferenciar.

En primer lugar la etapa iusnaturalista, la idea de la protección de la propiedad intelectual surge durante la Revolución Francesa, gracias a la cual estos derechos encontraron consagración en las primeras leyes revolucionarias, basadas en el deseo de dispensar protección al autor y repugnancia a la idea de coartar la libertad de iniciativa, trabajo e industria. Y se proclama la propiedad como derecho natural, no sujeto a ninguna clase de vinculaciones. Se utiliza el término propiedad, para defender mejor estos derechos de sus contradictores. Es más hasta en un principio se pretendió equiparar plenamente dicho derecho con la propiedad común

[483] Ver GRECO, C. *I diritti sui beni inmateriali*, pp. 5-6, 16-25, BARASSI, *Diritti reali e possesso*, I, p. 146 y ss., citados por BAYLOS CORROZA, H. (1933) La problemática de los derechos intelectuales, *Tratado de Derecho Industrial, Propiedad industrial, Propiedad intelectual. Derecho de la competencia económica, disciplina de la competencia desleal.* Madrid: Ed. Civitas, en Parte II. *Derechos intelectuales como derechos subjetivos*, p. 397.

en todos los órdenes y especialmente en la duración de la protección, que quiere hacerse perpetua[484].

Luego, se generaliza la tesis del derecho de propiedad en una serie de legislaciones y en la doctrina que intenta encontrar en la propiedad una respuesta a la naturaleza jurídica. Pero inmediatamente surge la crítica basada en que se violenta la noción clásica de dominio que se relaciona con la apropiación y disfrute de cosas materiales. Se discute, que las ideas no son susceptibles de apropiación, cuando ya han sido emitidas, uno idea no es susceptible de disfrute exclusivo, sino que "fue depositada en el vasto fondo común de los conocimientos humanos"[485]. Pero eta crítica deriva en que el derecho de autor o inventor no es un derecho subjetivo, sino meros reflejos de una prohibición legal[486].

La legislación francesa posterior a la revolucionaria, como la ley de patentes de 1844 y la de 1866 sobre derecho de autor, abandonan la fórmula de la propiedad; al contrario de la legislación española que desde un principio acogió la postura revolucionaria del derecho de propiedad, la mantiene en la legislación y jurisprudencia.

Esta tendencia fue combatida por Renouard[487], diputado francés y por el alemán Klosterman en 1876[488] entre otros. En Argentina en 1888, Calixto Oyuela[489], critica dicha terminología calificándolo de un error jurídico y tecnicismo impropio, ya que violenta el término propiedad para trasladarlo a una significación diversa de la idea histórica y jurídica que representa.

2.5.1.2. Propiedad sui generis:

Posteriormente surge la doctrina de la propiedad sui generis o especial. En la doctrina que acoge estos conceptos, se comienza a advertir la imposibilidad de aplicar en bloque la noción de dominio, sin introducir matizaciones. Por ejemplo, Chpelier en 1791 admite, que es una propiedad de naturaleza completamente diferente a las otras propiedades y nos habla de

[484] FRANK, A. (1886). Philosopie du Droit civil de 1886, defendió esta tesis, citado por BAYLOS CORROZA, H. (1933) La problemática de los derechos intelectuales, *Tratado de Derecho Industrial, Propiedad industrial, Propiedad intelectual. Derecho de la competencia económica, disciplina de la competencia desleal.* Madrid: Ed. Civitas, p. 402.
[485] BRY, G. (1914). *La propriété industrielle, littéraire et artistique*, París, p. 5, citado por BAYLOS CORROZA, H. (1933) La problemática de los derechos intelectuales, *Tratado de Derecho Industrial, Propiedad industrial, Propiedad intelectual. Derecho de la competencia económica, disciplina de la competencia desleal.* Madrid: Ed. Civitas, p. 403
[486] GERBER y LABAND citados por BAYLOS CORROZA, H. (1933) La problemática de los derechos intelectuales, *Tratado de Derecho Industrial, Propiedad industrial, Propiedad intelectual. Derecho de la competencia económica, disciplina de la competencia desleal.* Madrid: Ed. Civitas, 403.
[487] RENOURD, M. (1860). *Du doit industrial*, París, p. 430.
[488] Citado por MOUCHET, C. y RADAELLI, S. A. (1957). *Los derechos del escritor y del artista*. Bs. As.: Ed. Sudamericana, p. 12.
[489] OYUELA, C. (1888). *Derechos de autor*, 42-43, Bs. As: Coni e Hijos. Reeditada en Estudios Literarios (1943), I, Academia Argentina de Letras, Bs. As., pp. 309-386.

propiedad especial o cuasipropiedad[490]. Se admite que tiene una fisonomía propia y caracteres distintivos en virtud de su objeto, por ello es más bien una propiedad intelectual.

Por su parte Josserand, subraya el carácter cada vez más multiforme y plástico que está adquiriendo en forma creciente la noción de dominio, en virtud de la cual la propiedad reviste ya una extensión y variedad de aspectos desconocidos en el derecho quiritario "Hay que empezar por reconocer, por consiguiente, que la propiedad es un concepto adaptable a todas clases de bienes. Y es más (aclara) cada categoría de bienes comporta una forma de apropiación privativa de ella". Así no se tienen sobre una finca rústica los mismos derechos en la práctica, que sobre los muebles o las obras artísticas[491]. Por eso deduce que no hay propiedad, sino propiedades de acuerdo a los bienes, en virtud de que su plasticidad es infinita.

En España la expresión propiedad especial tiene raigambre y aparece en el proyecto de Código Civil de 1882, en la ley de Bases del 11 de mayo de 1888 y aparece en el Código Civil vigente. El carácter especial de esta propiedad, no viene justificado en la doctrina española tanto por las notas peculiares que parecen definirlas (temporalidad, peculiaridad del poder jurídico, contenido del derecho, etc.), sino también por la idea de que es una institución híbrida en su naturaleza, cuyo estudio pertenece al derecho civil y en parte al administrativo (cuando el interés público exige una subordinación del interés privado). Por responder a esta concepción, el Código Civil se ocupa únicamente de mencionar la existencia de estas instituciones, remitiéndose en todo en cuanto a su regulación a la ley especial.

Con la idea de sistematizar las diferencias entre el derecho de propiedad y el derecho sobre las creaciones intelectuales, surge una construcción dogmática de la doctrina de la propiedad, que trata de perfilar y completar la teoría del dominio y compararlo.

Baylo Corraza explica que Carnelutti, destacó ya en su trabajo en 1912 a estos derechos como efecto de ese proceso cada vez más acusado de extensión del concepto de domino a zonas de apropiación no conocidas por sociedades anteriores. Este autor explica que hasta épocas recientes a su trabajo era imposible obtener el resultado inmaterial del trabajo como algo separado del goce de la persona o de la cosa en la que aquel producto era contenido. Pero, al cambiar las condiciones sociales con la aparición de medios como la fotografía, la cinematografía, ha podido realizar lo que a primera vista era inimaginable, que es gozar de la

[490] Autor citado por ROEDER en *Urheberrecht oder geistiges Eigentum*, p. 13 citado por BAYLOS CORROZA, H. (1933) La problemática de los derechos intelectuales, *Tratado de Derecho Industrial, Propiedad industrial, Propiedad intelectual. Derecho de la competencia económica, disciplina de la competencia desleal.* Madrid: Ed. Civitas, p. 404

[491] JOSSERAND, L. (1950). *Derecho Civil, Buenos Aires*, trad. Especial de Santiago Cunchillos y Monterola, tomo I, vol. II, p. 40.

acción mímica, del canto de otros, etc., como objetos separados de su persona. Por lo tanto, es un problema de evolución del sentido jurídico y hasta de la propia técnica, el que origina que estos derechos no parezcan por sí mismos y por su contextura especial asimilables al clásico derecho de propiedad[492].

Barassi expone la teoría de propiedad de manera clara. Acepta que es propiedad, por el amplio señorío del que goza y la facultad de disponer de modo más extenso conforme con la naturaleza inmaterial de su objeto. Y agrega que si se considera la obra con separación plena de la persona de su autor, puede ponerse en el mismo plano con las cosas materiales desde el punto de vista de su aptitud para constituirse en el objeto de un derecho de propiedad. Expresa que la nota fundamental de los derechos que trata son la de incluir la máxima plenitud de señorío posible sobre una entidad valorable económicamente[493].

Las objeciones a la tesis del derecho de propiedad, son antiguas también y numerosas. Esencialmente se basan en la afirmación de que resulta violentar el concepto de dominio, aplicarlo a una zona de intereses y de objetos tan diferentes y peculiar como la que corresponde al derecho de los creadores. Roubier en esta postura, explica que para que pudieses existir un derecho de propiedad sobre una idea, debería el titular poderse reservarla para sí, el uso exclusivo de ésta, pero el creador al ejercitar su derecho, persigue precisamente lo contrario, porque su beneficio económico exige que su obra sea difundida, conocida, disfrutada y apreciada por todos. El derecho sobre las obras intelectuales otorga más y a la vez menos que el derecho de dominio. Menos porque el derecho del creador está limitado por el derecho de todos y más porque una vez transmitido, se le impide al adquirente hacer con ella todo lo que su naturaleza le permita. Y por otro lado no existe una identificación plena entre el derecho de propiedad y la cosa sobre la que propiedad recae, en el derecho de los creadores, porque no puede reservarse el autor el uso o disfrute de su obra, y por lo tanto el contenido del derecho no se traduce en facultades positivas de goce y disfrute sino en la obtención de ganancias[494].

Por ello, el poder jurídico que se incluye en el contenido del derecho de los creadores se distingue del dominio en su carácter negativo y excluyente, y no se establece para asegurar a sus titulares el goce privativo de esas cosas. Por otro lado, la Administración interviene dando una especie de concesión administrativa, que es la patente. Y aunque los autores que sostienen

[492] BAYLOS CORROZA, H. (1933) La problemática de los derechos intelectuales, *Tratado de Derecho Industrial, Propiedad industrial, Propiedad intelectual. Derecho de la competencia económica, disciplina de la competencia desleal.* Madrid: Ed. Civitas, p. 408.
[493] BARASSI, *Diritti reali e possesso*, I , p. 185.
[494] ROUBIER, *Le Droit*…I, p. 95, citado por BAYLOS CORROZA, H. (1933) La problemática de los derechos intelectuales, *Tratado de Derecho Industrial, Propiedad industrial, Propiedad intelectual. Derecho de la competencia económica, disciplina de la competencia desleal.* Madrid: Ed. Civitas, p. 410.

la tesis de la propiedad explican, que ésta es de carácter declarativo; lo cierto es que esto es señalado por los autores que critican esta postura, como decisivo. Además de la temporalidad, dicen que no existe otros modos originarios de constitución del derecho que la creación y los modos derivados difieren (contrato de edición, representación, licencia, etc.); la comunidad de derecho se regula de manera distinta que el condominio, el derecho del autor no es susceptible de posesión de la misma manera que las cosas materiales; y mientras que el derecho de dominio es el que otorga más facultades, el del autor es limitado por esencia.

Los autores enrolados en la postura de la propiedad replican entonces todos estos argumentos, especialmente con el fundamento, de que son nuevas zonas de valores no conocidas. Spota en argentina considera que el derecho intelectual o derecho sobre objetos inmateriales asume carácter de derecho creditorio, porque descarta que sobre un objeto ideal pueda recaer un derecho real, pero se aproxima a este por ser oponible erga omnes[495].

Pero no obstante estas objeciones, la doctrina de la propiedad viene siendo aplicada por todo el movimiento internacional de protección del autor, con la precaución de la existencia de diferencias profundas. Por ello se ha dicho: que "estos derechos pueden considerarse, no sólo como derechos reales, sino como verdaderos derechos de propiedad, siempre que se tenga en cuenta la particular exigencia del objeto y las notas especiales que lo caracterizan"[496].

2.5.1.3. Derecho sobre bienes inmateriales:

Como una reacción de la teoría del derecho de propiedad que violentaba el concepto tradicional del dominio, surge la teoría del derecho sobre bienes inmateriales, elaborada por Kohler[497]. Este autor considera que es preciso admitir una categoría nueva, junto a la propiedad, la de los derechos sobre bienes inmateriales (inmaterialgüterrecht). Para Kohler el nuevo concepto conserva una nota consustancial con la doctrina del derecho de propiedad, que es la interpretación de este poder jurídico como un señorío sobre un bien autónomo. El derecho al igual que aquel, posee una referencia objetiva inmediata, aunque la protección que otorga la propiedad es coherente con su objeto. La razón del distingo de esta teoría con la de la propiedad recae en la peculiaridad del objeto sobre el que recae, por lo tanto, es muy análoga a la teoría

[495] Ver SPOTA, A. G. (1981). *Instituciones de Derecho civil contratos*, vol VI, Ediciones Jurídica Morcos Palet. Bs. As.: Ediciones Depalma.

[496] BAYLOS CORROZA, H. (1933) La problemática de los derechos intelectuales, *Tratado de Derecho Industrial, Propiedad industrial, Propiedad intelectual. Derecho de la competencia económica, disciplina de la competencia desleal.* Madrid: Ed. Civitas, p. 415.

[497] Los principales trabajos de Kohler sobre el tema, quien además era filósofo del derecho son: (1900) *Handbuch des deutschen Patentes Mannheim*, (1910). *Warenzeichenrecht, Mannheim-Leipzig* y otras. Para Ciampi, Kohler formuló su teoría inicialmente en un trabajo publicado en 1.875, titulado *Studie über die ideale Güter* (vid. Diritto di autore. Diritio naturale, citado, pág. 63). Citado por BAYLOS CORROZA, H. (1933) La problemática de los derechos intelectuales, *Tratado de Derecho Industrial, Propiedad industrial, Propiedad intelectual. Derecho de la competencia económica, disciplina de la competencia desleal.* Madrid: Ed. Civitas, p. 416, nota 106.

del dominio, y hasta se puede entender que simplemente la perfecciona. Kohler es dualista y considera que el derecho sobre bienes inmateriales económicamente valorable, es sólo el derecho patrimonial para la explotación económica de su obra. Junto a este derecho el creador posee un "individualrecht", que no se incorpora el núcleo esencial del derecho de autor, sino que ha de ser considerado como una manifestación concreta del derecho general de la personalidad, aunque ambos derechos tengan relaciones entre sí[498].

Son muchas las concepciones que entienden que no se puede encasillar este derecho en las categorías existentes. En el fondo de estas concepciones late la idea de que se está en presencia de un derecho sui generis[499]. Pero se ha señalado[500], que estas concepciones no se deciden a romper la división clásica de derechos, a fin de reconocerle también una categoría sui generis[501].

La particularidad que define a la teoría del derecho sobre un objeto inmaterial, es que pone el acento en la caracterización y definición del objeto. Debe tenerse en cuenta que el objeto no es ninguno de los ejemplares, sino la creación como entidad objetiva. Y se configura así un derecho absoluto oponible erga omnes sobre un bien exterior. Esta posición es mantenida por autores como Ruggiero, Ramella, Planiol, Luzzatto, Sordelli, De Gregorio, Di Franco, Messineo, Zavala, Valeri, etc.[502]. Para Carnelutti, todas estas posturas tienen parte de verdad[503] y para Sordelli se complementan recíprocamente. Para Greco, el derecho sobre bienes inmateriales es un verdadero derecho real, pues para él la inmaterialidad de su objeto es compatible con el carácter, no sólo absoluto, sino real del derecho. Para Troller, el derecho sobre bienes inmateriales, es un derecho absoluto que implica un ius prohibendi, y es un derecho

[498] Este autor rechaza la concepción de que el objeto de esos derechos sea una siempre actividad. Aunque considera que el derecho al nombre y a la marca no son derechos sobre bienes inmateriales, sino manifestaciones del derecho de la personalidad, al igual que la teoría de la competencia desleal está agrupada en la teoría del derecho a la personalidad.

[499] Esta postura en la que se puede incluir al francés HUARD (1903) quien la explica en su obra máxima *Traité de la propiété intellectuelle*, París, reconoce que en esta materia se consideran hechos y relaciones jurídicas sui generis, pero no se plantean el fondo del problema. Autor citado por MOUCHET, C. y RADAELLI, S. A., (1957). *Los derechos del escritor y del artista*. Bs. As.: Ed. Sudamericana, Buenos Aires, S.A., p.13.

[500] MOUCHET, C. y RADAELLI, S. A., (1957). *Los derechos del escritor y del artista*. Bs. As.: Ed. Sudamericana, Buenos Aires, S. A, p. 21.

[501] Por ejemplo, para Piola Caselli, "el derecho del autor representa un señorío sobre un bien intelectual, el cual, en razón de la naturaleza especial de este bien, abraza en su contenido facultades de orden personal y de orden patrimonial. Este derecho agrega debe ser calificado como derecho personal-patrimonial- Autor citado por MOUCHET, C. y RADAELLI, S. A., (1957). *Los derechos del escritor y del artista*. Bs. As.: Ed. Sudamericana, Buenos Aires, S.A, p. 21.

[502] Autores citados por BAYLOS CORROZA, H. (1933) La problemática de los derechos intelectuales, *Tratado de Derecho Industrial, Propiedad industrial, Propiedad intelectual. Derecho de la competencia económica, disciplina de la competencia desleal.* Madrid: Ed. Civitas, p. 421.

[503] Explica que el derecho de propiedad y los otros derechos reales eran los únicos conocidos por los romanos, y no conocían esta realidad. Agrega que por su origen se llama derecho de autor, por su contenido derecho de exclusiva, por su objeto derecho sobre la obra intelectual.

unitario (aunque existan una serie de manifestaciones que inciden en el distinto disfrute a que se preste cada bien inmaterial)[504].

Se destaca el carácter transmisible de este derecho tanto inter vivos como mortis causa, pudiendo el bien inmaterial ser objeto de un derecho real de garantía como de una expropiación. El bien inmaterial puede ser utilizado por otra persona que no sea su titular, pero de modo limitado cronológica, cuantitativa o territorialmente. Y puede incluir o no una utilización simultánea del titular del derecho (licencias). La determinación de qué es la creación o qué es el producto del espíritu humano, es metajurídica. La teoría del monopolio considera que el espíritu no es objeto sino acción. Franceschelli considera que carece de todo fundamento la distinción entre estos dos tipos de objeto: el libro y la obra intelectual contenida en el mismo. La que no puede basarse, ni en el inseguro criterio de la tangibilidad, ni en el de la posibilidad de percepción por los sentidos, ni en la posesión o no de un cuerpo determinado, en forma tal que permita la apropiación. Para este autor serían inmateriales, las cosas que son reproducidas en ejemplares o copias idénticas. Pero es cierto, que los ejemplares son lo úncio que constituye su contenido patrimonial[505].

Para Roubier[506], objeto inmaterial es lo que se puede percibir por medio del intelecto, lo que abarca no solo dichas creaciones, sino otras realidades materiales o no.

La tesis germánica del derecho sobre bienes inmateriales tiene una gran analogía con la doctrina francesa de los derechos intelectuales[507]. En su iniciación la teoría de los derechos

[504]CARNELUTTI. *Usucapione*…, p. 21 y ss. SORDELLI. *La concorrenza seleale*, p. 38 y ss. GRECO, C. *I diritti sui beni inmateriali*, p. 22 y ss. TROLLER. I*mmaterialgüterrecht*, I, p. 68 y ss. - autores citados por BAYLOS CORROZA, H. (1933) La problemática de los derechos intelectuales, *Tratado de Derecho Industrial, Propiedad industrial, Propiedad intelectual. Derecho de la competencia económica, disciplina de la competencia desleal.* Madrid: Ed. Civitas, pp 421-423.

[505] BAYLOS CORROZA, H. (1933) La problemática de los derechos intelectuales, *Tratado de Derecho Industrial, Propiedad industrial, Propiedad intelectual. Derecho de la competencia económica, disciplina de la competencia desleal.* Madrid: Ed. Civitas., pp. 423 y 426. Autor quecita a ASCARELLI, *Teoria dell concorrenza*…,. pp 204 y260. Y sobre la ejecución forzada de estos derechos remite a FERRARA, L. (1958) *l´esecuzione forzata e sequestro delle opere dell´ingegno*, Milán. Ycita a CRISANTO MADRIOLI. (1953) *L´esecuzione forzata in forma específica*, Milán, p. 41 y ss., a FRANCESCHELLI, en su obra *La idee come oggetto*, p. 45, y agrega a su vez, que la noción de bien inmaterial carece de contenido propio porque se define por la negativa.

[506] ROUBIER, *Le Droit*…, I, p. 102 y ss. citado por BAYLOS CORROZA, H. (1933) La problemática de los derechos intelectuales, *Tratado de Derecho Industrial, Propiedad industrial, Propiedad intelectual. Derecho de la competencia económica, disciplina de la competencia desleal.* Madrid: Ed. Civitas, p. 425

[507] No obstante hay tres diferencias entre una y otra concepción, la doctrina de los derechos intelectuales trasciende más que la otra la idea de propiedad, en segundo lugar destaca en el objeto jurídico más que su inmaterialidad, su carácter de resultado de la actividad intelectual del hombre, y por otro lado tiende a acercarse a una construcción monista del derecho, aunque se la sitúe entre las teorías dualistas, porque con esta expresión se hace referencia fundamentalmente a las facultades de carácter patrimonial y no al derecho moral del autor.

intelectuales[508] se formuló por el jurista belga Picard[509] en 1887. Esta postura considera la existencia misma de estos derechos y amplía la división tripartita de los derechos que surge de la clasificación clásica de los romanos.

Dabin entiende que, *estos iura in re incorporali* comprenden todas las prerrogativas de índole patrimonial o económica. Puede apreciarse, se ha dicho que la doctrina de los derechos intelectuales es fundamentalmente monista, aunque por razones de sistema y de su proximidad y parentesco con la teoría sobre los bienes inmateriales se lo sitúe en dicho grupo. Dabin considera que, el hecho de que existan relaciones entre el derecho moral y el monopolio, no es razón para negarse a un análisis separado de ambos. Pero Roubier aclara que, el derecho moral no recae sobre la obra, como indica Dabin[510], sino que tiene por objeto la personalidad del autor, a través de sus obras, es un derecho de la personalidad y no ese derecho sobre cosa incorporal que se pretende[511]

2.5.1.4. Derechos intelectuales:

Mientras la doctrina alemana considera a estos derechos como bienes inmateriales, la francesa los define como derechos intelectuales integrados por dos elementos, uno personal intelectual y moral y otro patrimonial de distinta naturaleza, que se unen en una síntesis propia

[508] MOUCHET, C. y RADAELLI, S. A. (1957). *Los derechos del escritor y del artista*. Bs. As.: Ed. Sudamericana, Buenos Aires, S.A., p.14. Adhieren a esta postura. Y explican que el reconocimiento de los derechos intelectuales fue evolucionando y que históricamente dicha evolución comprende dos grupos de instituciones que siguen un proceso paralelo; los derechos sobre las obras literarias y artísticas y los derechos sobre los inventos y descubrimientos. Resaltan que durante dos mil años, la división romana de los derechos en tres categorías, los personales, de obligación y reales parecía agotar toda la materia jurídica. Dicho desconocimiento se explica, no sólo por la concepción materialista que dominaba a éste, sino también por el criterio social que existía en la época acerca del creador intelectual y de su obra. La única compensación que esperaba el autor eran los honores, los premios o fama y con ello contar con el favor del Estado o de un Mecenas. Señala este autor que el período d desconocimiento absoluto del derecho, concluye en el silo XV con la invención de la imprenta, y se pasa el período del privilegio o licencia que era arbitrario y daba lugar a favoritismos. Y rigió también para los inventos. Inglaterra es el primer país que reconoce los derechos del autor, superando el sistema de los privilegios. Luego con la revolución francesa se arrasó con toda clase de privilegios y se la ley del 19 de julio de 1793 la convención francesa reconoce el derecho de propiedad literaria y artística fundada en el trabajo intelectual del autor, como derecho más sagrado que el de propiedad sobre las cosas. Aunque en el siglo XX la mayoría desechan el criterio del derecho de propiedad, y sostienen que estos derechos deben ubicarse entre los de obligación (objeto de monopolio, las teoría de la personalidad), o entenderse como un derecho sobre bien inmaterial o especial, etc.; algunos autores como FERRARA, L. (1940), en su obra *Il diritto reale di autore*, Nápoles: Jovene, pp. 121-123, lo considera como un derecho real de exclusiva utilización patrimonial.

[509] PICARD, E. (1899). *Le droit pur*, Bruselas-Paris, p. 121. Roubier explica que Picard tuvo la audacia de proponer la creación un nuevo grupo de derechos patrimoniales, además de los reales y personales. ROUBIER, *Le Droit*…, I. núm. 175, citado por BAYLOS CORROZA, H. (1933) La problemática de los derechos intelectuales, *Tratado de Derecho Industrial, Propiedad industrial, Propiedad intelectual. Derecho de la competencia económica, disciplina de la competencia desleal.* Madrid: Ed. Civitas, p. 428.

[510] DABIN, J. (1952), *Le droit subjectif*, Francia: Dalloz, p.191 y ROUBIER, *Le Droit*,,,, I, p. 100, citado por BAYLOS CORROZA, H. (1933) La problemática de los derechos intelectuales, *Tratado de Derecho Industrial, Propiedad industrial, Propiedad intelectual. Derecho de la competencia económica, disciplina de la competencia desleal.* Madrid: Ed. Civitas, en Parte II. *Derechos intelectuales como derechos subjetivos*, p. 430.

[511] Por ejemplo, si se deforma una obra, el juez no investiga si dicha modificación la mejora o perjudica, sino si la creación del autor ha sido o no respetada.

y manifiestan una acción recíproca. Se entiende que se ha tenido que crear esta categoría de derechos, porque la de los derechos personales y reales resulta insuficiente, y hay toda una categoría de elementos de riqueza que no pueden entrar ni en la una. ni en la otra clase. Dabin[512] los considera como un ius in re incorporal, cuyos objetos son la obra de arte, invención o signo, etc. Y en que el poder jurídico que ostenta el titular no es en absoluto del género de la propiedad, porque no puede existir una apropiación física, como en las cosas de cosas corporales. Sin embargo aclara, que el derecho es análogo al de propiedad porque lleva consigo el dominio sobre una cosa de tal modo que puede decirse mi obra, mi invento, etc..

La ley italiana de 1941 sobre derecho del autor, parece apartarse del concepto de propiedad y vincular el derecho del autor al derecho del trabajo[513].

Históricamente, con relación a estos derechos, la imprenta permitió la reproducción indefinida de obras literarias o científicas y con ello, nació para el autor la perspectiva de contar con beneficios. Pero las autoridades, se reservaron la facultad de revisar previamente lo que se quería imprimir, a fin de impedir la difusión de idea que se consideraban peligrosas para el orden establecido. De ahí surgieron los privilegios o licencias que graciosamente se acordaban al autor para publicar la obra no censurada.

2.5.2. Evolución histórica de los derechos intelectuales en Argentina:

En la legislación castellana, vigente en América durante el período indiano, se establecía en materia de obras impresas el sistema de licencias y privilegios, con censura gubernativa previa. El derecho indiano no estableció normas sobre derechos intelectuales. Pero se concedían permisos de imprenta o explotación por un tiempo.

La revolución de mayo proclamó la libertad de escribir sin necesidad de licencia previa. La Constitución del 22 de abril de 1819 atribuía al Congreso la facultad de asegurar a los autores e inventores de establecimientos, útiles, privilegios exclusivos por tiempo determinado. La primera referencia a la teoría de la propiedad aparece en un decreto del 30 de diciembre de 1823 del gobernador de la provincia de Buenos Aires, Martín Rodríguez, refrendado por su ministerio de gobierno, Bernandino Rivadavia[514]. La constitución de 1826 contenía un su art. 57 una

[512] DABIN, J. (1952). *Le droit subjectif*, Francia: Dalloz, p. 189 y ss, (1939). Les droits intellectuels comme categorie jurìdique, *Rev. Crit. Leg. Jurispr*, p. 413 y ss., citado por ROUBIER, *Le Droit*… I, p. 99, citado en BAYLOS CORROZA, H. (1993). *Doctrina sobre la naturaleza jurídica, en Tratado de Derecho industrial, Propiedad industrial, Propiedad intelectual. Derecho de la competencia económica, disciplina de la competencia desleal*. T. I. Madrid: Ed. Civitas S.A., p. 429.

[513] Citada por MOUCHET, C. y RADAELLI, S. (1957). *Los derechos del escritor y del artista*. Bs. As.: Ed. Sudamericana, p. 20. Así el art. 6 dispone que: "El título originario de la adquisición del derecho de autor está constituido por la creación de la obra, como particular expresión del trabajo intelectual"

[514] Por el cual se establecía la inviolabilidad de todas las noticias que se publican por la prensa, será sostenida en los derechos comunes a toda propiedad hasta la sanción de la ley que regule la protección que esta especie de

disposición similar a la de 1819; y algunas constituciones provinciales, como la de Tucumán de 1820 (art.18) y la de Córdoba de 1821, traían también disposiciones sobre privilegios. La legislatura de Buenos Aires sancionó en 1841 una ley por la cual el Gobierno podía premiar con patente de privilegio, o de otro modo, a los autores de nuevos inventos.

Durante el siglo pasado se siguió afirmando poco a poco la libertad de imprenta que fue garantizada en nuestro país en el art. 14 de la CN. Por otra parte, el art. 17, cláusula 4° expresa: "Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invención o descubrimiento por el término que le acuerde la ley". Este artículo no solo garantiza la propiedad intelectual sino también la industrial, pero la extensión de este derecho está limitada por un tiempo. Los constituyentes de 1.853 no aceptaron la fórmula proyectada por Alberdi, que no disponía dicho límite temporal. Alberdi aceptaba la doctrina de que la propiedad literaria y artística y la industrial, debían tener los mismos caracteres que son inherentes a la propiedad de las cosas inmuebles y muebles; en una palabra, que debía tener todos los atributos del derecho de dominio, es decir, la absolutez, exclusividad y perpetuidad[515].

Los motivos que se adujeron para rebatir dicha postura fueron entre otros que, la propiedad intelectual no es efecto del esfuerzo y del trabajo exclusivo del que lo produce, porque el autor consigue tales resultados utilizando y aprovechándose de todo lo que los otros ya han producido. Y por otro lado que, el Estado y la humanidad tienen un interés superior en beneficiarse con la obra o invento. No obstante, se ha respondido a dichas críticas diciendo que el que crea una obra o invento, pone más de su personalidad que sobre las cosas o bienes materiales que fabrique, y dedica parte importante de su vida en ello. Porque otorgar un derecho de dominio perpetuo al que se compró una finca con dinero ganado en la lotería y no al autor.

Nuestros constituyentes se inspiraron en la constitución norteamericana[516]. Que al englobar en una misma disposición al autor de obras literarias o artísticas y al inventor, tenían en cuenta el sentido exacto de la creación intelectual como fundamento común de protección jurídica. El cumplimiento del precepto constitucional planteó la cuestión de establecer si esta materia debía incorporarse a los códigos fundamentales o debía regirse por leyes especiales. Algunos proyectos previeron normas al respecto. Pero el Código Civil nada dispuso sobre la

propiedad demanda. Ver MOUCHET, C. y RADAELLI, S. (1957). *Los derechos del escritor y del artista*. Bs. As.: Ed. Sudamericana, p. 334.

[515] MOUCHET, C. y RADAELLI, S. (1957). *Los derechos del escritor y del artista*. Bs. As.: Ed. Sudamericana, p. 336.

[516] Que disponía que. "el Congreso tendrá poder… para promover el adelanto de las ciencias y artes útiles, asegurando, por un tiempo limitado, a los autores e inventores, el derecho exclusivo de sus escritos y descubrimientos respectivos".

materia[517], por lo que esta clase de derechos a los que eran aplicables los arts. 14, 17 y 20 de la CN, quedaban sometidos a la ley común y eran de aplicación los artículos 2513, 2515 y otros del Código Civil, sobre el ejercicio del derecho de propiedad. Y así lo estableció en el año 1855 la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en un juicio en que fue víctima de la piratería editorial, don José Hernández, el ilustre autor del Martín Fierro[518]. Por lo tanto, en este régimen el autor de la obra tenía un derecho de propiedad absoluto y perpetuo, como si se tratara de una cosa, transmisible en igual forma a sus herederos, y gozaba de las mismas acciones civiles que amparaban la propiedad.

Bibiloni sólo se refirió a la transmisión por causa de muerte de estos derechos y consideró que el resto de los temas no debían ser tratados en el Código.

Las razones invocadas para excluir de los códigos civiles y penales a esta materia, son que se trata de derechos en evolución cuya naturaleza es discutible, que tiene problemas especiales y trascendencia internacional. Sin embargo, este criterio no fue seguido por la legislación de otros países de América como Brasil (1916), México (1928), Honduras (1898), Paraguay (1910), Nicaragua (1904), los penales de Brasil (1940), México (1931), Costa Rica (1918), Haití (1835), El Salvador (1904) y el administrativo de Panamá (1926) entre otros.

Ossorio incluyó en su Anteproyecto tres capítulos relativos a la propiedad intelectual, industrial y a los contratos de edición, representación y ejecución.

En el año 1864 dictó el congreso la ley 111 que reglamenta la propiedad industrial, bajo la presidencia de Mitre. Como se observa el amparo de los inventos y descubrimientos queda restringido en forma injusta por su aplicación y explotación industrial. Según esta ley, los nuevos descubrimientos o invenciones en todos los géneros de la industria confieren a sus autores el derecho exclusivo de explotación por el tiempo y las condiciones que ésta establece, conforme con el art. 17 de la CN. Este derecho de propiedad se acredita o justifica por título denominados patentes de invención; que los otorga el Estado a través de la oficina de patentes. Los descubrimientos hechos y patentados en el extranjero gozan de los mismos derechos. Esta ley considera descubrimientos o invenciones, los nuevos productos industriales, los nuevos medios y las nuevas aplicaciones de los medios conocidos para la obtención de un resultado o producto industrial.

[517] Salvo en el art. 2335 y su nota, los que resuelven a favor del arte si este tiene mayor valor que la materia.
[518] CSJN, José Hernández v/ Barbieri Hnos., en Fallos Suprema Corte, 2° serie, t. 20, p. 148. Aunque luego de esta causa, llama la atención, que reapareció en algunos jueces la teoría del privilegio, conforme MOUCHET, C. y RADAELLI, S. (1957). *Los derechos del escritor y del artista*. Bs. As.: Ed. Sudamericana, p. 338.

Las patentes se conceden por cinco, diez y quince años, Todo aquel que mejorase un descubrimiento o invento puede obtener certificados adicionales o perfeccionamiento por el plazo que faltara para el vencimiento de la patente, pero que no exceda de diez años, salvo excepciones. Las patentes pueden transmitirse a terceros con los derechos que comporta, pero ello deberá hacerse siempre por escritura pública y registrarse en la oficina administrativa correspondiente para su oponibilidad[519].

Respecto del derecho de los autores de obras literarias y artísticas, hasta la sanción de la ley 7.092 del año 1910, se redactaron proyectos y anteproyectos de leyes de Alcorta, de Baires, de Eleodoro Lobos, de Carlés. El proyecto de Carlés quedó convertido en la ley 7092. La ley 11.723 tuvo como antecedentes inmediatos algunos de esos proyectos, en especial el de Noble y Rodríguez Pinto, el del Ejecutivo y de Sánchez Sorondo[520].

Todo lo que cae dentro de las previsiones de la ley 11.723 (llamada ley de derechos intelectuales, en verdad se refiere a los derechos de autor). Para esta ley, autor es el creador de una obra que mira a la satisfacción intelectual o espiritual que ésta produce. En cambio, lo que está regido por la ley de patentes de invención, de modelos o diseños industriales y de marcas, tiene directa o indirectamente a la satisfacción de las necesidades o comodidades materiales como (conservación de la vida, de la salud, bienestar físico, habitación, viajes, etc.), y esto último es lo que se conoce como propiedad industrial[521]. Por eso, dentro del concepto amplio de propiedad o derecho intelectual, entran dos ramas, el derecho de autor y la propiedad industrial o comercial[522].

Al respecto debe tenerse en cuenta, que como bien destaca Champaud, que las consecuencias económicas, sociales y políticas que produce la irrupción de las nuevas tecnologías, constituye el aspecto más sensible para las consecuencias jurídicas. Las nuevas

---

[519] Caducan las patentes cuando transcurra dos años desde el otorgamiento sin que se haya explotado el invento o descubrimiento respectivo se interrumpe por igual tiempo, salvo fuerza mayor. Por otro lado, la defraudación de los derechos del dueño, es reputado delito de falsificación y penada por ley, aparte de la indemnización de daños y perjuicios causados (art. 53 de la ley). Ver CAIVANO, R. J. (1994). *El arbitraje y la propiedad intelectual en Derechos Intelectuales*. Bs. As.: Ed. Astrea, p. 139. Ver MUSICH, A. T. (1993). Conveniencia para el país de contar con un efectivo régimen de patentes de invención y modelos de utilidad, *Boletín 34*. Bs. As.:Ed. Cediquifa, p. 26 y ss.; SALERMO, M. U. (1994). *Las patentes de invención como instrumento jurídico para la innovación en Derechos Intelectuales*. Bs. As.: Ed. Astrea, p. 32 y ss.; y BAYLOS CORROZA, H. (1993). *La problemática de los derechos intelectuales. Tratado de Derecho Industrial*. Madrid: Civitas, p. 45 y ss., entre otros.

[520] También debe tenerse en cuenta que desde 1889 existen en la Argentina disposiciones tutelares del derecho intelectual en el plano internacional. Ver al respecto MOUCHET, C. y RADAELLI, S. (1957). *Los derechos del escritor y del artista*. Bs. As.: Ed. Sudamericana, pp. 348-350.

[521] Ley 24481 modificada por la ley 24572. Ley de patentes de invención y modelos de utilidad. Promulgación: 23 de mayo de 1995. Entiende que el término industria comprende la agricultura, la industria forestal, la ganadería, la pesca, la minería, las industrias de transformación propiamente dichas y los servicios.

[522] FARINA, J. M. (1990). *Contratos comerciales modernos*. Bs. As.: Ed. Depalma, p. 644. En nuestro país rigió para las patentes de invención la ley 111, que fue sustituida por la ley 24.481 de 1.995, modificada luego por la ley 24.572.

tecnologías, son creadoras de riquezas nuevas incalculables. No obstante, "en relación a los bienes que crean y que van a figurar en el patrimonio afectado a estas últimas, la naturaleza y las características propias de esas tecnologías y también las modificaciones humanas que la acompañan, van a tener consecuencias jurídicas profundas, muchas de las cuales no son todavía totalmente discernibles"[523].

Por otro lado, surge el planteamiento sobre si el derecho del trabajo, la legislación, la jurisprudencia, y la ciencia jurídica, están preparadas para dar soluciones a las nuevas modalidades tecnológicas, es necesario adecuar las herramientas jurídicas, es decir los mecanismos de protección jurídica para lograr su verdadera y efectiva tutela.

Para el diccionario de la lengua española tecnología, es el conjunto de conocimientos propios de un oficio mecánico o arte industrial. Pero la ciencia y la técnica no sólo son las involucradas en las innovaciones que producen las nuevas tecnologías, sino también lo están la economía y el derecho, pues sus reglas y estructuras son cuestionadas en primer lugar, por las consecuencias que ellas acarrean. Por ejemplo, la informática y la telemática no sólo vienen a revolucionar las cadenas de producción, la organización del trabajo y los mercados, e influyen en las normas técnicas relativas a los productos que pueden ser vaciados de su sustancia por la biotecnología[524].

El artículo 1 de dicha ley enuncia que debe ser considerado obra científica, literaria o artística, los escritos de toda naturaleza y extensión, entre ellos los programas de computación fuente y objeto; las compilaciones de datos o de otros materiales; las obras dramáticas, composiciones musicales; las cinematográficas, coreográficas y pantomímicas; las obras de dibujo, pintura, escultura, arquitectura; modelos y obras de arte o ciencia aplicadas al comercio o la industria, los impresos, planos y mapas; los plásticos, fotografías, grabados y fonogramas; en fin, *toda producción científica, literaria, artística o didáctica, sea cual fuere el procedimiento de reproducción.* Se ha entendido que dicha enunciación, posibilita que cualquier forma de reproducción desconocida sea incluida a futuro, sin necesidad de modificar los términos de la ley, porque es meramente ejemplificativa. Pero se ha precisado[525] que es menester que revista la obra los siguientes caracteres.

-que la producción tenga individualidad o integridad, o sea, que se baste a sí misma;

[523] CHAMPAUD, en FARJAT- LAQUIS y otros, *El derecho y las nuevas tecnologías*, pp. 823-826, citado por FARINA, J. M. (1990). *Contratos comerciales modernos*. Bs. As.: Ed. Depalma, p. 644.
[524] CHAMPAUD, en FARJAT- LAQUIS y otros, *El derecho y las nuevas tecnologías*, p. 805 y ss., citado por FARINA, J. M. (1990). *Contratos comerciales modernos*. Bs. As.: Ed. Depalma , p. 643.
[525] SATANOWSKY, I. (1954). *Derecho intelectual*, T.I. Bs. As.: Tipográfica Editora Argentina (TEA), p. 153.

- y que sea una creación original y novedosa. Aunque algunos[526] discuten la exigencia de este requisito respecto de las obras reguladas por la ley 11.723.

Y por lo tanto consideran obra intelectual: "toda expresión personal perceptible, original, novedosa de la inteligencia, resultado de la actividad del espíritu, que tenga individualidad, que sea completa y unitaria, que represente o signifique algo, que sea una creación integral"[527].

Así por ejemplo la jurisprudencia ha considerado que los programas de software merecen la protección de la ley (encontrándose expresamente incluidos en el art. 1)[528].

También se aplica la Convención de Berna para la protección de obras literarias o artísticas (ley 17.251), y el Convenio de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual de Estocolmo (ley 22.195).

Con respecto a las medidas procesales[529] concretas de protección de dicha propiedad, los artículos 72 y 79 legislan sobre las medidas cautelares[530].

---

[526] ITHURRALDE, M. P. (2009). La expresión del autor como único objeto de protección. *Revista La Ley*. Bs. As. (T. LL 2009-F), p. 1 y ss.

[527] SATANOWSKY, I. (1954). *Derecho intelectual*, T.I., Bs. As.: Tipográfica Editoria Argentina (TEA), p. 153.

[528] Expresamente se ha dicho: "Constituye obra intelectual cualquier programa de computación, entendido como el conjunto de instrucciones que se le da a la máquina para que ejecute una determinada tarea. Por tanto, el "Software" está protegido en nuestro derecho - Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D, caso A.G.I.S.A. c. Kaiser, Alberto J., sentencia del 24/02/1997. (pub. en *LA LEY*- 1998-D-483).

[529] Ver fallo del 21 Jdo. Civil de Mendoza, en la causa inédita en Sud América nº 112825 Carátula: Microsoft Corporation y ots C/ Tekno Argentina S.R.L. p/ Medidas precautorias.
La doctrina se plantea la necesidad de acomodar los procedimientos y medidas a estas nuevas realidades informáticas, para proteger los derechos de los titulares y enumera medidas de protección en el proceso como:
a.- Cese o suspensión preventiva prevista por el art. 79 presenta idénticos caracteres a la medida de no innovar contenida en el art. 122 del CPC. La jurisprudencia mendocina al observar como objeto de la cautelar, el derecho moral del autor y no su explotación económica, directamente tutela la prohibición de la utilización o difusión de la obra, aunque a tenor del inc. 5 del art. 112 del CPC., previamente intima al accionado a que exhiba la correspondiente autorización (ver C.C. 1º, 76881 – SADAIC MEDIDA PRECAUTORIA- 10/02/1999- LA 163-296). b.- Embargo: admitido por el art. 79 de la ley 11.723 sobre el producido que se hubiere percibido, pudiéndose ampliar el mismo a otros bienes del demandado. c.- El secuestro como medida asegurativa de la prueba e instrucción preventiva. Esta medida se puede considerar subsumida en el art. 126 del C.P.C. (que trata de la instrucción preventiva o providencias instructorias anticipadas). Generalmente se la utiliza para asegurar o evitar alteraciones de las pruebas, etc., son aceptables dichas medidas cuando se demanda por protección de la propiedad intelectual, pero se debe exigir el certificado emitido por el Registro Nacional de Propiedad Intelectual a tenor del art. 57 y 63 de dicho cuerpo legal. Pero se advierte que no podría darse la orden de inmediata desintalación o secuestro, sin haber verificado con un dictamen de un especialista técnico la denuncia referida. Por último cabe aclarar, que el secuestro del material poseído ilegalmente o desintalación de sofware sin licencia habilitante, tiende a lograr el resguardo del material o derecho, pero no constituye prueba anticipada[530] , tampoco puede considerarse una cautelar anexa sino una medida autosatisfactiva, porque tiende su objeto a agotarse en sí mismo. Existen otras medidas no previstas, y que a tenor del art. 115 del C.P.C. de Mendoza, el Juzgador tiene facultad de decretar a pedido de parte interesada. La ley tiene que responder a los requerimientos de la época, sino quiere volverse letra muerta y resultar ineficaz. Debe adaptarse a los avances de la ciencia y en especial de la informática. Ello obliga al juzgador a buscar métodos eficaces para la protección del trabajo intelectual, por lo que tanto la desintalación del software, incautación del material pirateado, o el baneo (que en la jerga informática se llama a una restricción, ya sea total o parcial, temporal o permanente, de un usuario dentro de un sistema informático, generalmente una red[530]), no deben resultar medidas extrañas a la hora de proteger la propiedad intelectual. Ver COLOTTO, G. A., (2010). Propiedad intelectual. Su protección, revista *Mendoza Legal*, año 4, número 9, Colegio de Abogados y Procuradores Primera Circunscripción Judicial, Mendoza, p. 42. Dicho autor explica que el término baneo proviene del vocablo inglés "ban" que significa prohibición. En Internet, este tipo de medidas son comunes en casi todo tipo de sistema donde ocurre una interacción entre múltiples usuarios, como canales de conversación,

2.5.3. Autonomía científica:

Existen posturas que manifiestan que, no obstante que los derechos intelectuales se encuentran regulados en leyes especiales, ello por sí no le otorga autonomía científica o jurídica y que las diferencias que existen no tienen magnitud suficiente. Mientras que otros consideran que la propiedad intelectual tiene caracteres propios que bien justifican, por lo menos su autonomía científica[531].

Así se ha explicado que los elementos característicos de los derechos intelectuales son: 1) concepto de derecho de exclusividad con aplicación de normas civiles y penales que lo protegen, 2) tienen modos para la protección que pueden ser simples o complejos y costosos como en el caso de las patentes, 3) el derecho exclusivo de explotación comercial tiene duración limitada, pueden caducar o prolongarse, 4) tiene reglas que compatibilizan el derecho del titular con el interés público resultante. 5) posee normas específicas que regulan la comercialización del derecho de exclusividad por parte del creador (a cuyo fin lo faculta para el otorgamiento de licencias, cesión temporaria o definitiva, etc.), y normas que regulan la transferencia de los productos intelectuales a través de las fronteras, lo que obedece a la política de cada país; 6) y normas de transición cuando se modifican sus normas. En definitiva dice Sherwood[532], estos elementos que los caracterizan, procuran armonizar los intereses privados y públicos. No obstante, se entiende que el elemento más particular es el de ser un derecho subjetivo que se manifiesta en dos aspectos, el patrimonial y el extrapatrimonial. Al respecto se ha dicho en una sentencia que no puede descomponerse en derechos independientes de naturaleza diversa, el conjunto de facultades que integran el derecho intelectual, ya que este ius in re intelectual es un único derecho que contiene facultades de actuar, con fundamento a la vez patrimonial y extrapatrimonial…"[533].

---

foros y juegos multijugador y de los cuales podría hacerse uso para que el que cuenta con programas piratas no pueda utilizarlos en la red de redes (http// es. Wikipedia, org/Wiki/Ban).

544 La norma faculta al "interesado", previa fianza a solicitar en forma preventiva, la suspensión de un espectáculo teatral, cinematográfico, etc., como a solicitar un embargo sobre lo que hubiese percibido por su reproducción y toda medida que sea eficaz para la protección de la propiedad intelectual. Por otro lado, el art. 72 bis permite a solicitar en jurisdicción comercial o criminal el secuestro de la obra difundida, en tanto dicha difusión constituya un ilícito penal, por lo que de no mediar delito, la medida deberá fundarse en el referido art. 79 y cumplimiento con los requisitos exigidos por los códigos procesales de cada provincia.

[531] CINQUALBRE, P. (1982). *Consideraciones sobre la autonomía del derecho intelectual*. ED, 97-969. Para dicho autor el hecho de que se apliquen necesariamente normas de derecho constitucional, civil, comercial, penal, laboral, no implica que haya que destripar el derecho intelectual, perdiendo la visión e impidiendo el análisis de la propiedad intelectual en su real dimensión.

[532] SHERWOOD, Beneficios que brinda la protección de la propiedad intelectual, *Derechos intelectuales*, °4, p. 75, citado en FARINA, J. M. (1990). *Contratos comerciales modernos*. Bs. As.: Ed. Depalma, p. 640.

[533] CNCiv., Sala A, 1/10/85, *JA*, 1988-II-38, voto del Dr. Zannoni.

2.5.4. Doctrina nacional y comparación con otros derechos:

En Argentina, basándose en la Constitución Nacional, primero en la ley 7092 y luego en la ley 11.723, se han regulado los derechos intelectuales bajo la denominación de propiedad intelectual. Específicamente, la ley 11.723 utiliza reiteradamente los términos "propiedad intelectual" en los arts. 4°,5°, 8°, 12, 38°), y crea para su protección el Registro de la Propiedad intelectual. No obstante, se discute si es mejor la utilización de la voz derecho intelectual en vez de propiedad intelectual.

Llambías[534], refiriéndose a esta discusión terminológica, considera que la misma es ociosa y que el término propiedad intelectual, es usado en varios países extranjeros, como España y Portugal, y tiene la ventaja de afirmar con énfasis los derechos patrimoniales del autor sobre su obra[535]. Aclara al respecto, que no hay que confundir dominio (que es la especie) y propiedad (que es el género). Propiedad es todo derecho subjetivo de contenido patrimonial: de ahí que el codificador pueda hablar en el art. 732 de "propiedad de la deuda". En cambio, el dominio es un derecho real específico que recae sobre una cosa.

Los derechos intelectuales tienen en común con los derechos personales y reales, que en su faz patrimonial, son derechos patrimoniales, pero presentan diferencias que han dado motivo para que la doctrina considere que constituyen una tercera categoría dentro de los derechos patrimoniales.

2.5.4.1. Semejanzas y diferencias con los derechos personales:

La doctrina clásica ha señalado que con los derechos personales se asemejan en que uno y los otros están constituidos por objeto inmateriales que, por su valor económico, se denominan bienes. Pero Llambías[536] explica que, salvo este punto de contacto, los derechos intelectuales y personales no tienen semejanzas, pues su régimen es enteramente diferente; en tanto que los primeros son derechos absolutos que se ejercen contra quienquiera (erga omnes) y los últimos son relativos.

Se acepta que, con los derechos reales la analogía es mucho mayor, salvo en cuanto al objeto inmaterial. Aunque autores como Iturralde consideran que el objeto de protección de la ley 11.723 no es la idea, sino la expresión del autor (forma literaria o artística en que el autor

[534] Ver LLAMBÍAS, J. J. (1984). *Tratado de Derecho Civil. Parte General*. Tomo II, Bs. As.: Editorial Perrot, Undécima edición, p. 205

[535] JOSSERAND, L., *Derecho Civil*, t. I, vol. 3, n° 1527, p. 148; nota de RODRÍGUEZ, H.R., *J.A*. t. 45, sec. Leg., p. 2.

[536] LLAMBÍAS, J. J. (1984). *Tratado de Derecho Civil. Parte General*. Tomo II, Bs. As.: Editorial Perrot, Undécima edición, p. 206.

se ha expresado)[537]. Esta analogía justifica que el art. 12 de la ley 11.723 disponga: "La propiedad intelectual se regirá por las disposiciones del derecho común, bajo las condiciones y limitaciones establecidas en la presente ley".

2.5.4.2. Relación con el derecho real de dominio:

En la concepción del derecho positivo español, tanto la propiedad intelectual como la industrial[538], son consideradas como modalidades del dominio[539].

El derecho de dominio por su amplitud de contenido casi se confunde con la cosa misma que es su objeto. Si sobre la propiedad intelectual pudiera existir un derecho de dominio, la propiedad intelectual en sí, sería un derecho real y para la mayoría de los autores nacionales no lo es, porque diferencian al dominio de la propiedad intelectual en que:

- El dominio recae solo sobre cosas, la propiedad intelectual no.
- El dominio es perpetuo, mientras que la propiedad intelectual dura la vida del autor y se traspasa a sus herederos y derecho habientes para quienes perdura sólo hasta 60 años, contados desde la muerte del autor (art. 5 de la ley 11.723). En los casos de obras en colaboración, este término comenzará a contarse desde el 1 de enero del año siguiente al de la muerte del último colaborador. Para las obras póstumas, el término de sesenta años empezará a correr a partir del 1 de enero del año siguiente al de la muerte del autor. Según el art. 5 bis, "la propiedad intelectual sobre las interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas corresponde a los artistas intérpretes por el plazo de 70 años contados a partir del 1 de enero del año siguiente al de su publicación." Como así también, la propiedad intelectual sobre los fonogramas corresponde a los productores de los mismos y sus derechos habientes por dicho plazo. Según el art. 8 la propiedad intelectual de las obras anónimas pertenecientes a las

[537] ITHURRALDE, M. P. (2009). La expresión del autor como único objeto de protección. *Revista La Ley*. Bs. As. (T. *LL* 2009-F), p. 1 y ss.

[538] Las nuevas tecnologías crean fuente de propiedad y poder, que el derecho clásico deberá rápidamente absorber - FARINA, J. M. (1990). *Contratos comerciales modernos*. Bs. As.: Ed. Depalma, p. 644. La propiedad intelectual comprende la propiedad de las patentes de invención, de adición, patentes de productos farmacéuticos no excluidos por la ley 24.481 mod. por la 24.572 a diferencia de la ley 111, modelos de utilidad - FARINA, J. M. (1990). *Contratos comerciales modernos*. Bs. As.: Ed. Depalma, p. 646.

[539] El código Civil le da a la propiedad intelectual abiertamente el tratamiento de propiedad por encuadrarla dentro de las especiales que regula. Y el art. 429 de dicho cuerpo legal español, señala que tolo lo no previsto por la ley especial a la que se remite, se aplicarán las reglas generales establecidas en este código sobre propiedad" No obstante la propia Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha reconocido la dificultad de dicha aplicación supletoria a derechos tan sui generis. Por otro lado, la ley 1.879 está llena de alusiones que permiten considerar que la institución es una forma de propiedad, así se habla del autor como propietario. Así, por ejemplo; la jurisprudencia del Tribunal Supremo en algunas resoluciones del 6 de octubre de 1915 expresa que las producciones literarias integran "una propiedad legítima del propio alcance y naturaleza jurídica que las demás. Y lo mismo cabe para la propiedad industrial en sus distintas manifestaciones: patentes de invención, modelos de utilidad, derechos sobre modelos y dibujos industriales, nombre comercial, rótulo del establecimiento y marca; donde las expresiones legales son inequívocas. FARINA, J. M. (1990). Capítulo II. Encuadramiento legal de estos derechos. En *Contratos comerciales modernos*. Bs. As.: Ed. Depalma, p. 213.

instituciones, corporaciones o personas jurídicas, durará 50 años contados desde su publicación. Para las obras fotográficas, la duración del derecho de propiedad es de 20 años, a partir de la fecha de la primera publicación y para las cinematográficas el derecho es de 50 años a partir del fallecimiento del último colaborador (art. 34).

- Para Llambías, el dominio puede adquirirse por prescripción, mientras que la propiedad intelectual para él no[540]. Según Spota[541], la Corte Suprema ha dicho que no puede adquirirse por prescripción. Aunque cabría preguntarse si su uso por 20 años, el cobro de sus de los beneficios económicos, etc.; no podrían no podría provocar que el que la utiliza con ánimo de ser el titular del derecho lo adquiera.

- Otra diferencia, es que los objetos de dominio que quedan sin titular se incorporan al dominio privado del Estado, mientras que caducada la propiedad intelectual para los sucesores del autor ella pasa al dominio del Estado pero público, siendo aprovechables por todos. Además, conforme el art. 5 de la ley 11.723, "en caso que un autor falleciere sin dejar herederos, y se declarase vacante su herencia, los derechos que a aquél correspondiesen sobre sus obras pasarán al Estado por todo el término de Ley, sin perjuicio de los derechos de terceros".

- Y otra distinción fundamental con el dominio es, que el derecho intelectual conlleva un derecho moral del autor que no tiene carácter patrimonial. Es un derecho personalísimo a que se reconozca la paternidad de la obra, y que faculta al autor para velar por la integridad de la creación, la deformación o mutilación o a reservarla para sí y oponerse a su publicación; o modificarla ad libitum, no obstante los compromisos asumidos frente a terceros, sin perjuicio del derecho de éstos para obtener la indemnización correspondiente.

Por otro lado, con respecto a las publicaciones el art. 9 dispone que nadie tiene derecho a publicar, sin permiso de los autores o de sus derechohabientes, una producción científica, literaria, artística o musical que se haya anotado o copado durante su lectura, ejecución o exposición públicas o privadas. Y la ley 25.036 de 1998 incorporó a dicho artículo, que: "quien haya recibido de los autores o de sus derecho-habientes, un programa de computación licenciado para usarlo, puede reproducir una única copia de salvaguardia, si ese original se pierde o deviene inútil para su utilización".

Pero fuera de dichas diferencias, que justifican un régimen especial y diferenciado valga la redundancia, lo cierto es que en los derechos intelectuales existe la posibilidad de

[540] LLAMBÍAS, J. J. (1984). *Tratado de Derecho Civil. Parte General*. Tomo II, Bs. As.: Editorial Perrot, Undécima edición, p. 206

[541] SPOTA, A. (1981). *Instituciones de Derecho Civil – Contratos*, vol VI. Bs. As.: Ed. Depalma Bs. As., p. 291.

aprovechamiento directo e inmediato del objeto sin necesidad de intermediario alguno, como en los derechos reales. En efecto su satisfacción no depende de la presentación de otro sujeto.

Así Spota explica, que en el terreno del derecho público vigente, "el autor de un modelo o diseño industrial y sus sucesores legítimos, tienen sobre él un derecho de propiedad, gozando de una acción reivindicatoria a los efectos de recuperar la titularidad de un registro efectuado dolosamente por quien no fuera su autor, y que si dos o más personas han creado en conjunto un diseño o modelo industrial, en ese supuesto "las relaciones entre los coautores se regirán según el concepto del copropiedad" (art. 1° decr. Ley 6673/63). No obstante, explica que en el derecho privado, ello no se compadece con el concepto de derecho real". Por lo tanto, para él se trata de "un derecho intelectual, pero no de un derecho de dominio o condominio" y continúa," aun cuando aquel derecho intelectual tenga, al lado de su aspecto moral, un contenido patrimonial[542].

Los derechos intelectuales se pueden ceder en su faz patrimonial. Así el art. 34 para las obras cinematográficas expresa que: "las cesiones totales o parciales de derechos temporales o espaciales de explotación de películas cinematográficas sólo serán oponibles a terceros a partir del momento de su inscripción en el Registro Nacional de Propiedad intelectual". Es decir, que dicho Registro al igual que el de la propiedad inmueble parece declarativo, para la transmisión. Pero respecto del derecho del autor, por la letra del art. 59 parecería que no, porque luego de depositada la obra y pasado un mes desde la publicación que ordena el registro, sino hay oposición, el Registro la inscribirá y otorgará a los autores el título de propiedad definitivo si éstos lo solicitaren. Aunque se puede considerar, que el título que se otorga es el formal y que antes de eso, el autor es titular material del derecho.

Respecto del efecto de la registración, la doctrina ha dicho analizando la ley 11.723 que a diferencia de lo que ocurre con el derecho pecuniario, el ejercicio y la defensa del derecho moral no están sujetos al cumplimiento de formalidades en el Registro[543]. El art. 63 de dicha ley expresa que la falta de inscripción trae como consecuencia la suspensión del derecho de autor hasta el momento en que la efectúe. Y corrobora su existencia anterior al sostener la validez de las reproducciones, ediciones, ejecuciones y toda otra publicación hecha durante el tiempo en que la obra no estuvo inscripta y la utilización del término suspensión en vez de concesión.

[542] SPOTA, A. (1984). *Instituciones de Derecho Civil- Contratos*, vol VI, Bs. As.: Ed. Depalma, p. 256. Quien cita Harvey, Derechos de autor, de la cultura y de la información, p. 257.
[543] MOUCHET, C. y RADAELLI, S. (1957). *Los derechos del escritor y del artista*. Bs. As.: Ed. Sudamericana., pp. 129-130.

La jurisprudencia ha interpretado que la suspensión no es absoluta, pues se ha declarado que el depósito de la obra crea una presunción *iuris tantum* de la propiedad del autor, mientras no sea vencido en un juicio por otro que tenga mejor derecho[544]. También se ha sostenido que: "el derecho del autor no nace del registro de la obra en sí, sino de la obra misma que el acredita, pero como la ley se coloca en el supuesto lógico que sea el verdadero titular quien lo registre, se explica que se acuerde a la inscripción prima facie el valor de un título"[545].

Mouchet, advierte por otro lado que la inscripción no otorga un derecho de propiedad perfecto para disfrutar de la explotación exclusiva de obras que a veces carecen de originalidad[546].

Por todo lo expuesto y teniendo en cuenta que en ningún caso la instancia administrativa puede hacer cosa juzgada, es decir tomar una decisión irrevocable sobre el tema; y que nuestro país ha ratificado los Tratados de Berna (1886) y Montevideo (1889), los cuales no exigen la inscripción de la obra en el registro para constituir en titular al autor de la misma, se concluye que el registro no es constitutivo del derecho[547]; y que el autor siempre podrá probar su titularidad y denunciar el plagio aún respecto del tercero que registró la obra ajena.

Ello sin perjuicio que las reproducciones, ediciones, publicaciones, etc., efectuadas con anterioridad al registro del autor son válidas, quien no puede reclamar ningún derecho pecuniario sobre las mismas.

Se debe distinguir entre adquisición originaria y derivada de los derechos de explotación económica de las obras intelectuales. El art. 57 de la ley 11.723 obliga al editor de las obras comprendidas en el art. 1° a efectuar el depósito de las mismas, y el art. 63 establece la suspensión del amparo legal mientras la obra no se halle inscripta. Y en cuanto a los sucesores o adquirentes a título singular de los derechos pecuniarios del autor conforme con el art. 55 y 66 de dicha ley, también necesitan inscribir los contratos de edición, traducción, compraventa,

---

[544] CC I, Cap., fallo del 27/7/ 1949, *LL*, T. 58-93. Ver SINGER, J. I., (1981). Los derechos del autor, el registro y la valoración judicial. *LL*, 1981-T C- p. 497.

[545] CCI, Cap. I, Capital, 25 de abril de 1936, *LL*-T. II-596.

[546] MOUCHET, C. y RADAELLI, S. (1957). *Los derechos del escritor y del artista*. Bs. As.: Ed. Sudamericana, p. 129 y ss. En contra considera que la originalidad no es un presupuesto en la ley 11.723. ITHURRALDE, M. P. (2009). La expresión del autor, como objeto único de protección. *LL*-2009-F-1.

[547] La jurisprudencia mantiene la opinión de que el registro no es una condición parar el funcionamiento de la tutela penal. No obstante, GARCÍA, E. A. (1935), en El derecho de autor y el registro de obras en nuestro país, *JA*., T.50, p. 285, cita un fallo de la Cámara Crim. y Correc. de la K, de 1935 que consideró que no habiéndose demostrado que con anterioridad al acto incriminado se hubiesen inscripto en el Registro respectivo, no constituye delito la ejecución en lugar público de piezas musicales con autorización.
También se ha entendido que la cesión no inscripta no invalida el acto para las partes, pero lo hace inoponible a terceros interesados; y que en ningún caso la instancia administrativa hace cosa juzgada. Para Mendilaharzu nuestro registro es declarativo constitutivo porque el registro integra el derecho del autor a los efectos del disfrute económico exclusivo.

cesión, participación, etc. Pero este sistema de supeditación del goce al cumplimiento de formalidades, ha suscitado críticas. Debe tenerse en cuenta, que la tendencia en la legislación europea se orienta no a la supresión del registro como formalidad administrativa, sino hacia la supresión de tal exigencia como requisito para el goce del derecho[548].

Si concurre alguna causa de utilidad pública, el Estado puede expropiarla al igual que como ocurre con un inmueble, mediante una justa indemnización (ello abarca el derecho de difundir la obra y aprovecharla económicamente). Pero aún en ese caso, el derecho moral del autor queda intacto, pues es inherente a su persona, y si así no se hiciera el autor dispone de las acciones para impedirlo. Las violaciones típicas al derecho moral, no son el hurto o usurpación, sino el plagio, la recomposición sin nuevos elementos, la alteración de la obra dramática, tan frecuente en las representaciones teatrales, etc.. En todos los casos, y aun cuando el autor no sufra perjuicio económico, él puede poner remedio al abuso.

2.5.4.4. ¿Pueden ser los derechos intelectuales ser objeto de derechos reales?

La doctrina se encuentra dividida. Para una concepción, sólo las cosas pueden ser objeto verdadero de los derechos reales, debido a que éstos se caracterizan por tener la misma naturaleza de aquello sobre lo que recaen; por ello según Wolff el usufructo sobre una creación de la inteligencia ajena será un derecho sobre bienes inmateriales[549]; sin embargo no se niega la analogía con aquellos. Porque, como dice Peña Bernaldo de Quirós; el derecho intelectual es un derecho absoluto en cuanto implica un poder inmediato sobre el objeto -la obra intelectual, los objetos de propiedad intelectual-, protegidos frente a todos[550].

Según otra postura, no es esencial que los derechos reales recaigan sobre cosas, sino que basta para que lo sean, que el ordenamiento jurídico proteja el interés de un sujeto determinado con independencia de otro sujeto y que pueda hacer valer frente a todos los no titulares, la legitimidad de la satisfacción de su interés[551].

Respecto al tema, las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil concluyó que los derechos reales pueden tener como objeto a los derechos siempre que la ley así lo disponga, esto último en resguardo del numerus clausus. A su vez y dejando a salvo la esencia del derecho

---

[548] Instituto Internacional de Cooperación Intelectual. (1938). *Le dépôt legal*. París, contiene una reseña de los sistemas del registro o inscripción de obras seguidos en los distintos países del mundo. Ver también UNESCO. (1949). Bulletín du Droit d´auteur, vol. II, núm. 2-3-, París.

[549] WOLF, M. (1971). *Tratado de Derecho Civil. Derecho de cosas.* ENNECCERUS, L., KIPP, T. y WOLF, M. 3ra edición, Barcelona: Bosch, T III, Vol. I, p 115

[550] PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1999). *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, T. II, 3ra edición, Madrid: Centro de Estudios Registrales, p. 99.

[551] COSSARI, N. (2015). En *Código Civil y Comercial comentado. Tratado Exegético*. ALTERINI, J. (Dir. General), COSSARI, N. (dir. del tomo), ALTERINI, I. (coord.) Tomo IX, Ciudad de Bs. As.: Editorial Thomson Reuters LA LEY, pp. 35-36.

real, se determinó como fundamental que debe haber una relación directa con el objeto y la posibilidad de conferir derechos de persecución y preferencia.

La doctrina predominante en nuestro país, entiende que existe una tercera categoría de derechos patrimoniales[552], y sólo se plantea el interrogante de si los derechos intelectuales, en su faz patrimonial, pueden ser objeto de derechos reales.

A los fines de esta tesis, la segunda postura resulta sumamente interesante porque, si se acepta que no sólo las cosas pueden ser objeto de los derechos reales y que lo esencial es que el ordenamiento jurídico proteja el interés de un sujeto determinado con independencia de otro sujeto y que pueda hacer valer frente a todos los no titulares; y que por lo tanto las obras intelectuales, que son bienes inmateriales, en su faz patrimonial puedan ser objeto de los derechos reales, porque se reúnen los requisitos esbozados por la segunda postura o por las Jornadas. Con los mismos argumentos podría llegar a admitirse que el espacio aéreo inmobiliario o el derecho sobre el mismo, si la ley lo acepta, puede ser un bien inmaterial objeto de un derecho real. Máxime cuando el actual artículo 1883 CCC admite actualmente, que el objeto también puede consistir en un "bien taxativamente señalado por la ley", y no se puede negar que la obra intelectual como el espacio inmobiliario son bienes. Lo que se considera que existe sin duda, es un derecho de propiedad en el sentido constitucional del término (en su faz patrimonial), más no un derecho de dominio. En el proyecto del 1998 podía sostenerse la misma conclusión[553].

Por otra parte, los bienes que no son cosas, no podían ser objeto de condominio (según el art. 2674 de C. Civil derogado), ni del dominio (art. 2506 del mismo cuerpo legal).

Pero, según el nuevo art. 1883 del CCC, la propiedad intelectual como bien, porque no es una entidad material, podría ser objeto de los derechos reales si la ley así lo expresara, pero no del derecho de dominio como del condominio, que siempre recaen sobre una cosa (conf. arts. 1941 y 1983 del CCC). Con la particularidad de que en el caso del dominio o condominio inmobiliario, el derecho recae en parte sobre el espacio aéreo, salvo que otra interpretación se le quiera dar a los términos "…se extiende al subsuelo y al espacio aéreo…" (art. 1945 del CCC).

En derecho comparado como ya se dijo, el Código Español trata este tipo de propiedad dentro de los dominios (propiedades) especiales, pero advierte Albaladejo que recayendo el

[552] Ver por todos: BORDA, G. A. (1976). *Tratado de Derecho Civil,* T II, 6° Edición, Bs As: Perrot, p. 31, n° 755.
[553] COSSARI, N. (2015). En *Código Civil y Comercial comentado. Tratado Exegético*. ALTERINI, J. (Dir. General), COSSARI, N. (dir. del tomo), ALTERINI, I. (coord.) Tomo IX, Ciudad de Bs. As.: Editorial Thomson Reuters LA LEY, p. 92

dominio, en sentido estricto, sobre cosas, aparece como inexacto calificar de propiedad (en el sentido de dominio) a lo intelectual[554]. Por su parte el Código de Portugal, regula a los derechos intelectuales en el Libro III referente al Derecho de Cosas, Título II sobre el derecho de propiedad[555].

Queda entonces claro, que aún en ordenamientos donde existen normas referentes a la propiedad intelectual dentro del dominio común, se marcan las diferencias existentes que impiden identificar el dominio sobre una cosa con los derechos intelectuales, aunque sus normas se apliquen subsidiariamente.

Con relación a visualizar como objeto de los derechos reales en vez al espacio inmobiliario o a las obras intelectuales, a los derechos cualquiera sea su naturaleza que se tengan sobre los mismos (lo que simplificaría la tesis, porque la mayoría de la doctrina admite que los derechos puedan ser objeto de los derechos reales en los casos en que la ley lo acepta), se advierte que ello puede hacernos caer en el relativismo de considerar que en definitiva, los derechos reales no recaen sobre cosas sino sobre derechos sobre las cosas. Por ejemplo que se considere que lo que se hipoteca es el derecho de dominio sobre un inmueble y no un inmueble, que se constituye usufructo sobre el derecho de dominio, etc.. Apreciándose un objeto inmediato que es el derecho y otro mediato que es la cosa o el bien, lo que parece hacer más dificultosa la distinción entre los derechos reales y los personales, porque terminaríamos afirmando que los derechos reales no recaen generalmente sobre cosas y excepcionalmente sobre bienes, sino que siempre recaen sobre derechos.

En este sentido pero con algunas variantes, Pablo Bressan especialmente para los derechos reales sobre cosa ajena explica que, la incorporación de los derechos en casos excepcionales "no implica una extensión del contenido de los derechos reales" y que los supuestos que se han admitido "implican situaciones jurídicas que analizadas profundamente

---

[554] Conf. ALBALADEJO, M. (1994). Derecho de Bienes, *Derecho Civil Tomo* III, Volumen Primero, p. 483; 8° Edición Barcelona. . Precisamente en el derecho Español, se establece específicamente la aplicación subsidiaria de las normas sobre dominio o propiedad en el art. 429 del Código Civil. Dicha norma dispone que: "La ley sobre Propiedad Intelectual determina las personas a quienes pertenece ese derecho, la forma de su ejercicio y el tiempo de su duración. En casos no previstos, ni resueltos por dicha ley especial se aplicarán las reglas generales establecidas en este Código sobre la propiedad". Debe advertirse que se refiere a propiedad como sinónimo de dominio.

[555]Específicamente, en el art. 1303 contiene una norma general que se considera interesante, por cuanto reconoce la existencia de estos derechos a diferencia del Código Civil de Vélez, del proyecto de 1998 y el Código Civil y Comercial vigente, que no contienen disposiciones sobre el mismo. El art. 1303 de dicho ordenamiento expresa: "propiedad intelectual.

1. los derechos de autor de la propiedad industrial están sujetos a legislación especial.
2. son subsidiariamente aplicables a los derechos de autor y la propiedad industrial las disposiciones de éste código, cuando se armonicen con la naturaleza de aquellos derechos y no contraríen el régimen para ellas especialmente establecido".

constituyen relaciones directas e inmediatas de las personas y las cosas, sin requerimiento de prestación alguna de parte de terceros". Por ejemplo, en el supuesto de usufructo de derechos o prenda de créditos para este autor la relación directa es con el instrumento. Indica que, "el contenido de los derechos reales son las mencionadas prerrogativas sobre la cosa con independencia de actos de terceros" y que para determinar un contenido real se debe visualizar una relación real. Pero por otro lado agrega, que este fundamento es el que mejor explica que la hipoteca que no se ejerce por la posesión. Y especifica que, en el caso de la hipoteca sobre el derecho real de superficie, el ejercicio del derecho sobre la cosa de manera efectiva aparece en forma mediata[556].

2.5.4.5. El caso de los derechos reales sobre derechos intelectuales:

La doctrina se ha preguntado, si es posible constituir usufructo sobre derechos intelectuales. En el derecho italiano, Bianca considera que sí[557]. En derecho español Diez Picazo y Gullon[558] afirman que es admisible el usufructo sobre bienes inmateriales, en la misma medida que éstos pueden ser objeto de un derecho de propiedad especial y ejemplifican con el usufructo sobre una obra intelectual, o sobre una patente de invención.

Piola Caselli, después de rechazar la posibilidad, admitida por algunos autores alemanes y franceses, termina aceptando la existencia de un cuasiusufructo, que no sería otra cosa que el goce del derecho pecuniario. Pero se critica que crea una institución con características tan particulares que la alejan del derecho real que le sirve de punto de partida[559].

Mouchet y Radelli explican que en derecho francés se ha considerado siguiendo las reglas de la institución, que el autor, nudo propietario, conservará el derecho mismo, y el usufructuario, durante la duración del usufructo, tendrá solamente derecho a los beneficios pecuniarios. Por consiguiente, el usufructuario, si bien puede consentir ediciones, no conferirá al editor con el cual contrata más que un derecho sometido a resolución del día en que el usufructo se extinga. Por lo tanto, el editor no tendrá ningún derecho para hacer valer frente al nudo-propietario si le quedan aún ejemplares no vendidos en el momento de la muerte del usufructuario; si el propietario lo exige, está obligado a retirarlos de la circulación, sin poder reclamar daños y perjuicios. Con respecto al derecho argentino, para estos autores [560]frente al

[556] BRESSAN, P. (20 al 22 de septiembre de 2001). *Extensión del objeto de los derechos reales. Invariabilidad de su contenido*. [Ponencia]. Jornadas Nacionales de Derecho Civil, organizadas por la UCES en el 2001 en la comisión de derechos reales que trató sobre "objeto de los derechos reales".
[557] BIANCA, C. M. (1999). *Diritto Civile* T 6 "La propietà", Milano, p. 596
[558] DIEZ PICAZO, L. y GUILLÉN, A., (1998), *Sistema de Derecho Civil*, Volumen III, 6° ed. Madrid, p. 390.
[559] Según MOUCHET, C. y RADAELLI, S. A. (1957). *Los derechos del escritor y del artista*. Bs. As.: Ed. Sudamericana, p. 136.
[560] MOUCHET, C. y RADAELLI, S. A. (1957). *Los derechos del escritor y del artista*. Bs. As.: Ed. Sudamericana, p. 137.

viejo art. 2.838 del CC que establecía que el usufructo podía recaer sobre bienes corporales e incorporales, parecía que sí. Pero teniendo en cuenta, la última parte del artículo que disponía que debían estar representados por instrumento y que si no fuese así podrían ser su objeto futuro, consideraban que no era posible. Aunque ello era totalmente discutible, como se explicó respecto de la prenda.

Por otro lado, debe advertirse que en el Código Civil de Vélez se aceptaba el usufructo de un patrimonio (en el art. 2827), y este puede estar integrado por derechos intelectuales. Actualmente conforme lo admite el inc. d del art. 2130 del CCC también, al poder ser objeto de los derechos reales todo o una parte indivisa de una herencia, cuando el usufructo es de origen testamentario, también puede indirectamente ser objeto del derecho de usufructo el derecho intelectual que lo integre.

Así, durante la vigencia del Código Civil derogado, la doctrina sostenía que admitida las distintas clases de usufructos y concordando que los mismos se descomponen en usufructos, cuasi usufructos y usufructos de créditos sobre los bienes que lo integran[561], se podía afirmar que podía existir un usufructo que recayera sobre los derechos intelectuales, que se encontraban en el patrimonio o en el fondo de comercio.[562]

Con respeto a los derechos reales de garantía, también se discutía si podían prendarse los derechos intelectuales. Lafaille manifestaba que cuadraba dar en prenda las patentes de invención, las marcas de fábrica o de comercio, así como los derechos de autor[563]. Borda, en cambio, afirmaba que no era posible, porque para ello se necesitaba que se encontraran documentados (según art 3212 del C. Civil derogado) en un título cuya posesión por el acreedor impidiera al deudor y al titular ejercitar sus derechos de tales y, en cambio, confiriera al acreedor la tenencia del crédito. Y resaltaba que en los derechos intelectuales, no existía este título[564].

Esta es una objeción, que también puede sostenerse con la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial, porque como exigencia de tipo práctico, se requiere que el crédito prendado esté instrumentado conforme el art. 2232 primera parte del CCC, pero este requisito no apunta a la esencia. Porque justamente el art. 2232 en el segundo párrafo expresa, que "la prenda se constituye, aunque el derecho no se encuentre incorporado a dicho instrumento y aunque éste no sea necesario para el ejercicio de los derechos vinculado al crédito prendado". Por lo tanto, si los derechos intelectuales cuentan con tal título, un adecuado sistema registral,

[561] GATTI, E. (1975). *Teoría general de los derechos reales*. Bs As: Ed. Abeledo Perrot, p. 212
[562] COSSARI, N. G. A., Garantías reales sobre derechos intelectuales. *JA*. TR *LALEY* 0003/013432.
[563] LAFAILLE, H. (1945). Derecho Civil, Tomo V, *Tratado de los Derechos Reales* Vol. III, Bs. As, p. 210.
[564] BORDA, G. (1975). *Tratado de Derecho Civil. Derechos Reales*, T II, Abeledo Perrot, p. 357.

y se considera que la ley admite que sean objeto de los derechos reales, por expresar que se aplican las normas comunes, lo que permite discutir si sería posible pignorarlos.

Se puede considerar, que el requisito de la previsión legal se encuentra solucionado en el caso de la prenda con registro sobre derechos intelectuales. Pero para la prenda común, debe advertirse que el art. 2219 como los artículos 2232 y siguientes del CCC, hablan de prenda sobre cosas o créditos instrumentados y no sobre obras intelectuales. Mouchet y Radaelli, consideran que en la legislación argentina no es posible que la prenda recaiga sobre los derechos intelectuales en sí mismo, porque son bienes inmateriales y ninguna disposición del código civil, ni de la ley 11.723 prevén este gravamen. No obstante, debe tenerse en cuenta que dichos autores no tienen en cuenta lo que dispuso luego la ley de prenda con registro. Por el contrario ya Salvat, admitió que la prenda pudiera recaer sobre el derecho del autor considerado en sí mismo, siempre que se entreguen al acreedor pignoraticio los originales de la obra o las planchas o moldes que deban servir para la reproducción[565].

En el derecho español –por ejemplo- se conoce la hipoteca sobre propiedad intelectual e industrial[566]. La misma no es ajena tampoco a otros derechos, como el venezolano[567]. Ambos ordenamientos legislan minuciosamente los aspectos de la misma. En el derecho francés, se ha discutido si los derechos del autor podrían ser dados en preda para garantizar obligaciones. La dificultad del problema en el citado país se deriva de considerar estos derechos como bienes mobiliarios incorporales. No obstante tal criterio, la jurisprudencia de dicho país según Mouchet y Radaelli[568], ha reconocido que la prenda sólo puede establecerse sobre los bienes corporales[569], no obstante se está aceptando que la hipoteca pueda recaer sobre derechos intelectuales. En cambio, la ley norteamericana del 4 de marzo de 1909 permite la hipoteca del copyright[570]. Según López Quiroga la legislación española también permite la existencia de préstamos con garantía de la propiedad intelectual, a solventarse con los rendimientos que

[565] SALVAT, R. (1961). *Tratado de Derecho Civil Argentino. Derechos reales*, II. Bs. As.: Tipografía Editora Argentina S.A., Bs. As., &2.598.
[566] Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión, art. 12 inc. 5 y 45 y ss..
[567] Ley de 4 de abril de 1973 sobre hipotecas mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión, art. 21 inc. 5 y 45 y siguientes
[568] MOUCHET, C. y RADAELLI, S. A. (1957). *Los derechos del escritor y del artista*. Bs. As.: Ed. Sudamericana, p. 138
[569] MOUCHET, C. y RADAELLI, S. A. (1957). *Los derechos del escritor y del artista*. Bs. As.: Ed. Sudamericana, p. 137.
[570] MISERACHS, A. (1946). *El copyrighat norteamericano, comparado con el derecho de autor en Inglaterra y España*, 87, Barcelona., citado por MOUCHET, C. y RADAELLI, S. A. (1957). *Los derechos del escritor y del artista*. Bs. As.: Ed. Sudamericana, p. 137.

producen las obras afectadas. Por eso se dice[571], que lo que el contrato grava es el producido de la obra intelectual y no el derecho pecuniario en sí mismo.

La ley italiana de 1925 admitía la constitución de derechos de garantía sobre los derechos del autor (art. 37, inc. 2° y art. 51, inc. 1°). Pero la ley italiana de 1941 modificó el criterio de la anterior, pues en su artículo 111 establece que: los derechos de publicación de la obra del ingenio y de utilización de la obra publicada no pueden ser objeto de prenda, embargo o secuestro; pero sí el producido de la utilización y los ejemplares de la obra, según las normas del código de procedimiento civil.

En nuestro derecho, la ley 12.962 de prenda con registro, permite prendar los derechos intelectuales al establecer que la prenda de un fondo de comercio incluye "todos los derechos que comporta la propiedad comercial, industrial y artística" (art. 11). Y dicha Ley no ha sido derogada por la ley 26.994 que aprobó el Código Civil y Comercial.

Ello es más claro, luego de la sanción del decreto 897/95 que ordenó y modificó la ley de prenda y que establece en el art. 2°: "instrúyase a la Dirección de Tecnología, Calidad y Propiedad Industrial para que inscriba los contratos en que se constituyen prendas sobre marcas, patentes y enseñas, dibujos y modelos industriales, distinciones honoríficas y todos los derechos que comporta la propiedad comercial, industrial y artística".

En sus considerandos se argumenta: "que si pueden prendarse junto con el fondo de comercio, nada obsta a que se puedan prendar estos bienes en forma individual, siguiendo una práctica en uso".

Por lo tanto, entonces en nuestro derecho vigente existe la posibilidad de prenda registral sobre dichos derechos intelectuales.

Pero para Wolf, el usufructo sobre un derecho es de la misma naturaleza que el derecho por él gravado –y así el usufructo sobre un derecho intelectual, es decir sobre una creación de la inteligencia ajena, es un derecho sobre bienes inmateriales, más no un derecho real[572]. Pero si ello se generalizaría, todos los derechos que en principio consideramos reales que recaen sobre derechos personales o créditos, no serían derechos reales sino de esta última especie.

En el mismo sentido, el autor español Peña Bernardo de Quirós[573] afirma que la hipoteca sobre propiedad intelectual y sobre propiedad industrial no es propiamente un derecho real, en

[571] MOUCHET, C. y RADAELLI, S. A. (1957). *Los derechos del escritor y del artista*. Bs. As.: Ed. Sudamericana, p. 138.
[572] WOLF, M. (1971). *Tratado de Derecho Civil. Derecho de Cosas*. Tomo III, Vol 2. En ENNECCERUS, L., KIPP, T. y WOLF M., tercera edición al cuidado de José Puig Brutau, Barcelona: Casa Bosch, p. 115.
[573] PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1999). *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, T II, 3ra edición, Madrid: Centro de Estudios Registrales, p. 99.

cuanto no tiene por objeto cosas corporales, aunque sí se trata de un derecho análogo al derecho real de hipoteca. Por ser un derecho absoluto, en cuanto implica un poder inmediato sobre el objeto – la obra intelectual, los objetos de propiedad intelectual – protegido frente a todos.

En suma, se admite que son derechos análogos a los regulados en torno a las cosas, pero cuya naturaleza es diversa por su peculiar objeto. Esta teoría es acertada, sólo si se comparte la necesidad de que el objeto del derecho real sea siempre una cosa, y que ello haga a la esencia del derecho real. En cambio, si no se lo considera esencial y se entiende que para que exista un derecho real, basta que el ordenamiento jurídico proteja el interés de un sujeto determinado con independencia de la actuación de otro sujeto determinado (aspecto interno de los derechos reales); y que se pueda hacer valer el derecho frente a todos los no titulares la legitimidad de la satisfacción de su interés (aspecto externo)[574], estos usufructos y derechos reales de garantía reseñados, se amoldan sin forzamiento al concepto de derecho real.

De todas maneras, la cuestión es casi puramente académica en cuanto estos derechos tengan adecuada regulación legal, y porque sino son derechos reales, son derechos análogos o cuasi-derechos reales. a los que se le podrían aplicar sus normas, en cuanto sean compatibles con su naturaleza (en virtud del artículo 12 de la ley 11.723 que dispone: "La propiedad intelectual se regirá por las disposiciones del derecho común, bajo las condiciones y limitaciones establecidas en la presente ley". Pero su tratamiento es útil a los fines de esta tesis, porque estos bienes inmateriales han sido a veces considerados, objeto de derechos reales.

2.6. Otros derechos sobre objetos inmateriales:

El desarrollo de las nuevas teconologías y las necesidades comerciales de intercambio internacional, etc., han hecho surgir novedosos objetos inmateriales que han revolucionado el mercado, e impactado en el mundo jurídico, como las criptomonedas, lo blockchain, los tokens, etc., respecto de los cuales se habla de una propiedad sobre objetos inmateriales, al igual de lo que sucedía con la propiedad intelectual.

La criptomoneda es una moneda como el euro o el dólar, que sirve para intercambiar bienes y servicios. Sin embargo, a diferencia de estas monedas, la criptomoneda es una divisa electrónica, que existe exclusivamente en Internet, y que se está utilizando cada vez más, gracias a su facilidad de intercambio. Los bitcoins son la primera clase de cirptomonedas que surgió en el 2009, en el contecto económico posterior a la explosición de la burbuja del mercado inmobiliario en Estado Unidos. Se usan como medio digital de intercambio que utiliza criptografía fuerte para asegurar transacciones financieras, controlar la creación de unidades

[574] Conf. PUIG BRUTAU, J., T I pp. 6-7.

adicionales y verificar la transferencia de activos, Existe controversia respecto a que las criptomonedas tienen que ser de control descentralizado o monedas centralizadas por los bancos centrales u otra entidad. La primera criptomoneda que empezó a operar fue el bitcoin en 2009 y desde entonces, han aparecido muchas otras con diferentes características y protocolos como Litcoin, Ethereum, Ripple, Dogecoin[575].

Con respecto al valor, expansión y utilización de las criptomonedas, no se puede negar el carácter de bien de éstas. Conforme la definición que en nuestro país brinda la Resolución 300/2014 de la Unidad de Información Financiera (UIF), las mismas constituyen "la representación digital de valor que puede ser objeto de comercio digital y cuyas funciones son la de constituir un medio de intercambio, y/o una unidad de cuenta, y/o una reserva de valor, pero que no tienen curso legal, ni se emiten, ni se encuentran garantizadas por ningún país o jurisdicción"[576]. Éstas se relacionan con los blockchain o cadena de bloques, que es un tipo de red distribuida parecida a los libros contables, que permiten desarrollar tenconologías como criptomonedas, que se suele llamar internet de valor. Por otro lado, el token es una ficha una unidad de valor o moneda digital construida con criptografía que depende del blockchain de otra moneda para existir, a diferencia de las criptomonedas que utilizan su propio blockchain. Y las criptomonedas son un tipo de token criptográfico basado en la tecnología bolckchain. Es decir que los tokens son activos digitales más amplios que se pueden clasificar a su vez en tres categorías: de pago, de activos y de utilidad.

En definitiva hay consenso en que se trata de bienes que integran el patrimonio de una persona humana o jurídica, que son inembargables por su anonimato y que no configuran dinero de curso legal. Pata Tschieder, la falta de materialidad física impide considerar a las criptomonedas como cosas, pero sí integran la categoría de bienes, específicamente las considera un derecho[577]. La Corte Suprema de Nueva Zelanda ha entendido que son "una

[575] Ver FAVIER DUBOIS, E. M. (2021); La criptomoneda, patrimonio y derecho de los acreedores. Sobre la ineficacia de ciertas operaciones con activos modernos. *LA LEY* 2021-F-534

[576] Conceptualmente las criptomonedas se diferencian de las momedas virtuales por el hecho de tener un valor comercial al poder realizar transacciones en el mundo real, por lo tanto, se utilizan como medio digital de cambio. Pero lo importante como resalta la definición del Banco Central Euro, es que resulta un dinero no regulado y que debe ser aceptado por las partes que integren una comunidad virtual específica para poder ser utilizado. También se diferencian del dinero digital porque este representa digitalmente a moneda papel, o sea moneda "fiat" emitida por países, mientras que las criptomonedas son privadas. Ver FAVIER DUBOIS, E. M. (2021); La criptomoneda, patrimonio y derecho de los acreedores. Sobre la ineficacia de ciertas operaciones con activos modernos. *LA LEY* 2021-F-534.

[577] STCHIEDER, Vanina G. pp.34, 38 y 119, citado por FAVIER DUBOIS, E. M. (2021); La criptomoneda, patrimonio y derecho de los acreedores. Sobre la ineficacia de ciertas operaciones con activos modernos. *LA LEY* 2021-F-534.

especie de propiedad intangible"[578], y De las Morenas en el mismo sentido también entiende que son bienes que no son cosas y que son fungibles[579].

Sin embargo para ciertos autores, como Castillejo Arias son cosas, porque sostiene que no debe ser relevante la corporiedad sino la perceptibilidad. Y por ello entiende que sobre los bitcoins se pueden tener derechos reales, que su intercambio es una permuta y que la propiedad no recae sobre el saldo sino sobre la clave privada[580]. Nunes considera a las criptomonedas como bienes muebles o muebles digitales, equivalentes a un software, un archivo de texto, imágenes o música que son almacenados digitalmente[581]. Otros las llegan a calificar como título valor[582]. No obstante, en virtud del tema específico de esta tesis, no se profundiza más sobre estos activos, que requerieren un tratamiento más profundizado, y que pueden ser objeto de otra posterior tesis.

[578] Fallo del 8/4/2020, TR LA LEY AR/JUR/10093/2020.
[579] DE LAS MORENAS, G. (2021). Criptomonedas como desafío al derecho patrimonial. Aspectos obligacionales, procesales y consursales, TR *LA LEY* AR/DOC/2621/2021.
[580] CASTILLEJO ARIAS, Victor A. (2019). Bitcoin y el derecho de propiedad ¿cosa o bien material?, RCCyC (febrero), 245, TR *LA LEY* AR/DOC/4056/2019.
[581] NUNES, D. J. (2020). *Naturaleza jurídica del BTC- bitcoin-,* Microiuris del 16-9-2020, citado por BRANDONE, M.M. y ROSAS, Florencia, (2021). Criptomonedas; tratamiento en la ley argentina. Una primera aproximación. TR *LA LEY* AR/DOC/1360/2021.
[582] PROVENZANI CASARES, A. (2020). Bitcoin, sentencias y ejecución de sentencias, p. 136 en Temas de Derecho Procesa, número 2020 (11 de noviembre), citado en nota por DE LAS MORENAS, G. (2021). Criptomonedas como desafío al derecho patrimonial. Aspectos obligacionales, procesales y consursales, TR *LA LEY* AR/DOC/2621/2021.

CAPÍTULO VI:

IMPLICANCIAS DE LA ACEPTACIÓN DEL ESPACIO COMO OBJETO DE LOS DERECHOS REALES:

1. Propiedad Horizontal y Prehorizontalidad:

1.1- Propiedad Horizontal:

Las principales implicancias de sostener que el espacio aéreo inmobiliario puede ser objeto de los derechos reales, se denotan en la propiedad horizontal y en el derecho real de superficie, que justo son los dos supuestos de excepción al principio de accesión nombrados por el art. 1945 CCC, o extensión del derecho de dominio sobre el suelo, y que provocan la división horizontal del inmueble, que como ya se explicó, es un cuerpo con un volumen determinado.

Distintos autores han visto una similitud entre el derecho del superficiario cuyos derechos se ejercen sobre el vuelo o subsuelo de un inmueble, con la propiedad horizontal. Se ha explicado[583] que esta figura, cuyos orígenes se remontan al derecho romano pretoriano, nació ante la necesidad del pretor de proteger a los ciudadanos romanos que habían edificado en tierras públicas. Pero se diferencia del derecho de propiedad horizontal, porque en éste existe una especie de condominio de indivisión forzosa o copropiedad de todos los consorcistas sobre el suelo[584], por su vocación a la permanencia y su regulación específica relativa al: reglamento, consorcio, sus órganos y las expensas necesarias especialmente para mantener, conservar y sufragar las partes y servicios comunes del edificio y conjunto.

1.1.1 Concepto:

La propiedad horizontal es el derecho real que se ejerce sobre un inmueble propio, que otorga a su titular facultades de uso, goce y disposición material y jurídica, que se ejercen sobre partes privativas y sobre partes comunes de un edificio (o conjunto inmobiliario), de conformidad con lo que establece el Código Civil y Comercial y el respectivo reglamento de propiedad horizontal. “Las diversas partes del inmueble así como las facultades que sobre ellas se tienen son interdependientes y conforman un todo no escindible” (art. 2037 del CCC). El mismo actualmente se encuentra regulado en el título V del Libro Cuarto de los Derechos Reales del CCC y en el título VI, capítulo 1, la propiedad horizontal especial.

Este derecho real autónomo mixto, combinado por un derecho exclusivo sobre su parte privativa y común sobre todos los sectores que no son privativos, sólo puede nacer una vez afectado el edificio o conjunto al sistema o estado de propiedad horizontal, con el otorgamiento

[583] BROWNE de BEDOYA, D. S., ATKINSON, H. E. (1984). La sobre-elevación en la propiedad horizontal, *Revista Notarial*, 873-1984, p. 468.

[584] Se dice especie de condominio o más precisamente copropiedad, porque con la normativa del Código Civil y Comercial, el derecho de propiedad horizontal se regula como un derecho autónomo conforme arts. 2037 y 1887 inc. c del CCC y no una suma de derecho de dominio sobre las unidades y condominio sobre el terreno y demás partes comunes, como lo sostenía parte de la doctrina durante la vigencia de la ley 13.512.

e inscripción del reglamento o simultáneamente. Y ello puede acontecer por los mismos modos de constitución o adquisición de los demás derechos reales. Esto quiere decir que se aplican las normas contenidas en el título de disposiciones generales Título I, Capítulo dos, del Libro Cuarto. Y por lo tanto, se puede adquirir propiedad horizontal por tradición con título suficiente, por adquisición legal, por prescripción y también en virtud de lo establecido en libro quinto por sucesión.

Del objeto se desprende que el derecho de propiedad horizontal recae sobre la unidad funcional que comprende las partes propias o exclusivas y las partes comunes del edificio o conjunto siguiendo el art. 2039 o directamente recae sobre partes propias y porcentaje de las partes comunes.

1.1.2. Partes:

1.1.2.1. Unidad funcional:

El art. 2039 establece que*: "*El derecho de propiedad horizontal se determina en la unidad funcional, que consiste en pisos, departamentos, locales u otros espacios susceptibles de aprovechamiento por su naturaleza o destino, que tengan independencia funcional, y comunicación con la vía pública, directamente o por un pasaje común". Y agrega que: "La propiedad de la unidad funcional comprende la parte indivisa del terreno, de las cosas y partes de uso común del inmueble o indispensables para mantener su seguridad, y puede abarcar una o más unidades complementarias destinadas a servirla".

De la letra de este artículo puede deducirse, que el término unidad funcional parece utilizarse para identificar al objeto del derecho de propiedad horizontal, que está compuesto por las partes propias y el porcentaje de las comunes, y no para referirse sólo a las partes propias como vulgarmente se usa. Es decir, aclara el carácter inescindible y accesorio del porcentaje sobre las partes comunes que es característico de este derecho, pero este porcentaje o copropiedad, no debe confundirse con la unidad funcional, sino que la propiedad de ésta conlleva inescindiblemente la propiedad del mismo.

La doctrina suele mencionar a ciertas unidades propias como complementarias. Este es el caso de las bauleras, cocheras, etc., que en realidad se rigen por el régimen de las partes privativas, y que se consideran accesorias a la misma, conformando un todo con ellas porque tienden a servirla, es decir a facilitar un uso y goce más cómodo o completo. Por ejemplo: se suele decir, esta unidad tiene cochera o baulera propia, en realidad no son sectores distintos a los privativos; y su nombre diferente no acarrea consecuencias jurídicas, porque se rigen por el régimen de las cosas propias. Aunque no todas las bauleras o cocheras son propias, lo serán si así lo determina el reglamento. Y por el contrario en caso de que no se haya aclarado dicho

carácter, deben considerarse comunes en virtud del principio establecido en el art. 2040 del CCC.

Las cosas o sectores propios se distinguen conforme la norma del art. 2043, en los necesariamente propios y los que pueden ser propios o no según lo determine el reglamento, recordando que según lo dispone el art. 2040 del CCC., en caso que el mismo no haya determinado el carácter de un sector, éste se considerará común, por la tendencia a la comunidad de los espacios en la propiedad horizontal.

Resulta interesante mencionar que la resolución 10 de ATM de Mendoza, del 12 de marzo del 2020, con un criterio abarcativo, en su artículo 2 define al edificio, como al conjunto edilicio susceptible de ser sometido en su totalidad al Régimen de Propiedad Horizontal. Y en su art. 3 por patio solar, "al espacio físico destinado a la circulación de aire y luz, que cuenta con la característica de tener un aprovechamiento colectivo respecto de la luminosidad, visión y aireación del edificio, y que siendo de propiedad común puede ser determinado como de uso exclusivo de una o varias unidades funcionales". Adviértase como con buen criterio, prevé el artículo que el patio solar siempre sea de propiedad común, aunque el uso puede o no ser privativo, a diferencia de otros patios que no son solares, y que pueden ser privativos directamente (conforme con el art. 4 del mismo).

Resulta muy interesante a los fines de esta tesis, la definición de unidad funcional de su artículo 5, en la que expresamente se dispone que "comprende lo dispuesto por el art. 2039 del CCC, y el volumen de aire delimitados por divisiones horizontales y verticales y por cosas propias del titular de la unidad funcional", como tabiques, puertas, revestimientos, balcones, etc. Luego, agrega que la unidad funcional puede estar conformada por uno o más polígonos (unidades complementarias) ubicados en distintos sectores del edificio, pudiendo ser divisibles en función de su destino, conforme las normas del Reglamento y el Código de Edificación de la jurisdicción que corresponda. También tiene normativa para el caso de que la propiedad horizontal se someta en terreno afectado a Derecho real de superficie.

El art. 12 dispone que para aquellos casos en que existan espacios (cubiertos o no cubiertos) que sean compartidos sólo por algunas unidades, debiendo especificarse qué unidades comparten dicho espacio.

1.1.2.1.1. Cosas y partes necesariamente propias con respecto a la unidad funcional:

El artículo 2043 del CCC. dispone que tienen tal carácter: “las cosas y partes comprendidas en el volumen limitado por sus estructuras divisorias, los tabiques internos no portantes, las puertas, ventanas, artefactos y los revestimientos, incluso de los balcones”.

Puede advertirse que la norma habla de volumen limitado por las estructuras divisorias, pero no para referirse a que dicho volumen le pertenece al propietario de la unidad, sino para expresar que tienen el carácter de propias las cosas y partes comprendidas en dicho volumen y luego nombra ciertas cosas materiales. Pero resulta interesante a los fines de esta tesis, rescatar que no sólo nombra las cosas, sino las “partes de dicho volumen”, que revisten el carácter de sub-volúmenes o espacios también.

1.1.2.1.2. Cosas que no son necesariamente propias:

El artículo mencionado continúa enunciando que: *“…También son propias las cosas y partes que, susceptibles de un derecho exclusivo, son previstas como tales en el reglamento de propiedad horizontal, sin perjuicio de las restricciones que impone la convivencia ordenada”.*

Debe advertirse, que estas partes que se nombran son en definitiva, como se señaló, espacios susceptibles de derecho exclusivo.

Por otro lado, si se dibuja el esquema de un edificio y se trata de identificar cuáles son las partes privativas, sólo podría encontrarse tal vez el revestimiento de las paredes divisorias y alguna pared interior que separe un cuarto con otro del departamento, mientras que no sea indispensable para mantener la seguridad, las aberturas, etc.. Pero si el departamento no tiene muros interiores, es decir tiene sólo un ambiente, parece que el espacio o como dice el artículo volumen limitado entre las cosas comunes muros divisorios, etc. puede constituirse casi en el único objeto principal, del derecho real sobre la unidad privativa.

Y no se puede decir que en el supuesto de la propiedad horizontal no se le dé valor y valor económico al espacio o volumen, no es lo mismo económicamente hablando que las paredes divisorias dejen un espacio sólo para colocar bicicletas (bauleras), a que dejen un espacio mucho mayor. Si se es práctico ¿no se puedo afirmar que se está comprando un espacio para vivir, y ocuparlo con nuestras cosas muebles?

Sobre el valor del espacio y la sobre-edificación, la doctrina ha dicho: “En el Capítulo V y bajo el título de Mutaciones Materiales quedan comprendidas las mejoras u obras nuevas que incidan sobre cosas y partes comunes o sobre los bienes del consorcio, con una concepción lo suficientemente amplia como para abarcar aquellas que, sin generar nuevos sectores de aprovechamiento independiente, tengan incidencia sobre la estructura del inmueble o la modifiquen sustancialmente. Con esta perspectiva, consideramos incluidos en este Capítulo los

supuestos de sobreelevación, de ocurrencia habitual (aunque no prevista reglamentariamente) en edificios que ya están sometidos al régimen horizontal". Y se puntualiza: "El espacio aéreo que puede ser ocupado con nuevas unidades "(...) tiene un valor económico que lo hace objeto frecuente de negocios jurídicos"[585].

Ello a pesar, de la intención del legislador, al enumerar las cosas y partes propias, patentizada en el comentario expuesto en los fundamentos del proyecto de 1998[586], al artículo que se reproduce en nuestro código vigente. En el que se expresa, luego de que anunciara: "que se amplía el concepto de unidad funcional la que alcanza hasta a espacios susceptibles de aprovechamiento independiente"; que la enumeración del art. 1977 de dicho proyecto se realiza, para "rescatar en la propiedad horizontal algunos otros perfiles del dominio clásico y denotar cuán efectista es la alusión a que se trata únicamente de una desteñida propiedad sobre el cubo de aire". Lo que denota una consideración peyorativa sobre cubo de aire o espacio aéreo inmobiliario, como si se tratara de un algo desteñido y por eso sin valor. En los fundamentos del proyecto de Código Civil vigente, no se advierte este comentario sobre el cubo de aire, aunque se aclara que: la comisión tomó una cantidad de normas del Proyecto de 1998 en lo referente a la regulación de la Propiedad Horizontal. Y que: "para permitir tantos y mejores usos se amplía el concepto de unidad funcional a todos los locales u otros espacios susceptibles de aprovechamiento por su naturaleza o destino, siempre que tengan independencia funcional, en comunicación con la vía pública, directamente o por un pasaje común".

Debe advertirse que la unidad vale, no sólo por lo que cuestan las puertas, ventanas, tabiques, etc., en su conjunto que tienen un escaso valor si lo comparamos con el de la unidad toda. Sino que es un todo donde el espacio, volumen y sus partes, tiene vital importancia.

Cabe resaltar también, que coincide con el art. 1977 del proyecto del 98 que dice: "son necesariamente propios con respecto a la unidad funcional las cosas y "partes" comprendidas en el volumen limitado por sus estructuras divisorias…", lo que coincide con el texto del art. 2043 del CCC antes transcripto. Ahora cabe preguntarse, las partes que nombra el artículo son los espacios, y éstos ¿no son más importantes que las puertas y tabiques? ¿O es que se enumeran las puertas y ventanas que tienen materia, sólo para disimular que lo que más interesa es el espacio o volumen comprendido entre los muros divisorios?

[585] CAUSSE, J. R. (2011). Reformulación del régimen de la propiedad horizontal. *LA LEY*, 1 2, COSSARI, N. O. A. y LUVERÁ, M. A. (2009). El derecho de sobre-edificar como objeto de tráfico jurídico en el régimen de propiedad horizontal. Su ponencia en las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Córdoba.

[586] Ver (1999) Proyecto de Código Civil de la República Argentina Unificado con el Código de comercio. Nota de elevación, fundamentos y legislación complementaria. Bs. As.: Abeledo- Perrot, Artes Gráficas Candil, p. 124

A ello se le suma, lo expuesto en los fundamentos del proyecto de 1998 respecto del artículo 1974 del mismo que coincide con nuestro art. 2039 del CCC vigente, sobre la ampliación del concepto de la unidad funcional y los espacios.

No obstante se observa, la intención manifestada expresamente por los legisladores en mantener la postura clásica, consistente en que los derechos reales sólo recaen sobre cosas materiales a pesar de la realidad patente. Esta situación, se parece a la que ocurría con Vélez y los derechos, cuando éste exigió que estuvieran instrumentados para justificar que había una cosa material, papel insignificante, sobre el que recaía el derecho real de prenda, etc.. Además, si el legislador no quiso que el espacio fuera el objeto del derecho real sobre la unidad funcional privativa, no tendría que haber utilizado la expresión: "espacios susceptibles de aprovechamiento independientes".

1.1.2.2 Cosas y partes comunes:

El artículo 2040 del CCC determina que: "… son cosas y partes comunes a todas o a algunas de las unidades funcionales las cosas y partes de uso común de ellas o indispensables para mantener su seguridad y las que se determinan en el reglamento de propiedad horizontal". Como se observa, el artículo vuelve a mencionar las partes (o espacios o partes de volúmenes). Por otro lado, establece el principio de la comunidad de bienes ya mencionado, al disponer que en la propiedad horizontal: *"Las cosas y partes cuyo uso no está determinado, se consideran comunes…"*.

De esta primera parte del artículo citado se deduce que hay dos clases de cosas comunes; las indispensables o necesarias para mantener la seguridad del edificio o viabilidad del conjunto; y las que no siendo indispensables sean calificadas así, por el reglamento.

1.1.2.2.1 Cosas y partes necesariamente comunes:

El art. 2041del CCC enumera de un modo enunciativo cuales partes o cosas son necesariamente comunes. Esto quiere decir que otro sector o parte no enunciado en esta norma que sea indispensable para la seguridad del edificio o esencial para la viabilidad del conjunto (conforme artículo 2040 citado). Principio que se aplica también a la propiedad horizontal especial al igual que el resto de los artículos, mientras sean compatibles con la naturaleza de estos conjuntos inmobiliarios y no exista una norma especial que disponga lo contrario.

El artículo 2041 expresa entonces que tienen tal carácter:

"a. el terreno;

b. los pasillos, vías o elementos que comunican unidades entre sí y a éstas con el exterior;

c. los techos, azoteas, terrazas y patios solares…"[587].

Entre las partes necesariamente comunes se nombra al terreno, que claramente incluye el suelo y subsuelo. Pero la propiedad del terreno también se extiende al espacio aéreo en la medida que su aprovechamiento sea posible siguiendo al art. 1945 del CCC, salvo la superficie o volúmenes ocupados por unidades exclusivas o complementarias del edificio (en el caso de propiedad horizontal común). En este sentido Cossari y Luverá[588] expresamente admiten que el espacio aéreo es de propiedad de todos los propietarios. Ello se encuentra expresamente admitido en el derecho español Y citan jurisprudencia que ha aclarado que: "el derecho de sobreelevar pertenece al propietario del inmueble, ya que integra las facultades emergentes del derecho real de dominio. Si se trata de un inmueble sometido al régimen de la propiedad horizontal, tal derecho pertenece a la totalidad de los propietarios de unidades del edificio, que deberá resolver su ejercicio o su cesión por unanimidad, pero no corresponde al Consorcio de copropietarios que tiene capacidad jurídica para la administración del edificio, mas no es propietario de los sectores comunes"

Se incorpora la terraza o azotea como cosa necesariamente común, que antes la doctrina había admitido que podía o no ser común. No obstante, cierta doctrina actualmente sigue sosteniendo que no es necesariamente común a pesar que se encuentre calificada así al enumerarse en dicho artículo[589]. En este sentido se considera, que por lo tanto, lo que importa

---

[587] d. los cimientos, columnas, vigas portantes, muros maestros y demás estructuras, incluso las de balcones, indispensables para mantener la seguridad;
e. los locales e instalaciones de los servicios centrales;
f. las cañerías que conducen fluidos o energía en toda su extensión, y los cableados, hasta su ingreso en la unidad funcional;
g. la vivienda para alojamiento del encargado;
h. los ascensores, montacargas y escaleras mecánicas;
i. los muros exteriores y los divisorios de unidades entre sí y con cosas y partes comunes;
j. las instalaciones necesarias para el acceso y circulación de personas con discapacidad, fijas o móviles, externas a la unidad funcional, y las vías de evacuación alternativas para casos de siniestros;
k. todos los artefactos o instalaciones existentes para servicios de beneficio común;
l. los locales destinados a sanitarios o vestuario del personal que trabaja para el consorcio….".

[588] El fallo que citan dichos autores es de la C.N. Especial Civil y Com. Cap. Federal, sala III, caso "Consorcio de Propietarios República de la India 3025/29/31 c. Hurovich, Lázaro", sentencia de 03/04/1987. *LA LEY*, 1988A, 258; en el que se aclaró que el espacio no pertenece al consorcio sino a todos los propietarios. Ver COSSARI, N. A, LUVERA, M. Á. (2005), Propiedad horizontal: techo edificable y tráfico inmobiliario. El Derecho - UNIVERSITAS S.R.L -*Revista del notariado* - Año CVIII - Abr/May/Jun. Id SAIJ: DACF060030, COSSARI N A. y COSSARI, Leando R. (2021) Propiedad hotizontal superficiaria y superficie sobre unidades en propiedad horizontal. *LA LEY* 23/02/2021, 1 *LA LEY* 2021-A-513- TR LA LEY AR/DOC/3948/2020. COSSARI N.G.A., LUNA, D. G. (2009) Derecho de sobreelevaciòn y propiedad horizontal, *LA LEY* 19/5/2009, 1 –*LA LEY* 2009-C, 1090- TR *LA LEY* AR/DOC/1877/2009.

[589] LUNA, D. G. (2018) Derechos susceptibles de adquisición por usucapión en el Código Civil y Comercial. *Revista de Derecho Privado y Comercial*. 1. Derechos Reales- I, Santa Fe: Ed. Rubinzal Culzoni, pp. 260-265. Quien cita en esta postura a Nelson Cossari, Kiper y Tranchini para quienes a pesar de la enumeración del art. 2041, sostienen que sólo son cosas comunes indispensables las necesarias para el sistema y la seguridad. Y expresa que COSSARI, N. (2015) en ALTERINI, J (dir. gral), COSSARI N. (dir. del tomo) y ALTERINI, I. (corrd. Gral.), *Código Civil y Comercial comentado*, *Tratado exegético* cit., t. IX, Ciudad de Bs. As.: Editorial Thomson Reuters

para decidir si es o no necesariamente común es que sea indispensable para la seguridad del edificio o esencial para la viabilidad del conjunto. Se argumenta en este sentido, que si fuera necesariamente común, no podría tampoco construirse sobre la misma o convertirla con el voto unánime de los consorcistas en privativa.

Se considera adecuado este razonamiento, no obstante lo que expresa la norma, salvo que se entienda que cuando se menciona a la terraza o azotea, se hace referencia al espacio que se encuentra sobre el techo del edificio o construcción o cubierta plana sobre el mismo, en cuyo caso no importa que se construya en la que antes era la terraza, porque la misma pasará a ser la superficie que se encuentra sobre el techo de la nueva construcción, y esta siempre será común. Adviértase que en el derecho italiano, el que construye en el último piso, está obligado a reconstruir la terraza, como se verá cuando estudiemos en el derecho comparado el derecho de sobre-edificación.

Debe tenerse en cuenta que según la Real Academia Española, terraza es. "1. F. sitio abierto de una cosa desde el cual se puede explayar la vista…3 cubierta plana y practicable de un edificio, provista de barandas o muros…", entre otras acepciones que no tienen relación con el tema que se trata en este trabajo. Y Azotea es: "1f. cubierta más o menos llana de un edificio, dispuesta para distintos fines…", es decir que no se toma en cuenta el espacio, salvo tal vez, en la primera acepción donde se habla de sitio abierto.

Por otro lado hay que observar, que cuando el legislador ha enumerado estas partes necesariamente comunes, lo hizo teniendo en cuenta la propiedad horizontal común, es decir la que recae sobre un edificio, y no la especial que se tienen en un conjunto inmobiliario, para la cual rige específicamente el art. 2076 del CCC..

1.1.2.2.2. Cosas y partes comunes no indispensables:

El artículo 2042 aclara que: "son cosas y partes comunes no indispensables: a. la piscina; b. el solárium; c. el gimnasio; d. el lavadero; e. el salón…"

Dicha enumeración también es enunciativa, no sólo porque esta norma así lo aclara al final, sino porque las partes o sectores no indispensables son todos los que establezca el reglamento, rigiendo para su determinación el principio de la autonomía de la voluntad. Por lo tanto, pueden existir más partes comunes no indispensables que se hayan establecido en el reglamento que las enumeradas por la norma.

LA LEY, p. 773, considera que no encuentra razón para que las terrazas puedan considerarse en el caso concreto como privativas.

Ello justifica, que no se puedan elevar nuevos pisos, ni hacer excavaciones sin el consentimiento de todos los consorcistas, como lo dispone el art. 2052 del CCC, que luego se analizará específicamente; y que la azotea o terraza, pero en el sentido antes señalado, sea necesariamente común.

Esta apreciación sobre la propiedad común del espacio aéreo que se encuentra sobre un edificio, ya se consideró indirectamente admitida por el art. 7 de la ley 13.512 que prohibía la sobre-edificación, sino se contaba con el consentimiento unánime de los consorcistas. La doctrina y jurisprudencia fundaban dicha norma implícita o expresamente en que, el espacio aéreo es común como el terreno y el subsuelo; por supuesto con las limitaciones y excepciones dispuestas por ley, y dentro de lo que resulta aprovechable para el hombre[590]. Específicamente se explicaba al respecto, que la ley en realidad no decía que el condominio sobre el suelo se extiende al espacio aéreo, y al terreno en toda su profundidad, pero no podía ser de diferente manera, porque el art. 2518 del CC, al dar la definición del alcance del derecho de dominio así lo aclaraba. "Como colorario, si el espacio aéreo pertenece al propietario del suelo, que son los de las unidades de propiedad exclusiva, por tratarse de condominio de indivisión forzosa, todo lo que se edifique por encima y por debajo de los bienes comunes"[591], es de copropiedad de todos, salvo renuncia expresa en tal sentido de todos ellos.

Se hablaba, cuando se trataba el tema de las obras nuevas, que debía evitarse la usurpación, y que no se podía sobre-elevar, tanto la terraza fuera privativa del que construye o no[592].

Por otro lado, si se colocaba una antena o se alquilaba el espacio aéreo de un edificio, dicha renta correspondía a los consorcistas. Aunque erróneamente a veces se suele mal entender que dicho alquier le corresponde al consorcio, porque las cosas o espacios comunes del edificio le pertenecen a todos los consorcistas y no a dicho ente, cuyo patrimonio en realidad, está compuesto por las expensas, fondo de reserva y bienes de su propiedad necesarios para mantener el edificio, conjunto y sistema común.

Al respecto, la doctrina ha dicho que, la autorización de los propietarios no es de manera alguna prescindible o se puede reemplazar por la autorización emanada del administrador del

[590] PAPAÑO, R., J., KIPER, C. y ots. (1990). T. II, Bs. As.: Ed. Depalma, 1990, p. 30. Aceptan que no se puede construir bajo o sobre el edificio, sin el consentimiento unánime, porque ello "además de invadir propiedad común, implica ampliar la superficie de la propia unidad…"

[591] FARINI, M. B., GAZZOTTI, A., GEREZ DE UEMA, M. L., TARIGO, D. H., MORA de TARIGO, M. C. (1984). La sobreelevación de la propiedad horizontal. *Revista Notarial*- 873-1984-390.

[592] Ver también KIPER, C. (2016). *Tratado de los derechos reales. Código Civil y Comercial de la nación. Ley 26994*, t. I. Santa Fe: Ed. Rubinzal Culzoni, p. 606. Quien cita jurisprudencia al respecto CNCiv., sala K, sentencia de 13-8-91, *LL*. 1992-B-108, DJ. 1992-I-967.

consorcio. Porque si bien éste es el representante legal del consorcio, lo que está en juego directamente son los derechos de los todos y cada uno de los propietarios, por lo cual, su autorización debe efectuarse en forma personal[593].

El código organiza un complejo sistema de asambleas y mayorías, para que puedan realizar modificaciones en las partes comunes, que nadie puede decidir de modo individual (arts. 2051/20559. De allí que la doctrina ha señalado que la propiedad horizontal no otorga facultades sobre la sustancia de la cosa, sino sobre su utilidad[594], pero con límites establecidos en el reglamento (destino), en la ley y en el respecto del mismo derecho que tienen los demás copropietarios.

La jurisprudencia ha reafirmado lo expuesto al disponer que: "El derecho a sobreelevar pertenece al propietario del inmueble ya que integra las facultades emergentes del derecho real de dominio, y si se trata de un inmueble sometido al régimen de propiedad horizontal, este derecho pertenece a la totalidad de los propietarios del edificio, que deberán resolver su ejercicio o su cesión por unanimidad. Aunque esa facultad no corresponde al consorcio de copropietarios, que tiene capacidad jurídica para la administración del edificio, pero no es propietario de los sectores comunes, que pertenecen a la totalidad de los copropietarios y no integran el patrimonio del consorcio"[595].

1.1.3 El supuesto del edificio en construcción:

La parte de la doctrina nacional sostiene que el sistema de propiedad horizontal requiere como presupuesto de funcionamiento, que el edificio esté totalmente construido. La ley 13.512 no lo mencionaba expresamente, pero su decreto reglamentario 18.734 en su art. 1, autorizaba la afectación a este régimen de edificios existentes o a construir, aunque nada decía sobre la posibilidad de disposición de las unidades funcionales. Gatti y Alterini entienden que el dominio o la propiedad horizontal sólo se constituye por acto material de entrega de la cosa con ánimo de transferir, en la tradición; por actos posesorios en la prescripción, por actos materiales de incorporación en la accesión, etc., la cosa debe existir materialmente y no ser futura[596].

Suares[597] considera que la propiedad horizontal en su génesis consta de dos elementos: a) el espacio aéreo y b) el terreno sobre el que se realiza el edificio. Que espacio aéreo en la

[593] KIPER, C. (2016). *Tratado de derechos reales, Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.994*. T.I. Santa Fe: Rubinzal- Culzoni, pp. 603-604.
[594] GATTI, E., ATERINI, J. (1974). *El derecho real. Elementos para una teoría general*, Bs. As.: Abeledo Perrot, p. 121¸ PAPAÑO, R., J., KIPER, C. y ots. (1990). *Derechos Reales,* T. II, Bs. As.: Ed. Depalma
[595] Conf. C.N.Espec. Civ. y Com., sala V, 3-4-87, ED, f. 40.260, conf. MOREIRA, L. La sobreedificación en la propiedad horizontal, *Revista del Notariado*, t. 798, p. 1492.
[596] GATTI, E. y ALTERINI, J. H. (1973). *Prehorizontalidad y boleto de compraventa*. Bs As: LA LEY, p. 82.
[597] SUARES, C. M. (1978). La venta del espacio aéreo. *LA LEY*, T. 1978-B-911.

propiedad horizontal, no significa aire, puede ser localizado perfectamente y ubicada su posición sin lugar a dudas. Una cosa es el espacio aéreo y el derecho real que se tiene sobre el mismo y otra es la construcción, derecho obligacional. Y afirma, que "se puede comprar sin ningún inconveniente legal, un espacio aéreo y celebrar con una empresa constructora un contrato, por el cual se obliga a construir un edificio mediante el pago de un precio estipulado (locación de obra". Con relación a la posibilidad de ejercer actos materiales sobre los espacios aéreos dice: "yo puedo ser propietario del monte Aconcagua, sin posibilidad física de llegar a su cima, y no obstante ello, puedo oponerme a que otros puedan ejercer los mismos derechos que me corresponden a mí. Igualmente, si yo soy propietario de un campo de 30.000 hectáreas no es necesario que ejerza actos posesorios en cada una de ellas, basta que los realice en cualquier lugar dentro de sus perímetros". Debe recordarse agrega, que "la propiedad del espacio aéreo lleva implícita la participación en el condominio del terreno y de lo que accede al mismo. Vale decir que puedo ejercer mis derechos posesorios sobre el terreno, los cuales se extenderán hasta el espacio aéreo que me pertenece".

Fernández Rouyet adhiere a la opinión de Suares y entiende, que el derecho no puede desproteger intereses legítimos de los adquirentes de departamentos en tal situación y que el derecho no solo debe regular las conductas humanas y solucionar los conflictos existentes, sino también debe preverlos y evitarlos. Además reflexiona, ¿qué pureza conceptual se intenta resguardar si hasta en el mismo esquema de Vélez los derechos reales podían recaer sobre los créditos? Dicho autor[598], considera que el decreto 2.489/63 de la Provincia de Buenos Aires, admite indirectamente que el espacio aéreo pueda ser objeto de los derechos reales al establecer que:

"podrán ser inscriptos en el Registro de la Propiedad instrumentos que formalicen los actos referidos en el art. 1° del presente (constitución, transferencia, modificación o extinción de los derechos reales), si las partes exclusivas y comunes del edificio en construcción o a construir reúnen (…) las siguientes condiciones: [1] a) Las unidades de dominio exclusivo a construir o en construcción cualquiera sea el estado de ejecución de la obra, siempre que las mismas constituyan cuerpos independientes de edificación. b) Las unidades de dominio exclusivo sin independencia constructiva, cuando el edificio en construcción tenga concluidos los servicios y partes comunes necesarios e indispensables para el buen funcionamiento del mismo, pudiendo carecer de los revoques finos, pinturas, solados, cielorrasos, revestimientos y otros detalles complementarios y estéticos que no perturben la seguridad, solidez y

[598] FERNÁNDEZ ROUYET, R. D. (1984). El espacio aéreo en la propiedad horizontal. Sobreelevación, *Revista Notarial*, 873, pp. 454-456.

funcionamiento del edificio. Las unidades de dominio exclusivo de un edificio a construir o en construcción, que no reúnan las condiciones citadas anteriormente, no gozarán de los beneficios del presente artículo. En cada caso, la Dirección de Rentas a solicitud del titular de dominio, y previa inspección, dictará una disposición declarando si las unidades de dominio exclusivo cumplen los requisitos exigidos por los incisos a) y b) y otros circunstanciales que requiera la Dirección y que tengan que ver con la técnica constructiva del edificio.. Para que los terceros no sean sorprendidos respecto de si la unidad está o no terminada, cosa que generalmente no debería ocurrir, porque para adquirir el derecho necesitan tomar posesión de la misma y con ello conocer su estado constructivo; el mismo artículo 6 in fine dispone: "Los instrumentos que se pretendan inscribir, deberán ser acompañados de una constancia de hecho que indique si la unidad de dominio exclusivo es a construir o se encuentra en construcción, o está habitada. El instrumento deberá contener una relación de la constancia de hecho citada". Y luego a medida que se habiliten las unidades, previa ratificación del plano de división, cada propietario deberá solicitar al Registro de la propiedad, con firma certificada por autoridad competente, la actualización del Legajo Especial, pudiendo realizar este acto por escritura de obra nueva…"[599].

Se comenta que, "esta innovación ha funcionado satisfactoriamente y ha significado un aporte real a la negociación inmobiliaria, reconociendo una necesidad social, permitiendo que el comprador de esos departamentos adquiera un derecho real inscribible y en consecuencia oponible a terceros acreedores del vendedor. Y que si bien parecería que el adquirente de un departamento a construir en planta baja, tendría un derecho más cosificado, que el que compra uno en el piso décimo, su situación jurídico es exactamente igual, sólo tiene una porción de bienes comunes entre ellos el terreno"[600].

Es más el Registro de la Propiedad admite con relación a los departamentos en construcción o a construir aún sin cumplir con los requisitos del mencionado art. 6°, la inscripción de los actos declarativos, esto es, divisiones de condominio y declaratorias de herederos[601]. Villaró entiende, "que son admisibles tales registraciones porque en el primer caso, no se ven razones jurídicas para que quien era condómino de la unidad en construcción o a construir pase a ser dómino, en el segundo, porque la transferencia se produce ope legis y el

[599] Texto actualizado al 24/9/2019, 14.09, visible en normas.gba.ob.ar

[600] FERNANDEZ ROUYET, R. D. (1984). El espacio aéreo en la propiedad horizontal. Sobrelevación. *Revista Notarial,* 873, p. 455.

[601] VILLARÓ, F. P. (1980). *Elementos de Derecho Registral Inmobiliario*, La Plata: Fundación Editora Notarial. Considera admisible la registración en tales casos, porque en el primer supuesto no se ven razones jurídicas, para que el que era condómino de una unidad en construcción o a construir pase a ser dómino, en el segundo, porque la transferencia se produce ope legis y el heredero es, desde la apertura de la sucesión, propietario de todo aquello que era de su causante".

heredero es, desde la apertura de la sucesión, propietario de todo aquello que era de su causante"[602].

Se ha considerado, que la adopción de la tesis que niega la posibilidad de constituir derechos reales sobre las unidades en construcción, conlleva soluciones no adecuadas y poco prácticas. Debe tenerse en cuenta que la prehorizontalidad no se usa tanto estado vigente la ley 19.724 como el sistema del seguro obligatorio del Código Civil y Comercial, como se explicará. Además a falta de un sistema legal adecuado se recurre a otros contratos para cubrir las contingencias que no terminan resguardando plenamente a los adquirentes como: la sociedad civil sin que exista affectio societatis, contratos innominados, preconsorcios con regulaciones deficientes, podres irrevocables, y fideicomisos inmobiliarios, que como se verá posteriormente también conllevan sus riesgos.

Para Rouyet, esta innovación ha funcionado satisfactoriamente permitiéndole que el comprador de esos departamentos adquiera un derecho real inscribible y en consecuencia oponible a terceros, la adopción de la tesis negativa deriva en soluciones no adecuadas, poco prácticas y absurdas y se pregunta por qué oponerse al criterio que solucionaría los problemas de la prehorizontalidad, fundado una la doctrina que supuestamente surgía del Código Civil, pero que tampoco era tan rígida. Y aclara que "si bien parecería que el adquirente de un departamento a construir en planta baja tendría un derecho más cosificado, que el que compra en un piso décimo, su situación jurídica es exactamente igual, sólo tiene una proporción de los bienes comunes, entre ellos el terreno"[603].

Alterini y Gatti[604], proponen el otorgamiento de una escritura traslativa de dominio de parte indivisa del terreno, y con respecto a la tesis que sostiene que se puede transmitir un derecho real sobre una unidad a construir, consideran que es un intento de lograr de una manera inmediata un derecho real para el adquirente, "que compartimos plenamente… ", pero que entienden que no es viable dentro del nuestro ordenamiento jurídico".

Autores como Vázquez Bote[605], consideran que el edificio en formación es cosa, porque la horizontalidad no supone siempre un edificio entero, en virtud de lo dispuesto en el art. 12 de la ley 13.512, que prevé el supuesto de destrucción.

---

[602] VILLARÓ, F. P. (1980). *Elementos de Derecho Registral Inmobiliario*. La Plata: Fundación Editora Notarial.
[603] FERNANDEZ ROUYET, R. D. (1984). El espacio aéreo en la propiedad horizontal. Sobrelevación. *Revista Notarial,* 873, p. 455.
[604]GATTI, E., ALTERINI, J. H. (1981). *Prehorizontalidad y boleto de compraventa*. Bs. As.: LA LEY. 2° Edición, p. 82.
[605] VAZQUEZ BOTE, E. (1980). *Estudio de Derecho Civil*. Bs. As.: Universidad, p.747.

Julliot siguiendo a Bernard, sostiene que el espacio geométrico es cosa, sostiene la posibilidad de hipotecar un edificio en formación[606]. Y agrega, que la propiedad de ese espacio da el derecho a construir, y que cierta doctrina uruguaya admite la posibilidad de hipotecar unidades futuras [607].

Pascual Quagliata, también admite la posibilidad del adquirente de un piso no construido de adquirir un derecho real de dominio, por medio de la determinación que puede efectuar del objeto, por medio de una descripción geométrica del lugar que llegará a ocupar esa futura unidad. Advierte que en la primera Conferencia realizada en 1.961 en Rosario, el despacho adhirió a la postura favorable a la validez de la hipoteca sobre parcela a construir, por lo que concluye que es necesario reformar nuestro régimen actual y permitir "la constitución del derecho de dominio y de la hipoteca sobre la unidad a construir o en construcción" [608]. Debe recordarse al respecto, que la doctrina antes de la sanción del Código que considera a la propiedad horizontal como un derecho autónomo, entendió que era una suma o mezcla de dominio sobre partes exclusivas y condominio sobre las cosas o partes comunes.

Esta figura, es admitida en Chile y Colombia y se hipoteca, no aisladamente, sino con el cien por ciento del suelo. Se afirma que si hubiera desmembramiento, habría derecho de superficie[609].

En contra se pronuncia Farini y la mayoría de la doctrina realista, para quien hasta que el edificio no se someta a la propiedad horizontal se aplicarán las normas del dominio o condominio[610].

Y se ha afirmado que la inscripción de la protocolización de la subasta de un edificio con unidades en construcción debería denegarse conforme dicha normativa y ni siquiera el adquirente puede solicitar la autorización del mencionado art. 6 del decreto 2483/63, porque esta debe ser requerida por el titular registral[611].

---

[606] Autores citados por FARINI, M. B., GAZZOTTI, A., GEREZ DE UEMA, M. L., TARIGO, D. H., MORA de TARIGO, M. C. (1984). La sobreelevación de la propiedad horizontal, *Revista Notarial*- 873-1984-366. Ver JULLIOT, C. (1938). *Le nouveu status de la Copropieta des Inmuebles Divises par apartements*, París, p.3. y JULLIOT, CH. L. (1927). *Traite- Formularie* (sobre división de casas por pisos y por departamentos), Francia: Jorurnal des Notaries et des Avocats. p. 2.

[607] VAZQUEZ, BOTE, E. (1980). *Estudio de Derecho Civil.* Bs. As.: Universidad, Bs. As., p.747.

[608] QUAGLIATA, P. (1953). *La propiedad horizontal en los registros públicos*; Uruguay: Biblioteca publicaciones oficiales de Uruguay, p. 29l.

[609] FARINI, M. B., GAZZOTTI, A., GEREZ DE UEMA, M. L., TARIGO, D. H., MORA de TARIGO, M. C. (1984). La sobreelevación de la propiedad horizontal, *Revista Notarial*- 873-1984-367.

[610] FARINI, M. B. y ots. (1984). La sobreelevación de la propiedad horizontal, *Revista Notarial*- 873-1984-366.

[611] FERNÁNDEZ ROUYET, R. D. (1984). El espacio aéreo en la propiedad horizontal. Sobreelevación. *Revista Notarial*, 873, p. 457. Dicho autor comenta un interesante caso donde le requirieron protocolizar una subasta judicial de un inmueble sito en Bs. As., en autos "Argenfe S.X. c/ Kerían S.A.I.C.F.I. y.A., sobre ejecución hipotecaria, que tramita ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil n° 4. Secretaría 8 de Capital Federal; pero las unidades se encontraban en construcción. Tanto la hipoteca, como el reglamento estuvieron

1.2.- Sobre-elevación y subedificación:

1.2.1. Aproximación

El derecho de sobreelevación y sub-edificación, junto con el derecho de superficie y la propiedad horizontal, resultan particularmente interesantes para el estudio del objeto del derecho real y la posibilidad o no de que el espacio inmobiliario (que se encuentra sobre o bajo él) o volumen aéreo, pueda ser considerado objeto de un derecho real.

Se analiza este derecho, con este término, sólo en consideración o con relación al régimen de propiedad horizontal. No se menciona por lo tanto, el derecho de construir directamente bajo o sobre el suelo ajeno, porque ello siempre es posible como derecho de superficie, sino de edificar sobre o bajo otra edificación sometida a propiedad horizontal. Sin embargo se ha advertido, que similar problemática se suscita también, en el caso de las construcciones por un costado del edificio sobre terreno común sometido a propiedad horizontal[612].

Se advierte, que "hoy el llamado "techo edificable", la posibilidad de seguir levantando nuevos pisos, tiene un valor en el mercado. Se propugna por algunos, incluso como se verá, abordar el tema desde un llamado "cubismo inmobiliario" otorgando derechos reales sobre el vuelo o sobre el subsuelo". En efecto, el "techo edificable" puede aun no haberse acabado y las

válidamente otorgados, pero conforme el decreto 2483/63, la protocolización no podría inscribirse. Explica que en Buenos Aires, el art. 119 del decreto 2080/1980 autorizaba la anotación de medidas cautelares, sobre unidades en construcción o a construir que consten en el reglamento y que consignen tal circunstancia, haciéndose saber a los jueces que dichas unidades no pueden ser objeto de actos que transmitan o constituyan derechos reales hasta que fueren habilitadas. Actualmente debe tenerse en cuenta que el decreto 962/2018 que modifica el decreto 466 admite la inscripción de boletos de unidades en construcción, si se cumplen ciertos requisitos y se inscribe una escritura de afectación por el titular registral del mismo. Dicho autor se pregunta, qué sucede cuando se subasta una unidad en construcción o a construir. Se debería inscribir la subasta a nombre del adquirente, y en algunos casos se ha adquirido en subasta unidades en construcción. Pero sin embargo, Y entonces ¿debería desafectarse el inmueble, pero si hay compradores? ¿No se estaría dando la posibilidad al deudor de extraer del patrimonio bienes en fraude a los acreedores indirectamente? Sobre el tema, en revista-notariado.org.ar, se sita un dictamen aprobado por la mayoría de los miembros del Instituto de Derecho Registral del Colegio de Escribanos de la ciudad de Buenos Aires en su sesión del 13/6/2017- Expte. 16-00801-1 expresa en el caso de una venta contrato abreviado de una unidad funcional como "proyecto en construcción", en la que no se había dejado constancia en el folio ni en la escritura de venta antecedente de su situación, que debía dar de alta definitiva a la unidad funcional, para lo que se requiere plano de mensura modificatorio y particular división por el régimen de PH, modificación del reglamento, etc. Según el dictamen 7.

[612] COSSARI, N. A., LUVERA, M. Á. (2005). Propiedad horizontal: techo edificable y tráfico inmobiliario. El Derecho (7/04/2005). UNIVERSITAS S.R.L *Revista del notariado*, Año CVIII. Abr/May/Jun. Id SAIJ: DACF060030, nos explican que Peña Bernaldo de Quirós y Ventura nos hablan de esta posibilidad. No obstante, considero que en dicho caso se requerirá unanimidad porque el terreno y el espacio es común, pero no hará faltan los estudios sobre la posibilidad de soportar nuevas construcciones de las estructuras, porque las mismas se asientan sobre el suelo, aunque sí se deberán cumplir las normas locales.

normas urbanísticas permitir nuevos pisos o unidades por lo que el espacio existente por sobre el edificio, o incluso por debajo de él, conserva un valor económico [613].

Actualmente, el art. 2116 del CCC admite, que el derecho de superficie o propiedad superficiaria se pueda constituir sobre construcciones ya existentes, no sometidas o si al régimen de propiedad horizontal, al expresar: "sobre construcciones existentes aun dentro del régimen de propiedad horizontal". Sin precisar si en dichos casos, debe integrarse (con el edificio ya existente que se amplía, y modificarse el reglamento) o someterse ambas construcciones al régimen de propiedad horizontal (si la anterior no lo estaba), lo que parece que se deja librado a la autonomía de la voluntad. Máxime cuando el art. 2120 del CCC que trata sobre las facultades del superficiario, acepta que éste tiene la facultad (no el deber) de someter la construcción al régimen de la propiedad horizontal.

Es claro, que no existe en nuestro derecho vigente, la posibilidad de constituir una propiedad separada en el vuelo sin copropiedad accesoria como en el caso de la propiedad horizontal, sino es por medio de la constitución de derecho de superficie.

Debe tenerse en cuenta que la edificación y por ende la sobreedificación provocan una accesión. Y como expresa Fontbona, en la propiedad horizontal, la accesión está suspendida en el tramo o cota de la altura del edificio. Por la razón de que, en el derecho real de propiedad horizontal, la accesión, por encima y por debajo del edificio, renace como propiedad del conjunto de propietarios. "De no ser así no podría la comunidad de condueños conferir la propiedad del vuelo o del subsuelo y por ende, el atributo o la facultad que se comenta de conceder el derecho a quien integra o no el consorcio, de sobreedificar o sobreelevar el edificio"[614]. Actualmente como se explicó el art. 1945 del CCC nombra como dos excepciones al principio de accesión respecto de inmuebles o de extensión del dominio de una cosa inmueble, justamente a la propiedad horizontal y a la superficie. Al disponer que dicho dominio abarca todas las construcciones, siembras o plantaciones existentes en un inmueble, estableciendo no una presunción como el antiguo criticado art. 2519 del CC, sino directamente que las misma pertenecen al dueño del inmueble, salvo el supuesto de los dos derechos reales mencionados.

[613] COSSARI, N. A., LUVERA, M. Á. (2005). Propiedad horizontal: techo edificable y tráfico inmobiliario. El Derecho (7/04/2005). UNIVERSITAS S.R.L *Revista del notariado*, Año CVIII. Abr/May/Jun. Id SAIJ: DACF060030.

[614] FONTBONA, F. I. J. Trabajo presentado al Premio Caputi. Autor citado por FARINI, M. B., GAZZOTTI, A., GEREZ DE UEMA, M. L., TARIGO, D. H., MORA de TARIGO, M. C. (1984). La sobreelevación de la propiedad horizontal. *Revista Notarial*- 873-1984, pp. 390-391.

Con respecto a los accesorios, se es propietarios de ellos, porque la propiedad se extiende a ellos y no por un nuevo título.

No obstante, en España existen dos posturas relativas a la posibilidad de obtener propiedad ordinaria sobre construcciones en el subsuelo. Albaladejo[615] considera que si una "construcción subterránea " se realiza "...a tal profundidad que forma algo absolutamente aparte del edificio que eventualmente pueda tener encima, el constructor es dueño exclusivo de la propiedad subterránea, como una propiedad ordinaria, porque cabe realmente que el dueño del suelo separe, como cosa jurídicamente distinta, la propiedad del subsuelo a partir de cierta profundidad, y la transmita a otro, que, en cuanto no le es preciso usar la superficie del terreno, no necesita tener un derecho a utilizar ésta (derecho de superficie)". Sin embargo, deberán salir a la superficie por el suelo ajeno o propio. Debe advertirse, que en nuestro derecho ello sería posible utilizando el derecho real de superficie.

Domenge[616], por el contrario sostiene que: "...si la construcción subterránea se realiza a tal profundidad que, aparentemente, no tenga ningún elemento en común con el edificio situado encima... al menos sí habrá que aceptar que el subsuelo situado debajo de la construcción subterránea es un elemento que no deberá ser privativo de los propietarios de la edificación subterránea, sino elemento común de todos los titulares de departamentos situados sobre ese subsuelo, incluidos los del edificio. Por tanto, los titulares del derecho de sub-edificación deberán integrarse en la propiedad horizontal del edificio-base. Lo que sí podría ser factible, sería la constitución de una comunidad restringida o subcomunidad, dentro de la Comunidad de propietarios de todos los apartamentos del edificio". Es decir, como una especie de subconsorcio admitido en nuestro art. 2068 del CCC.

1.2.2. Relaciòn con el derecho de edificación en inmueble ajeno:

En términos generales los derechos de edificación en finca ajena originan, una vez llevada a cabo la construcción, una de dos propiedades: o bien una propiedad superficiaria temporal que revierte al propietario del suelo, o bien una propiedad horizontal temporal o definitiva (según se haya pactado la reversión de todos o parte de los pisos al propietario del suelo). La propiedad horizontal se establece ya al crearse el derecho de superficie o el de sobreelevación/sub-edificación, estando luego ésta sujeta a la condición de que se edifique.

[615] Ver ALABALADEJO, M. (1975). Instituciones de Derecho Civil, Tomo II - Derecho de Bienes, Familia y Sucesiones, Barcelona: Librería BOSCH.
[616] DOMENGE AMER, B. (1983). *El derecho de sobre-edificación y sub-edificación.* Palma de Mallorca: Gráficas Adalid. FERNÁNDEZ PIRLA, S. (1993). *Arquitectura legal y tasaciones inmobiliarias*, (3:e uppl.). Madrid: Editorial Rueda.

Por su particular interés para el objeto de este estudio, se recuerda que en cuanto a la regulación de estos derechos, y al concepto perseguido por el legislador, dicen Ventrua-Traveset y González que: "...se trata de auténticas enajenaciones del espacio aéreo en una parcelación cúbica, que unas veces puede coexistir con la propiedad separada de una superficie sólo (suelo o solar) y otras con otros espacios singulares aéreos delimitados, pertenecientes a diversos dueños, dando origen a la mal llamada propiedad horizontal y que nosotros calificamos de cúbica"[617].

Por el contrario, Domenge destaca en cuanto al derecho de sobreelevación y subedificación que: "...de lo que se trata, es de edificar un volumen determinado y no admitir la propiedad de un espacio ilimitado" [618].

1.2.3. Concepto de sobre-elevación

Aun habiendo unanimidad dentro de la doctrina en cuanto al género y características esenciales del derecho de sobre-elevación y sub-edificación, sí hay una variedad de definiciones que resaltan diferentes matices y caracteres del derecho. Se opta por citar en primer lugar la definición dada por Domenge[619] que parece completa y motivada. Dicho autor define la sobreelevación o sub-edificación, en relación con la propiedad horizontal como: "Un derecho real limitado que faculta para construir un volumen determinado sobre o bajo un edificio total o parcialmente ajeno, y cuyo ejercicio convierte a su titular en propietario exclusivo de los departamentos privativos construidos, al propio tiempo que se le integra en el régimen de la propiedad horizontal del inmueble".

Debe advertirse que como en nuestro derecho, la enumeración de los derechos reales es cerrada (arts. 1884, 1887 del CCC), para nosotros la sobre-edificación o sub-edificación no es un derecho real. Aunque sí lo es, el derecho de superficie que puede constituirse sobre un edificio de propiedad horizontal e integrarse con él (art. 2116 del CCC).

Dicho autor considera que la finalidad fundamental de la concesión del derecho de sobreelevación y sub-edificación, al igual que el de otros contratos de edificación, es una obligación de construir (sujeta a caducidad o plazo). Así, el derecho puede considerarse provisional o transitorio. Ello porque en el momento de llevarse a cabo, se extingue este derecho

[617] VENTURA-TRAVESET, A. Y GONZÁLEZ (1963). *Derecho de edificación sobre finca ajena y la propiedad horizontal*. Barcelona: Casa Editorial BOSCH SA p.25.
[618] DOMENGE AMER, B. (1983). *El derecho de sobre-edificación y sub-edificación.* Palma de Mallorca: Gráficas Adalid, p., 130.
[619] DOMENGE AMER, B. (1983). *El derecho de sobre-edificación y sub-edificación.* Palma de Mallorca: Gráficas Adalid, p. 130

transformándose en una propiedad privativa en régimen horizontal (en vez de propiedad superficiaria).

También se ha dicho que se entiende por derecho a la sobre-edificación, la facultad de construir nuevas unidades funcionales sobre o bajo[620] un edificio ya existente afectado a propiedad horizontal, que el titular hace suyas. Se entiende, que es una promesa de renuncia, por parte del consorcio al derecho de accesión[621], o una reserva de concesión de obra nueva[622]. Pero cabe precisar al respecto como ya se explicó, que la promesa de renuncia no la realiza el consorcio, sino todos los copropietarios, porque el consorcio no es propietario de los espacios comunes, como ya se explicó.

Con respecto a la registración, mientras que algunos autores sostienen que este derecho personal tiene registralmente efectos reales[623]. Otros como Gabás consideran que se trata de un derecho personal y no se inscribe en virtud del art 2 de la ley 17.801[624].

Los Directores de Registros de la propiedad, también se han pronunciado al respecto, con distintos criterios. Mientras que la IV Reunión Nacional de Directores de Registros de la Propiedad celebrada en Córdoba[625] estableció que: "son inscribibles en el Registro de la Propiedad Inmueble las cláusulas especiales contenidas en los Reglamentos de copropiedad y administración que autoricen a condueños sobreelevar o sobreedificar los inmuebles afectados al régimen de la ley especial", lo que se considera que no habría dificultad de extender esta directiva a terceros; la XXII Reunión Nacional de Directores de Registros de la Propiedad realizada en Neuquén al referirse al tema, declaró que atento a las posibilidades que ofrece el régimen de la propiedad horizontal, y considerando que existen casos en los cuales se reservan con motivo de la redacción del Reglamento de copropiedad y administración el "derecho de construir", y casos donde se pacta a posteriori y modifica el reglamento; y dado que aún no hay

---

[620] POEMA MAUDET DE BARBERO y BARBERO, A. (1970). La sobreedificación en la ley 13.512. Análisis de un caso concreto. *Revista Notarial* 788-19. Se refiere a la posibilidad de construir no solo sobre otra edificación, sino también debajo de otra. Por eso se considera más adecuado utilizar el término sobre-edificación que sobre-elevación.

[621] FARINI, M. B., GAZZOTTI, A., GEREZ DE UEMA, M. L., TARIGO, D. H., MORA de TARIGO, M. C. (1984). La sobreelevación de la propiedad horizontal. *Revista Notarial*- 873-1984-385, quienes expresan que coinciden en este sentido con Laureano Moreira.

[622] COLMAN LERNER, H. (1982). Propiedad horizontal. La reserva o concesión del derecho de nuevas construcciones. *Revista del Notariado*-782. FARINI, M. B., GAZZOTTI, A., GEREZ DE UEMA, M. L., TARIGO, D. H., MORA de TARIGO, M. C. (1984). La sobreelevación de la propiedad horizontal. *Revista Notarial*- 873-1984-386, precisan que en realidad el derecho puede nacer de una reserva efectuada por el o los titulares de dominio, o bien por un contrato de concesión de obra nueva.

[623] SARUBO, O., ABELLA, A. y NAVAS, R (h). (1999). El derecho a sobreelevar en la propiedad horizontal, en *Curso de Derecho Notaria*l, Bs. As.: Ed. Ad Hoc., p. 293

[624] GABAS, A. (2013), *Derecho de superficie y de sobreconstruccion en la propiedad horizontal*. Bs. As. LA LEY, p. 300..

[625] En el 4 despacho nº 4 denominado "Ley 13.512. Reserva en el Reglamento de copropiedad del derecho de sobreelevar. Cesión del mismo a favor de terceros. Calificación".

"cosa" en propiedad horizontal… derechos se desenvuelven en el campo de los derechos personales, los que en principio no serían inscribibles sin perjuicio de la validez y legitimidad

En la provincia de Santa Fe las mencionadas reservas se hacen constar en el rubro destinado dentro del folio real a las restricciones y/o gravámenes; no la doctrina ha entendido que son derechos personales en vez de restricciones[626]; pero las cesiones no se inscriben.

No obstante, debe tenerse en cuenta que el reglamento de propiedad horizontal se inscribe en el registro y a pesar de ser en principio de naturaleza contractual, resulta oponible a terceros y por eso se ha dicho que es más bien un estatuto. Que a pesar de regir el principio del numerus clausus y el orden público, justo en el derecho de propiedad horizontal, vía reglamento el derecho real se delimita y precisa en cada caso y se establece obligaciones y prohibiciones que serán oponibles a terceros adquirentes. Por lo tanto, si la cláusula se encJuentra en el reglamento tanto al principio, como después por modificación del reglamento, aunque no se inscriba en el rubro restricciones, tendrá la publicidad propia del reglamento que se incorpora al registro íntegramente, porque resulta imposible hacer una síntesis de sus cláusulas además de inscribirse, en restricciones y gravámenes o en observaciones[627].

Además, ningún sucesor particular o universal de los propietarios que lo consistieron o del propietario original, puede alegar su desconocimiento, porque conforme el actual art. 2038 del CCC., el reglamento de propiedad horizontal se integra al título suficiente. No obstante, se ha dicho que: aunque en la escritura de adquisición se hubiere hecho constar que el adquirente conocía y aceptaba el Reglamento, ello sólo puede entenderse respecto del Reglamento inscripto en el Registro de Propiedad y no de las cláusulas de éste modificadas y no inscriptas. Se considera acertada la solución, porque el único que puede conocer el adquirente es el Reglamento inscripto, no pudiendo llegar ni por estudio de títulos, ni por su diligencia al conocimiento de las cláusulas no modificadas, salvo que se pruebe que lo conocía en el caso concreto y por lo tanto, al ser un tercero interesado de mala fe no podría alegar la inoponibilidad de lo inscripto (conf. art. 1893 del CCC).[628]

---

[626] Ver COSSARI, N. A., LUVERA, M. Á. (2005). Propiedad horizontal: techo edificable y tráfico inmobiliario. El Derecho (7/04/2005). UNIVERSITAS S.R.L *Revista del notariado*, Año CVIII. Abr/May/Jun. Id SAIJ: DACF060030, quienes citan estas reuniones y el proceder de la provincia de Santa Fe.

[627] Como se hace en la provincia de Mendoza, lo que resulta criticable.

[628] C. NAC. CIV., sala C, caso Consorcio Defensa 649/673 v. Propietario de la U.F. n. 1 de Defensa 649, sentencia de 30/11/2000, Jurisprudencia Argentina 2001-II-689; y CNEsp. Sala IV Jurisprudencia Argentina 1981-II-785 29) Al respecto puede verse: SARUBO, O., ABELLA, A. y NAVAS, R (h). (1999). El derecho a sobreelevar en la propiedad horizontal, en *Curso de Derecho Notaria*l, Bs. As.: Ed. Ad Hoc, p. 293; MOREIRA, L. La sobreedificación en la propiedad horizontal, *Revista del Notariado*, t. 798.; FONTBONA, F. (1968). La sobreelevación de edificios de propiedad horizontal. *Revista del Notariado* nº 701 p. 1305 y siguientes

1.2.4. Diferenciación de obra nueva, innovación y sobre o subedificación:

También resulta importante diferenciar conceptos. La relación entre obra nueva e innovación es de género, especie. La innovación es toda mejora que cambia la situación anterior, por ejemplo pintar de otro color el edificio. Mientras que obra nueva, es una innovación que supone agregar una construcción que lo anterior no tenía. Y por otra parte la obra nueva se diferencia de la sobre-edificación, en que la obra nueva no necesariamente tiene que abarcar toda la superficie; como ocurre con la sobre-edificación, que es hacia arriba o hacia el subsuelo, pero generalmente de todo el perímetro. La obra nueva puede encontrarse en un patio o en el interior de un edificio, en cambio la sobre-edificación se hace sobre o bajo un edificio. Ahora, tanto la obra nueva, como la sobre-edificación son innovaciones, pero no siempre es al revés.

1.2.5 Antecedentes argentinos:

Como se dijo el art. 7° de la ley 13.512 regulaba la sobre-edificación, y exigía el consentimiento de todos[629] los propietarios de los otros departamentos o pisos.

Entre los proyectos que han tratado la sobre-edificación se puede citar el anteproyecto de la comisión creada por Guillermo L. Allende, Jorge Alterini, Agustín Durañona, Vedia y Carlos Chevallier Boutell, que a pesar que sentaba en el art. 7° el principio general de nuestro derecho vigente, en el apartado siguiente establecía el derecho al propietario del último piso o el adjudicatario del uso de terrazas y azoteas a sobre-elevar y hacer obras nuevas en su unidad, previo consentimiento de la mayoría, e informe técnico a satisfacción del consorcio de las obras a ejecutar y el proceso a seguir en caso de oposición fundada[630]. Para Fontbona[631], Suares[632]

[629] Mientras que del artículo 8 de la 13.512 se deducía que la mayoría (que la doctrina había interpretado que era absoluta), podía decidir innovaciones en mira de obtener el mejoramiento o uso más cómodo o mayor renta en beneficio no de un copropietario o de varios copropietarios, sino de todos. A diferencia del supuesto del art. 7 que exigía unanimidad porque la sobre-edificación, ocupa el espacio o propiedad común, en beneficio de uno o algunos copropietarios (ver MARIANI DE VIDAL, M. (2004). *Derechos reales*. T. II, Bs. As.: Ed. Zavalía, p. 348), o para otros lo que es más importante, afecta la estructura del edificio, los porcentuales, etc. y un bien que pertenece a todos (ver PAPAÑO, R., J., KIPER, C. y ots. (1990). T. II, Bs. As.: Ed. Depalma, pp. 30-31.

[630] Citado por BROWNE de BEDOYA, D. S., ATKINSON, H. E. (1984). La sobre-elevación en la propiedad horizontal, *Revista Notarial*, 873-1984, p. 470.

[631] FONTBONA, F. I. J. (1965). Dinámica del Reglamento de Copropiedad y Administración, *Revista del Notariado*, ° 684, p. 1.101. Aunque dicho autor en un Trabajo presentado al Premio Caputi, en la pág. 1, cita a Edith Kischneuosky-Broquise, quien define al derecho de sobre-elevar como un derecho inmaterial que forma parte del goce del derecho de propiedad, y al contrato de sobreelevación, como la cesión del derecho de construir de cierta manera, un número de pisos determinados, como también la cesión de una parte correspondiente de terreno y de las partes comunes que quedarán en indivisión forzosa.

[632] SUARES, C. M. *La sobreelevación de la Propiedad Horizontal*, citado por FERNÁNDEZ ROUYET, R. D. (1984). El espacio aéreo en la propiedad horizontal. Sobreelevación, *Revista Notarial*, 873, p. 456. Fernández Rouyet, manifiesta que la enajenación se realiza por medio de una tradición en virtud de título suficiente, por parte de todos los consorcistas a quienes pertenece lo sobre-elevado, pero considera que sería más acertado hablar de un modo de adquisición nuevo, al que se lo puede denominar como lo hace Fontobona, acto declarativo y constitutivo. En cuanto a la posibilidad de cesión, Laje se pronuncia en contra, en virtud de lo expresado por el art. 7 y ser un

y Moreira[633] la sobre-edificación es un derecho personal. Consideraban los dos primeros, antes de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial en la Argentina, que para que se configurara como derecho real debía aceptarse el derecho de superficie en nuestra legislación. Sin embargo, se aclaraba[634] que, el titular de este derecho sería un superficiario, sólo sino se le cedía al titular de este derecho una cuota parte alícuota sobre el terreno al mismo tiempo, no se modificaba el reglamento, ni se preveía dicha unidad en éste; pero que como en nuestro derecho ello no estaba receptado[635] (antes de entrada en vigencia del Código Civil y Comercial actual), por lo tanto, sólo podía tener el carácter de derecho personal. Esta postura es sostenida por la mayoría de los autores argentinos. Se considera que no existe cosa, ni unidades privativas, atento que la unidad en construcción no tiene el mínimo de sustento material necesario para considerarla tal. Y que por lo tanto la reserva del propietario al redactar el reglamento, solo constituye fuente causal de derechos personales, que benefician al propietario. Lo que resulta en principio válido, en virtud del principio de libertad de contratación, salvo que exista abuso del derecho o otra causa que lo invalide[636].

Por el contrario, Rodrigo de Pubul Martín considera que "existiendo acuerdo unánime que permita la sobreelevación, instrumentado por escritura pública e inscripto en el Registro de la Propiedad, el derecho emergente del mismo de sobreelevación, resulta ser un atributo o facultad propios de la titularidad en propiedad horizontal, por lo que participa de la naturaleza

derecho accesorio (a pesar de sostener que ello puede ser autorizado por no afectar el orden público). Mientras que Suares y Fernández Rouyet, lo consideran cesible si se transmite la cuota parte sobre partes comunes; y para Moreira, Browne de Bedoya y Atkinson, el derecho es cesible a menos que se disponga lo contrario. Ver BROWNE de BEDOYA, D. S., ATKINSON, H. E. (1984). La sobre-elevación en la propiedad horizontal, *Revista Notarial*, 873-1984, p.464 y 472. Debe tenerse en cuenta que actualmente las normas del derecho de superficie, parecen prever la posibilidad de constituir derecho de superficie sobre construcciones ya existentes aun dentro del régimen de propiedad horizontal (art. 2116 del CCC), pero no se precisa si lo construido por el superficiario puede integrar el edificio inmediatamente. No obstante, en dicho caso cuando se extinga la superficie, lo construido pasará a ser de todos los consorcistas propietario del terreno, que no son terceros y que podrán modificar el reglamento ampliando las unidades e incorporando la construida por el superficiario. Salvo que se considere que ya queda incorporado, si el reglamento lo prevé, en cuyo supuesto, el problema práctico es que el derecho de superficie tiene un plazo.

[633] MOREIRA, L. A. (1981). El nuevo horizonte de la Propiedad Horizontal, *Revista del Notariado*, 1981-779-1585.

[634] POIRIER, P. (1955). *La propiedad horizontal: Condominium*. Buenos Aires: ARAYU, p. 49.

[635] BARBERO, *Revista Notarial,* n° 788, p. 20. Y agrega que a la luz del art. 2502 CC., todo contrato que lo constituya, modifique, etc., valía como derecho personal si así podría valer. Y mientras que no se le transfiriera la unidad construida, tenía un crédito por el valor de lo construido.

[636] Cuando el derecho a sobreelevar aparece reservado, ab initio, a favor de un tercero, ya sea totalmente extraño o se trate del constructor o el financista del edificio, o el dueño originario del terreno en un Reglamento predispuesto se ha discutido la validez. Ver COSSARI, N. A, LUVERÁ, M. A. (2005). Propiedad horizontal: techo edificable y tráfico inmobiliario. El Derecho (7/04/2005). UNIVERSITAS S.R.L, *Revista del notariado*, Año CVIII. Abr/May/Jun. Id SAIJ: DACF060030.

real de ese derecho al cual accede"[637]. Para dicho autor la ley 13.512 permitió la subdivisión horizontal y vertical de los espacios.

La reserva se puede realizar hasta que se formalice la primera venta, luego corresponde que los copropietarios autoricen la construcción (conforme art. 7 de la ley 13.512, hoy 2052 del CCC). Si se comprometieron en venta unidades del edificio a construir, se debería haber incorporado tal reserva en los boletos, si ello no se hizo se necesitará el consentimiento de éstos, caso contrario se considera[638] que se estaría ante un acto anulable que podría o no ser convalidado posteriormente.

La reserva puede ser expresa, cuando el original propietario transfiere las unidades finalizadas, dejando constancia en el reglamento y en cada venta su reserva para edificar, pactando asimismo los detalles y circunstancias relevantes para la reglamentación de su derecho a sobreedificar. Y se dice que una forma de efectuarlo tácitamente, resultaría del caso en que el originario propietario enumerara las unidades finalizadas y en el reglamento surgen con toda claridad las unidades como proyecto. En dicho supuesto se ha dicho que "nadie puede dudar que al transferir el resto, el mencionado titular de dominio, se ha quedado con aquello no transferido. Por ello podemos decir que en este caso nos encontramos con una reserva táctica, en el sentido de que no se ha pactado con el adquirente, la obra nueva"[639], y esta le pertenecerá por accesión a la unidad que se reservó en propiedad.

Otro supuesto se da si el propietario efectúa la reserva, conservando la propiedad de una o más unidades, sin plano aprobado respecto a las unidades a construir. En este caso se ha dicho que la propiedad de las nuevas unidades la adquiere el propietario beneficiario, por accesión a título de reserva y por haberlas construido a su exclusivo costo. Recién al modificar el reglamento, nacerá para el beneficiario del derecho a sobreelevar, el derecho de propiedad sobre las nuevas unidades, "de acuerdo al plano de ratificación que tiene su origen o asiento de dominio en la unidad accedida". Y en este caso debería al haberse afectado a propiedad horizontal, dejarse constancia que las proporciones son provisorias[640].

---

[637] RODRIGO DE PUBUL MARTÍN, N. S. (1984). La sobreelevación en la propiedad horizontal. *Revista Notarial*, n° 873, pp. 439-440.

[638] BROWNE de BEDOYA, D. S., ATKINSON, H. E. (1984). La sobre-elevación en la propiedad horizontal, *Revista Notarial*, 873-1984, p. 473.

[639] FARINI, M. B., GAZZOTTI, A., GEREZ DE UEMA, M. L., TARIGO, D. H., MORA de TARIGO, M. C. (1984). La sobreelevación de la propiedad horizontal. *Revista Notarial*- 873-1984. p. 387. En el mismo sentido BROWNE de BEDOYA, D. S., ATKINSON, H. E. (1984). La sobre-elevación en la propiedad horizontal, *Revista Notarial*, 873-1984, p. 474 y ss.

[640] BROWNE de BEDOYA, D. S., ATKINSON, H. E. (1984). La sobre-elevación en la propiedad horizontal, *Revista Notarial*, 873-1984, p. 474.

Otro supuesto es el caso en que el propietario originario, no mantiene la titularidad de ninguna unidad. En dicho caso cuando termina la obra nueva la totalidad de los propietarios deberán transferirle, previa modificación del plano de propiedad horizontal y del reglamento, del cual surgirán las nuevas unidades a construir, o en construcción, en virtud de la reserva[641]. Para Fontbona en dicho caso como la obra nueva es autorizada por todos los copropietarios, no resulta admisible la existencia de derechos reservados.

Carlos Suares[642], agrega que la sobreedificación es perfectamente válida como contrato, perlo limitada su seguridad, ya que conforme a las disposiciones vigentes, no se admite su inscripción en los registros inmobiliarios, debiendo considerarse dentro de las obligaciones.

Fernández Rouyet critica a Suares, para quien un tercero no podría sobre-elevar, porque la redistribución de los porcentuales de dominio no sería válida, en virtud de que ello implicaría la transferencia de una cuota parte ideal de un condominio de indivisión forzosa, lo que no está permitido[643]. En contra de Suares, se pronuncia también Laje[644].

Se entiende, que para que un tercero pueda tener una cuota parte sobre las cosas comunes, primero debe modificarse el reglamento, ampliando la propiedad horizontal. Luego, el tercero debe adquirir la nueva unidad y como accesorio la cuota parte en la copropiedad. Salvo tal vez, que esta posibilidad y esta nueva unidad con su porcentaje estuvieran previstas en el reglamento de antemano, si las normas administrativas lo permiten, porque el art. 2116 dice que se puede prever que se constituya el derecho de superficie, aun dentro del sistema de propiedad horizontal. En cuyo caso el problema es que el derecho de superficie tiene un plazo de validez.

Cossari y Luverá consideran que la solución más conveniente estribaría en configurar estas necesidades dentro del proyectado derecho real de superficie edificada. Tal como lo previó el art. 1983 del Proyecto de unificación de 1.998, que lo permitía constituir por el titular de propiedad horizontal, y según el art. 1989 emplazarse, sobre construcciones ya existentes aun dentro del régimen de propiedad horizontal." Esto daría carácter real al derecho a sobreedificar al amparo del derecho a edificar como vertiente del derecho de superficie; que lo reproduce el Código Civil y Comercial vigente. Pero con buen criterio, proponen como agregado que: "terminada la construcción ésta pueda transformarse, en lo que respecta a las unidades

[641] BROWNE de BEDOYA, D. S., ATKINSON, H. E. (1984). La sobre-elevación en la propiedad horizontal, *Revista Notarial*, 873-1984, p. 475.
[642] SUAREZ, C. M. Trabajo presentado al Premio Caputi, y SUAREZ C.M. (1978) La venta del espacio aéreo, *LL*-1978-911.
[643] FERNÁNDEZ ROUYET, R. D. (1984). El espacio aéreo en la propiedad horizontal. Sobreelevación, *Revista Notarial*, 873, pp. 454-456
[644] LAJE, E. J. (1957). *La propiedad horizontal en la legislación argentina*, 2da. Edición, Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 261.

funcionales construidas, en dominio exclusivo en propiedad horizontal, incorporándose las cosas comunes al condominio de todos los consorcistas, cesando la temporalidad propia del derecho de superficie". Y rescata en este sentido lo dispuesto por el art. 1526 del Código Civil Portugués; que expresa que: "*O direito de construir sobre edifício alheio está sujeito às disposições deste título e às limitações impostas à constituição da propriedade horizontal; levantado o edifício, são aplicáveis as regras da propriedade horizontal, passando o construtor a ser condómino das partes referidas no artigo 1421*".

Debe tenerse en cuenta, que en el caso en que se lo recepte como un derecho real, como señala Fernández Rouyer[645], la oponibilidad del derecho y las garantías son mayores, porque los sucesores singulares o universales deben reconocer este derecho que debe tener una adecuada publicidad y constar en el reglamento.

Para Browne y Atkinson, la autorización dada por todos los consorcistas debe ser hecha por escritura pública que implica una modificación del reglamento sujeto a condición resolutoria (la construcción de la obra) e inscribirse en el Registro, y la misma puede ser cedida, salvo disposición en contrario. Pero para estos últimos autores, la reserva sería un derecho personal porque su objeto recaería sobre una cosa futura[646]. En el mismo sentido lo consideran un derecho personal Cossari y Luverá[647]. Por lo tanto, si no hay plazo para la ejecución de la obra nueva, el plazo será ahora de 5 años que es la prescripción ordinaria establecida en el art. 2560 del CCC. También se considera aconsejable establecer previsiones para el caso de destrucción parcial o tal del edificio[648].

"En el plano doctrinario se ha postulado la llamada propiedad cúbica o cubismo inmobiliario que al decir de José Luis Mezquita Cacho, se refiere al objetivo de "rebajar el presupuesto material que se ha exigido tradicionalmente en el área inmobiliaria, para que a ciertos derechos subjetivos, se les reconozca, a diferencia de los clasificados como derechos personales o de crédito u obligación, la calidad de reales y publicables para su oponibilidad a

[645] FERNÁNDEZ ROUYET, R. D. (1984). El espacio aéreo en la propiedad horizontal. Sobreelevación, *Revista Notarial*, 873, pp. 454-456

[646] BROWNE de BEDOYA, D. S., ATKINSON, H. E. (1984). La sobre-elevación en la propiedad horizontal, *Revista Notarial*, 873-1984, p. 472 y ss. Estos autores distinguen distintos supuestos de reserva: en caso de existir plano aprobado por las unidades a construir o en construcción (reserva táctica), propietario que realiza la reserva conservando alguna unidad (accesión) y cuando no se conserva ninguna unidad (transferencia de los copropietarios).

[647] COSSARI, N. A, LUVERA, M. Á. (2005). Propiedad horizontal: techo edificable y tráfico inmobiliario. El Derecho - UNIVERSITAS S.R.L -*Revista del notariado* - Año CVIII - Abr/May/Jun. Id SAIJ: DACF060030.

[648] BROWNE de BEDOYA, D. S., ATKINSON, H. E. (1984). La sobre-elevación en la propiedad horizontal, *Revista Notarial*, 873-1984, p. 474. En este sentido sostenían con cuando estaba vigente el Código de Vélez, que el plazo era de 10 años conf. art. 4023 del CC, pero que no obstante convenía determinar el mismo en la reserva o autorización.

terceros; y a dicho efecto, liberar a su referente objetivo: el predio o finca, de su limitada concepción planimétrica y bidimensional, para hacer posible su fraccionabilidad volumétrica en sentido positivo o negativo (vuelo y subsuelo), a efectos de negocios y relaciones jurídicas, con independencia de los que se entablen sobre el plano facial de su suelo."[649] En realidad se trata de tomar en consideración todo el volumen edificable por arriba y por debajo del suelo y permitir la inscripción de derechos sobre espacios delimitados por planos verticales y horizontales, aunque el mismo aun no se encuentre comprendido entre paredes materialmente ya construidas"[650].

Algunos autores ven en la sobreedificación la posibilidad de un derecho real, que puede identificarse con el dominio fiduciario. Teniéndose en cuenta que el instituto evolucionó concediendo acciones reales al último destinatario de la herencia o legado. Pero para Farini, Beatriz, y otros, consideran que no se puede aplicar a la sobreedificación, por los argumentos que esgrimen en contra que el espacio aéreo pueda ser objeto de este derecho[651].

1.2.6. Derecho comparado:

En el derecho comparado, mientras que en algunos como nuestra legislación exigen el consentimiento unánime, otros ignoran el tema o lo consideran escuetamente.

En Italia, el Código Civil de 1942 en su art. 1127 expresa que: "el propietario del último piso de un edificio puede elevar nuevos pisos o nuevas construcciones, salvo que resultare otra cosa del título. La misma facultad corresponde a quien es propietario exclusivo de la terraza. La sobre-edificación no es admitida, si las condiciones estáticas del edificio no lo consienten. Los condueños se pueden oponer a la sobre-elevación, si perjudica al aspecto arquitectónico del edificio o disminuye el aire o la luz de los pisos bajos…". Y agrega que: "quien realiza la sobreelevación debe indemnizar a los demás condueños en equivalencia al valor actual del área a ocupar con la nueva construcción, dividido por el número de pisos comprendido el que se ha de edificar y detraído el importe de la cuota que le corresponde. Igualmente está obligado a

[649] MEZQUITA CACHO, J. L. (2002). El vuelo o subsuelo urbano como objeto de relaciones y negocios jurídicos en la dinámica legislación catalana. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 672 (julio - agosto). pp. 1433-34. Autor citado por COSSARI, N. A, LUVERA, M. Á. (2005). Propiedad horizontal: techo edificable y tráfico inmobiliario. El Derecho - UNIVERSITAS S.R.L -*Revista del notariado* - Año CVIII - Abr/May/Jun. Id SAIJ: DACF060030.

[650] Este volumen, así considerado, se trataría sí de un verdadero cubo de aire, expresión a la que recurren algunos autores para referirse a los derechos sobre las unidades privativas de propiedad horizontal, y que otros consideran una simple alusión efectista que destiñe el contenido de la propiedad horizontal (vide Fundamentos del Proyecto de Código Civil de 1998, apartado 284) 18) NAVARRO VIÑUALES, J. M. (1997). El derecho de vuelo. El Derecho de superficie urbana. *Cuadernos Notariales,* nº 16. Madrid: Editorial Fundación Matritense del Notariado, p.18 y ss.

[651] FARINI, M. B., GAZZOTTI, A., GEREZ DE UEMA, M. L., TARIGO, D. H., MORA de TARIGO, M. C. (1984). La sobreelevación de la propiedad horizontal. *Revista Notarial*- 873-1984-389.

reconstruir la terraza, que todos o parte de los condueños tenían el derecho de usar"; lo que es perfectamente entendible, porque el espacio aéreo que ocupará con la nueva construcción es de todos los consorcistas.

En este sentido, se ha dicho que esta obligación de indemnizar se basa en que al propietario del último piso se le transmite el derecho sobre el espacio aéreo o área que tienen los copropietarios del suelo[652]. Los autores italianos discuten sobre la naturaleza jurídica de dichos derechos, mientras que para algunos es un verdadero ius in rem aliena como el jus superficies del derecho romano; para otros, es un verdadero derecho de propiedad sobre el espacio y aún sobre la construcción, y otros lo consideran como un derecho real especial para construir y tener la propiedad de la construcción[653]

En Francia, para algunos tribunales, antiguamente se admitió la posibilidad de sobre-edificación sin limitación alguna, criterio hoy abandonado.El art. 3° de la ley 65-557 del 10/7/1965, modificada por ley 66-1006 de 1966 dispone: "son comunes las partes de los edificios o de los terrenos afectados al uso o la utilidad de todos los copropietarios o de varios de ellos. Ante el silencio o la contradicción de títulos, son reputados partes comunes: el suelo, los patios, los parques y jardines, las vías de acceso, la obra gruesa del edificio, los elementos de equipamiento común y comprende las partes de canalizaciones y accesorios que atraviesan los locales privativos, los cofres, vainas y cabezas de chimeneas; los locales de servicios comunes; los pasajes y corredores. Son considerados derechos accesorios a las partes comunes, ante el silencio o la contradicción de títulos; el derecho de sobre-elevar un edificio afectado al uso común o comportando varios locales que constituyen partes privativas diferentes o el de excavar el suelo; el derecho de edificar construcciones nuevas en los patios, parques, jardines

[652] VISCO, citado por ZANÓN MASDEU, L. (1964). Cap. XII. La sobre-edificación . En *La propiedad de casas por pisos*, Barcelona: Ediciones Airel, p. 393 y considera que el derecho de sobreelevación es un derecho de superficie. Pero Zanón entiende que el derecho de sobreelevación es un derecho real limitativo del dominio, consistente en la facultad de levantar nuevas construcciones en un edificio ya existente, haciendo suyas las edificaciones resultantes. Dicho derecho es transmisible a terceros, inter vivos y mortis causa, y susceptibles de gravámenes. Pero sin embargo dice, que al suponer dicho derecho una facultad de realizar determinadas obras, hasta que éstas no se hayan concluido o empezado no serán hipotecables en virtud de lo dispuesto por el art. 107 y que el art. 16 del Reglamento Hipotecario reconoce plena sustantividad al derecho de sobreedificación al expresar sin constituir derecho de superficie. Y considera que hasta que no se termine las obras sólo existe un ius edificandum, lo que significa un derecho de goce sobre los bienes futuros. Y si existen limitaciones contractuales al ejercicio del derecho de sobreelevación, tales limitaciones constituirán verdaderas obligaciones propter rem u ob rem. (por ejemplo: que para escriturar el titular del derecho requiera el consentimiento de la mayoría). Citado por FERNÁNDEZ ROUYET, R. D. (1984). El espacio aéreo en la propiedad horizontal. Sobreelevación. *Revista Notarial*, 873, p. 456.

[653]FARINI, M. B., GAZZOTTI, A., GEREZ DE UEMA, M. L., TARIGO, D. H., MORA de TARIGO, M. C. (1984). La sobreelevación de la propiedad horizontal. *Revista Notarial*- 873-1984-388, enrola a LAURENT, en la primera postura, a COVIELLO en la segunda y a LUCCI en la tercera.

que constituyen partes comunes; el derecho de excavar tales patios, parques y jardines; el derecho de medianería referido a las partes comunes".

El art. 30 establece que: "la asamblea general de copropietarios actuando con la doble mayoría prevista por el art. 26 (tres cuartos de votos) puede, a condición que ella esté de acuerdo con el destino del inmueble, decidir todo mejoramiento… la creación de tales locales. Ella fija entonces por la misma mayoría, la repartición de los costos de trabajos y de la carga de indemnizaciones (y gastos art. 32) prevista por el art. 36 siguiente, en proporción de las ventajas…", salvo acuerdo contrario.

El art. 35 precisamente dispone que: la "sobreelevación o la construcción de edificios a los fines de crear nuevos locales de uso privativo, no puede ser realizada bajo el cuidado del sindicato (consorcio), si la decisión no es tomada por la unanimidad de sus miembros. La decisión de enajenar a los mismos fines el derecho de sobre-elevar un edificio existente, exige, además, de la mayoría prevista por el art. 26; el acuerdo de los copropietarios del piso superior del edificio a sobre-elevar y si el inmueble comprende varios edificios, la confirmación por una asamblea de copropietarios de lotes componentes del edificio a sobre-elevar, estableciendo la mayoría indicada precedentemente. Si el reglamento de copropiedad estipula una mayoría superior para tomar la decisión establecida en el párrafo precedente, esta cláusula no puede ser modificada, sino por igual mayoría".

Con respecto a la indemnización, el art. 36 dispone que tienen derecho a cobrarla: "los copropietarios que sufran un perjuicio por consecuencia de la ejecución de trabajos…. Esta indemnización que está a cargo de la asamblea de copropietarios es repartida… si se trata de trabajos de sobreelevación previstos por el art. 35, según la proporción inicial de los derechos de cada uno en las partes comunes".

El art. 37 por su parte establece un plazo de caducidad de diez años para toda convención por la que un propietario o un tercero, reserva el ejercicio de los derechos accesorios fijados en el art. 3°. Antes de la expiración de este plazo, el sindicato puede, actuando con la mayoría prevista en el art. 25 (mayoría de todos los copropietarios) oponerse al ejercicio de este derecho, salvo de indemnizar al titular en el caso de que éste último justifique que la reserva de derechos, comportaba una contrapartida a su cargo. Toda convención posterior a la promulgación de la presente ley que comporte reserva de uno de los derechos fijados más arriba, debe indicar, bajo pena de nulidad, la importancia y la consistencia de los locales a construir y las modificaciones que se ejecución entrañará en los derecho y cargas de los copropietarios.

Como se observa, en Francia se permite ceder a un tercero el derecho accesorio común de sobre-elevar, con ciertas condiciones y por un plazo de 10 años, pero no se especifica si ese

derecho de sobre-elevar es personal o real. No obstante el derecho no es tan seguro o intangible, porque parece deducirse que pueden retractarse el consorcio, por el voto de la mayoría de propietarios, indemnizando al tercero.

Bélgica no contiene disposición expresa que autorice o prohíba la sobreelevación de un edificio sometido al sistema. Fontbona[654] y Farini[655] sostienen, que en dicho derecho la doctrina niegan tal posibilidad al propietario del piso superior, admitiéndolo sólo si fue concedido por los copropietarios. Y que en el caso contrario, el juez podría ordenar la demolición[656]. Entienden que ello importaría elevar el techo que es común y el muro sobre el que se apoyarán también, y dicha obra sería una transformación en provecho personal sobre cosas comunes. Los dos segundos reflexionan que: la carga impuesta a los muros será más gravosa y tendrá menor durabilidad, es decir que provocará la merma en el valor de los pisos inferiores. Y para Poirier, la sobreelevación quita la luz y el sol, compromete la solidez y acelera la vetustez y el mayor número de habitantes perturba el orden de los pasillos[657].

En Latinoamérica, en general se requiere el consentimiento unánime para sobre y sub - edificación. Así en Uruguay, el art. 13 de la ley 10.751 del 25 de junio de 1946, modificado por la ley 12.358 de 1957, que se refiere a la sobre edificación y sub- edificación, comienza igual que nuestro art. 7 de la ley 13.512, pero agrega al requisito de contar con la autorización de todos los propietarios, la necesidad de previo informe técnico que establezca que con ella no se menoscaba la estabilidad y seguridad del edificio[658].

Venezuela, a contrario sensu la admite en el art. 10 de la ley de 1.958, si se cuenta con la conformidad de todos los propietarios, cuando la nueva edificación afecte la construcción y estética del inmueble, siempre y cuando se obtenga el permiso correspondiente de las autoridades competentes[659]. Así ordena en el art. 3 del decreto 365 de 1.958: "no construir

---

[654] Según FONTBONA, F. (1968). La sobreelevación de edificios de la propiedad horizontal *Revista Notarial* n° 701, p. 1.256.

[655] FARINI, M. B., GAZZOTTI, A., GEREZ DE UEMA, M. L., TARIGO, D. H., MORA de TARIGO, M. C. (1984). La sobreelevación de la propiedad horizontal. *Revista Notarial*- 873-1984-373, quien remite a ver la obra de VALDEKENS Y P. DEMEUR. (1935). *Copropieté et propieté divisée*. Bruselas: Pandectas Belgas.

[656] Ver FARINI, M. B., GAZZOTTI, A., GEREZ DE UEMA, M. L., TARIGO, D. H., MORA de TARIGO, M. C. (1984). La sobreelevación de la propiedad horizontal. *Revista Notarial*- 873-1984-374.

[657] POIRIER, P. (1955). *La propiedad horizontal "condominiun"*. Trad. Acdell, E. Salas, Bs. As., p. 209. Respecto del derecho de sobre-elevar del nudo propietario y gozar del nuevo piso en forma exclusiva; este autor lo admite aun contra la voluntad del usufructuario, pero sin que pueda imponerle una servidumbre perjudicial que disminuya el goce del edificio, porque el goce del usufructuario está limitado al inmueble "tal como se hallaba en el momento de constituirse el usufructo". Pero el usufructuario lógicamente no tiene derecho de sobre-elevar.

[658] QUAGLIATA, entiende que el derecho de superficie está consagrado en el Código en el sentido que se admite la propiedad horizontal, y que la ley específica solo viene a regular dicha situación. QUAGLIATA, P. (1953). *La propiedad horizontal en los registros públicos*; Uruguay: Biblioteca publicaciones oficiales de Uruguay.

[659] Art. 10 de la ley de Venezuela de 1958, citada por BROWNE de BEDOYA, D. S., ATKINSON, H. E. (1984). La sobre-elevación en la propiedad horizontal, *Revista Notarial*, 873-1984, p. 470.

nuevos pisos ni hacer sótanos o excavaciones ni realizar acto alguno que pudiera afectar la seguridad, conservación, salubridad o estética del inmueble, sin el consentimiento unánime de los propietarios". Resulta observable dicho art. 365 de la ley Venezolana; porque se considera que ambos requisitos deben sumarse, pues aunque medie conformidad, no debería nunca la sobre-edificación afectar la seguridad, sino dicha decisión contrariaría limitaciones impuestas en interés público como prohibiciones probablemente dispuestas en contra de los códigos de edificación aplicables, y normas de derecho de fondo que en pos de la prevención de daños, impiden que se realicen construcciones que pueden dañar a las personas. No obstante, el art. 10 citado en primer lugar, soluciona la observación al hacer referencia a que se requiere el permiso de la autoridad competente.

En igual sentido, el art. 7 de la ley pertinente de Ecuador acepta que un copropietario realice modificaciones y obras que si modifican la fachada, la estructura resistente, "deberán contar con el consentimiento unánime de los copropietarios, el que deberá elevarse a escritura pública". La misma apreciación expuesta en el párrafo anterior cabe, si se afecta la estructura resistente.

Guatemala, en el art. 7 del decreto 1.318 de 1959 prohíbe al propietario del "último piso, departamento o habitación situados en la última planta, elevar el nivel de dicha planta, sin el consentimiento unánime de los demás propietarios y la autorización municipal respectiva." Y lo mismo prohíbe al propietario de la planta baja o subsuelo respecto de la sub- edificación. Por otro lado, el art. 8 de dicha normativa expresa que: "Las reformas al edificio destinadas al mejoramiento del mismo o al uso más cómodo de los elementos comunes, así como cuantas alteren la estructura general del edificio, deben ser acordadas por mayoría absoluta del total de los propietarios; pero cuando afecten, además, el derecho privativo de uno o más titulares sobre sus respectivos pisos, departamento o habitaciones, se ha de obtener también el consentimiento de aquellos". Adviértase, que allí no se exige, a diferencia de los otros países, la unanimidad si la construcción afecta la estructura del edificio, sino sólo cuando altere el derecho privativo de cada uno. Parece no haberse advertido, que el derecho privativo de cada uno, comprende la cuota parte ideal sobre las cosas o partes comunes, que siempre resultarán afectadas con una sobre-edificación.

Requieren también la conformidad de todos los copropietarios para sobre-edificar el art. 8 de la ley de la República Dominicana (salvo disposición contraria en el reglamento), la de Puerto Rico en su sección 1.291-p (parece exigirlo si afecta la seguridad, solidez y conservación del edificio, lo que es criticable), la de Paraguay en su art. 9, la ley de Méjico en su art. 23, el art. 18 de la ley de Cuba, etc. Pero según Browne de Bedoya y Atkinson nada establecen al

respecto de modo expreso, las legislaciones de Brasil y Chile[660], pero sí indirectamente, como se explica en la nota.

-En España se lo ha conceptualizado como un derecho real limitativo del dominio consistente, en esa facultad de sobreedificar o subedificar[661]. Dicho derecho es transmisible a terceros, inter vivos y mortis causa, lo mismo que susceptible de gravamen.

En ese país, se establece en principio que: "el propietario del terreno es dueño de su superficie" (art. 350 del C.C. Español)[662]. Y el derecho del que estamos hablando, se puede realizar de acuerdo a las normas de derecho de superficie o bien, con las de derecho de Propiedad Horizontal, y el derecho de construir, que en España, para muchos autores, es un derecho real o por lo menos un derecho personal oponible a terceros, porque se inscribe en el Registro, y una vez construido produce la integración con la propiedad horizontal ya construida.

Diversos autores utilizan diferentes términos para referirse al derecho que se trata. El único precepto legal que ofrece terminología al respecto es, como veremos, la Compilación de Derecho Civil de Navarra, que lo califica de "derecho real de sobreedificación y subedificación".

Si bien se considera que es un derecho oponible o real, puesto que figura en el Reglamento hipotecario y es registrado para protección de terceros, no hay unanimidad en la doctrina en cuanto a la categorización del mismo. El principal objeto de debate es si debe considerarse explícitamente configurado por el ordenamiento jurídico y regulado en sus aspectos esenciales, o sea: si es un derecho típico o atípico. Al respecto debe recordarse que, en España rige el principio del numerus apertus, en materia de derechos reales; y por lo tanto esta discusión es más sencilla que en argentina.

El art. 11 de la ley n° 49 del 21 de julio de 1.960, dispone al respecto que: "la construcción de nuevas plantas… afectan el título constitutivo y deben someterse al régimen

---

[660] Legislación citada por BROWNE de BEDOYA, D. S., ATKINSON, H. E. (1984). La sobre-elevación en la propiedad horizontal, *Revista Notarial*, 873-1984, p. 470. Pero el art.14 bis de la ley 19537 chilena establece que: "Las construcciones o LEY 19839 transformaciones de arquitectura que afecten el volumen de aire disponible en los espacios utilizables por las D.O. 22.11.2002 personas o en superficies destinadas a la ventilación, como asimismo, las obras que alteren las instalaciones de gas y los conductos colectivos de evacuación de gases, sean en bienes de dominio común o en las unidades de los condominios, deberán ser ejecutadas por una persona o entidad autorizada…". También se establece en el art. 17 inc. 12 y 13 que las "Obras de alteración o ampliaciones del condominio o sus unidades. 13. Construcciones en los bienes comunes, alteraciones y cambios de destino de dichos bienes, incluso de aquellos asignados en uso y goce exclusivo", deben tratarse en asamblea extaordinaria. Y si se modifican los porcentuales establecidos en el reglamento, según el art. 19 se requerirán para constituirse la asistencia de los copropietarios que representen, a lo menos, el noventa por ciento de los derechos en el condominio, y los acuerdos se adoptarán con el voto favorable de los asistentes que representen, a lo menos, el ochenta y cinco por ciento de los derechos en el condominio (ver en www.leychile.cl.)

[661]ZANÓN MASDEU, L. (1964). Cap. XII. La sobreedificación. En *La propiedad de casas por pisos*, Barcelona: Ediciones Ariel, p. 393.

[662] Recuperado en https//confilegal.com (fecha de búsqueda, 19/1/19).

establecido para las modificaciones del mismo…". Se ha considerado que "tales normas no revisten carácter imperativo o de ius-cogens, debido a que no tienden a proteger un interés social, sino a reconocer una facultad innata al dominio, en el supuesto que no exista un pacto en contra"[663] .

Por su parte, este derecho es inscribible en virtud del art. 16 del Reglamento Hipotecario, que se refiere al mismo designándolo como: "derecho de levantar nuevas construcciones sobre el vuelo y de elevar una o más plantas sobre un edificio".

Luis Zanón Masdeu, aclara que la sobre-edificación supone un edificio ya existente y las obras de cimentación. Enumera dos casos de excepción al principio de accesión que rigen en el derecho español al igual que en el nuestro, el caso de la superficie y de la propiedad horizontal. Y agrega que la ley le atribuye el derecho de la sobreelevación a todos los condueños del edificio como propietarios del vuelo o del espacio dominante. Y que si el vuelo es común a todos, no tiene consideración de necesariamente común, de forma semejante a lo que sucede con el suelo. Y ello justifica el derecho de una indemnización… en el supuesto de que la sobreelevación la ejercite un condueño o un tercero y como consecuencia del área a ocupar por el que sobreedifica. Derecho al cual llama compensación.

Se coincide con Zanón Masdeu, en que se puede deducir del artículo citado, que se reconoce "plena sustantividad (e independencia) al derecho de sobre-edificación, al afirmar sin constituir derecho de superficie"[664]. Y agrega, que hasta tanto no se concluyan las obras, el titular de este derecho no es condueño, porque solo tiene un *ius edificandum* (derecho de goce sobre bienes futuros), sin que se puedan destruir las construcciones existentes sobre la terraza independientemente del ejercicio de sobre-edificación y, al mismo tiempo lo condueños no estarán facultados para realizar ninguna construcción sobre la terraza, y si lo hacen, el titular del derecho de sobre-edificación, podrá solicitar de la correspondiente autoridad judicial, la demolición de la obra, ejercitando el "interdicto de obra nueva".

Los titulares de este derecho son todos los condueños y pueden transmitir el mismo a un tercero, por acuerdo unánime, o puede ser que el originario propietario del terreno y del edificio se reserve una de sus facultades dominiales (la sobre-elevación), o bien la transmita a un tercero antes de la venta de los pisos, debido a que la norma del art. 11 en lo referente a la

[663] ZANÓN MASDEU, L. (1964). Cap. XII. La sobre-edificación . En *La propiedad de casas por pisos*, Barcelona: Ediciones Airel, p. 387.
[664] ZANÓN MASDEU, L. (1964). Cap. XII. La sobre-edificación. En *La propiedad de casas por pisos*, Barcelona: Ediciones Ariel, p. 387.

sobre-edificación o construcción de nuevas plantas, no es de derecho necesario, sino derogable por el consentimiento unánime de los condueños".

1.2.7. Especial referencia a la legislación española:

1.2.7.1 Apreciaciones generales sobre la regulación de la sobreelevación en España:

La profundidad con que se trata este tema en la doctrina española, las diversas normas que existen en dicho país sobre el mismo, y la repercusión que el derecho español tiene sobre el nuestro, a pesar de la diferencia en cuanto al sistema cerrado de derechos reales que existe en nuestro país y no en España, ameritan un análisis más pormenorizado de dicha legislación.

El ordenamiento urbanístico en la legislación de España, se materializa el 12 de mayo de 1956, con la Ley de Suelo, que aporta grandes innovaciones, en cuanto a la nueva configuración del derecho de superficie entre otras. Dicha ley fue complementada más tarde con el decreto del 17 de marzo de 1959 referente al art. 16 del Reglamento Hipotecario del 14 de febrero de 1.947. Ventura Traveset y Gonzalez, dicen que "Ha ampliado pues la idea de la ley sobre el régimen del suelo en el deseo del mayor aprovechamiento de los espacios, para facilitar la construcción, estimularla y aun obligarla, llega a regular el aprovechamiento del espacio aéreo encima de los edificios y denomina a su titular superficiario, con lo que toda la regulación de la ley del suelo le es aplicable con al diferencia de la edificación en el espacio que se encuentra encima de la edificación da lugar necesariamente a una propiedad horizontal, cuya regulación específica es la ley del 21 de julio de 1960"[665]. El texto de esta ley fue refundido el 9 de abril de 1976, que en materia de urbanismo, regla una nueva figura denominada "volumen de construcción".

Existen en España dos disposiciones referidas expresamente al derecho de sobreelevación y subedificación: el art. 16 del Reglamento hipotecario y el art. 11 de la Ley de Propiedad Horizontal. Pero es factible complementar dichas normas con otras instituciones que guardan afinidad con la que se trata, para aplicar sus normas analógicamente: la propiedad horizontal y el derecho de superficie.

De hecho, la concepción del derecho de superficie, "...puede dar la clave de muchos problemas que esta clase de contratos crea, y a los que no se ve solución, por un desenfoque del problema, tal como lo ha planteado el legislador español". Este derecho, tan solo puede ser

[665] VENTURA TRAVESET Y GONZALEZ (1963), *Derecho de edificación sobre finca ajena y la propiedad horizonta*l. Barcelona: Casa Editorial BOSCH SA, p. 26 . FONTBONA, F. (1968). La sobreelevación de edificios de la propiedad horizontal *Revista Notarial* n° 701, p. 1257

constituido por usucapión o de forma voluntaria, por lo cual es de particular importancia las disposiciones en el acto de constitución.

Con relación a la naturaleza jurídica del derecho de vuelo, existen las siguientes teorías:

- La que considera que dicho derecho es un dominio o derecho de propiedad, o auténtico dominio sobre el espacio aéreo de una finca de Soto Bisquert[666], es decir un derecho sobre cosa propia.

- La que entiende que es un derecho sobre cosa ajena, limitativo del dominio asimilable al derecho de superficie, o autónomo según otros como Ventura Traveset[667] y Camy Sánchez Cañete[668]. Para otros autores es una servidumbre[669], o un derecho real de adquisición[670], o simplemente un derecho real de construir sobre un inmueble ajeno, sin calificativo específico[671].

- Y otro que distingue dos fases. Empieza siendo un derecho real sobre cosa ajena y luego de la construcción se convierte en dominio pleno en régimen de propiedad horizontal sobre las

[666] SOTO BISQUERT, A. (1971). El derecho de vuelo, *Revista crítica de derecho inmobiliario*, p. 923 y ss. Autor citado por DIAZ FRAILE, J. M. (2001). El Derecho de vuelo en la reforma del reglamento hipotecario de 1998 (estudio especial de su temporalidad tras la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2000). *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, t. 2001-2, Madrid: Reus, p. 307.
. p. 309. Aunque dicho autor considera que dicho derecho se extingue por las mismas causales que el dominio, pero que si el adquirente del derecho de vuelo aun no edificado, no da lugar con su actitud a la posibilidad de pérdida de dominio por prescripción, ésta no puede aplicarse, entrando, entonces en juego la regla del Código Civil, acerca de la fijación del plazo por el tribunal conforme art. 1124 del CC, si transcurrido el plazo señalado no se ha realizado la construcción. Ver SOTO BISQUERT, A. (1971). El derecho de vuelo, *Revista crítica de derecho inmobiliario,* 485 julio-agosto, pp. 945- 955.

[667] VENTURA TRAVESET. (1963). *Derecho de edificación sobre finca ajena y la propiedad horizonta*l. Barcelona: Casa Editorial BOSCH SA, p. 25

[668] CAMY SANCHEZ CAÑETE, B. (1983). *Comentarios a la legislación hipotecaria*, Pamplona, Autor citado por DIAZ FRAILE, J. M. (2001). El Derecho de vuelo en la reforma del reglamento hipotecario de 1998 (estudio especial de su temporalidad tras la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2000). *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, t. 2001-2, Madrid: Reus, p. 309.

[669] FERNÀNDEZ, D. J. I. (1998), Controversias del derecho de sobreedificación. *RDPAT,* I, n. 1, p. 111, quien habla de servidumbre de tolerar una nueva construcción sobre un edificio de su propiedad. Citado por ZURITA, MARTIN I. (2002). El derecho de vuelo y los principios de especialidad y jerarquía normativa. *Estudios de Derecho Inmobiliario Registral,* en homenaje al Prof. C Cano Tello, T Lo Bianchi, Valencia, p. 456.

[670] BALLESTEROS, A. M. (1992). Derecho de vuelo. *RCDI,* n. 612, p. 2058, citado por ZURITA, MARTIN I. (2002). El derecho de vuelo y los principios de especialidad y jerarquía normativa. *Estudios de Derecho Inmobiliario Registral,* en homenaje al Prof. C Cano Tello, T Lo Bianchi, Valencia, p. 456.

[671] RUANO BORRELLA, J. P. (1986). Comentario a la RDGRN de 5 de febrero de 1986, *RCDI,* n. 574, p. 871. DOMENGE AMER, B. (1983). *El derecho de sobre-edificación y sub-edificación.* Palma de Mallorca: Gráficas Adalid. , pp. 130-131. Autores citados por ZURITA, MARTIN, I. (2002). El derecho de vuelo y los principios de especialidad y jerarquía normativa a propósito de la STS del 24 de febrero del 2000. Que anula el art- 16- 2 c) del Reglamento Hipotecario. En *Estudios de Derecho Inmobiliario Registral* en homenaje al Prof. C Cano Tello, T Lo Bianchi, Valencia, p. 456.

edificaciones realizadas. Esta postura es sostenida por La Rica[672], Roca Sastre[673], Navarro Viñuales y Ballesteros Alonso[674].

Este último autor, explica que es un derecho real, porque puede actuar directamente sobre la cosa gravada, aunque cuando no comienza su ejercicio, no implica posesión de la cosa; por lo que es importante su inscripción aunque sea con efecto declarativo en España a diferencia del derecho real de superficie. Agrega que este derecho tiene vocación al dominio, si se construye conforme a lo planificado, y conlleva por otro lado a la adquisición de condominio sobre las partes comunes, organizado bajo el régimen de propiedad horizontal. Es decir, que el ejercicio transforma el derecho[675].

Para De la Iglesia Monje, se debe distinguir una primera fase de reserva actual de la propiedad, una segunda de derecho real sobre cosa ajena, y una tercera de concurrencia de titularidades. La citada autora explica que el derecho de elevación entra en juego a través del mecanismo, señalado por el legislador de reserva. El propietario actual del bien, espacio aéreo que no ha sido objeto de construcción se lo reserva para que no salga de su patrimonio, y además lo delimita asignándole un destino determinado[676]. Para Zurita[677], es un derecho real sui generis[678], limitativo del dominio, cuyo ejercicio provoca al mismo tiempo su extinción y se convierte en derecho de propiedad. Por eso para este autor no se debe hablar de fases y si no se ejerce se extingue en el plazo prescriptivo que, para los derechos reales inmobiliario surge del Código Civil español.

---

[672] LA RICA. (1959). *Comentarios a la reforma del reglamento hipotecario*. Madrid, Autor citado por DIAZ FRAILE, J. M. (2001). El Derecho de vuelo en la reforma del reglamento hipotecario de 1998 (estudio especial de su temporalidad tras la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2000). *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, t. 2001-2, Madrid: Reus, p. 309 y ss.

[673] ROCA SASTRE, R. M. y ROCA- SASTRE MUNCUNILL, L, (1979). *Derecho Hipotecario*, III, Barcelona: BOSCH SA, p. 644y ss.

[674] Autores citados por DIAZ FRAILE, J. M. (2001). El Derecho de vuelo en la reforma del reglamento hipotecario de 1998 (estudio especial de su temporalidad tras la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2000). *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, t. 2001-2, Madrid: Reus, p. 309 y ss.

[675] DIAZ FRAILE, J. M. (2001). El Derecho de vuelo en la reforma del reglamento hipotecario de 1998 (estudio especial de su temporalidad tras la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2000). *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, t. 2001-2, Madrid: Reus, pp. 310-313.

[676] DE LA IGLESIA, MONJE, M. I. (2000). Breves consideraciones en torno al derecho de elevación y a las modificaciones introducidas por el Reglamento Hipotecario de 1998. Análisis de la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2000 (Estudio jurisprudencial del derecho de elevación), *RCDI,* n. 659, p. 2018, citado por ZURITA, MARTIN I. (2002). El derecho de vuelo y los principios de especialidad y jerarquía normativa. *Estudios de Derecho Inmobiliario Registral* en homenaje al Prof. C Cano Tello, T Lo Bianchi, Valencia, p. 457.

[677] ZURITA, MARTIN I. (2002). El derecho de vuelo y los principios de especialidad y jerarquía. *Estudios de Derecho Inmobiliario Registral* en homenaje al Prof. C Cano Tello, T Lo Bianchi, Valencia, p. 457.

[678] ZURITA, MARTIN I. (2002). El derecho de vuelo y los principios de especialidad y jerarquía normativa. *Estudios de Derecho Inmobiliario Registral* en homenaje al Prof. C Cano Tello, T Lo Bianchi, Valencia, p. 457.

1.2.7.2. La reforma del Reglamento Hipotecario de 1959 (en adelante RH) modificado luego por el Real Decreto 1867/1998:

Antes de 1959 no existían en España normas que regulasen el derecho de elevar una o más plantas sobre un edificio (sobreelevación) o realizar construcciones bajo su suelo (subedificación), no siendo aquellas referentes a la institución del derecho de superficie. Ello, pese a ser muy comunes las reservas o transmisiones de "vuelo" en el tráfico jurídico.

El Reglamento hipotecario fue reformado por Decreto de 17 de marzo de 1959. En la Exposición de Motivos de éste, se explicaba que se daba cauce por primera vez a este derecho, distinguiéndolo del de superficie. No obstante, mediante la reforma no se introdujeron normas sustanciales al respecto; tan sólo se determinaron los requisitos para la formación del derecho de sobreelevación o de subedificación necesarios para que fuera inscribible en el Registro de la Propiedad y para que así obtuviera la publicidad necesaria para la protección de terceros.

En ausencia de normativa de fondo se vinieron conformando los caracteres básicos del derecho de vuelo al amparo del numerus apertus, que rige en derecho reales en España, según se desprende del art. 2 2º de la Ley Hipotecaria al considerar como susceptibles de reflejo registral los títulos por los que se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan derechos de usufructo, uso, habitación, enfiteusis, censos, servidumbre, o cualesquiera otros reales", así como cualquier acto o contrato de trascendencia real, que sin tener nombre propio en derecho modifique, desde luego, o en lo futuro, algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales[679]. Aunque Díaz Fraile aclara que aún los derechos reales atípicos como el derecho de vuelo, deben cumplir las exigencias estructurales de los mismos, deducidas de los principios generales del derecho, y en el caso de los derechos reales que pretendan su acceso al registro de los denominados principios hipotecarios, entre el que se resalta el principio de determinación o delimitación, que junto a sus manifestaciones generales y comunes a todos los derechos, presenta otras manifestaciones singulares para categorías específicas de derechos, como sucede con el vuelo.

Precisamente el art. 16 2º del reglamento hipotecario, antes citado dispone:

"El derecho de elevar una o más plantas sobre un edificio o el de realizar construcciones bajo su suelo, haciendo suyas las edificaciones resultantes que, sin constituir derecho de superficie, se reserve el propietario en caso de enajenación de todo o parte de la finca o transmita

[679] DIAZ FRAILE, J. M. (2001). El Derecho de vuelo en la reforma del reglamento hipotecario de 1998 (estudio especial de su temporalidad tras la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2000). *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, t. 2001-2. Madrid: Reus, p. 307.

a un tercero, será inscribible conforme a las normas del número 3.º del artículo 8 de la Ley y sus concordantes".

Así, señala sobre el derecho que tratamos:

- la consecuencia natural de éste es que: el titular hace suyas las edificaciones resultantes

- el modo de constitución: la reserva en favor de un propietario en caso de enajenación o transmisión a un tercero.

El derecho será inscribible conforme a las normas de RH 8 4º y en la inscripción han de constar:

- "las cuotas que hayan de corresponder a las nuevas plantas en los elementos y gastos comunes o las normas que se establezcan para su determinación", es decir que en este segundo caso, mientras no se lleve a cabo la construcción no son precisadas las cuotas, pero son determinables;

- determinación del número máximo de plantas a construir; (s/ DR 1998)

-el plazo máximo para el ejercicio del derecho de vuelo, que no puede exceder de 10 años; (modif. por DR 1998)[680]. Se ha entendido que dicho plazo no afecta el derecho de vuelo, sino que es un requisito para su oponibilidad frente a terceros, o limita el alance frente a éstos[681].

---

[680] Este requisito ha sido cuestionado por el Tribunal Supremo Sección sexta de la sala de los contencioso-administrativo del 24 de febrero del 2000, que entendió que el plazo de 10 años no podría surgir de dicho reglamento sino de la ley hipotecaria. Aunque dicho plazo no afecta el derecho de vuelo, es cierto que, limita la posibilidad de acceder al registro, en contra del art. 1 de la ley hipotecaria, que no establece limitación alguna. Importa para este Tribunal "un régimen diferente al que con arreglo a los principios generales de la ley hipotecaria le correspondería como derecho real que es, lo que justifica que su modificación sólo pueda hacerse por ley". DIAZ FRAILE, Juan María, en "el Derecho de vuelo en la reforma del reglamento hipotecario de 1998 (estudio especial de su temporalidad tras la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2000), en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, t. 2001-2, Reus, Madrid, pág. 301 y ss.; critica dicha decisión. Y se funda en los siguientes argumentos: porque el precepto impugnado no regula de manera directa el derecho de vuelo, ni afecta el principio de libertad de pactos, porque el derecho de vuelo es un derecho real que supone una limitación del dominio para los propietarios del inmueble gravado, y el principio hipotecario de determinación, no tolera gravámenes indefinidos o indeterminados. Por otro lado aclara, que el derecho de vuelo no se regula sino indirectamente en la ley hipotecaria, admitiendo su inscripción, pero no se la recepta en el Código Civil, aunque sí en la compilación de Navarra. Para este autor sólo el límite de tiempo tendría que provenir de la ley, si se tratara de un derecho real típico, y no de éste que no está tipificado en la ley, que además considera que en su primera fase es un derecho real sobre cosa ajena, que se caracterizan por su limitación temporal, en virtud del principio de libertad de la propiedad y de limitación de los gravámenes Diaz Fraile sostiene que su postura es la que vienen sosteniendo la Dirección General de los Registros y el Notariado. Para ZURITA, MARTIN I. (2002). El derecho de vuelo y los principios de especialidad y jerarquía normativa. *Estudios de Derecho Inmobiliario Registral* en homenaje al Prof. C Cano Tello, T Lo Bianchi, Valencia, p. 479, quien también comenta este fallo, el STS tendría que haber anulado el plazo de 10 años, pero no toda la cláusula; porque la fijación de plazo debería exigirse en el instrumento como lo exige el art. 30 del Reglamento Hipotecario, para el vuelo rústico. Ver STS Sala Tercera, sentencia del 24 de febrero de 2000, por la que se anulan los arts. 16.2 c) 155, párrafo cuarto, y 355.2, inciso final del Reglamento Hipotecario, modificados por Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, y la disposició única de este. Publicado en «BOE» núm. 98, de 24 de abril de 2000, páginas 16036 a 16036 (1 pág.), ref. BOE-A-2000-7605.

[681] ZURITA, MARTIN I. (2002). El derecho de vuelo y los principios de especialidad y jerarquía normativa. *Estudios de Derecho Inmobiliario Registral* en homenaje al Prof. C Cano Tello, T Lo Bianchi, Valencia, p. 461. Roca Sastre y Muncunill Sastre, antes de la reforma consideraban que el derecho de construir nuevas plantas en

- “las normas de régimen de comunidad, si se establecieren, para el caso e hacerse la construcción”.

Obsérvese que el derecho es inscribible. La inscripción, aunque sea conveniente, no es constitutiva, sino declarativa.“Por tanto, como derecho independiente del de superficie puede existir… A diferencia de lo que sucede con el derecho de superficie, que hemos visto tiene fijado un plazo de duración, estas nuevas construcciones no tendrán que revertir al propietario del edificio o fundo”[682].

La diferencia esencial entre las dos instituciones es, básicamente, la distinta propiedad que genera una y otra figura: la superficie origina (durante su vigencia) una propiedad separada, sin participación alguna en el solar del edificio y, normalmente, con reversión de lo edificado al dueño del suelo; mientras el derecho de sobreelevación y subedificación integra a su titular en un régimen de propiedad horizontal con partes privativas y copropiedad accesoria. Como derecho secundario del de sobreelevación o subedificación, está el de realizar todas las obras necesarias para llevar a cabo la edificación[683].

El precepto reglamentario (RH 16.2) implica dos resultados posibles al constituirse un derecho de sobreelevación o subedificación sobre una edificación ya existente:

1- la constitución de una propiedad horizontal:

1.1) si el edificio-base pertenece a un solo propietario el nuevo derecho y la edificación se ordenarán en este régimen,

1.2) si el edificio-base pertenece a varios propietarios sin estar constituido en propiedad horizontal, el nuevo derecho obligará a ordenar todo el edificio en su conjunto en este régimen,

2- la modificación del régimen de propiedad horizontal: si se constituye sobre una edificación ya en propiedad horizontal, ésta se amplificará.

---

edificios existentes no era de duración en realidad tasada, por no establecerlo el art. 16 inc. 2 del Reglamento Hipotecario y responder ello a la índole del derecho. Pero su duración indefinida no obsta a que estaba sujeto a la prescripción extintiva por no uso de los derechos reales, de 30 años. Aunque aceptaban que las partes pudieran pactar una duración del mismo, pacto que consideraban que no era esencial. ROCA SASTRE, R. M. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L, (1979). *Derecho Hipotecario*, III, Barcelona, p. 651. Citado por ZURITA, MARTIN I. (2002). El derecho de vuelo y los principios de especialidad y jerarquía normativa. *Estudios de Derecho Inmobiliario Registral* en homenaje al Prof. C Cano Tello, T Lo Bianchi, Valencia, p. 466.

[682]DIAZ FRAILE, J. M. (2001). El Derecho de vuelo en la reforma del reglamento hipotecario de 1998 (estudio especial de su temporalidad tras la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2000). *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, t. 2001-2, Madrid: Reus, p. 307.

[683] Citado por ZANÓN MASDEU, L. (1964). *La propiedad de casas por pisos*, Cap. XII. La sobre-edificación, Barcelona, p. 387 y ss. Este derecho es bastante extenso como demuestra la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1968 a que dicho autor se refiere, que aclaró que el derecho de levante de una edificación comprende también (la obligación) de reforzar el resto del inmueble para soportar la nueva elevación y el acomodamiento de la fachada a las nuevas obras, por ser una consecuencia necesaria del derecho de elevar pisos.

Debe advertirse, una llamativa consecuencia de esta disposición: al constituirse el derecho de sobreelevación y subedificación sobre un edificio en propiedad ordinaria, no se podrá integrar en copropiedad convencional (ver 3.4) con el mismo; sino que se constituirá, necesariamente, un régimen de propiedad horizontal. Esta observación es de gran importancia, ya que implica que el derecho de sobreelevación y subedificación no va más allá del acto de edificación. A partir del momento de edificación, se incluirá en el sistema legislativo de la propiedad horizontal.

En cualquiera de los casos, se fijará una cuota de participación correspondiente al derecho que se trata y esta originará (siempre que se construya dentro del plazo fijado) una propiedad individual con copropiedad accesoria, típica de la propiedad horizontal.

1.2.7.3. La Ley de Propiedad Horizontal de 1960 (en adelante LPH):

La LPH de 1960, posterior al RH, trata el derecho de sobreelevación y subedificación otorgado por la comunidad de propietarios en su art. 11, en estos términos:

"La construcción de nuevas plantas y cualquier otra alteración en la estructura o fábrica del edificio o en las cosas comunes afectan al título constitutivo y deben someterse al régimen establecido para las modificaciones del mismo. El acuerdo que se adopte fijará la naturaleza de la modificación, las alteraciones que origine en la descripción de la finca y de los pisos o locales, la variación de cuotas y el titular o titulares de los nuevos locales o pisos".

Por lo tanto, como la concesión del derecho de sobreelevación y subedificación afecta al título constitutivo, debe aprobarse por unanimidad (LPH 16). La única excepción posible, es cuando en el título constitutivo de la propiedad horizontal, consta este derecho como reservado a una persona o personas determinadas. Esta diferencia de requisitos guarda una estrecha relación con el diferente origen del derecho en la LPH y el RH. Debe tenerse en cuenta que la LPH, parte de la posibilidad de aumentar el volumen de un edificio en régimen de propiedad horizontal, y contempla la concesión del derecho a un tercero o la utilización en beneficio de los propios copropietarios; requiriendo para ello la unanimidad de los mismos.

Así, se pueden distinguir dos variantes del derecho de sobreelevación y subedificación:

1) El propietario del suelo solo, puede reservarse la propiedad del vuelo y subsuelo, para cuando haya enajenado o transmitido un volumen (por ejemplo un piso o un edificio).

2) Los propietarios de un edificio conceden el derecho de sobreelevación y subedificación a un tercero, y al nuevo titular se le asigna una cuota de participación en el inmueble.

La inscripción de estos derechos tiene efecto declarativo.

1.2.7.4 Diferencias entre las previsiones normativas del RH y la LPH:

Por un lado, la LPH no ofrece la posibilidad de determinar las cuotas en el futuro, acordando (e inscribiendo) sólo las bases para ello, por lo cual su normativa es más adecuada para un proyecto de construcción ya perfilado.

La LPH se refiere al derecho de forma distinta al RH. La primera a diferencia de la segunda, no habla de subedificación o construcciones subterráneas. No obstante los autores que han tratado este derecho coinciden en que, aunque no esté explícitamente expresado en estos artículos, el derecho de sobreelevación y subedificación comprende la edificación/construcción tanto en el vuelo como en el subsuelo.

Pero ambas, se refieren a constituir un derecho real de edificación/construcción que se integra siempre con el edificio[684]. Esta justamente, es una de las diferencias entre el derecho de superficie y el derecho de sobreelevación y subedificación. Estas últimas no se pueden constituir directamente sobre el suelo, mientras el derecho de superficie sí.

A los fines de este trabajo resulta importante resaltar que en España, con un criterio más amplio que nuestra doctrina, los autores consideran[685] que la propiedad horizontal no está limitada a existir en uno o varios edificios construidos sobre la superficie de un inmueble, ni tampoco tiene por qué referirse a pisos o locales, a los cuales alude repetidamente la LPH. Cualesquiera espacios tridimensionales (volúmenes) dentro de las limitaciones verticales de un inmueble (suelo, vuelo y subsuelo), pueden estar sujetos a la propiedad separada, siempre y cuando no lo impidan los planes que afectan al inmueble. Asimismo, pueden tener cualquier destino, mientras que el mismo esté permitido por los planes y que no sea contrario a las leyes.

Por ejemplo, dentro de un mismo inmueble pueden coexistir un centro comercial construido en la superficie, divido en partes privativas (los diferentes comercios) y elementos comunes (pasillos, escaleras, etc.) – cocheras subterráneas en una parte del subsuelo, también dividido en partes privativas (cocheras individuales) y elementos comunes (entrada, espacios para pasar los coches, pilares, etc.) - una baulera, con un único propietario, enclavada en la planta baja del cuerpo arquitectónico del centro comercial, etc..

---

[684] Aunque para algunos autores como BALLESTEROS, A. M. (1992). Derecho de vuelo. *RCDI,* n. 612, p. 2074, no es posible la constitución de derecho de vuelo sin la preexistencia del edificio. En contra se pronuncia DOMENGE AMER, B. (1983). *El derecho de sobre-edificación y sub-edificación.* Palma de Mallorca: Gráficas Adalid, pp. 170-171 o SOTO BISQUERT, A. (1971). El derecho de vuelo, *Revista crítica de derecho inmobiliario,* 485 julio-agosto, p. 933. Autores citados por ZURITA, MARTIN I. (2002). El derecho de vuelo y los principios de especialidad y jerarquía normativa a propósito de la STS del 24 de febrero del 2000. Que anula el art- 16- 2 c) del Reglamento Hipotecario. En *Estudios de Derecho Inmobiliario Registral* en homenaje al Prof. C Cano Tello, T LO BIANCHI, Valencia.

[685] ZANÓN MASDEU, L. (1964). *La propiedad de casas por pisos,* Cap. XII. La sobre-edificación, Barcelona, p. 387 y ss.

1.2.7.5. El Fuero Nuevo de Navarra

Se analiza la Compilación de Derecho Civil de Navarra, porque la misma en cuanto al derecho de sobreelevación y subedificación, es la regulación positiva más completa de la legislación española. Su cuerpo legislativo se encuentra recogido en las Leyes 435-442.

La ley 435 define al derecho de sobre o subedificación como:

"Los derechos reales de sobreelevación y subedificación conceden a su titular la facultad de construir una o más plantas sobre un edificio o por debajo de éste, respectivamente, en un edificio ya existente o que se construyere con posterioridad. Para su ejercicio se requiere siempre, además de la correspondiente aprobación administrativa, la determinación de los derechos sobre los elementos comunes del inmueble, en relación con la naturaleza de la obra, la seguridad del edificio y las limitaciones legales. En todo caso, los propietarios, arrendatarios u otros usuarios del edificio deberán ser indemnizados de los daños y perjuicios que ocasione el ejercicio de estos derechos."

Por otro lado, la ley 436 de Copropiedad y propiedad horizontal de Navarra, agrega que: "la facultad de sobreedificar o subedificar (cuando el edificio está sometido a propiedad horizontal) pertenecerá a los condueños en proporción a sus respectivas cuotas en la propiedad o en los elementos comunes". Y la concesión necesita unanimidad.

La ley 437, establece el contenido que debe tener la concesión: "El titular puede construir el número de plantas que el título hubiere fijado. En defecto de determinación, se entenderá autorizado para construir cuantas fueren posibles, sin más limitaciones que las administrativas y las que imponga la seguridad del edificio. Salvo pacto en contrario, quedarán extinguidos estos derechos una vez terminada la construcción realizada en ejercicio de los mismos". Sin embargo, conforme lo determina la Ley 441, si el edificio pereciere o se destruyere "no se extinguirán estos derechos, y sus titulares, conservarán respecto al edificio construido el mismo derecho que anteriormente tenían."

La ley 438, aclara que: "las limitaciones administrativas que impidan al titular del derecho su ejercicio total o parcial, salvo pacto en contrario, no extinguirán este derecho ni darán lugar a responsabilidad por parte del concedente".

Conforme lo determina la ley 439, las nuevas edificaciones, quedarán reguladas por el régimen de propiedad horizontal del resto del edificio. Cuando las cuotas sobre los elementos comunes no se hubieren establecido en el título, ni se hubiere fijado el procedimiento para determinarlas, se requerirá el consentimiento de todos los propietarios del inmueble. Sin embargo, respecto a las construcciones subterráneas podrá convenirse que sean accesorias de otras preexistentes, sin modificar las cuotas de las establecidas en los elementos comunes."

La ley 440 permite que: "Salvo pacto en contrario, el titular puede otorgar por sí solo la escritura pública de declaración de obra nueva y de rectificación de la descripción del edificio".

La ley 442, por otra parte prevé la posibilidad de subrogación real en estos términos: "Si a consecuencia de la ordenación o urbanización del suelo se subrogase en lugar del inmueble una parcela con otro volumen de edificabilidad, el titular de los derechos de sobreedificación y subedificación tendrá en el nuevo volumen, una parte proporcional al derecho que antes tenía".

1.2.7.6. La cuestión en Cataluña[686]:

En Cataluña se apreció que las dos principales ventajas de este sistema son: en primer lugar el lograr construir nuevas viviendas de forma más sostenible y ecológica y, en segundo lugar, que este sistema permite respaldar a los propietarios de los edificios con los costes de conservación y mantenimiento. El respaldo es viable gracias a la venta o alquiler del derecho de vuelo que hace posible que el propietario o la comunidad de propietarios, reciba una contraprestación económica que permitirá renovar aquellos elementos colectivos de la comunidad de propietarios. Elementos tales como rehabilitaciones de exteriores e interiores, la instalación de ascensores, etc. Todas estas rehabilitaciones generan una revalorización de todas y cada una de las viviendas del edificio. Además, la crisis inmobiliaria ha demostrado que no es eficaz construir a 20 km del centro de la ciudad y realmente era un modelo insostenible.

El derecho de vuelo está regulado dentro del Código civil de Cataluña. En concreto, se puede leer dichas exigencias para la construcción en el capítulo VII del título VI del libro V; en los artículos 567-1 hasta 567-6. En los artículos se exponen unos requisitos tales como el número máximo de plantas y elementos privativos, criterios para determinar la cuota de comunidad, plazo para el ejercicio del derecho, con el máximo de 30 años y precio o contraprestación. Ahora bien, aunque exista una normativa generalizada para todo el territorio catalán, cada ciudad y cada zona de la ciudad posee unos requerimientos de más.

1.2.8. El derecho de construir, sobreelevar o subedificar en Argentina:

En el derecho argentino el tema de la sobreelevación se encontraba tratado escuetamente en el art. 7 de la ley 13512, que disponía que. "el propietario del último piso no puede elevar nuevos pisos o realizar construcciones sin el consentimiento de los propietarios de los otros departamento o pisos; al de la planta baja o subsuelo le está prohibido hacer obras que perjudiquen la solidez de la casa, como excavaciones, sótanos, etc….". Se dice que lo que la ley pretendió es poner en pie de igualdad al propietario del último piso y de la planta baja o

[686] Ver MEZQUITA CACHO, J. L. (2002). El vuelo o subsuelo urbano como objeto de relaciones y negocios jurídicos en la dinámica legislación catalana, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 672 (julio - Agosto), p. 1443.

subsuelo con los demás propietarios, despejando dudas de quienes veían en ellos, a los facultados a para realizar tales obras, en virtud de la influencia del derecho italiano[687].

A pesar de la redacción negativa del art. 7 y de que la superficie no estaba recepcionada en el Código Civil, y se estaba expresamente prohibida en el art. 2614, el notariado tendió encontrar factibilidad a la reserva del derecho de sobreelevación y a la llamada venta del espacio aéreo para algunos. Y en virtud de la posibilidad que brindaba una lectura a contrario sensu del art. 7 de la ley 13.512, los autores intentaron definir la naturaleza jurídica del derecho, sobre el espacio aéreo en nuestra legislación. Así sostiene Álvaro Gutiérrez Zaldivar que, "la venta del espacio aéreo no transfiere un derecho real (superficie); que los embargos e inhibiciones, que vayan contra el dueño del terreno, afectarán la construcción, que todas las construcciones que se hagan sobre el terreno ajeno pertenecen al dueño del mismo, no importando los contratos que se hagan"[688]. Por el contrario, Carlo M. Suarez afirma, replicando a Gutiérrez Zaldivar, "que el espacio aéreo es una cosa" y por lo tanto sí está amparado dentro de los derechos reales. Agrega que, "el espacio aéreo, cuando se lo puede delimitar existe y es una cosa, por lo tanto está comprendido dentro de los derechos reales" [689]. Por el contrario Fontobona, considera que la sobreelevación se encuentra en el ámbito de las obligaciones, mientras no se recepte el derecho de superficie[690].

Resulta interesante tener en cuenta que Zanón Masdeu, quien considera que el derecho de sobre-elevación es un derecho de superficie, entiende que el mismo puede tener fundamento en el art. 350 del CCivil español, similar a nuestro 2518 del CC derogado, en el sentido que el propietario del terreno es dueño de su superficie y de lo que está debajo de ella y puede hacer obras…, etc. "Todo propietario de un terreno, lo es del suelo o espacio dominante, por lo que está facultado a sobreelevar o construir nuevas plantas en un edificio existente"[691].Pero para Rodrigo de Pubul Martín y Gutiérrez Zaldivar, no era posible en la argentina durante la vigencia del Código de Vélez, sostener que la reserva de sobre-edificación o el derecho sobre el espacio

[687] BROWNE de BEDOYA, D. S., ATKINSON, H. E. (1984). La sobre-elevación en la propiedad horizontal, *Revista Notarial*, 873-1984, p. 471.
[688] ZALDIVAR, A. (1977). La venta de "aire" del "espacio aéreo". El derecho de superficie. Los derechos reales suprimidos. *Revista del Notariado.* 755, Sept-Oct. p. 1295
[689] SUAREZ C.M. (1978) La venta del espacio aéreo, *LL*-1978. Autores argentinos mencionan también a Guidi para quien la sobre-edificación es un derecho real sobre el suelo; a Giordano, que afirma, que constituye la expropiación del derecho que corresponde a los condueños y a Salis para quien, tiene sustantividad propia.
[690] FONTBONA, F. (1968). La sobreelevación de edificios de la propiedad horizontal. *Revista del Notariado*, n° 701, p. 1256 y ss.
[691]Ver ZANÓN MASDEU, L. (1964). *La propiedad de casas por pisos*. Barcelona: Ediciones Ariel y RODRIGO DE PUBUL MARTÍN, N. S. (1984). La sobreelevación en la propiedad horizontal. *Revista Notarial*, n° 873, pp. 442-443.

aéreo, pudieran considerarse derechos reales específicos[692]. Para el Código de Vélez, el espacio aéreo era un accesorio inescindible del domino sobre el terreno (art. 2518 del CC) y la venta de construcciones a realizar en un determinado espacio, será una venta de cosa futura (art. 1327 del CC). Y por lo tanto, la venta del espacio, sin determinar la futura unidad, como contrato que pretende transferir la propiedad del espacio aéreo genérico, independientemente del terreno, es nula e inoponible a los derechos emergentes del dominio sobre el suelo (arts. 1333, 1330, 2518, 2519, etc. CC).

Pero en el caso de la propiedad horizontal, surge una facultad convencional perfectamente susceptible de caracterizarse como derecho real, pero que en Argentina no era posible por el sistema del numerus clausus. Es por consiguiente un derecho creditorio emergente de la propiedad horizontal, unida a una convención unánime especial, o si se quiere a una facultad derivada de la misma propiedad horizontal, de similar naturaleza a las que se establecen usualmente en los Reglamentos, tales como el uso exclusivo de determinadas partes como patios, terrazas, espacios para coches. Así el titular de un derecho de dominio sobre un inmueble prosigue, tiene derecho de usarlo, de venderlo, de plantar, edificar, o sea todos los ius. Lo mismo sucede con los otros derechos reales. Debe tenerse en cuenta que cada derecho real tiene su estatuto reglamentario legal específico, y un ámbito disponible de distinto grado y amplitud, dentro del cual se admiten normas convencionales dispuestas por los constituyentes Y justamente en el derecho de propiedad horizontal, el ámbito disponible de la normativa convencional es mayor, en virtud de que la constitución de este derecho descansa en el reglamento. En este sentido se ha dicho que, el derecho de sobreelevación cuando no se lo otorga a favor de un tercero, es una facultad emergente en favor del titular de un inmueble susceptible de permitir sobreconstrucciones, siempre que exista conformidad unánime y previsiones adecuadas dentro del reglamento o en acuerdo anexo posterior. Rodrigo de Pubul Martín considera que: si se instrumenta por separado el acuerdo unánime, en escritura pública y se lo registra, "el derecho de sobreedificar tendrá características reales" en dicho caso, pero si no se cumplen dichas formalidades sería un derecho personal[693]. No obstante aclara; que solamente se puede "adjudicar el carácter real, al derecho de sobreedificación y asimismo al derecho sobre el espacio aéreo", si se considera a dichos derechos subjetivos "como atributos de los llamados derechos reales de propiedad, condominio, propiedad horizontal".Entiende que

[692] RODRIGO DE PUBUL MARTÍN, N. S. (1984). La sobreelevación en la propiedad horizontal. *Revista Notarial*, n° 873, p. 443 y ZALDIVAR, G. (1977). La venta de aire, del espacio aéreo. El Derecho de Superficie. Los Derechos reales suprimidos. *LL*-1977-D-781.

[693]RODRIGO DE PUBUL MARTÍN, N. S. (1984). La sobreelevación en la propiedad horizontal. *Revista Notarial*, n° 873, p. 445 y ss.

en dicho caso tendrán las prerrogativas de los derechos reales base, pero no se pueden considerar disponibles de forma separada de las otras facultades que integren la propiedad o el derecho específico "y por ende tampoco pueden independizarse de la cosa o bien sobre los cuales recae el derecho real continente"[694].

Esta postura se diferencia de la de otros autores que consideran que es un derecho real per se como Suarez[695] y hasta se ha llegado a hablar de una servidumbre.

Existen varios antecedentes parlamentarios de esta ley, pero los más relevantes respecto del tema que se aborda son el proyecto del doctor Alejandro Ruzo, que éste enviara al H. Senado de la Nación, con fecha 19 de julio de 192, que seguía las pautas del Código Civil francés, italiano[696], belga y español, y establecía al respecto la prohibición al propietario del último piso, de levantar nuevas construcciones sin el consentimiento de los demás condueños. Cabe, también, mencionar un trabajo elaborado en el año 1943, por una comisión civilista dependiente del Instituto Argentino de Estudios Legislativos, encabezada por Alberto G. Spota, quien elaboró el proyecto que introducía en su primer artículo un régimen de copropiedad sobre edificios construidos o a construir. Como antecedente inmediato de la ley 13512 se señala el proyecto del Dr. Ernesto Sanmartino, del 27 de junio de 1946, que en su artículo 15, disponía que "el propietario del último piso no puede elevar nuevos pisos o nuevas fábricas, ni el del piso bajo o subsuelo, realizar excavaciones, sótanos, etc., sin el consentimiento unánime de los propietarios de los otros pisos o departamentos, en todos estos casos se requerirá el informe de las oficinas técnicas municipales, en el sentido de que tales obras no perjudicarán la estabilidad o seguridad del edificio"**.**

También cabe recordar el anteproyecto de propiedad horizontal presentado por la comisión integrada por Guillermo Allende, Agustín Durañona y Vedia, Jorge H. Alterini y Carlos Chevallier Boutell, que en su primer apartado comienza como el art. 7 y en el segundo, legisla en forma casuística sobre los derechos del propietario del último piso o el adjudicatario del uso exclusivo de azoteas, terrazas o patios, a sobreelevar o hacer obras nuevas en su unidad, previo consentimiento de la mayoría, y requiere el informe técnico a satisfacción del consorcio de las obras a ejecutar y pautas procesales a seguir en caso de oposición infundada. Y luego

[694] RODRIGO DE PUBUL MARTÍN, N. S. (1984). La sobreelevación en la propiedad horizontal. *Revista Notarial*, n° 873, p. 447.
[695] SUARES, C. M., Trabajo presentado al Premio Caputi, y SUARES, C. M. (1978). La venta del espacio aéreo, *LL*-1978-911.
[696] Aunque no se siguió la letra del italiano en el tema de la sobreedificación.

establece que: "el autorizado a ejecutar la obra en su propio beneficio cargará con los gastos que demande la alteración de porcentaje y la modificación e inscripción del reglamento…"[697] .

Actualmente se encuentra regulado con relación a la propiedad horizontal en el art. 2052 del CCC, que dispone que requiere unanimidad porque gravita o modifica el inmueble de una manera sustancial y el art. 2116 del CCC, que establece que el derecho de superficie puede emplazarse sobre construcciones ya existentes aún dentro del régimen de propiedad horizontal.

A la luz de la legislación española, se puede concluir que el derecho a construir, sobreelevar o subedificar en inmueble ajeno, puede existir al igual que en el derecho español, en el nuestro, pero a través de:

- la constitución de un derecho de superficie tanto por el propietario único (en el caso que una sola persona sea propietaria de la edificación o por todos los consorcistas o copropietarios de un edificio, que tiene un plazo determinado de tiempo, y que en el derecho argentino puede afectarse a propiedad horizontal;

- la reserva que puede hacer el propietario que enajena todo o parte de unidades, para sí o para terceros del derecho de edificar y solicitar al momento de vender unidades que le otorguen los futuros adquirentes, poder irrevocable para autorizarlo a construir y modificar el reglamento (reserva que en argentina se formaliza en escritura pública, pero no se inscribe en el Registro, porque no es un derecho real, ni existe una ley que ordene su inscripción- art. 2 de la ley 17.801, salvo que se introduzca en el reglamento);

- o los copropietarios en conjunto de un edificio, pueden unánimemente otorgar en asamblea el derecho personal a favor de uno de los consorcitas o un tercero para que éste construya una unidad y modificar a su momento, por acuerdo unánime (porque dicha decisión afecta el derecho de todos y necesita por lo tanto la conformidad de unánime conf. art. 2061 del CCC), el reglamento para incluir dicha unidad o unidades en el sistema de propiedad horizontal de todo el edificio. Aunque esto, no tendría que verse como la cesión de la cuota de parte indivisa de un condominio de indivisión forzosa a favor de un tercero, lo que como se señaló es inaceptable; sino como la creación de una unidad más, con la consiguiente modificación del reglamento por ello y la transmisión de dicha unidad con el correspondiente porcentaje al tercero.

En nuestro derecho, deben diferenciarse estas situaciones, del caso en que tercero construye o edifica en terreno ajeno, sin que se haya constituido derecho real de superficie. En dicho supuesto según sea de buena o mala fe, utilice materiales del dueño del inmueble o ajenos

[697] BROWNE de BEDOYA, D. S., ATKINSON, H. E. (1984). La sobre-elevación en la propiedad horizontal, *Revista Notarial*, 873-1984, p. 471.

variará la situación y lo que pueda reclamar según el caso (conf. art. 1962 del CCC), pero siempre el propietario del suelo será el propietario de lo construido en su inmueble, como de lo plantado, y de los materiales que utilice en la construcción, siembra o plantación (aunque éstos sean ajenos); en virtud del principio de accesión y extensión del inmueble (salvo en el caso particular del art. 1963 del CCC). Es que, como consecuencia de dicho principio de accesión, el propietario del suelo hace suyo lo construido o plantado en el mismo, porque lo accesorio, que serían las construcciones y plantaciones siguen la suerte de lo principal que es el suelo[698]. Aunque debe tenerse en cuenta, que en la propiedad horizontal se rompe este principio porque lo principal es la unidad y lo accesorio el suelo donde se apoya la construcción. Por eso dice Colman Lerner[699], que una vez que el propietario de un edificio resuelve dividirlo y afectar al régimen instituido de Propiedad Horizontal, "mientras no preserve sus derechos para ampliar la edificación, lo que construya automáticamente será de propiedad horizontal…de toda persona que acceda a la titularidad del dominio de las distintas unidades funcionales, en la proporción que le corresponda en las cosas y bienes comunes; y en consecuencia, todos los copropietarios dueños exclusivos del edificio, serán los dueños de las nuevas unidades que se construyan". Fontbona también participa del criterio de que en la propiedad horizontal el terreno pasa a ser accesorio[700]. Suarez en contra considera que eso es una contradicción porque la unidad funcional no puede existir sin terreno, y este pensamiento lo considera "aceptable en aquellos países que admiten el derecho de superficie…"[701]. Siguiendo a Silva, se puede recordar que cosa principal es la que reúne las notas de independencia y autonomía económica y jurídica, resultando una unidad de servicio que responde a un fin económico[702]. Se ha dicho que consideras dos cosas unidas por un nexo de integración, debe decirse que es principal, la que desde un punto de vista económico social responde a un servicio y aun fin de economía privada

[698] RIVERA, S. E. (1997). La accesión invertida como modo de adquirir el derecho de vuelo. *Revista General de Derecho*, T. 639, Valencia: Lex, p. 13789. Sin embargo, la jurisprudencia española del Tribunal Supremo en un fallo del 18 de marzo de 1948 ha sentado, respecto del supuesto de construcción de buena fe en inmueble ajeno que: "mientras el pago de la indemnización no tenga efecto, no ostenta el dueño del predio, el dominio de lo edificado y, por el contrario, el que edificó de buena fe tiene el derecho de retención que establece el art. 453 del Código Civil Y esta doctrina ha sido sostenida por sentencias posteriores.

[699] COLMAN LERNER, H. (1982). Propiedad Horizontal. La reserva o concesión del derecho de nuevas construcciones. *Revista del Notariado*, p. 341.

[700] FONTBONA, F. (1968). La sobreelevación de edificios de la propiedad horizontal. *Revista del Notariado*, n° 701, p. 1256 y ss.

[701] SUAREZ C.M. (1978) La venta del espacio aéreo, *LL*-1978-912.

[702] SILVA A. V (1954). Voz: *Cosas Principales*, Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo IV. Bs. As.: Bibliográfica Argentina, DRISKILL, p. 1042.

o pública, a cuyo efecto deben subordinarse las cosas accesorias, pertenencias o partes integrantes del todo económico[703].

También se puede explicar que lo que se construya accederá al terreno y espacio aéreo inmobiliario que sigue siendo común y formará un todo con ellos, hasta que se modifique el reglamento y se designe a lo nuevo construido como una nueva unidad privativa y se la transmita; y por lo tanto allí ésta será lo principal la unidad y el suelo y el espacio aéreo junto al resto de cosas y partes comunes del edificio, lo accesorio a ella como al resto de las unidades. Es que debe tenerse en cuenta que hasta tanto se otorgue el reglamento de propiedad horizontal, el terreno es lo principal y la construcción lo accesorio, y a partir de él y su inscripción las unidades adquieren independencia o autonomía, física, económica y jurídica y pasan a constituir lo principal.

Precisamente respecto de las condiciones generales para el ejercicio del derecho de sobreelevación la doctrina argentina ha enumerado[704]:

a. La unanimidad: de los consorcitas, aunque el voto puede darse por poder especial o autorización, que se incluye como cláusula especial en el reglamento o fuera de él por escritura pública. La razón de la unanimidad es que se está disponiendo de la propiedad del suelo que se extiende "usque ad coclum et usque ad ínferos", y se puede producir una disminuciòn en el valor del edificio por aumento de habitantes, incremento de uso de cosas comunes, etc., y porque "el espacio aéreo sobre el inmueble pertenece a la comunidad y no se puede admitir el enriquecimiento de uno basado en una apropiación indebida"[705].

b. La aprobación de autoridad administrativa de la autoridad competente.

c. Respetar euritmia o aspecto arquitectónico y seguridad del edificio. No será necesaria la existencia de un peligro concreto que atente contra la seguridad del edificio, pues basta que el mismo sea futuro, ya que se afecta a la seguridad, tanto por la existencia de un daño inminente como por el que se pueda producir en un período de tiempo más o menos lejano.

d. Realización de obras de consolidación necesarias[706].

e. Las molestas no deben superar la normal tolerancia.

---

[703] FARINI, M. B., GAZZOTTI, A., GEREZ DE UEMA, M. L., TARIGO, D. H., MORA de TARIGO, M. C. (1984). La sobreelevación de la propiedad horizontal. *Revista Notarial*- 873-1984-393.

[704] Ver FARINI, M. B., GAZZOTTI, A., GEREZ DE UEMA, M. L., TARIGO, D. H., MORA de TARIGO, M. C. (1984). La sobreelevación de la propiedad horizontal. *Revista Notarial*- 873-1984-394 y ss.

[705] FARINI, M. B., GAZZOTTI, A., GEREZ DE UEMA, M. L., TARIGO, D. H., MORA de TARIGO, M. C. (1984). La sobreelevación de la propiedad horizontal. *Revista Notarial*- 873-1984-398.

[706] Aunque algunos discuten que si están son de envergadura y se deben reforzar los cimientos etc. Se necesite un nuevo consentimiento. Ver en este sentido: ZANÓN MASDEU, L. (1964). *La propiedad de casas por pisos*. Barcelona: Ediciones Ariel, p. 68.

f. Proyecto y planos aprobados. Se aconseja que el condueño o tercero con derecho a sobredificar o subedificar, comunique a la asamblea el proyecto, con los correspondientes planos. Y que estos sean aprobados. No obstante se ha considerado, que si transcurre un cierto tiempo desde que se presentaron y los consorcistas no manifiestan su oposición se entenderá, en forma tácita que prestan su consentimiento[707]. Actualmente el consentimiento tácito se puede entender que se podría dar oír el mecanismo dispuesto en el art. 2060 del CCC. Pero siempre dicho proyecto debe cumplir las ordenanzas y normas municipales y locales pertinentes. Si se incumple ello, se podría iniciar acción de obra nueva, o de despojo (art. 2241 del CCC), de reivindicación (art. 2252 del CCC) según el caso y ordenar la demolición o suspensión por una media precautoria; se podría acción preventiva del art. 1711 del CCC y por supuesto por daños y perjuicios si estos se han provocado (art. 1772 y concs. CCC).

g. Aire y luz: Si se disminuye en forma considerable, se entiende que los propietarios de los pisos inferiores en el caso de sobreedificación podrían oponerse.

h. Daños y gastos: Si las de sobreedificación no se ajustan a derecho, en algunos supuestos excepcionales y en virtud del abuso del derecho y de la interpretación económica del mismo, puede ordenarse en vez de la demolición, la indemnización de daños y perjuicios si estos son mínimos comprados con lo que implicaría la demolición de la obra. Se sugiere prever que el autorizado cubrirá todos los gastos, costos, honorarios profesionales, planos, tramites administrativos, impuestos, etc. que demande la transformación y la modificación del reglamento de propiedad horizontal y los daños que las obras ocasione la construcción a las cosas comunes, consorcistas, obreros, terceros, etc. La obligación de contratar seguros integrales que cubran de todo daño directo o reflejo al Consorcio y a sus integrantes.

i. Relación concreta respecto de la situación de los bienes comunes que se amplían o modifican.

j) Porcentaje que se asignará a las nuevas unidades sobre los bienes comunes, y las modificaciones de los porcentajes de las unidades existentes con respecto al todo una vez concluida la obra.

k) Renuncia de la titularidad de las obras nuevas a favor del autorizado, la que se consolidará al modificarse el reglamento.

l) Otorgamiento de los mandatos para todos los actos necesarios en pos de llevar adelante el proyecto, incluyendo las facultades a fin de adjudicar las unidades y reformar el reglamento. Se aconseja la irrevocabilidad de los poderes.

[707] FARINI, M. B., GAZZOTTI, A., GEREZ DE UEMA, M. L., TARIGO, D. H., MORA de TARIGO, M. C. (1984). La sobreelevación de la propiedad horizontal. *Revista Notarial*- 873-1984-398.

ll) La posibilidad o no de cesión del derecho de sobreelevar.

m) Se aconseja que se fije un plazo para el comienzo y terminación de las obras y las consecuencias de su incumplimiento, como por ejemplo: las compensaciones a abonar en caso de obras realizadas parcialmente.

ñ) Contribución del autorizado al pago de impuestos, tasas o contribuciones fiscales, que se deriven de la sobreedificaciòn[708].

En cuanto al sujeto activo, para Racciatti, el derecho de sobreelevar puede ser ejercido tanto por los titulares de él[709], que son todos los integrantes del consorcio, dueños del terreno y de los demás bienes comunes en que se asentará la nueva construcción, y puede ser cedido al dueño del último piso, o a un tercero, "puesto que el espacio aéreo no reviste la característica de necesariamente común"[710]. Para Zanón Masdeu[711] al igual que Racciatti, la disposición relativa a la construcción de nuevas plantas puede reservárselo el propietario originario del edificio o de reservarla el derecho de trasmitir dicha facultad a terceros. En contra se pronuncia Fontbona[712], para el caso de que el propietario originario hubiere dejado de integrar el consorcio.

Para el jurista Belga Pierre Poirier[713], si no se le cede al tercer adquirente una fracción de terreno al mismo tiempo que el derecho de sobreelevar, se está en presencia de un superficiario.

Zanón Masdeu explica que: "en nuestro derecho (refiriéndose al español que en esto es igual al nuestro) según el art. 11 de la ley de Propiedad Horizontal, son titulares de la sobreedificación, todos los condueños del edificio, al consistir ésta en una facultad derivada del dominio, esto es, al ser copropietarios del suelo, también lo serán del vuelo o espacio dominante y, por consiguiente, titulares de la sobreedificación"[714].

---

[708] Los requisitos h al ñ son enumerados por COSSARI, N. A, LUVERA, M. Á. (2005). Propiedad horizontal: techo edificable y tráfico inmobiliario. El Derecho - UNIVERSITAS S.R.L -*Revista del notariado* - Año CVIII - Abr/May/Jun. Id SAIJ: DACF060030. Ver SARUBO, O., ABELLA A. y NAVAS, R (h.) (1999). El derecho a sobreelevar en la propiedad horizontal, en NUTA, A., *Curso de Derecho Notarial*, Bs. As.: Ed. Ad Hoc, p. 293.

[709] Aunque el art. 7 de la ley 13512 hablaba del titular del último piso.

[710] RACCIATTI, H. (1958). Propiedad por pisos o departamentos. Bs. As.: Ediciones Depalma. 2da. Edición, p. 403.

[711] ZANÓN MASDEU, L. (1964). Cap. XII. La sobre-edificación . En *La propiedad de casas por pisos*, Barcelona: Ediciones Airel, , pp. 391-392.

[712] Ver FONTBONA, F. (1968). La sobreelevación de edificios de la propiedad horizontal. *Revista del Notariado*, n° 701, p. 1256 y ss.

[713] POIRIER, P. (1955). La propiedad Horizontal: Condominium. Buenos Aires, p. 49., citado por FERNÁNDEZ ROUYET, R. D. (1984). El espacio aéreo en la propiedad horizontal. Sobreelevación. *Revista Notarial*, 873, p. 458.

[714] ZANÓN MASDEU, L. (1964). Cap. XII. La sobre-edificación . En *La propiedad de casas por pisos*, Barcelona: Ediciones Airel, p. 393.

Zanón agrega que, teniendo en cuenta el derecho de superficie que ahora también se encuentra receptado en el derecho argentino, que se pueden dar en la práctica estos supuestos:

a) Que el terreno pertenezca a todos los condueños del edificio (caso común de propiedad horizontal)

b) Que el edificio constituya una propiedad superficiaria, por pertenecer el suelo a persona distinta de los condueños[715].

En este último caso para este autor, contra la opinión del ilustre jurista Roca Sastre[716] que sostiene que la concesión del derecho le corresponderá al propietario del suelo y al superficiario, entiende que sólo le corresponde al superficiario, porque este derecho implica la facultad de sobreeledificar. Se advierte que esto podría llegar a interpretarse, sólo en el caso en que el contrato en que se constituye el derecho de superficie no limite este derecho. Pero es poco usual que el contrato no especifique si puede sobreelevar o no, o la altura hasta la que puede hacerlo, etc., o que se aclare que el superficiario puede construir según un proyecto aprobado por el dueño del suelo. Porque a este último, cuando finalice el derecho de superficie le corresponderá dicha construcción por el principio de accesión y por lo tanto le resulta trascendente especificarlo[717].

c) Supuesto en que el propietario del terreno y edificio al venderlo por pisos va reservándose el derecho de sobreedificar. Aunque aclara Masdeu que en dicho caso habrá que distinguir si lo edificado lo es en propiedad horizontal o en superficie, estando para ello a la voluntad de las partes, pero si nada se ha pactado, "lo sobreedificado pasará a ser propiedad privativa o separada del propietario originario"[718]

d) Caso en el que los copropietarios transmiten a un copropietario específico a un tercero el derecho. Para Farini, como en la Provincia de Buenos Aires, lo realizado por un tercero no titular, se entiende efectuado por los titulares, sobre ellos recae la responsabilidad, es decir que consideran al tercero un mandatario de los propietarios[719].

También advierte Farini, que para ellos el supuesto en que el propietario de un edificio construido prevea en los planos respectivos y aprobados, la construcción de otras unidades

[715] ZANÓN MASDEU, L. (1964). Cap. XII. La sobre-edificación . En *La propiedad de casas por pisos*, Barcelona: Ediciones Airel, p. 393

[716] ROCA SASTRE, R. M. y ROCA- SASTRE MUNCUNILL, L, (1979). *Derecho Hipotecario*, III, Barcelona: BOSCH SA, p. 644.

[717] ZALDIVAR, G. (1977). La venta de aire, del espacio aéreo. El Derecho de Superficie. Los Derechos reales suprimidos. *LL*-1977-D-781.

[718] ZANÓN MASDEU, L. (1964). Cap. XII. La sobre-edificación . En *La propiedad de casas por pisos*, Barcelona: Ediciones Airel, p. 393.

[719] FARINI, M. B., GAZZOTTI, A., GEREZ DE UEMA, M. L., TARIGO, D. H., MORA de TARIGO, M. C. (1984). La sobreelevación de la propiedad horizontal. *Revista Notarial*- 873-1984-400.

como en "construcción" o "a construirse" y que, en tal situación, otorgue el reglamento determinando cuales unidades se encuentran en una u otra situación, no es un caso de sobreedificación, en contra de lo que opina Fontbona en su trabajo presentado al premio Caputi. Aunque acepta que cuando en el reglamento se determina las unidades construidas y las a construir conforme a los planos, se trata de una reserva táctica.

La reserva de sobreedificación debe hacerse en el reglamento por escritura pública e inscribirse en el registro para ser oponible erga omnes, es decir no solo será aceptada por los primeros compradores de unidades sino también por los posteriores y sus sucesores deberán respetarla.

Con respecto a la posibilidad de sobreedificación o subedificación parcial que no abarque la totalidad del espacio aéreo o subterráneo; Zanón Masdeu se pregunta si, cuando los condueños hayan otorgado la facultad de sobreelevar a los propietarios de la última planta (que se compone de varios locales o unidades), se pueden ejercitar los derechos de cada propietario de la última planta por separado, y en cuanto al sector delimitado por su piso o local, o bien conjuntamente". En el derecho italiano, interpretando los artículos 1117, 1122 y 1127, se consideró que la facultad de sobreedificar corresponde la propietario exclusivo de la última planta, y si ésta pertenece a distintos propietarios, no podía uno de ellos sobreelevar en la parte correspondiente a su propiedad privativa. Greco dice que al aplicarse las normas referentes al ejercicio de un derecho real, se debe ejecutar por todos indistinta e indivisiblemente, no por partes". En sentido contrario se pronuncian ciertos autores como Viscro[720].

En el derecho español, se considera que el derecho le corresponde a todos los propietarios, y resulta admisible que sobreedifique parcialmente, siempre que no se lesione la estética o euritmia del edificio. Ahora, cuando se conceda la facultad al propietario del último piso o de otro cualquier y este pertenezca proindiviso a varias personas, será necesario que la sobreelevación sea ejercida por todos conjuntamente y los gastos se distribuyan entre ellos según su participación en la copropiedad del piso, conforme art. 408 del CC español[721].

Farini[722] entiende que no es admisible la edificación parcial, porque ello atenta contra la euritmia del edificio. Sin embargo, puede pensarse en situaciones donde esta construcción, aunque parcial, no la afecte o sea consentida por todos.

---

[720] VISCRO, I, (1960), *Le casi in condominio*. Milán: 5ta. Edi, Dott A. Giuffre, p. 208, Dicho autor cita como partidarios de su postura a Ferranti y Grecco.

[721] ZANÓN MASDEU, L. (1964). Cap. XII. La sobre-edificación . En *La propiedad de casas por pisos*, Barcelona: Ediciones Airel, p. 408.

[722] FARINI, M. B., GAZZOTTI, A., GEREZ DE UEMA, M. L., TARIGO, D. H., MORA de TARIGO, M. C. (1984). La sobreelevación de la propiedad horizontal. *Revista Notarial*- 873-1984-405.

En cuanto al nacimiento del derecho real de propiedad horizontal en cabeza del constructor, para ello hará falta luego de que apruebe la modificación del reglamento, que se escriture la unidad a favor del mismo (ya sea por acto de adjudicación si se divide el condominio, en el caso del que sobreeleva es copropietario, o de venta etc., si es tercero y se le haga tradición, la que generalmente no hará falta porque al haber construido la unidad ya tendrá la tenencia de esta por la traditio brevi manu pasará a ser poseedor. Fernández Rouyet[723] agrega que además se debe otorgar el instrumento público de enajenación; pero si el titular del derecho de sobreelevar es dueño de una unidad funcional, la situación es distinta y la oponibilidad del derecho y garantías son superiores. Los sucesores singulares y universales deben reconocer este derecho, porque el reglamento opera como un contrato de adhesión y se deben redistribuir los porcentuales. Pero si el que tiene el derecho es un tercero no titular de unidad para Suares, no es posible disminuir el porcentual de los otros si ello no estuviera previsto en el reglamento[724]. Fontbona, por el contrario, acepta la posibilidad de redistribución con la conformidad expresa de todos los propietarios, y que el autorizado abone a éstos el valor proporcional del condominio de terreno, cimientos, muros, etc.[725].

En cuanto a la registración, la incorporación de las unidades, una vez construidas, se efectuará por los mecanismos habituales existentes en cada jurisdicción, determinándose así el nacimiento de la "cosa inmueble" o unidad en sede registral. Se procederá de la misma forma y según prevé el derecho de fondo en cuanto a la titularidad de la propiedad que a cada unidad corresponda, anotándose el desglose e inscribiéndose en la submatrícula que se habrá a tal fin.

Debe tenerse en cuenta que si no se ha constituido derecho de superficie, actualmente admitido por el Código Civil y Comercial, la propiedad de lo construido pertenece a todos los integrantes del consorcio.

Para Moreira[726], la adjudicación de la nueva unidad al titular de la autorización, se efectúa a título de construcción realizada en base al derecho de sobreelevación, que el mismo renuncia en beneficio del conjunto de los derechos que le corresponde sobre obras comunes y los

[723] FERNÁNDEZ ROUYET, R. D. (1984). El espacio aéreo en la propiedad horizontal. Sobreelevación. *Revista Notarial*, 873, p. 459.
[724] SUAREZ C.M. (1978). La venta del espacio aéreo, *LL*-1978-913.
[725] SUAREZ C.M. (1978). La venta del espacio aéreo, *LL*-1978-913 y FONTBONA, F. (1968). La sobreelevación de edificios de la propiedad horizontal. *Revista del Notariado*, n° 701, p. 1257. LAJE, E. J. (1957). *La propiedad horizontal en la legislación argentina*, 2da. Edición, Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 261, también admite la posibilidad de redistribuir al igual Fontbona. El proyecto de LEY DEL RÉGIMEN JURÍDICO de la propiedad horizontal, elaborado por la comisión especial designada por el Ministerio de Justicia de la Nación en el año 1981, dispone que: "En los casos en que se autorice una obra nueva de interés particular, el interesado cargará con los gatos que demande la alteración de porcentuales y la modificación e inscripción del Reglamento…".
[726] MOREIRA, L. A. (1982). Seminario sobre Técnica Notarial. Instituto Argentino de Cultura Notarial, Buenos Aires, p. 50.

propietarios a las obras que les corresponderían por accesión y sean privativas. Para Fontbona[727], por modificación del reglamento, declarativo constitutivo del nuevo dominio o dominio modificad ne el que todos los propietarios le acuerdan la propiedad de lo construido. Pero no se entiende bien esta postura, porque en el reglamento, no se le asigna a las personas las unidades, sino que solo se menciona cuales integran el edificio, salvo que la autorización sea dada al propietario de una de las unidades y que la nueva construcción se considere que accede a la misma. Se habla[728] de un nuevo modo de adquisición del derecho real en dicho caso, por acto constitutivo declarativo como dice Fontbona, teniendo en cuenta que la posibilidad de la autorización está prevista y antes estaba plasmada en el art. 7 de la ley 13.512 y el art. 18 derogaba toda disposición que se le opusiera a la misma.

Para Borda[729], la única posibilidad que queda es el otorgamiento del instrumento público de enajenación conjunto con la tradición de la unidad.

Según Farini, en la provincia de Buenos Aires, se autoriza a sobreedificar mediante; a) Aprobación de todos los copropietarios del plano de obra y del plano de subdivisión, c) Modificación del reglamento., por el cual el sobreedificante ingresa en forma directa a la comunidad. Se suele establecer que las sub-parcelas tal y cual, se originan a expensas de tal unidad funcional, figurando como una desmembración de la anterior y con el correspondiente cambio de designación[730].

Con respecto a la cesión del derecho de sobreedificar, nada obsta a ello, pero se considera[731] que debe existir una mayoría que apruebe la cesión y que es innecesaria la unanimidad, y que lo que le interesa a los propietarios conocer es el grado de solvencia del cesionario, quedando lógicamente éste último tan obligado como el cedente. También el autorizado puede renunciar a su derecho a sobreedficiar, y va a estar eximido del pago de las expensas comunes mientras las unidades estén en proyecto. Para evitar interpretaciones confusas se considerará terminadas las que cumplan las condiciones de la Dirección de Catastro y de la Municipalidad. En cuanto a la intervención en las asambleas, indudablemente mientras

---

[727] FONTBONA, F. (1968). La sobreelevación de edificios de la propiedad horizontal. *Revista del Notariado*, n° 701, p. 1257.
[728] FERNÁNDEZ ROUYET, R. D. (1984). El espacio aéreo en la propiedad horizontal. Sobreelevación. *Revista Notarial*, 873, p. 461.
[729] BORDA, G. A. (1975), *Tratado de Derecho Civil, Derechos reales*. T. I, Bs. As.: Abeledo Perrot, Bs. As, p. 342.
[730] Según lo comentan FARINI, M. B., GAZZOTTI, A., GEREZ DE UEMA, M. L., TARIGO, D. H., MORA de TARIGO, M. C. (1984). La sobreelevación de la propiedad horizontal. *Revista Notarial*- 873-1984-406 y ss.
[731] FARINI, M. B., GAZZOTTI, A., GEREZ DE UEMA, M. L., TARIGO, D. H., MORA de TARIGO, M. C. (1984). La sobreelevación de la propiedad horizontal. *Revista Notarial*- 873-1984-412. En el mismo sentido también se pronuncian BROWNE DE BEDOYA, D. S. y ATKINSON, H. E. (1984). La sobreelevación en la Propiedad Horizontal, *Revista Notarial* 873-1984- 465.

el autorizado no sea propietario de la unidad, se ha dicho que puede participar con voz, pero no voto[732].

Laje sostiene que el autorizado a sobreelevar no puede transferir su derecho, porque existe una prohibición no expresa. Fundamentaba su postura en que el art. 7 de la ley 13.512, a contrario sensu solo permitía ello al propietario del último piso. Y presume que la finalidad de dicha norma fue solucionar el problema al propietario del último piso de aumentar su vivienda y no permitirle especular con la cesión de su derecho. Estima que no podría el autorizado enajenar las nuevas unidades funcionales, pese a haber estado consentida su construcción, salvo que el convenio hubiera dispuesto otra cosa, y sólo podría agregar accesorios a la unidad funcional privativa originaria, pero no crear nuevas de ese carácter. Que sólo posibilitaría la creación de nuevas unidades con la consiguiente modificación de expensas y proporciones en el condominio, que el derecho de sobreedificación no puede ser considerado como principal sino accesorio a la propiedad del último piso, aunque admite el pacto en contrario por no estar afectado el orden público[733].

Suares sostiene la posibibilidad de la transferencia sólo en el supuesto en que se transmita, conjuntamente parte del terreno y de las partes comunes, porque de lo contrario se configuraría un derecho de superficie[734]. Moreira y Fernández Rouyer consideran que es un derecho que puede ser cedido[735] y el primero agrega, salvo que se haya pactado lo contrario.

No obstante actualmente, el art. 2052 del CCC solo se refiere a la autorización para la realización de la obra por algún propietario o el consorcio, y no lo limita al propietario del último piso. Con relación a los terceros, parece que se entendió que se le podía dar directamente derecho real de superficie (conf. art. 2116 del CCC), aunque por la autonomía de la voluntad no se podría negar la posibilidad de otorgarle un derecho personal a sobreelevar.

Zanón Masdeu considera que, "es la anterior transmisión del derecho al vuelo, lo que fundamente la existencia de un derecho de indemnización, si la sobredelevación la ejercita un condueño o un tercero, como consecuencia del área a ocupar"[736].

---

[732] FARINI, M. B., GAZZOTTI, A., GEREZ DE UEMA, M. L., TARIGO, D. H., MORA de TARIGO, M. C. (1984). La sobreelevación de la propiedad horizontal. *Revista Notarial*- 873-1984-432.

[733] LAJE, E. J. (1957). *La propiedad horizontal en la legislación argentina*, 2da. Edición, Bs As: Abeledo Perrot, p. 256.

[734] SUAREZ C.M. (1978) La venta del espacio aéreo, *LL*-1978-913.

[735] MOREIRA, L. A. (1981). El nuevo horizonte de la Propiedad Horizontal. *Revista del Notariado*, 1981-779-1585. FERNANDEZ ROUYET, R. D. (1984). El espacio aéreo en la propiedad horizontal. *Revista Notarial* 873-1984-463 quien cita a Suares.

[736] ZANÓN MASDEU, L. (1964). Cap. XII. La sobre-edificación . En *La propiedad de casas por pisos*, Barcelona: Ediciones Airel, p.384

En el Código Civil Italiano, el art. 1127 dice que "quien lleva a cabo la mayor elevación debe abonar a los otros condueños una indemnización igual al valor actual del ala a ocuparse con la nueva construcción, dividido por el número de pisos, comprendido en dicho número el piso a edificar y detraído el importe de la cuota correspondiente a él". Como dice Perreto Griva[737], ello es a los efectos "hacer más factible la sobreedificación, pues sería muy difícil dividir entre los condueños la porción sobreedificada. Dicha indemnización tiene su fundamento, en el hecho de que al sobreedificar el propietario del último piso, viene a ocupar un espacio de terreno y área dominante reduciéndose al mismo tiempo, la cuota de participación de los demás". Si es la comunidad la que sobredifica esta no tendrá razón de ser. Se ha considerado que[738], "la indemnización constituye el precio que debe pagar quien sobreeleva, por la adquisición de una parte del suelo" Para Farini, Gazzotti, Gerez de Uema, Tarigo y Mora de Tarigo, el derecho de compensación es viable por el beneficio del autorizado de usar el espacio que es de todos y un terreno común aunque done las cosas comunes y se apropie con las propias[739].

La doctrina discute si es factible inscribir este derecho, porque la mayoría lo considera un derecho real. Y los Registros de la Capital Federal y la Provincia de Buenos Aires no lo admiten.

Pero si la cláusula surge del reglamento, la publicidad se logra por la inscripción e incorporación de ese reglamento en el Registro de la Propiedad Inmueble y la obligatoriedad de inscripción de dicha cláusula en cada escritura que se puede pactar. Y si la concesión es por acto posterior al reglamento, se la podría instrumentar como modificación del reglamento, la que puede inscribirse en el Registro[740].

Para Fontbona, si el mandato está contenido en el reglamento, las transmisiones de dominio de una o más unidades de las que consta un edificio, no alteran ni revocan dicho mandato, porque consideran que resulta de aplicación las normas del mandato tácito, por el hecho de aceptar o adherirse al dicho reglamento que integra su título[741]. Sin embargo otra parte de la doctrina considera que es necesario la aceptación expresa por parte del comprador en su escritura traslativa de dominio.

---

[737] Autor citado por FARINI, M. B., GAZZOTTI, A., GEREZ DE UEMA, M. L., TARIGO, D. H., MORA de TARIGO, M. C. (1984). La sobreelevación de la propiedad horizontal. *Revista Notarial*- 873-1984-412.

[738] ZANÓN MASDEU, L. (1964). Cap. XII. La sobre-edificación . En *La propiedad de casas por pisos*, Barcelona: Ediciones Airel p. 394, quien que meciona en dicho sentido a Rizzi.

[739] FARINI, M. B., GAZZOTTI, A., GEREZ DE UEMA, M. L., TARIGO, D. H., MORA de TARIGO, M. C. (1984). La sobreelevación de la propiedad horizontal. *Revista Notarial*- 873-1984-412.

[740] En este sentido también se pronuncian BROWNE de BEDOYA, D. S., ATKINSON, H. E. (1984). La sobre-elevación en la propiedad horizontal, *Revista Notarial*, 873-1984, p. 465.

[741] FONTBONA, F., en trabajo sobre sobreelevación presentado al Premio Caputi.

Farini, Gazzotti, Gerez de Uema, Tarigo y Mora de Tarigo[742], entienden que la inscripción no es obligatoria pero que resulta aconsejable, y que se debería insertar como simple nota en el cuerpo de cada matrícula.

Se recomienda el otorgamiento de poderes irrevocables al autorizado, y post morten, por un plazo determinado para efectuar en nombre de todos y cada uno de los propietarios de unidades, todas las gestiones, modificación de planos, reglamentos, pedidos de habilitación Municipal y otros trámites ante esta repartición o las que correspondan, para incorporar unidades que se den de alta y comprometer en venta unidades proyectadas y firmar escrituras[743].

1.2.9. Formas relativas a la sobreelevación en el proyecto de reforma de la ley 13.512 y de prehorizontalidad:

Por resolución n° 597 del 4 de julio de 1.980 del Ministerio de Justicia de la Nación, se encomendó a la comisión formada por los Dres. Guillermo Lorenzo Allende, Agustín Durañona y Vedia, Jorge H. Alterini y Carlos Chevallier Boutell, tal proyecto.

Entre varias modificaciones, las más relevantes relacionadas directa o indirectamente a la sobreelevación son:

- no se emplea en el mismo los términos departamentos o pisos, sino el vocablo unidad, para comprender las cocheras, y las partes exclusivas de los parques industriales y clubes de campo;

- se prevé entre las unidades complementarias, la unidad de cochera independiente de otra del mismo inmueble, las que pueden tener como propietarios a los de otras unidades, como a personas que no tengan otra unidad en el inmueble. Esto último tiene relevancia en el caso de sobreelevación[744].

---

[742] FARINI, M. B., GAZZOTTI, A., GEREZ DE UEMA, M. L., TARIGO, D. H., MORA de TARIGO, M. C. (1984). La sobreelevación de la propiedad horizontal. *Revista Notarial*- 873-1984-413.

[743] Ver FARINI, M. B., GAZZOTTI, A., GEREZ DE UEMA, M. L., TARIGO, D. H., MORA de TARIGO, M. C. (1984). La sobreelevación de la propiedad horizontal. *Revista Notarial*- 873-1984-430 y ss. Para estos autores hasta tanto no se modifique el concepto de cosa en el Código Civil vigente, el espacio aéreo no revista la condición de tal. Además, para ellos, la obra nueva es una especie de innovación que a diferencia de la sobreedificación no debe abarcar toda la superficie. Y tanto la sobreedificación como la obra nueva, son innovaciones, pero las mismas no deben ser confundidas entre sí. En cuanto al ejercicio del derecho de sobreedificación, puede pertenecer al propietario del último piso, a cualquiera de los titulares de las unidades, al propietario originario, aunque no se haya reservado ninguna unidad, a terceros extraños por concesión y a terceros extraños por cesión de quien poseía ese derecho. El derecho de compensación tiene carácter propter rem encontrándose obligado quien sea el propietario de las nuevas plantas edificadas.

[744] SUARES, C. M., Trabajo presentado al Premio Caputi, y SUARES, C. M. (1978) La venta del espacio aéreo, *LL*-1978-911. Explica que así se soluciona la disposición negativa 75 de la Dirección de Catastro de la Provincia de Buenos Aires, del 22 de abril de 1.958, inciso c) del art. 2, debido a que en el caso de que se haya reservado la posibilidad de construir nuevas unidades, no se justifica en modo alguno la disposición contenida en el mismo, que limita su transferencia a determinadas personas, otros copropietarios del edificio.

El art. 10 dispone respecto de las obras nuevas o innovaciones que: "toda obra nueva o innovación que pueda gravitar sobre la estructura del edificio o lo modifique de manera sustancial, no puede realizarse, sin el acuerdo unánime. El propietario del último piso o el adjudicatario del uso exclusivo de azoteas, terrazas o patios, no puede elevar pisos, ni ellos o el propietario de la planta baja o sótano, pueden hacer obras nuevas o nuevas construcciones en su unidad, sin el consentimiento de la mayoría o previo informe técnico a satisfacción del Consorcio. La oposición de la mayoría, que no se funde en la existencia de perjuicios podrá ser dejada sin efecto por el juez. La minoría disidente afectada en su interés particular, tendrá acción para insistir en su oposición. En ambos casos, el juez resolverá en proceso sumario. También tendrá derecho cualquier propietario afectado, a promover juicio sumarísimo cuando mediaren los motivos enunciados en el artículo 8°. En los casos en que se autorice una obra nueva en interés particular, el interesado cargará con los gastos que demande la alteración de porcentajes y la modificación e inscripción del Reglamento de Copropiedad y Administración. El propietario de unidades contiguas podrá introducir modificaciones en los muros divisorios que las separan, las que no implicarán alteración de la situación jurídica preexistente, salvo acuerdo unánime de los propietarios. Estarán a cargo del propietario beneficiario los gastos consiguientes".

Se advierte que no se entiende bien cuando se necesita el acuerdo unánime y cuando la mayoría, porque la elevación de pisos siempre gravita en la estructura, se entiende entonces que la mayoría se exige para obras de menor envergadura.

Con respecto al consentimiento necesario para la realización de las innovaciones, en cada uno de los casos mencionados, el mismo se dará mediante una asamblea. Pero a veces, la jurisprudencia ha admitido el consentimiento tácito[745]. En este sentido la legislación española, se inclina hacia la libertad de forma, pero en Italia algunas sentencias han exigido el consentimiento escrito, no admitiendo el tácito[746].

1.2.10. Análisis del derecho de sobre o sub edificar a la luz del nuevo Código Civil y Comercial:

El Código Civil y Comercial, no trata el derecho de sobre o subedificar de manera autónoma.

[745] Cam.N.Esp.Civ. y Com., Sala III, en "Consorcio Castex 3338/4 contra Martínez Eduardo.h.",el 18/09/1.981.
[746] FARINI, M. B., GAZZOTTI, A., GEREZ DE UEMA, M. L., TARIGO, D. H., MORA de TARIGO, M. C. (1984). La sobreelevación de la propiedad horizontal. *Revista Notarial*- 873-1984-381.

Sólo se refiere en el art. 2052 CCC a las obras nuevas que aunque no sean sobre o sub edificaciones, alteren las estructuras y se realicen un beneficio de un sólo consorcista, que requieren unanimidad.

Y luego en el derecho de superficie se admite que esta se emplace sobre un edificio en propiedad horizontal. Así el artículo 2116 del CCC dispone que el derecho de superficie puede constituirse sobre todo el inmueble o sobre una parte determinada, con proyección en el espacio aéreo o en el subsuelo, o sobre construcciones ya existentes aun dentro del régimen de propiedad horizontal.

A diferencia de las obras que no gravitan en la estructura, la ley no exige un informe técnico, ni ofrece la posibilidad de que alguien pueda exigirle al juez que las paralice por afectar la seguridad o solidez del edificio, Se entiende, que el informe técnico siempre debe requerirse y que cualquier ocupante o tercero que crea que el edificio puede demolerse o se pueda afectar la seguridad, puede pedir al Juez su paralización por prevención del daño.

Pero nuestro ordenamiento, no trata la posibilidad de ceder a otro el derecho a sobre o subedificar o del propietario originario de reservarse dicho derecho. Parece que el legislador, entendió que ello podía encausarse por medio del derecho de superficie o de una obligación personal asumida por el propietario o los consorcistas. Pero en tal caso ese derecho es temporal, salvo que a ello se le uniera la posibilidad o el derecho de comprar dicha unidad o la obligación de los consorcistas de transferírselo cuando termine el derecho de superficie, lo que podría llegar a pactarse como derecho personal. Se ha dicho, que otra diferencia entre la superficie y la sobreedificación, es que en esta el propietario o los copropietarios mantienen todas sus facultades y que la propiedad del suelo corresponde a todos los copropietarios del piso y pertenecerá también en parte al que sobreeleve. Para Vicente Font Boix[747], hay dos formas de sobreelevación: a) el derecho sobre el vuelo, que es de naturaleza real, y que faculta a su titular a construir sobre un edificio uno o varios pisos o plantas cuya propiedad pertenecerá al constructor unida a la copropiedad sobre determinadas partes del edificio resultante, llamadas comunes y entre las cuales y por esencia se incluye el solar. Y el Derecho de sobreelevación superficiario. Que es aquel de naturaleza real, que faculta a su titular para construir sobre un edificio, uno o varios pisos, "cuya propiedad pertenecerá ad tempus, al constructor, siendo el suelo y las edificaciones preexistentes de sus anteriores propietarios, así como la posibilidad de adquirir la propiedad de lo sobreedificado, transcurrido el plazo pactado expresamente. Lo que se diferencia con el derecho de superficiario sobre el suelo (Ley del Suelo)".

[747] Autor citado por FARINI, M. B., GAZZOTTI, A., GEREZ DE UEMA, M. L., TARIGO, D. H., MORA de TARIGO, M. C. (1984). La sobreelevación de la propiedad horizontal. *Revista Notarial*- 873-1984, pp. 419-420.

La facultad de disposición material, implica la posibilidad que tiene el propietario de realizar actos materiales directamente sobre la cosa, como mejoras, obras nuevas, destrucciones, etc..

La innovación a diferencia de los actos de reparación o conservación implica, como la palabra lo indica un cambio o introducir algo nuevo, que altera su condición anterior, sea en la materia, forma o destino.

Las reparaciones, son las que a diferencia de las mejoras tienden a conservar las cosas en el mismo buen estado de seguridad, comodidad, funcionamiento y decoro que tenían antes del deterioro.

A su vez entre las innovaciones, se pueden distinguir las meras mejoras de las obras nuevas, como ya se explicó. Las mejoras son las innovaciones que implican un mejoramiento de los sectores u aprovechamiento más cómodo. Mientras que la palabra obra, generalmente se utiliza para referirse a los actos materiales o innovaciones más sustanciales que traen aparejado un cambio estructural en el edificio; como construir un piso, una cochera, baulera o habitación que aumente la superficie cubierta. Pero es cierto, que en términos vulgares cualquier mejora, es una obra menos trascendente. Por eso, se ha aceptado que esta diferenciación es conflictiva, especialmente por la gran cantidad de supuestos que se encuentran en zonas grises, y muchas veces la clasificación no puede ser genéricamente atribuida, sino que depende de las circunstancias del caso planteado[748].

Las mejoras u obras pueden realizarse sobre la unidad privativa o en las partes comunes.

En principio sobre las partes privativas, existe libertad de acción, mientras que no se afecte la seguridad, solidez, el aspecto arquitectónico externo o cosas, sectores o servicios comunes y esté permitido ello por el reglamento, y el resto del ordenamiento jurídico.

Ahora si las obras se realizan sobre partes o cosas comunes, siempre van a requerir el consentimiento de los consorcistas en mayor o menor número, salvo el caso de las reparaciones urgentes.

El Código distingue entre las mejoras y obras nuevas sobre las partes o cosas comunes que requieren mayoría, de las que necesitan la decisión unánime de los consorcistas y que son en interés privado, en el capítulo 3 del Título V: Propiedad horizontal, del Libro Cuarto de los Derechos Reales, que se titula modificaciones en cosas y partes comunes.

El artículo 2051 del CCC se refiere a la mejora u obra nueva que requiere mayoría y expresa que: "*Para realizar mejoras u obras nuevas sobre cosas y partes comunes, los*

[748] C.N.Esp. Civ. y Com., Sala IV, sentencia de 19/10/81, "Rep.: La Ley", XLII, J-Z, 1899, sum. 58.

propietarios o el consorcio requieren consentimiento de la mayoría de los propietarios, previo informe técnico de un profesional autorizado.

Quien solicita la autorización si le es denegada, o la minoría afectada en su interés particular que se opone a la autorización si se concede, tienen acción para que el juez deje sin efecto la decisión de la asamblea.

El juez debe evaluar si la mejora u obra nueva es de costo excesivo, contraria al reglamento o a la ley, y si afecta la seguridad, solidez, salubridad, destino y aspecto arquitectónico exterior o interior del inmueble. La resolución de la mayoría no se suspende sin una orden judicial expresa".

Esta norma reproduce de alguna manera el art. 8 de la ley 13.512, el que incluía en la misma a diferencia de este artículo otras obligaciones de los propietarios, como las de pagar expensas y la facultad de los mismos de realizar expensas necesarias en ausencia del administrador y no mediando oposición y; reparaciones indispensables y urgentes.

Específicamente el artículo comentado dispone, que si un propietario quiere realizar una modificación u obra nueva sobre un sector común, debe pedir que se convoque a una asamblea extraordinaria y se decida por mayoría (que debe ser la absoluta en virtud de lo establecido por el art. 2060 del CCC). No obstante ello, tanto quien solicitó la autorización como la minoría en desacuerdo, pueden pedir al juez que tomando en cuenta los parámetros que la norma indica decida al respecto.

El art. 2052 llena un vacío de la ley 13.512, que la doctrina se encargó de cubrir y es el caso de la mejora u obra nueva que modifica la estructura[749] o se realiza sólo en interés particular[750] y que por lo tanto requiere unanimidad aún cuando no implique una sobre o sub-edificación, que eran los únicos supuestos tratados por el art. 7 de la ley 13.512. Dicha norma actualmente dispone: "*Si la mejora u obra nueva, realizada por un propietario o por el consorcio sobre cosas y partes comunes, aun cuando no importe elevar nuevos pisos o hacer excavaciones, gravita o modifica la estructura del inmueble de una manera sustancial, debe realizarse con el acuerdo unánime de los propietarios. También requiere unanimidad la mejora u obra nueva sobre cosas y partes comunes en interés particular que sólo beneficia a un propietario".*

Ahora en este último caso, se sigue la solución jurisprudencial, que establecía que si la obra conlleva la necesidad de modificar planos, reglamentos, etc., este gasto y las costas del

[749] PAPAÑO, R., J., KIPER, C. y ots. (1990). T. II, Bs. As.: Ed. Depalma, p. 31.
[750] Criterio de MARIANI DE VIDAL, M. (2004). *Derechos reales*. T. II, Bs. As.: Ed. Zavalía, p. 348.

juicio se debían imponer al infractor para evitar enriquecimiento sin causa[751], porque él motivó el pleito y los gastos de planos, escrituras, etc.. Así el art. 2053 del CCC dispone**: "***el beneficiario debe efectuarla a su costa y soportar los gastos de la modificación del reglamento de propiedad horizontal y de su inscripción, si hubiera lugar a ellos".*

En el primer caso, cuando la obra en las partes comunes gravitan sobre la estructura del inmueble, la unanimidad se impone, por la imposibilidad de disponer sustancialmente de bienes parcialmente ajenos. Al respecto la jurisprudencia había dicho que: "El cerramiento de balcones, patios, azoteas o construcciones en los mismos, así como la apertura o clausura de ventanas, puertas, etc., en pasillos y escaleras, aun cuando no estén expresamente mencionados en el art. 7, constituyen "obras nuevas" que requieren el consentimiento unánime de los consorcistas, porque implican actos de disposición (usurpación) sobre bienes que no son privativos de los propietarios"[752]. Además no puede erigirse como regla la subsistencia del valor económico de lo construido[753], porque esto alentaría la construcción de obras ilegítimas.

En el segundo caso de la obra realizada en interés particular, la solución de la norma se justifica para evitar un enriquecimiento u aprovechamiento de las cosas de todos por uno sólo sin causa, lo que da fundamento a la previsión del artículo 2053 del CCC que le obliga soportar los gastos de modificación del reglamento etc. y de la obra que se llevará a cabo para su provecho particular, sino se ordena la demolición de la misma. Al respecto cabe hacer notar que se ha mal entendido que como la terraza ahora es necesariamente común, porque con ese calificativo la menciona el art. 2041, si el dueño del último piso construye para sí una habitación, sobre la terraza no podría adquirirla por prescripción. Adviértase que si realmente fuera necesaria o indispensable, tampoco podría aún con consentimiento convertirla en propia y sin embargo el art. 2053 lo admite. Es que, lo que es siempre común es el recubrimiento y el espacio aéreo que se encuentra sobre el mismo, pero ese recubrimiento puede ir subiendo de altura por la construcción. También se ha dicho que no es necesariamente común[754], como si lo es el terreno, los cimientos, etc., es decir que no todos las cosas o partes del edificio mencionadas en el art. 2041 del CCC son indispensables.

Resulta interesante rescatar que la jurisprudencia española ha dicho: "que las terrazas que sean la cubierta de todo o parte del inmueble (terrazas a nivel) tienen, en principio, la

[751] CNCiv., sala C, 30/7/91, LL, 1991-E- 643. Ver fallo de la CNCiv., sala K, 18/12/89 (LL 1991-A-425).
[752] HIGHTON, E., *Derechos reales*, vol. 4, p. 182. 4° Cám. de Apel. Civil de Mza., ls. 45-031. RACCIATTI, H. (1994), Obras nuevas y el abuso del derecho en la prop. Horizontal, *LL* 1994-C-484.
[753] CNCiv., sala C, *LL* 1998-E, 780.
[754] LUNA, D. G. (2018), Derechos susceptibles de adquisición por usucapión en el Código Civil y Comercial. *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, I. Derechos reales I, Bs. As.: Ed. Rubinzal- Culzoni, p. 261, 264-265.

conceptuación legal de elementos comunes del edificio pues el art. 396 del Código Civil, lo menciona entre las partes comunes a las cubiertas. Pero la jurisprudencia ha aceptado que dicha enumeración es de ius dispositiva[755], tanto en un principio en el originario título constitutivo del edificio en régimen de propiedad horizontal, o bien por acuerdo posterior de la comunidad de propietarios que se adopte por unanimidad. Pues se considera no comunes por naturaleza o esenciales, como el suelo, las cimentaciones, los muros, las escaleras, etc., sino que lo son por destino o accesorios como los patios interiores, las terrazas a nivel o cubiertas de parte de edificio, etc.[756]

Debe tenerse en cuenta que a pesar de que se puede advertir realizando un análisis jurisprudencial, que se acude con frecuencia al abuso del derecho en el caso de obras antirreglamentarias en la propiedad horizontal, para evitar la demolición de las mismas, a partir de la reforma de la ley 17.711 de año 1968, el abuso del derecho ha dejado de ser una figura sin límites precisos y definidos que venía en ayuda del juez o del intérprete ante ciertas situaciones en la que estos operaban su aplicabilidad. Hoy, por el contrario, si se pretende hacerlo jugar en un caso dado, se debe ceñir a los términos expresos de la norma que lo recepciona[757], que antes era el art. 1071 y actualmente es el art. 10 de la CCC. Por eso se discrepa con la tendencia jurisprudencial que erige la excepción en regla.

Como juez de primera instancia, el doctor Cifuentes sentó una regla general para estos casos, en estos términos: "La sola violación del requisito de la unanimidad, puede considerarse en principio suficiente. La reparación no tiene otra forma de materializarse que restableciendo las cosas al estado en que se encontraban, es decir, ordenando la demolición". Pero ello es en principio, porque ante toda regla cabe dejar a salvo "la valoración de las circunstancias particulares susceptibles de permitir justas atenuaciones", si juega la doctrina del abuso del derecho, pero "si

[755] Sentencia de la Sala del 23 de mayo de 1984, 17 de junio de 1988, entre otras. Fallo citado por RGS. "El derecho de vuelo sobre la parte ya construida de un edificio sometido al régimen de propiedad horizontal se rige por la LPH y es elemento común. Anuario de Derecho Civil, Jurisp., Madrid, Ministerio de Justicia, T. 1993-II- 1016.

[756] Sentencia del 31 de enero, 15 de marzo de 1985, 27 de febrero de 1.987, 5 de junio y 18 de julio de 1989, entre otras. Pero agrega, que mientas la desafectación no se produzca por el propio título originario o por acuerdo unánime, ha de mantenerse la calificación legal, como como comunes, les corresponde también a los elementos de la segunda clase expresada, siendo este el supuesto aquí contemplado…" . Citado por RGS. "El derecho de vuelo sobre la parte ya construida de un edificio sometido al régimen de propiedad horizontal se rige por la LPH y es elemento común. Anuario de Derecho Civil, Jurisprudencia, Madrid, Ministerio de Justicia, T. 1993-II- 1016. Y sobre la propiedad del vuelo se ha dicho, "que el art. 350 del C.C. concede al propietario de terreno el derecho sobre el vuelo del mismo, concretado en el derecho de edificar sobre el terreno con las limitaciones que se establezcan. Y cuando se trate de un edifico sometido a propiedad horizontal, se debe interpretar esto conforme a la normativa específica, y con arreglo a ella el vuelo, es un elemento común del edificio".

[757]BAGLIETTO, GRINBERG y PAPAÑO, (1976). *Medianería*, p.166, núm.59. Buenos Aires: Ed. Abeledo-Perrot.

no se dan esas circunstancias exculpatorias, que deben jugarse estrictamente, no es dable sino ordenar la demolición".

A pesar de ello, aun siendo esto así, al autor citado le parece injusto que en las situaciones, donde existen construcciones susceptibles de alterar los planos originales, así como las proporciones de valor de las unidades con relación al conjunto del edificio a consecuencia de la mayor superficie adquirida por la unidad del autor de la ampliación, el perjuicio de la desposesión que ello significa lo absorba el reclamante. Por cuya razón se hace necesario, en casos como éste, recurrir a la doctrina de enriquecimiento sin causa, para dejar por lo menos patrimonialmente indemne a quien resultare privado, aun parcialmente de su propiedad, como una suerte de recupero de la equidad, en el terreno del derecho positivo. En este aspecto, una antigua sentencia de la Cámara Nacional Civil dejó establecido que la cuestión relativa al enriquecimiento sin causa, debe ser analizada aunque las partes no lo hubieren pedido, teniendo en cuenta la misión de los jueces de suplir el derecho[758].

Por lo tanto, es justo que se admita excepcionalmente la posibilidad de tener en cuenta situaciones, en que el ejercicio de las facultades inherentes a la protección de la propiedad parcialmente conculcada por la ejecución individual de obras nuevas sobre bienes comunes, podría implicar una conducta abusiva sino existiere lesión a intereses jurídicamente protegidos. Como ocurre, por ejemplo: cuando se pretende enervar el derecho de algún consorcista al uso o la modificación de bienes de la especie mencionada tendiente a la utilización de ellos conforme su destino secundario o accesorio, mientras ese uso o modificación no perjudique el destino principal[759]. Pero en definitiva, en los casos en cambio, en que el derecho no hubiere sido ejercido, contrariando los fines que el legislador tuvo en cuenta al reconocerlo, ni tampoco con malicia, mala fe, o ánimo de dañar, la solución que corresponde, para corregir los excesos derivados de la realización de las obras de este tipo sin la correspondiente autorización, es la demolición de lo construido y la consiguiente reposición de las cosas al estado anterior.

No obstante, debe tenerse en cuenta la advertencia consistente, en que desestimar la acción en tales circunstancias, partiendo de la base que la demolición de la obra constituiría un ejercicio

[758] CNCiv., sala C*, LA LEY*, 4-493. Digesto Jurídico, La Ley, t. III, p. 1567, n° 46.

[759] En los edificios, dice RACCIATTI, (1994), Obras nuevas y el abuso del derecho en la prop. Horizontal, *LL* 1994-C, p. 486, que: " pueden existir bienes comunes cuyo destino resulte único, como las escaleras, puertas de entrada, cañerías generales, mientras que otros pueden ser pasibles de un destino secundario o accesorio, además del principal como puede ocurrir, entre otros, con los muros maestros y demás paredes perimetrales que tienen igualmente, como destino normal aunque accesorio, el de recibir conductos, cañerías o aun de ser atravesados para comodidad o confort de los propietarios de unidades, como ocurre con la instalación de aparatos de aire acondicionado, o la unión de departamentos contiguos, mientras que la utilización de tales bienes comunes de acuerdo al destino secundario no perjudique el destino principal o el derecho de los demás consorcistas (ver obra del mismo autor titulada *Propiedad por pisos o departamentos*, n° 120, p. 249 y ss.)

abusivo de los derechos del consorcio, o del propietario agraviado, por ser mínimos los intereses lesionados con relación al perjuicio que se ocasionaría al infractor, puede exceder el espíritu que ha inspirado la teoría del abuso, sino se toma en cuenta que se debe acudir restrictivamente a este remedio excepcional, "para no introducir en su ámbito cualquier solución que pudiere interpretarse como perjudicial, incurriendo en lo que ingeniosamente se ha llamado el abuso del abuso del derecho"[760].

No obstante, el principio general sobre la importancia de los límites en el régimen de la propiedad horizontal, las discordancias sobre si en un caso particular existe o no abuso del derecho continúa hoy vigente. Así lo demuestra la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que a pesar de los distintos criterios de las instancias anteriores dijo en un caso que "Tratándose de una edificación que no pone en peligro la seguridad del edificio ni causa perjuicio alguno al consorcio –salvo una parcial disminución de la vista de una autopista para los consorcistas de los departamentos de dos pisos-, frente a las ventajas que acarrea el cambio de techo plano que colocó el demandado, en lugar del parabólico existente no sólo para el accionado, sino para el consorcio que debía construir un techo nuevo, porque el anterior estaba deteriorado, resulta injustificado disponer su demolición, por tornarse en abusivo el ejercicio del derecho"[761].

---

[760] RACCIATTI, H., (1994), Obras nuevas y el abuso del derecho en la prop. Horizontal, *LL* 1994-C, p. 486. Ver también doctrina y jurisprudencia citada en BELLUSCIO, A. C. (dir.) y ZANNONI, E. A (coord.). (1984) *Código Civil Comentado, anotado y concordado*, T. 5, Bs. As.: Ed. Astrea, p. 54, n°4 y notas 6 a 9. En semejante sentido, puede leerse ALTERINI, A y LÓPEZ CABANA, R, (1190). El abuso del derecho. Estudio de Derecho Comparado. *LL*-B -1117, quienes en el estudio citado en nota 5 también han hecho notar en la materia relativa al abuso del derecho, que conviene insistir en la purificación del concepto "evitando, el abuso de la teoría del abuso del derecho, como forma idónea de evitar su desprestigio. Su uso promiscuo, indiscriminado- abusivo en definitiva- la ha puesto en trance de ser convertida en una baratija".

[761] CSJN, caso "Consorcio de propietarios de la Avenida San Juan 440/444/4446 c. Souto, Enrique Carlos", sentencia del 04/02/1999, expte. 49.560, (C.904.XXXIII.R.H.), *ED* t. 184-301. En dicho caso la sala F de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil revoca la sentencia de la instancia anterior y condena al demandado a demoler la porción sobre-elevada de los muros y a retirar el techo plano que colocó en reemplazo del parabólico – en infracción a las previsiones legales y reglamentarias del ente consorcial- en el segundo cuerpo del edificio de la Av. San Juan 440/444/446 del cual dos unidades funcionales son de su propiedad. Ante la mencionada decisión la demandada interpone el recurso extraordinario por arbitrariedad y cuestión federal cuya denegación a fs. 703 dio origen a la presente queja.

En disidencia de la mayoría de los miembros de la Cámara que consideró tal recurso inadmisible en virtud del art. 280 del Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación. Los Señores Ministros Dres. Don Guillermo A. F. López y Adolfo Roberto Vásquez, entienden que si bien es cierto que determinar en qué situaciones existe ejercicio abusivo de un derecho, constituye una cuestión reservada a los jueces de la causa y ajena, por regla, a la instancia extraordinaria, el principio debe ceder cuando la decisión no se apoya en las constancia de autos, ni en criterio legal alguno, sino que es el resultado de afirmaciones dogmáticas sustentadas en la sola voluntad de los jueces (Fallos 316:2033).

Entendieron en primer lugar que: no obstante la antijuridicidad que se alegue respecto de los actos del consorcista que realiza una construcción, en infracción a los reglamentos y en interés personal, la solución extrema de pretender la demolición de la obra, no es razonable cuando no se ha puesto en peligro la solidez y seguridad del edificio, ni la intimidad de los vecinos.

2.- Prehorizontalidad:

2.1. Planteo previo

Para entender la prehorizontalidad, hay que tratar primero los requisitos que se exigen para que se pueda constituir el estado de propiedad horizontal y otorgar a favor de los adquirentes derecho real de propiedad horizontal.

Para afectar un inmueble a propiedad horizontal se deben cumplir una serie de requisitos previos, que se pueden clasificar en administrativos y jurídicos.

Los requisitos administrativos son fundamentalmente: un plano de mensura para la subdivisión horizontal del edificio construido (que antes exigía el art.4 dec-ley 18.734/49), plano conforme a obra, certificado final de obra, etc., entre otros requisitos que exijan las reparticiones locales respectivas. Este último usualmente tiende a demorarse, tanto por falta de cumplimiento del emprendedor propietario original, como por la burocracia de la misma administración. Y los requisitos jurídicos son el otorgamiento e inscripción del reglamento de propiedad horizontal[762].

Generalmente el reglamento es confeccionado por el titular del domino del inmueble, los condóminos, titular de propiedad horizontal especial si no está prohibido en el reglamento del conjunto y puede también otorgarlo el superficiario.

El nacimiento del estado de propiedad horizontal se produce con el otorgamiento e inscripción del reglamento de propiedad horizontal en el Registro, aunque para cierta doctrina especialmente notarialista, con el otorgamiento basta[763]. Y objetivamente, solo a partir de ese momento se pueden enajenar las unidades bajo el sistema de propiedad horizontal.

Para el adquirente nace su derecho de propiedad horizontal cuando luego o simultáneamente de constituido el estado de propiedad horizontal, reúne título suficiente para adquirir la propiedad horizontal (instrumento público) y modo (tradición), sobre una unidad perteneciente a un edificio sometido a propiedad horizontal, si se trata de adquisición derivada

---

Súmese a ello, que la medida debe desestimarse cuando las especiales circunstancias del caso la tornan excesivamente severa o innecesaria frente a la nimiedad de los intereses lesionados, a punto tal de constituir un ejercicio abusivo del derecho en detrimento de la riqueza ajena.

Cuando la admisión del reclamo de demolición de la obra nueva, trae anexo un notorio perjuicio económico del demandado sin un interés atendible o una necesidad a favor del consorcio, puede sostenerse que contraría los fines tenidos en cuenta por la ley para su reconocimiento.

[762] PUJOL DE ZIZZIAS, I. (2016). Propiedad horizontal. sistema y derecho, Tomo: IV, Bs. As.: Abeledo Perrot, J.A, p.1308 y ss.

[763] Ver doctrina citada en PUJOL DE ZIZZIAS, I. (2016)., Propiedad horizontal. sistema y derecho, Tomo: IV, Bs. As.: Abeledo Perrot, J.A, p. 1309 y ss.

entre vivos por ejemplo por: compra, adjudicación de condominio, permuta, aporte social, etc. Pero el tercero puede adquirir también por sucesión, subasta judicial, prescripción adquisitiva.

Se acepta que la inscripción en el registro del reglamento y de las adquisiciones sea simultánea acudiendo al tracto abreviado del art. 16 de la ley 17.801.

La prehorizontalidad, nace ante la necesidad de tutelar a los adquirentes de unidades a comercializarse mediante el sistema de la propiedad horizontal. Que como se habrá podido advertir, no pueden adquirir el derecho real de propiedad horizontal hasta que el inmueble se haya afectado a propiedad horizontal, para lo cual tienen que haberse cumplido, todos los requisitos jurídicos y administrativos expuestos. Se los intenta proteger frente a los emprendedores o vendedores, que por medio de información engañosa, o no contando con los fondos, ni con la garantía necesaria, intentan captar pequeños capitales o ahorros (en la faz de comercialización). Y luego no pueden llegar a terminar el edificio, y por ello no se le otorga el certificado final de obra, necesario para dictar el reglamento, inscribirlo y transmitir el derecho real prometido. Por otro lado, también la finalidad es protegerlos ante posibles fraudes, y frente a terceros. Es que, el adquirente con boleto de compraventa, que tal vez había invertido todos los ahorros de su vida para adquirir una vivienda familiar en un futuro edificio, al contar sólo con un derecho personal, muchas veces ven frustrados sus derechos, al no poderlo oponer a otros adquirentes de las mismas unidades (en caso de sobre venta de ellas), o más comúnmente a otros acreedores embargantes, hipotecarios y hasta frente a la masa de acreedores en el supuesto de concurso o quiebra del deudor. Debe advertirse que a su vez, dicha situación de desamparo, atenta contra la garantía de acceso a una vivienda digna establecida en el art. 14 de la Constitución Nacional y Tratados internacionales. Es por ello que a través del tiempo y reflejando la mencionada preocupación el Estado ha dictado sucesivas regulaciones en miras de proteger preventivamente el interés del sector más vulnerable de los adquirentes de inmuebles, frente a los abusos a los que se encontraban regularmente sometidos, poniendo especial énfasis en la etapa precontractual, para brindarles una mayor seguridad.

2.2. La ley 19.724:

La ley 19.724 se dictó en el año 1972 para solucionar la problemática explicada y proteger a los futuros adquirentes de unidades de un edificio que se sometería propiedad horizontal. Problemática que se patentizó luego de sancionada la ley 13.512 de 1948, la que admitió la división horizontal de un edificio previa afectación al sistema y el otorgamiento de un derecho real a cada adquirente, pero que no lo protegía en este lapso de tiempo que

generalmente se extendía y que transcurría entre la compra de la futura unidad y el otorgamiento de su derecho real sobre el mismo**.**

2.2.1. Ámbito de aplicación de la ley 19.724:

El mismo surgía del art. 1 de la misma, que expresaba: "Todo propietario de edificio construido o en construcción o de terreno destinado a construir en él un edificio, que se proponga adjudicarlo o enajenarlo a título oneroso por el régimen de propiedad horizontal, debe hacer constar, en escritura pública su declaración de voluntad de afectar el inmueble a la subdivisión y transferencia de dominio de unidades por tal régimen".

Esa declaración de voluntad de afectar el inmueble al régimen de prehorizontalidad debía instrumentarse por escritura pública.

Dicha escritura se debía inscribir en el Registro de la Propiedad, y dicha inscripción provocaba la inhibición del propietario para disponer del inmueble o gravarlo en forma distinta a la prevista por dicha ley (art. 4 ley 19.724).

Respecto de los contratos o boletos de compraventa que realizara el titular dominial con los futuros adquirentes, el art. 13 de la ley 19.724, preveía una serie de especificaciones que los mismos deben contener en protección al consumidor inmobiliario. Debe tenerse en cuenta al respecto, que esta ley junto con la 14.005 fueron unas de las primeras leyes que protegían y protegen, en el caso de la segunda norma, a los consumidores inmobiliarios, antes de que se utilizara este término. Y por eso, al igual que la ley de defensa del consumidor establecía una serie de normas tuitivas, por lo que se las puede considerar, verdaderas leyes de avanzada.

Cabe recordar que la ley 20.276 publicada en el Boletín Oficial el 18/04/73, enumeraba los casos que se exceptuaban de la aplicación ley 19.724, disponiendo en su art. 1, que estos eran las siguientes:

"a) Las adjudicaciones de unidades particulares en inmuebles, que se haga a los condóminos, comuneros, socios o asociados, por partición o división de condominio, comunidad hereditaria, sociedad o asociación;

b) La adjudicación o enajenación de unidades particulares en inmuebles cuya construcción se realice con préstamos de organismos oficiales nacionales, provinciales o municipales, cuando de las condiciones del mutuo con garantía hipotecaria resulte que la celebración de los contratos con los futuros adquirentes queda a cargo exclusivo del ente financiador, y los propietarios otorguen a tal fin poder irrevocable a favor de dicho ente. El régimen de excepción del presente inciso, sólo producirá efectos a partir de la inscripción de la obligación hipotecaria. Si en infracción a este régimen el propietario celebrare contratos con terceros prometiendo la transferencia de unidades particulares en el edifico a construir o en

construcción, se hará pasible de la sanción establecida en el primer párrafo del artículo 32 de la ley 19.724, y lo contratos celebrados serán inoponibles al ente financiador y a quienes hubieren contratado con él...".

2.2.2. Protección del adquirente por boleto de compraventa:

En definitiva, al adquirente por boleto de unidades que se comercializaban en un edificio que se sometería luego a propiedad horizontal, se lo protegía tanto por medio de disposiciones relativas al contrato y contenido del mismo, como principalmente por intermedio de una afectación previa al régimen que le impedía al propietario disponer y gravar el inmueble en contra del régimen (art. 4); y la posibilidad de publicitar su boleto de compraventa inscribiéndolo en el Registro de la Propiedad (art. 12). De esta manera estos derechos personales, obtenían oponibilidad frente a terceros acreedores del propietario, imposibilitando además, la doble venta y otras defraudaciones.

Por otro lado, los adquirentes con boletos registrados podían solicitar la cancelación parcial de la hipoteca que recaía sobre el inmueble, cuando cancelaban la parte proporcional de la misma correspondiente a su unidad en el conjunto (art. 22), entre otros efectos secundarios.

2.2.2.1. Disposiciones relativas al contrato de compraventa:

Por ejemplo, el art 14 manifestaba que, las estipulaciones gravosas para los adquirentes en el contrato, debían ser expresamente aceptadas por ellos en cláusulas especiales, y que el contrato debía ser redactado en forma clara y fácilmente legible Se intentaba con ello, proteger a los adquirentes contra las cláusulas abusivas, que se solían colocar en estos contratos de adhesión. Y el artículo 15 de la ley de prehorizontalidad reglamentaba también, la forma en que se debían establecer las cláusulas de reajuste del precio. Por otro lado, el art. 16 disponía la responsabilidad solidaria de todos los intervinientes en los contratos.

2.2.2.2. Afectación:

La ley 19.724 fue dictada fundamentalmente ante la necesidad de tutelar a los adquirentes de unidades a comercializarse mediante el sistema de propiedad horizontal. La prosecución de tal logro- dar seguridad a los adquirentes- revela que la ley tenía el carácter de orden público, con la siguiente imperatividad que se infiere de su propio texto y aún del mensaje del Ministerio del Interior que acompañó al proyecto .

La base esencial de la estructura establecida por la ley 19.724 se encontraba en la afectación al régimen de la prehorizontalidad publicitada registralmente *ab initio*, que se le imponía al titular de una cosa inmueble - terreno sin construcciones, edifico construido o en construcción- como requisito para su comercialización a título oneroso por el régimen de propiedad horizontal - arts. 1 y 4.- Como se señalara en el mensaje que acompañó al proyecto,

"uno de los objetivos de la afectación consiste en que en el acto de otorgamiento de la escritura respectiva, el propietario acompañe los elementos que habilitarán a los futuros adquirentes a conocer fehacientemente las condiciones de dominio del bien, el plano del proyecto de obra y su aprobación, las cláusulas del reglamento de copropiedad y administración y los porcentuales estimativos, información toda ésta que brindará al contrato seriedad y garantía no siempre posible de otorgar con el régimen anterior. La afectación del inmueble y la registración de las operaciones tienden a impedir que el propietario desbarate los derechos en expectativa enajenando o gravando el inmueble".

Dicha afectación comportaba una obligación, que con carácter previo al otorgamiento de los contratos, imponían al enajenante los arts. 1 a 4 y concs. de la ley. A la falta de cumplimiento de esta obligación que, si bien legal, se relaciona con el contrato de compraventa, se consideró que cabía asignarle por lo menos, los mismos efectos que la mora en las obligaciones contractuales, desde que tal forma de proceder no constituía un simple retardo en el cumplimiento de la obligación legal, sino acaso hasta un total y definitivo incumplimiento, pues no obstante que aún pueda otorgarse la escritura de afectación, no podría cumplirse con el art. 1[764]. Se consideró, por lo tanto que se trataba de una situación similar a la que la doctrina denominaba de "plazo esencial" o de constitución de mora "ex re", en las que resulta innecesario el requerimiento[765]. Y esta mora automática en que incurría el enajenante le impedía, si ni siquiera ha intentado remediar o purgar su estado de mora, reclamar a la contraria el cumplimiento de sus propias obligaciones, entre ellas la principal de pagar el precio del inmueble adquirido. En consecuencia tampoco podía accionar por resolución del contrato por incumplimiento[766]

En el renombrado fallo plenario de la Cámara Nacional en el caso: "Cotton, Moisés D. y otros v. Tutundjian, Simón", se sentó al respecto:

"1°- El propietario enajenante que no ha cumplido con la afectación del inmueble al régimen de la prehorizontalidad y, en su caso, con la inscripción registral de los contratos que otorgare con relación a las unidades, no puede reclamar a los adquirentes el cumplimiento de sus obligaciones o la resolución del contrato.

---

[764] Porque ya no se trataría del propietario que se proponga adjudicarlo o enajenarlo, sino del que ha comenzado a hacer adjudicaciones. Tampoco podía cumplirse con el art. 13, desde que se habrían otorgado boletos sin dejar en ellos constancia de la afectación y de que en poder del escribano obre copia simple certificada para el adquirente.
[765] CNCiv., sala C, 78-237), fallo 30.738, sala A, Valentinci c/ Susana y otro v. Rosello, Vicente N., del 19/10/77, LL 1978-B, p. 461, fallo 75.814 (JA 1978-III-420); P. CAZEAUX Y TRIGO REPRESAS, F.A. (1969). *Derecho de las Obligaciones*, t.I, La Plata: Ed. Platense, pp. 149-150, LLAMBÍAS, J.J. (1976). *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, T.1, Bs. As.: Ed. Abeledo Perrot, n°124.
[766] Conf. CNCiv., sala C, Paladino, H.A. v. Dicar S.C.A, del 15/9/77, en JA 1977-IV-588, MOSSET ITURRASPE, J. (1977), "Leyes proteccionistas en materia de negocios inmobiliarios", en *JA* 1977-IV-593.

2°- Los derechos que confiere al adquirente la ley 19.724, son irrenunciables."[767]

En dicho plenario se consideró que la obligación de afectar a prehorizontalidad era de plazo esencial, y que la mora se constituía automáticamente para el vendedor que no inscribió "ab initio" su intención de comercializar unidades horizontales. Impidiéndole al vendedor, reclamar a la contraria el cumplimiento de sus propias obligaciones, convirtiendo sin limitaciones ni condicionamientos, a los adquirentes en árbitros absolutos de contrato".

En el mismo sentido las 2° Jornadas Provinciales de Derecho Civil (Mercedes, 1983)[768] consideró, que las obligaciones que establecía la ley 19.724 para proteger al adquirente debían cumplirse imperativamente, ya que si se desconocían u omitían, se incidía sobre sus derechos, impidiéndole a los adquirentes, el pleno ejercicio de sus facultades normativamente regladas.

Así, se entendió que otorgar el boleto de compraventa sin el requisito previo de afectación, violaba totalmente la finalidad tuititiva de la ley imperativa.

Por ello en otros fallos coincidentes, se entendió que el intérprete debía tener en cuenta en cada caso concreto el interés social superior que ha tenido en mira proteger el legislador, de modo tal de cumplir con la ley y de impulsar su cumplimiento por las particulares[769]. Y por eso, las disposiciones de dicha ley prevalecían sobre la voluntad de las partes[770]. Por lo que debía concluirse, que los derechos que la ley 19.724 otorgaba a los adquirentes eran irrenunciables.

2.2.2.3. Oponibilidad de los boletos:

Respecto de la publicidad de los derechos de los adquirentes, el art. 12 de la ley rezaba: "El propietario debe registrar los contratos celebrados con los adquirentes en el Registro de la

[767] CNCiv. en pleno, N°28.129, del 28/2/79, carat. "Cotton, Moisés D. y otros v. Tutundjian, Simón". Recuperado el 21 de enero del 2022 en http://www.saij.gob.ar.

[768] La Comisión cuatro de las 2° Jornadas Provinciales de Derecho Civil (Mercedes, 1983) concluyó que: "El régimen establecido por la ley 19.724 tiene carácter imperativo y de orden público, siendo irrenunciables los derechos contenidos por la misma.
2) El vendedor debe otorgar la escritura de afectación por ser una obligación legal, de plazo tácito, (es decir que debe interpelarse).
3) El escribano debe inscribir la escritura de afectación bajo pena de responsabilidad por daños y perjuicios.
4) El Registro de la Propiedad inmueble está obligado a receptar la inscripción. Toda morosidad sin causa justificada determina la responsabilidad de la Administración pública....
7) La afectación posterior a la celebración de los contratos es posible con fines de saneamiento y cumplimiento de la ley imperativa, a condición de que se hallen reunidos los presupuestos para su procedencia. En caso contrario se resolverá el contrato con indemnización de daños y perjuicios.
8) El adquirente puede requerir se otorgue por vía judicial la afectación.
9) La acción de afectación puede dirigirse conjuntamente contra el propietario y el promotor; el propietario deberá demostrar que no ha autorizado la publicidad ni la contratación".

[769] CNCiv., sala C, Clemin S.A. v. Dordolo, Daniel A., en E.D. 78-237, fallo 30.738.

[770] CNCiv, sala A, Malaval V.v. Sánchez, Manuel, del 17/3/78, en E.D. 78-182, fallo 30715; SALVAT, R. M. (1946). *Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General*, t.I, p. 128, N°246, LLAMBÍAS J.J. (1975), Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General, t.I. Bs. As.: Ed. Perrot, p. 56, N°53, BORDA, G. (1976), *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, t.I, p.60, N°44.

Propiedad Inmueble correspondiente a la jurisdicción del inmueble afectado, poniéndose nota de ello en el contrato. El adquirente, puede en cualquier tiempo registrar el contrato".

Preferencia de los contratos registrados

"Los contratos no registrados no dan derecho al propietario contra el adquirente, pero sí a éste contra el enajenante, sin perjuicio de no ser oponibles a terceros.

La posesión otorgada en virtud de un contrato no registrado, es inoponible a quien ejerza su derecho a consecuencia de un contrato debidamente registrado."

Se reproduce el despacho de lege lata de las VI Jornadas de Derecho Civil realizadas en Santa Fe, se reproduce por ser demostrativo de la incidencia de la ley de prehorizontalidad en el régimen de los derechos reales, al afectarse varios principios de los derechos reales como:

a) el principio de la plenitud de dicho derecho real.

b) el principio de la indivisibilidad de la hipoteca, y se establecía una presunción de división de pleno derecho del crédito y de la hipoteca, etc.[771]

c) y en el supuesto de paralización de la obra, la ley 19.724, se admitía la posibilidad de constitución de un condominio forzoso, siempre que el propietario no se encontrara concursado (art. 30). Entre otras incidencias señaladas.

Resulta interesante rescatar, lo que manifestaron los Dres. Igarzabal y Vernengo Prack, en forma impersonal en el plenario Cotton, porque traduce la importancia social de la ley y de la problemática que se podría llegar a solucionar con la presente tesis, que amerita arbitrar los medios para ello, teniendo en cuenta que el derecho y el registro tienen que estar al servicio del hombre y no convertirse en una máquina de obstáculos. Sostuvieron con acierto que: "La crisis de la vivienda es una dura realidad. La construcción de las mismas es una forma de solucionarla. La comunidad argentina está empeñada en una dura y difícil lucha para lograrla", y lo intenta por muchos medios, como el crédito, la desgravación de las inversiones en edificios destinados a vivienda, a través de planes hipotecarios y otras soluciones direccionadas para "dar techo a la interperie de la familia argentina". Y recalcaron que no corresponde desoir esta necesidad, "en base a una interpretación errónea, de una ley que -a su vez- desconoce la realidad de la contratación y comercialización de unidades de vivienda". Por ello advirtieron que se debía:

[771] VI Jornadas de Derecho Civil, realizadas del 2 al 6 de noviembre de 1977 en Santa Fe. Tambièn se resaltó que dicha ley impone una espera indeterminada en caso de ejecución debido al derecho de opción. También, establece el derecho de información a favor de los futuros titulares, sobre el cumplimiento de sus obligaciones recíprocas;

"atemperar el criterio sustentado por los especialistas registrales que a tenor de pretender mejorar y asegurar el régimen de protección desoyen la realidad jurídica y vivencial[772].

En apoyo de ellos dichos magistrados recordaron la respuesta "de la antigua Cámara Civil, cuando el Registro de la Propiedad, le solicitó instrucciones para inscribir las distintas casas horizontales del suelo, sugiriendo si podía hacerlo como servidumbres, ya que como el domino reconocía entonces sólo dos dimensiones no podía superponerse sobre la misma superficie. La Cámara respondió entonces que lo inscribiera como dominio, y que arbitrara él (el Registro) los medios técnicos para hacerlo"[773].

2.2.2.4. Oponibilidad o preferencias de los boletos de compraventa:

Una de las principales maneras de proteger al consumidor inmobiliario de esta ley, era hacer oponibles a terceros (es decir no partes contratantes), la contratación celebrada entre un adquirente de una unidad a someterse a propiedad horizontal mediante boleto de compraventa y el enajenante.

Esa oponibilidad parece concretarse en preferencias, y como se señaló en el fallo plenario de Mendoza de 1996[774], todo mecanismo preferencial debe ser debidamente publicitado. Es decir, debe existir la posibilidad gnoseológica cierta por parte de quienes tienen pretensiones en interferencias. Así, el comprador podría oponer su derecho personal inscripto, a un acreedor hipotecario que para percibir su crédito necesita liquidar el inmueble y a la masa de acreedores del concurso.

Bajo el régimen de esta ley, tanto el vendedor, como el adquirente debía en el primer caso y podía en el segundo, solicitar la registración del boleto, pero siempre que previamente se hubiere afectado a prehorizontalidad.

2.2.3. Crítica:

Los redactores de la ley parecieron no conocer o hacer caso omiso a las necesidades sociales en juego, la premura de las inversiones de las empresas constructoras, sus pérdidas, sus quiebras públicas y notorias por el retraso. El tiempo que demora la aprobación de los planos en la Municipalidad de un departamento a veces de más de un millón de habitantes. El tiempo, que el notario latino demora en otorgar una escritura de afectación y lo que es más importante su inscripción (que aunque se perciben honorarios queda en manos de un gestor). Por eso se

[772] CNCiv. en pleno, caso "Cotton, Moisés D. y otros v. Tutundjian, Simón", expte. N°28.129, sentencia del 28/2/79, recuperado el 21 de enero del 2022 en http://www.saij.gob.ar.
[773] CNCiv. en pleno, caso "Cotton, Moisés D. y otros v. Tutundjian, Simón", expte. N°28.129, sentencia del 28/2/79. J.A. 1979-I- 561.
[774] SCJM, en el caso- Fernández Ángel en J: Fernández Ángel en J: COVIRAM LTDA. inconstitucionalidad - revisión –, expte. N° 56353, plenario del 30/05/1996, Ubicación: LS265-193, Id SAIJ: FA96190011.

entiende, que no fue la costumbre contra legen, sino la casi imposibilidad de cumplimiento lo que produjo la ineficacia de la ley, provocada por el desconocimiento de la realidad.

Es que se trataba o de cumplir la ley, y reducir en un 50% o más según la zona la construcción, y aumentar el precio de las unidades en la medida del retardo entre el comienzo de la obra y el momento en que jurídicamente estuviera el constructor en condiciones para contratar. Eso llevaba a un aumento del precio de la unidad aumentaría en proporción a lo que se perdía entre un rédito razonable del capital invertido en el momento de comenzar la obra y el que se obtenía cuando se encontraban listos todos los requisitos del art. 3 de la ley 19.724:

1° aprobación del plano de mensura;

2° aprobación del plano de proyecto de obra por la municipalidad;

3° proyecto de plano de subdivisión que por razones de sentido común; debe confeccionarse previamente al requisito anterior.

4° Y luego, de ello solicitud de los certificados por el escribano, confección de la escritura.

5° Una vez suscripta, obtención de los testimonios y comienzo del trámite de inscripción.

Recién cuando se contaba con la constancia de esta última, podían comenzar a enajenar.

La otra opción, que se adapta a la necesaria agilidad de las inversiones, era la de satisfacer las necesidades de vivienda y comenzar la comercialización sin cumplir la ley.

La alternativa más peligrosa; era no empezar mientras se inscribe, sino directamente no inscribir, porque era el efecto contrario a los fines de la ley. Y esto es lo que sucedió en la mayoría de los casos. Por ejemplo en Mendoza, según una entrevista realizada a un funcionario del Registro Público y Archivo Judicial de la Provincia de la primera circunscripción que realicé para el trabajo de investigación "Protección jurídica de la vivienda familiar del adquirente con boleto de compraventa"[775], desde el año 1993 hasta el año 1996 solo se inscribieron en el registro tres afectaciones al régimen de propiedad horizontal, y luego hasta la derogación de esta ley no más de cinco.- En Rosario, por ejemplo las afectaciones en el año 1996, no llegan a cincuenta.

Así, también se puede advertir en la jurisprudencia que en los casos llegados a los estrados nunca se encuentra afectado el inmueble, o se realizan maniobras para burla la ley[776].

[775] PUJOL DE ZIZZIAS, I. (1997). Trabajo de investigación "Protección jurídica de la vivienda familiar del adquirente por boleto de compraventa", bajo la dirección de la Dra. Puerta de Chacón, en razón de la beca de perfeccionamiento otorgada por el C.I.U.N.C., Facultad de Derecho de la UNCuyo, desde el 1 de julio de 1996 al 30 de junio de 1997.

[776] A modo de ejemplo se puede citar el caso de la Juz. Civil y Com. de Córdoba, 1° inst. firme, caratulados: "Cejas, Rosa v. Ortega, Eduardo R., del V y otro" sentencia del 5/10/84 en el que no se cumplió con la ley. En dicho caso comparece la actora interponiendo formal demanda por resolución de contrato en contra de los

En suma, en el caso citado se decidió que la ley de prehorizontalidad debía aplicarse, si mediaba comercialización y la vendedora queda como propietaria del terreno, pese a los subterfugios que se puedan idear para burlarla y eludirla.

El supuesto de este fallo es bastante común y se pudo advertir en las entrevistas realizadas a empresas constructoras que en Mendoza se solían utilizar métodos parecidos al del caso para evadir la carga pesada y onerosa que les imponía la ley 19.724.

2.3. Propuestas para proteger a los adquirentes:

2.3.1. Supervisión de los adquirentes:

Una opción es que los adquirentes reunidos en una especie de pre-consorcio, vigilen los actos de la empresa vendedora[777]. Pero se coincide con Gatti y y Alterini[778], en que la garantía para los adquirentes debe conseguirse en función de un sistema de comercialización, con ajustes eficaces, y no con pesados controles que pueden resultar costosos para sus aparentes beneficiarios. En todo caso, la supervisión de los adquirentes debe resultar en forma natural.

2.3.2. Administración obligatoria:

Un anteproyecto de Ley redactado por funcionarios especializados de los Ministerios de Bienestar Social y de Justicia antes de la sanción del código vigente, acudió a la imposición de un administrador con amplias facultades desde la etapa inicial, que arranca con la afectación del inmueble al sistema de división en propiedad horizontal, y abarca actos como la recaudación de los recursos necesarios para la obra, empleo de fondos, etc.

Sin embargo, este proyecto es criticable porque prevé la designación originaria del administrador obligatorio, por el propietario vendedor, el que conserva facultades para su

administradores del consorcio. Los mismos evacuan el traslado de la demanda, solicitando el rechazo de la misma, con especial imposición de costas. Admiten algunas de las manifestaciones vertidas por la actora, pero consideran inadmisible el argumento de ésta, de que ha tomado conocimiento fehaciente de que no se ha cumplido con la ley 19.724, por cuanto en la cláusula 1°, ap. f) se convino que el dominio del inmueble quede a nombre de los vendedores hasta que el consorcio comprador haya terminado la construcción del conjunto habitacional. En su extenso responde se explayan en consideraciones acerca de por qué debe rechazarse la demanda y oponerse excepción de falta de acción. Esta excepción la oponen, en primer lugar, por no haber celebrado con la actora negocio jurídico alguno en forma directa, sino actuando como representantes del consorcio que aquella integraba, y que adquirió de los demandados el terreno necesario para la construcción sobre éste de unidades habitacionales por cuenta y riesgo de dicho consorcio. En segundo término y de forma subsidiaria sostiene la inaplicabilidad de la ley 19.724, porque el caso estaría comprendido en la hipótesis prevista por el art. 1 inc. a) ley 20.276, amén de otras consideraciones.

[777] ACUÑA, P. S. (1970). En su ponencia presentada en el Congreso Argentino de Prehorizontalidad de 1970: "El consorcio de adquierentes como solución posible de los problemas del estado de prehorizontalidad". Conf. GATTI, E., ALTERINI, J. H. (1981). *Prehorizontalidad y boleto de compraventa*. Bs. As.: LA LEY. 2° Edición, p.71.

[778] GATTI, E., ALTERINI, J. H. (1981). *Prehorizontalidad y boleto de compraventa*. Bs. As.: LA LEY. 2° Edición, p.72.

remoción y nueva designación, lo que termina colocándolo en una descartable relación de dependencia con el propietario.

Se entiende, que para que este administrador protegiera los intereses de los adquirentes debería ser un mismo adquirente o persona designada por los adquirentes y que se renueve por ellos, por mayoría como el administrador del consorcio, en el caso de que este nuevo administrador comenzara a realizar actos fraudulentos contra los adquirentes.

2.3.3. Seguros o avales bancarios para el caso de incumplimiento:

Con el auspicio de algunos sectores empresarios, se sostuvo en el Congreso Argentino de la Prehorizontalidad de 1970 que la tutela de los adquirentes podía lograrse con seguros o avales bancarios que los garantizasen frente a los posibles incumplimientos, a la manera de la ley española n° 57 de 1968 (art. 1°).

Tal idea fue incorporada a la recomendación n°2 de la Comisión N°1 de dicho Congreso, como segunda y tercera opción que tendría el vendedor (la primera recomendación y la primera opción de la segunda recomendación se inclinaron por el criterio del otorgamiento inmediato de un derecho de condomino sobre parte indivisa del terreno). Las modalidades optativas 2 y 3 consistían en: 2) Aplicar a la compraventa un seguro contratado con la compañía autorizada del ramo, que permitiera al comprador en caso de fracaso de la operación, por cualquier causa: a) reembolsarle las cuotas abonadas, a partir de la formalización del contrato hasta el momento de la posesión, con más un interés bancario; b) cancelar los gravámenes e hipotecas que el comprador no debiera tomar a su cargo según el respectivo contrato de compraventa, al tiempo de celebrarse la pertinente escritura traslativa de dominio, ó 3) Proporcionar un aval otorgado por institución bancaria que garantice la devolución de las sumas e intereses que se mencionan en el inicio a) y la cancelación a que se refiere el inciso b) del punto 2. Esta propuesta fue también propiciada bajo la denominación de "seguro de confianza" por la Recomendación N°5 de la Comisión N°3 del mencionado Congreso.

Además Castilla, propugnó en la I Conferencia Nacional sobre el Régimen de la ley 13.512, realizada en Rosario, el 30 junio al 1° de julio de 1961, la necesidad de las fianzas o, garantías suficientes del promotor, también el proyecto de Castilla y Gontbona en su art. 32 aludió a avales bancarios, a seguros, o a garantías suficientes sobre otros inmuebles del vendedor o promotor.

Como se verá dicha solución es criticable por los siguientes motivos, entre otros:

-En primer lugar, que el aval bancario o seguro no puede garantizar todos los daños y perjuicios, que irrogue a los adquirentes el incumplimiento del deudor.

-En segundo lugar, que las erogaciones por dichos seguros incrementarán el precio, y en definitiva el peso patrimonial del costo de esas garantías, caerían sobre los adquirentes, a quienes se los quiere proteger.

- Y en tercer lugar, que el derecho debe cumplir una función docente, finalidad que se desatendería, si cual confesión de impotencia para prevenir los fraudes se contentase con acudir a una solución qué podría llegar a calificarse como "seguro o aval de la inmoralidad".

2.3.4. Propuesta de constitución de hipoteca legal en favor de los adquirentes y propuesta de la emisión de pagarés:

Dicho sistema fue insinuado por el jurista uruguayo Sánchez Fontans, José, en su exposición en las Jornadas Latinoamericanas de la Propiedad Horizontal, celebradas en Montevideo el 8 y 9 de mayo de 1962, consiste en conferir una hipoteca legal "al promitente adquirente, que le permita exigir no sólo la ejecución forzada de la promesa, sino también obtener la restitución de lo invertido en el inmueble, con preferencia a los acreedores personales del promitente vendedor"[779].

En nuestro derecho, tal hipoteca chocaría con el carácter esencial de la hipoteca, la convencionalidad. Como lo admite el propio propulsor, esta hipoteca debería complementarse con un esquema más amplio con alcances tutelares, porque aislada podría fracasar.

Debe advertirse que lo único que brindaría a los adquirentes por boleto, es una suerte de privilegio de los adquirentes sobre los acreedores del vendedor hasta el monto de las sumas entregadas para la integración del precio de venta, pero generalmente el inmueble si no está construido, sale mucho menos que el edificio con las unidades que se quieren garantizar.

Otra propuesta consistía en admitir la emisión de pagarés causados o parcializados, porque los pagarés habían sido el medio que canalizó el mayor número de fraudes en el ámbito de la comercialización de unidades en propiedad horizontal, puesto que su carácter abstracto hace que el suscriptor no pueda alegar la inexistencia de la causa que originó su puesta en circulación frente a los endosatarios, o sea, los actuales beneficiarios del título.

Para los problemas nacidos en torno de los pagarés aplicados a la propiedad horizontal, se habían propuesto diversas soluciones. Así se había postulado el pagaré causado, o sea el pagaré que indique su origen[780] y de circulación limitada a los acreedores vinculados con la

[779] SANCHEZ FONTANS, J. (1962). En su exposición ante las Jornadas Latinoamericanas de la Propiedad Horizontal, celebradas en Montevideo, el 8 y 9 de mayo de 1962, Cuadernos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, N° 7, Montevideo, pp 38-39.

[780] VILLARO, F. P. Situación jurídica prehorizontal, LA LEY. T. 139. p.5; GONZÁLEZ PAGLIERE, S. (1970), en su ponencia al Congreso Argentino de la Prehorizontalidad de 1970.

construcción[781]. Se ha criticado tal propuesta con argumento en que por ser la abstracción una nota esencial del pagaré, su desaparición compromete la subsistencia de ese instituto.

Otro método, que se propugnó fue el de parcelar la emisión de pagarés y permitirlos sucesivamente según distintas etapas (hasta la posesión, hasta la escrituración[782] o según plazos semestrales[783], etc.). Es fácil inferir que con ese criterio sólo se consigue disminuir el monto de los perjuicios derivados a los adquirentes por los posibles fraudes.

Debe advertirse al respecto, que en el derecho comparado, se llegó a prohibir en forma absoluta la expedición por el propietario-vendedor de todo tipo de títulos circulatorios, como lo hace el art. 31 del decreto venezolano N°365 de 1958. Siendo ella una solución extrema.

Gatti y Alterini recomendaron la prohibición de otros pagarés distintos a los hipotecarios, y con relación a éstos propusieron que el endoso inicial debía hacerse a favor de los bancos o entidades autorizadas, en virtud de la función que le atribuyen a estos entes para regular la financiación de las construcciones según las diferentes etapas de la construcción, y en términos que no resultara perjuicio para los adquirentes[784]. Debe recordarse, que la difusión del pagaré hipotecario en el ámbito de la comercialización en propiedad horizontal, fue acogida favorablemente, pero que ahora que en nuestro régimen no subsiste, y sólo se pueden utilizar letras hipotecarias (ley 24.441, arts. 34 y ss.).

2.3.5. Protección mediante la Registración:

2.3.5.1. Afectación del inmueble al régimen de propiedad horizontal, o registración de los boletos sin previa afectación:

Puede caracterizarse la afectación del inmueble a la propiedad horizontal como la destinación a dicho fin, mediante el compromiso que contrae el propietario a través de una declaración unilateral de voluntad dirigida a los restantes miembros de la comunidad, que se efectiviza por su inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble. Con criterio más ágil podría considerarse que dicha afectación sería la automática consecuencia de la inscripción en el registro del reglamento de propiedad horizontal con relación al inmueble, para lo cual no debería exigirse que el edificio estuviera terminado.

[781] ACUÑA, P. S. (1970), en su ponencia presentanda al Congreso Argentino de la Prehorizontalidad de 1970: "El consorcio de adquirentes como solución posible de los problemas del estado de prehorizontalidad".
[782] Recomendación n° 8 de la Comisión 3 del Congreso Argentino de la Prehorizontalidad de 1964; art. 43 del Proyecto de los Ministerios de Bienestar Social y de Justicia, y art. 23 de los Proyectos de la Cámara argentina de la Propiedad Horizontal y de Castilla y Fontbona.
[783] LAJE, E. J. (). La prehorizontalidad y sus problemas. *LA LEY.* T.143, p. 916, en N° 20.
[784] GATTI, E., ALTERINI, J. H. (1981). *Prehorizontalidad y boleto de compraventa*. Bs. As.: LA LEY. 2° Edición, p.77.

Los efectos de este instituto, que cuenta con cierta aceptación[785], pueden ser más o menos amplios, según el criterio que se siga. Esos efectos pueden variar desde una simple publicidad noticia, a la indisponibilidad de la cosa con diferente destinación, y hasta la inejecutabilidad por los acreedores del propietario afectante. Se considera que dotar a dicha afectación de los efectos de inembargabilidad, puede resultar interesante para los adquirentes, pero se podría afectar a los acreedores, si se realiza sin control, de que realmente las unidades se hayan vendido. Porque, si las unidades no se encuentran comprometidas en venta, no tiene sentido sacar de la masa de acreedores un bien del deudor. Por otra parte, la afectación sólo, no serviría para evitar la doble enajenación, etc.

Por eso, la solución fue registrar directamenteos boletos.

Mucho antes a la ley 14.005, la provincia de Buenos Aires contaba entre sus instituciones con la ley 4.564 que anunciaba registralmente cuando un dominio estaba afectado por "promesa de venta".

Esas anotaciones eran factibles ligarlas al dominio vertical. Ello de la misma manera, que un dominio vertical puede aparecer ligado con embargos múltiples de distintos jueces. Es decir: de la misma manera que una inscripción registral de dominio, se la vincula e informa con 5 o 6 embargos. Por lo tanto, no había inconveniente registral serio, atendible (frente a los intereses en juego), si a un inmueble prometido en venta en propiedad horizontal, aunque todavía se encontrara inscripto el dominio vertical, se lo ligara con 5, 10 o 100 boletos de compraventa. La aparición de "prometido en venta" en el certificado de dominio que se solicitaba para constituir la hipoteca, para enajenarlo en block, o para constituir derechos reales, tendría los efectos de la ley sin necesidad del pesado mecanismo de la escritura de afectación, que fue lo que originó para esta jurisprudencia el fracaso de aquello.

Así tomaría sentido el art. 12, 1° párrafo 2° parte ley 19.724 que establece: "El adquirente puede, en cualquier tiempo registrar el contrato".

Además el art. 3 inc. c, de la ley 17.801 párr. 2° dice aludiendo a los instrumentos que pueden ser inscriptos: "Para los casos de excepción que establezcan las leyes, podrán ser inscriptos o anotados los instrumentos privados, siempre que la firma de sus otorgantes esté certificada por escribano público, juez de paz o funcionario competente". Es decir que una ley nacional o provincial podría autorizarlo.

Los efectos de oponibilidad o publicidad de los boletos, dependerían de la inscripción de éstos y no de la escritura de afectación, ya que los planos son tan modificables como lo

[785] BENDERSKY, M. J. La propiedad horizontal en la experiencia argentina. LA LEY. T. 90, p. 781; VILLARO, F. P., Situación jurídica prehorizontal, *LALEY,* T. 139, p. 1019.

requiera la marcha de la obra, y así generalmente se contrata, ya que en definitiva es un "proyecto", lo mismo que el de "Reglamento". Pero, se puede observar, que sin plano no se puede saber si la misma unidad está vendida dos veces, etc.

Con relación a los demás requisitos exigidos para afectar, los mismos son recaudos que debe tomar todo comprador diligente, sin que sea necesaria escritura alguna (título de domino, certificado del registro de la propiedad, etc.).

La ley 19.724, fue criticada por hacer proliferar las escrituras (reglamento; escrituras de unidades; y también ahora escritura de afectación). Y hasta los notarios serios están en contra del sistema, debido a que sus clientes constructores les exigen celeridad y simplificaciones que no pueden obtener.

Por otro lado, la jurisprudencia consideró que el art. 1185 bis del CC se aplicaba aún a boletos de compraventa de unidades que se someterían a propiedad horizontal que no estaban registrados, porque las protecciones debían sumarse. Así se había sostenido que: "si bien es cierto que la publicidad registral hace a la seguridad jurídica de quien adquiere, también es cierto que no existe norma legal que establezca esa obligación, de manera que su ausencia no impide la posibilidad de oponer el boleto contra quien adquiere un derecho sobre el bien con posterioridad al mismo"[786]. Lo que fue confirmado por la doctrina que dijo: "estos principios son aplicables a la ejecución individual: el adquirente por boleto con destino a vivienda personal, aun en el régimen de la prehorizontalidad puede oponer su derecho al embargante. Las protecciones se suman y no se restan. Sería absolutamente contradictorio que el adquirente de un régimen específicamente pensado en protección de los compradores se encontrara en peor situación que el regido por los principios generales"[787].

Por otro lado, debe tenerse presente que en Mendoza, en virtud de la técnico registral nº 4, la inscripción de boletos de compraventa no se admitía, si no se había previamente afectado el inmueble a prehorizontalidad, lo que generalmente no ocurría.

No obstante, frente a lo dispuesto por el art. 2 de la ley 17.801 en cuanto admite, que pueden inscribirse en el Registro los documentos "establecidos por otras leyes nacionales o

---

[786] Ver FHUR, A., "Tercería de mejor derecho en autos Camaño v. Garraldo resc. de contrato y daños y perjuicios", fallo del 26/10/93, E.D. 159-246, con nota desaprobatoria de RIVERA, J. C., "Conflicto entre acreedor embargante y poseedor con boleto de compraventa". El prestigioso tribunal bahiense reiteró su doctrina el 17 de marzo de 1983, "Bejar, Víctor c. Monte Paco S.A. Quiebra", (E.D., 107-317; JA, 1984-II-234); "La determinación de quienes son los terceros mencionados en el art. 12 de la ley de prehorizontalidad debe hallarse en la valoración de todo el sistema tutelar organizado y sucesivamente completado por el art. 1185 bis del Cód. Civil y 150 de la vieja LC, normas que apuntan a proteger la debilidad del adquirente de unidades habitacionales mediante contratos constantes en instrumentos privados, tutelando un interés privado con proyecciones de interés social, como es la vivienda del adquirente".

[787] KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (1995). *Protección jurídica de la Vivienda Familiar*, Bs. As.: Hammurabi, p. 570.

provinciales", como así a lo prescripto por el art. 3° in fine de dicha ley, que consigna que: "Para los casos de excepción que establezcan las leyes, podrán ser inscriptos o anotados los instrumentos privados, siempre que la firma de sus otorgantes esté certificada por escribano público, juez de paz o funcionario competente", se suscitaba una larga controversia sobre el tema. Así, mientras una postura estimaba posible el acceso al Registro de todo boleto de compraventa inmobiliaria; conforme con otro criterio, dicho art. 3°, solamente permitiría la registración de los boletos de compraventa para los casos de inscripción que establecen las leyes 14.005, modif. por ley 23.266 , y antes la ley 19.724, etc..

O. Scotti (h.) partidario de esta segunda tesis, sostenía que: "las registraciones que establezcan las leyes provinciales, contemplando supuestos no previstos en las normas nacionales, podrían admitirse para cualquier finalidad de interés público o privado, siempre que no se vinculen con el régimen de los derechos reales, ni asignen efectos de oponibilidad hacia terceros en directa o indirecta relación con aquellos derechos"[788].

Para la otra postura en la que se encontraba enrolado Luis O. Andorno[789], se podían inscribir en los distintos registros los boletos de compraventa, aun fuera de las referidas leyes, como lo han hecho distintas provincias, pero por medio de leyes, porque el art. 2 comentado, habla tanto de leyes nacionales como provinciales. Así el art. 4°, inc.5° de la ley registral Santafesina 6.435, que admite "la inscripción de promesas de venta con o sin entrega inmediata del inmueble". En igual sentido el art. 9° de la ley registral Entrerriana 6.954 dice que: "los documentos privados podrán ser inscriptos siempre que las firmas de todos los que los suscriben estén autenticadas por escribano de registro o funcionario a quien la ley atribuya esta competencia, o sean ratificadas personalmente en el trámite de inscripción, ante el jefe del Registro Público respectivo, o fueren realizados con intervención de abogados inscriptos en la matrícula de Entre Ríos". En parecidos términos la ley registral de Córdoba 5.771 dispone que: "La inscripción o anotación de documentos privados se efectuará con intervención de un abogado de la matrícula o notario de registro de la provincia". En todos estos casos se habla simplemente de instrumentos privados - sin hacerse mención a casos de excepción establecidos por las leyes- por lo que se ha entendido que pueden considerarse incluidos los referidos boletos de compraventa[790].

---

[788] SCOTTI, E. O. (h). (1985) Publicidad registral de las promesas de transmisión del dominio (boletos de compraventa), *E.D.*, 112-817.

[789] ANDORNO, L. O. (1988), Registraciones personales, En *Rev. E.D.* miércoles 17/08/88, pp. 1-6.

[790] Por el contrario, en provincias como Mendoza, la disposición técnico registral nº 4 prohibía la inscripción de los boletos de compraventa, si una ley especial no lo disponía excepcionalmente en virtud del art. 2 de la ley 17.801.

Garrido y Cordobera de Garrido admitían la posibilidad de inscribir el boleto de compraventa, a los efectos de que el mismo adquiriera fecha cierta[791]. Además se ha dicho, que no estando prohibida de modo expreso la anotación de los boletos de compraventa, en virtud del art. 19 de la CN está permitida la misma, pues ningún habitante de la ley puede ser privado de lo que la ley no prohíbe[792]. Pero con este argumento, podría inscribirse cualquier instrumento en el Registro, y la ley que regula la inscripción en el Registro, ha dispuesto que resulta admisible que se inscriba o no, y no puede hacerse caso omiso a dicha norma.

Andorno aunque enrolado en la postura permisiva, que consideraba, en ponencia conjunta con los Dres. Brebbia y Chávarri, presentada en las Primeras Jornadas Provinciales de Derecho Civil efectuadas en Mendoza los días 24, 25 y 26 de agosto de 1983, propició sin embargo de *lege ferenda* para evitar dudas, lo siguiente: "Debe dejarse establecido en forma clara y expresa en la ley nacional registral inmobiliaria la posibilidad de anotación de todo boleto de compraventa en el Registro de la Propiedad, como así regularse los efectos de dicha registración*".* Tal postura de admisión registral genérica de los distintos tipos de boletos de compraventa, fue a su vez admitida en una de las Recomendaciones de *lege ferenda* de dicho evento jurídico.

En las Segundas Jornadas Provinciales de Derecho Civil (Mercedes, 1983), el despacho mayoritario resultó a favor de la inscripción. La ley 17.801, en su artículo 3° no prohíbe el acceso al registro de los boletos de compraventa inmobiliaria (Garrido, Mosset Iturraspe, Garrido Cordobera, Cerowsky, Esteguy, Mateo, Yaber, Luna, Dicieza, Juancorena, Pinotti y Navarro). Y el despacho minoritario fue que la ley 17.801 en su art. 3° sólo permite la registración de los boletos de compraventa en los casos de inscripción que establezcan las leyes (Etchegaray, Falbo, Belmaña Juárez, Herrera).

En dicho evento de lege ferenda se dispuso: 1) El boleto de compraventa, debe ser objeto de una regulación jurídica especial que contemple su problemática. 2) Debe sancionarse una ley nacional que recepte la inscripción de todo boleto de compraventa en el Registro, etc.[793].

---

[791] GARRIDO, R., CORDOBERA DE GARRIDO, R. (1982). *Compraventa*. Bs. As.: Edit. Universidad Bs. As., pp. 178-179. Estos autores consideraban que se disponía así, de amplia protección no sólo cuando el promitente cayera en estado de concurso, sino también estando *in bonis, ante cualquier embargo o gravamen real constituido después de la anotación.* Desde luego, que los efectos de la anotación de documentos lo serían respecto de terceros que no sean sucesores singulares del dominus.

[792] GARRIDO, R. (1983). *Venta de departamentos*. Bs. As.: Hammurabi, p. 100.

[793] 3) Ante la ausencia casi total de una regulación adecuada, resulta necesario dotar al proceso de intermediación de una normativa especial, que dé una solución global a los problemas derivados de la comercialización de inmuebles. Ha de propiciarse: la intervención obligatoria en la instrumentación de los boletos de compraventa, con la responsabilidad consiguiente, de un profesional del Derecho; la reforma de los artículos 1.185 bis, del CC y art. 150 de la ley de concurso; la reforma del artículo 1.187 del CC, en el sentido de legitimar al juez para suscribir la escritura de dominio, correlacionando también las disposiciones de las obligaciones de hacer (Gastaldi, Miguel).

El Dr. Garrido, que adhirió a dicho despacho, formuló la siguiente aclaración; La ley 17.801 debe ser modificada fijando el plazo de caducidad de la anotación de los boletos de compraventa excluyéndolos del plazo general de las medidas cautelares.

No obstante, a los fines de este trabajo debe tenerse en cuenta que el despacho B de dicho evento fue que: 1) El mejor medio legal de protección al adquirente de bienes inmuebles es la adquisición del dominio en menor tiempo posible, por lo que se propone la eliminación de las actuales trabas fiscales y administrativas que impiden el inmediato otorgamiento de la escritura pública. 2) La protección basada en la registración de los boletos de compraventa solo debe ser regulada para los casos excepcionales en los que jurídicamente se tornare imposible la inmediata escrituración y siempre que aquella registración sea por un plazo prudencial que desaliente la permanencia en el tiempo de esa situación. Adhirieron al despacho B1: Garrido Cordobera, Herrera, Dicundo, Luna. Adhieren al despacho B2; Etchegaray, Gianini, Falbo.

2.3.5.2. Inscripción provisoria:

El art. 9 inc. b de la ley 17.801 expresa: "Si el defecto fuera subsanable, devolverá el documento al solicitante dentro de los treinta días de presentado, para que lo rectifique. Sin perjuicio de ello lo inscribirá o anotará provisionalmente por el plazo de **ciento ochenta días**, contados desde la fecha de presentación del documento, **prorrogable por períodos determinados,** a petición fundada del adquirente… Las inscripciones y anotaciones provisionales caducan de pleno derecho cuando se convierten en definitivas o transcurre el plazo de su vigencia". Una posible propuesta sería ordenar que el boleto de compraventa, se inscriba en forma provisional por ciento ochenta días, plazo que puede ser prorrogable si se acredita una causa justificada.

Pero, se puede considerar que la inscripción provisional del boleto de compraventa no es aceptable, porque su nulidad aunque manifiesta, no es relativa, sino absoluta[794]. Aunque el

---

Al punto 1 adhirieron: Garrido, Garrido Cordobera, Mateo, Gastaldi, Dicieza, Juancorena, Yaber, Poggi, Miyadina, Zago, Pinotti, Cobas, Navarro, Gianini, Miguel, Cerowsky, Belmaña Juárez, Mosset Iturraspe, Bueres.

Apoyaron el punto 2: Gastaldi, Miguel, Cerowsky, Esteguy, Belmaña Juárez, Mosset, Iturraspe. Se adhirieron con aclaración de que la inscripción debe ser facultativa y limitada en el tiempo. Cifuentes Cobas, Navarro, Dicundo, Yaver, Lima, Poggi, Pinotti. Al punto 3 y 4 adhirieron casi todos. Al punto 5, solo Bueres, Gastaldi, y Migue. Y al punto 6 Gastaldi, Miguel, Cerowsky, Bueres, Esteguy. Se adhirieron con la aclaración de que debe ser limitada en el tiempo: Zago, Dicieza.

[794] Para un sector de la doctrina como el Código Civil en el art. 1184 utilizaba el vocablo "deben", la sanción sobreentendida era la nulidad, pues ella era la sanción explícita del art. 1.044 CC cláusula 3° que expresaba: "son nulos los actos jurídicos cuando no tuviesen la forma exclusivamente ordenada por la ley...". Compartían esta postura entre otros Llambías, López Zavalía, Mosset Iturraspe, etc., además subsistía en el código el art. 976 del CC. que disponía: "*en los casos en que la forma del instrumento público fuese exclusivamente ordenada, la falta de ella no puede ser suplida por ninguna otra prueba, y también el acto será nulo",* por lo tanto, constituía un error de interpretación, entender que del art. 1185 del CC surgía que el acto no es nulo. el acto era nulo, pero por la idea de la conversión o conservación del negocio jurídico nulo se le concedían efectos distintos propios de otro acto con menores requisitos. Y se ha considerado que el boleto de compraventa, es nulo de nulidad absoluta,

artículo transcripto habla de defectos subsanables, lo que abarca a las nulidades, pero no se agota en ellas. Por otro lado, debe recordarse que no toda la doctrina considera y ha entendido que el boleto de compraventa sea nulo[795]..

2.3.5.3. El certificado:

También se consideró, que otra posibilidad para proteger al adquirente con boleto, era que se extendiera el plazo de vigencia del certificado, que produce el bloqueo registral.

Debe recordarse, que dicho certificado es el informe, que a petición de parte expide el Registro sobre la situación jurídica del objeto registrable y de las personas; y con cuya expedición se origina una reserva de prioridad para el acto dispositivo que se indique en la solicitud.

El Capítulo quinto de la ley 17.801 se ocupa, de las certificaciones e informes, estableciendo en el art. 24 un plazo de validez de quince, veinticinco o treinta días según se trate, este mismo artículo establece la posibilidad de que cuando las circunstancias locales lo exijan, "podrán establecerse plazos más amplios de validez para las certificaciones que soliciten los escribanos o funcionarios públicos del interior de la provincia o territorio".

El último apartado del art. 24 abre la posibilidad de que por reglamentación local se amplíe el plazo de vigencia del certificado, lo que sería aconsejable ya que como se ha visto son muchos los requisitos que se deben cumplir para poder escriturar en el caso de la prehorizontalidad.

2.3.5.4. Inscripción preventiva de boletos**:**

Esta postura propicia la anotación en el folio real correspondiente al inmueble, de las promesas de venta referidas a las distintas unidades determinadas del edificio.

Pero si los efectos de la inscripción son lograr la oponibilidad frente a terceros, es cierto que el derecho de dichos boletos se asemejaría directamente a un derecho real. Y así lo resolvieron, el art. 15 de la Ley Uruguaya 8.733 de 1931 (modificado por ley 13.524 art- 1), o art. 5° del Decreto Brasileño 55.815 de 1965.

---

porque el art. 1.184 del CC, cuando exigía la escritura pública para los contratos que tuviesen por objeto la transferencia de bienes inmuebles, lo hacía por una razón de orden público, que las partes no podían dejar de lado.Se sostuvo que, el art. 1.183 cuando expresaba: ... "El contrato no valdrá si se hiciese en otra forma", no deja a salvo la posibilidad de que el adquirente lo confirme. Pero el interés en dicha nulidad no era particular de una de las partes, sino que toda la sociedad está interesada en que por un principio de seguridad jurídica las transacciones sobre inmuebles se realicen en escritura pública.

[795] Un sector de la doctrina, entre la que se encontraban Borda, Salvat, Spota, afirmaban interpretando el texto original del art. 1184 del CC, que pese al apercibimiento que este contenía "bajo pena de nulidad", el art. 1184 CC solo exigía la escritura pública "ad probationen", pues conforme con el art. 1185 CC.el acto jurídico no es nulo pues el mismo permite exigir la escritura pública y el cumplimiento de lo pactado, salvo para el caso de las donaciones en que el art. 1810 CC.

Sin embargo, Alterini y Gatti[796], se preguntan: ¿por qué se ha querido hablar de un derecho personal con efectos reales, o de un derecho real unido a la inscripción, como lo hacen dichas leyes extranjeras, cuando es más técnico y más simple atribuir al adquirente la titularidad de un verdadero derecho real, que por no estar construido el edificio, no puede ser en nuestro ordenamiento más que el derecho de condominio surgido de las sucesivas ventas de partes indivisas del inmueble común? ¿Para qué agregar un complejo e innecesario eslabón en el tránsito del derecho personal al real, si ese camino puede acortarse para llegar inmediatamente al derecho real, con la robusta protección que sólo él es capaz de conceder a su titular?

Además de las razones de fondo que hacen a una estricta técnica jurídica, "el estudioso de derecho no puede dejar de ponderar las resistencias a que movió tal esquema y la inoperancia en la práctica del Decreto Ley 9.032/63, que acogió esa tesitura"[797].

La misma crítica recibiría para estos autores si la inscripción se realizara ante notario, como lo propone Laje[798]. El Proyecto del Poder Ejecutivo que fuera el antecedente inmediato de la ley 13.512 sobre Propiedad Horizontal remitido al Congreso de la Nación el 9 de agosto de 1947 preceptuaba en el art. 2°: "Respecto de los edificios a construirse, podrá constituirse un derecho de condominio sobre el terreno baldío o edificio actual, determinando en el acto constitutivo las bases para atribuir la propiedad de los pisos o departamentos del futuro".

La crítica que se le puede hacer a esta postura, desde el punto de vista de la doctrina tradicional, es que ello podría conllevar indirectamente a que se considere constituido un derecho real sobre un cubo de aire, es decir sin la cosa, elemento fundamental del mismo, o sobre una cosa futura. Ahora si se interpreta que sólo existe dicho derecho sobre el terreno y cuando empiece a construirse la unidad, el derecho se extenderá a la misma; o que el derecho abarca el terreno que es una cosa y el espacio aéreo inmobiliario determinado, que es un bien y que por ley se admita en dicho supuesto, que sea objeto del derecho real (conf. art.1883 del CCC), dicha crítica estaría salvada.

2.3.6. Otorgamiento inmediato del derecho real:

Indudablemente, como se adelantó en el punto anterior, la mejor manera y menos traumática para el sistema vigente de adquisición derivada de los derechos reales entre vivos, sería la de posibilitar la adquisición, es decir la escrituración en el menor tiempo posible, para

[796] GATTI, E., ALTERINI, J. H. (1981). *Prehorizontalidad y boleto de compraventa*. Bs. As.: LA LEY. 2° Edición, p. 70.
[797] GATTI, E., ALTERINI, J. H. (1981). *Prehorizontalidad y boleto de compraventa*. Bs. As.: LA LEY. 2° Edición, p. 71.
[798] LAJE, E.J. (1957). *la propiedad horizontal en la legislación argentina*, 2da. edición, Buenos Aires: Abeledo Perrot, p.98.

lo cual es esencial la eliminación de las actuales trabas doctrinarias y legislativas que consideran que no puede existir transferencia de derecho real de propiedad horizontal sobre unidades a construir y partes comunes. Sin embargo, debe tenerse en cuenta como se mencionó, cuando se analizó la propiedad horizontal que el decreto 2.489/63 de la Provincia de Buenos Aires, lo admite al establecer que: podrán ser inscriptos en el Registro de la Propiedad instrumentos que formalicen los actos referidos en el art. 1° del presente (constitución, transferencia, modificación o extinción de los derechos reales), si las partes exclusivas y comunes del edificio en construcción o a construir reúnen según los casos, las siguientes condiciones..."[799].

En este orden de ideas el art. 41 de la ley 17.801 expresa: "No podrá restringirse o limitarse la inmediata inscripción de los títulos en el Registro mediante normas de carácter administrativo o tributario". Esta norma retoma el principio general del derecho de la libre circulación de los bienes, patente en todo nuestro ordenamiento jurídico.

Pero en el caso de la prehorizontalidad, el problema no surge tanto de normas administrativas o tributarias, sino de concepciones de fondo.

2.3.7. Dominio potencial -venta del cubo de aire:

Por otro lado, puede existir un derecho real que quede supeditado a una condición suspensiva, la construcción del mismo. Se ha entendido, que si el codificador acepta el dominio revocable sujeto a una condición resolutoria, dicha condición para el transmitente del dominio que luego de la revocación la readquirirá es una condición suspensiva, conforme con los artículos 1965, 1968 y concs. del CCC. El tema es que la atribución de la propiedad sea automática, para evitar multiplicación de escrituras, y gastos, sino en la práctica se estará ante una situación parecida a la prevista por la ley.

Porque si la venta estuviera sujeta a condición suspensiva, tal vez no se cambiaría la burocracia del sistema, porque el certificado de final de obra, plano, etc. deberían hacerse y estas condiciones ¿cómo llegarían al registro? Cabe imaginar, que por una escritura pública o instrumento público, conforme lo prevé art. 3 de la ley 17.801 o por un instrumento privado con firma certificada, si una ley excepcionalmente lo prevé.

[799] a) Las unidades de dominio exclusivo a construir o en construcción cualquiera sea el estado de ejecución de la obra, siempre que las mismas constituyan cuerpos independientes de edificación. b) Las unidades de dominio exclusivo sin independencia constructiva, cuando el edificio en construcción tenga concluidos los servicios y partes comunes necesarios e indispensables para el buen funcionamiento del mismo, pudiendo carecer de los revoques finos, pinturas, solados, cielorrasos, revestimientos y otros detalles complementarios y estéticos que no perturben la seguridad, solidez y funcionamiento del edificio. Las unidades de dominio exclusivo de un edificio a construir o en construcción, que no reúnan las condiciones citadas anteriormente, no gozarán de los benefic
ios del presente artículo. En cada caso, la Dirección de Rentas a solicitud del titular de dominio, y previa inspección, dictará una disposición declarando sil as unidades de dominio exclusivo cumplen los requisitos exigidos por los incisos a) y b). La Dirección podrá imponer las restricciones circunstanciales que tengan relación con la técnica constructiva del conjunto del edificio."

Para Gatti y Alterini[800], este derecho de dominio particular, con el interés de otorgar un derecho real al adquirente de unidades futuras en propiedad horizontal, es incompatible con las notas esenciales de los derechos reales de raigambre romana que organizara el Codificador Argentino. Porque uno de los pilares de la distinción entre los derechos reales y los personales, justamente en nuestro ordenamiento y que motiva la propia metodología del Código, es el objeto de unos y otros. Explican estos autores, que mientras el derecho personal tiene como objeto inmediato un hecho humano (prestación del deudor- el dar, el hacer o el no hacer), el derecho real reconoce como objeto inmediato una cosa determinada y de existencia actual. Consideran ilustrativo las reflexiones de Vélez en la nota al Título IV del Libro III "De los derechos reales", donde dice: "Los derechos reales comprenden los derechos sobre un objeto existente; los derechos personales, comprenden los derechos a una prestación... El derecho real supone necesariamente la existencia actual de la cosa a la cual se aplica…"[801].

El invocado "dominio potencial" revela ya en su nominación que no se trata de un derecho real actual, sino solamente eventual, y mientras el derecho real no aparezca por la falta de su asiento- cosa actual- no tendrá cabida más que el derecho personal. Es decir, que el derecho condicional, mientras que no se cumpla la condición, no existirá, sino solo en la faz obligacional o personal, pero su inscripción en el Registro serviría para evitar que el vendedor se obligue dos veces sobre la misma unidad, en fraude a los compradores. Pero ¿no se podría pensar en otorgar porcentaje de condominio sobre el suelo y parte determinada de espacio aéreo o derecho de superficie parecido al derecho de vuelo español que no tiene plazo, sobre parte del mismo? Y un mandato del superficiario para que construya la empresa por él.

2.3.8. Derecho de superficie:

Otra solución sugerida, estaría dada por el derecho de superficie constituido por el vendedor del terreno, que retendría el dominio sobre el inmueble y transferiría a la empresa comercializadora el derecho real de edificar[802]. Se ha dicho, que ello cubre un supuesto mínimo, cual es el del dueño del terreno que otorga ese derecho al constructor, para asegurarse que éste le pagará el precio del derecho de superficie con la entrega de las unidades prometidas[803].

---

[800] GATTI, E., ALTERINI, J. H. (1981). *Prehorizontalidad y boleto de compraventa*. Bs. As.: LA LEY. 2° Edición, p. 74.

[801] GATTI, E., ALTERINI, J. H. (1981). *Prehorizontalidad y boleto de compraventa*. Bs. As.: LA LEY. 2° Edición, p. 75.

[802] FONTBONA, F. I. J. (1964), en ponencia N°7 del tema I en el Congreso Argentino de la Propiedad Horizontal, p. 201, LUDY (1970) en su ponencia del Congreso Argentino de la Prehorizontalidad.

[803] Ver sobre ese supuesto especial, la ponencia de APAT, H. O. E.; PINTO, E., C.A., RAMOS, F. E., SANCHEZ LANDA, G. A.y VARGAS, E. R. (1970), sobre "Adquisición de inmuebles con entrega de unidades en pago o contraprestación", que presentaran al Congreso Argentino de la Prehorizontalidad.

Este modus operandi para Gatti y Alterini, no arrimaría protección a los adquirentes[804] a pesar de parecerse mucho al propuesto por ellos de constituir un condominio sobre el terreno o baldío. Pero se ha esgrimido que otorgar un derecho de superficie a la empresa, únicamente fortalecería el "status" de la empresa constructora. Por eso podría pensarse en otorgar derecho de superficie a los adquirentes y que ellos autoricen a la empresa Constructora a construir por ellos.

Observando este supuesto, surgen las siguientes preguntas: ¿Con qué seguridad podría contar el adquirente en la etapa constructiva, si la titularidad de terreno la tiene quien recibirá unidades por su precio y queda desvinculado de los adquirentes? El incumplimiento del constructor superficiario para con el dueño del terreno repercutiría inevitablemente sobre los futuros titulares de la propiedad horizontal.

Pero debe advertirse, que tal vez esto impida a la empresa comercializadora contratar al constructor o construir ella misma y vender luego a un precio mayor al del costo. Su negocio quedaría de esta manera reducido a la venta del inmueble, pero ello podría evitarse si se pacta el precio por anticipado.

Esta postura, presentaba el problema de que el derecho de superficie se encontraba prohibido por el art. 2614 del CC, pero ello ahora no es así. Por lo que, puede volver a considerarse esta propuesta. No obstante parece, que más bien el derecho de superficie podría otorgársele a los adquirentes para brindarles la seguridad de contar con un derecho real sobre parte del vuelo, y que estos firmen simultáneamente un contrato con la empresa constructora para que construya las unidades. Así los adquirentes contarían con un derecho real oponible erga omnes de entrada. Y la empresa comercializadora podría contar con el terreno para asegurarse el cobro de las unidades.

También se podría imaginar como procedimiento general, que la empresa comercializadora enajenase partes indivisas del terreno en favor de los futuros titulares de las unidades, conservando el derecho de superficie para realizar la construcción. Pero la mejor manera de proteger a los adquirentes es darle derecho de condominio sobre el suelo y derecho de superficie sobre parte del espacio aéreo emplazada o con proyección sobre parte del espacio aéreo y constituir una hipoteca para garantizar la deuda por el saldo de precio. La que puede recaer sobre la cuota ideal o parte indivisa y el derecho de superficie (el que conforme a los arts. 2120 y 2188 del CCC, puede ser gravado con derecho real de garantía).

[804] GATTI, E., ALTERINI, J. H. (1981). *Prehorizontalidad y boleto de compraventa*. Bs. As.: LA LEY. 2° Edición, p. 76.

Sin embargo, se observa claramente que si se admitiera directamente que el derecho de propiedad horizontal recaiga sobre edificios a construir, es decir que las unidades puedan estar constituidas sobre espacios aéreos inmobiliarios con el porcentaje correspondiente sobre las partes y cosas comunes, se ahorraría mucho dinero en escrituras dobles y otros gastos que ello conlleva, evitando que los adquirentes deban escriturar el condominio y derecho de superficie y luego afectar a propiedad horizontal, etc..

2.3.9. Dominio fiduciario:

Uno de los tres casos de dominio imperfecto es el dominio fiduciario puesto en boga por la ley 24.441, que modificó el art. 2662 de C.C. y cuyo texto sigue el art. 1701 del CCC vigente que expresa: "Dominio fiduciario es el que se adquiere en razón de un fideicomiso constituido por contrato o por testamento, y está sometido a durar solamente hasta la extinción del fideicomiso, para el efecto de entregar la cosa a quien corresponda según el contrato, el testamento o la ley".

En esta figura aparecen tres o cuatro partes (que en realidad son roles que pueden compartir los mismos sujetos salvo el de fideicomisario); el fiduciante o constituyente de la propiedad fiduciaria, el propietario fiduciario y el fideicomisario, también puede existir un beneficiario. El primero es el propietario (fiduciante) que transfiere el dominio al fiduciario, para que éste administre y disponga de los bienes de acuerdo a la manda, entregando los beneficios o parte de ellos al beneficiario y luego transmita los bienes a un tercero (fideicomisario), cuando se cumpla la condición resolutoria o venza el plazo resolutivo que se hubiera establecido[805].

El anteproyecto de Ley sobre fideicomisos elaborado por los Dres. Héctor Alegría, Gervasio R. Colombres, Carlos Malagarriga y Guillermo Michelson[806], preveía una de cuyas dos aplicaciones sería la construcción de viviendas dentro del sistema de erección de barrios o de monobloques adjudicados en propiedad horizontal, que podría obtenerse mediante la transmisión por el propietario vendedor de la propiedad fiduciaria en favor de entidades que por su régimen, solvencia y responsabilidad, como las bancaria y financieras autorizadas, ofrecen la seguridad que oportunamente las unidades construidas serán escrituradas a los compradores.

[805] Ver PUJOL DE ZIZZIAS, I. y LINARES DE URRUTIGOITY, M. (1996). Dominio fiduciario sobre inmuebles (Calificación registral de los actos de enajenación del fiduciario), *Revista J.A*. 24/04, p.10.

[806] Inspección General de Justicia. (1968). *Revista Oficial de la Inspección General de Justicia*. Año II, N°8, febrero, p. 133. También se refiere al instituto referido LLACH, A. J. (1972). Prehorizontalidad, Modalidades de los diferentes sistemas legales. *Revista del Notariado*, N°724 (julio-agosto), p. 1196.

Debe advertirse, que actualmente el art. 2072 excepciona de la obligación de constituir un seguro obligatorio en el caso de prehorizontalidad este supuesto siempre que el fiduciario celebre los contratos, por considerar que minimiza los riegos de los adquirentes. Así el art. 2072 inc. c) dice: "los concernientes a construcciones realizadas con financiamiento o fideicomiso de organismos oficiales o entidades financieras especialmente calificadas por el organismo de control, si de sus cláusulas resulta que los contratos definitivos con los adquirentes deben ser celebrados por el ente financiador o fiduciario, a quien los propietarios deben otorgarle poder irrevocable a ese fin".

Para Gatti y Alterini, este medio debería completarse con el otorgamiento inicial a los adquirentes de un derecho de propiedad sobre el inmueble a construir o en construcción por una parte indivisa[807].

Debe tenerse en cuenta hoy en día, se usa muy asiduamente el fideicomiso inmobiliario, en el cual el fiduciario (que es cualquier persona no controlada por organismos oficiales) debe construir un edificio y vender unidades a terceros, en cuyo caso estos terceros tienen también el riesgo de que no se le transfieran las unidades o de que las mismas le sean embargadas, pero sólo por acreedores del fiduciario (pero no personales de éste ni del fiduciante, sino por acreedores por deudas contraídas en virtud del fideicomiso, en razón del efecto del patrimonio separado de afectación, conforme a lo dispuesto en el art. 1685 del CCC). También a los adquirentes de unidades se los suele sumar al fideicomiso en carácter de fiduciantes adherentes. En este caso, los mismos aportan el capital del valor de sus unidades al fiduciario el que se obliga a cumplir la manda de construir o por una tercera persona y luego a transferirle una unidad cuando se cumpla el plazo o la condición. Debe tenerse en cuenta, que a pesar de que el adquirente tiene cierta garantía, de que el dinero entregado forma parte del patrimonio fiduciario, si el fiduciario no administra bien, puede no terminar el edificio o el inmueble puede ser embargado por acreedores, por deudas contraídas en razón del fideicomiso. El riesgo aumenta cuando el fiduciario no tiene en su patrimonio el inmueble sobre el construirá el edificio, sino que lo piensa adquirir con los importes que le entreguen los fiduciantes adherentes, futuros adquirentes. Además generalmente estos fiduciantes adherentes, no tienen la posibilidad contractual de controlar al fiduciario, conforme lo establecido en el contrato a pesar de que los arts. 1675 y 16l76 del CCC establecen la obligación de rendir cuentas del

[807] GATTI, E., ALTERINI, J. H. (1981). *Prehorizontalidad y boleto de compraventa*. Bs. As.: LA LEY. 2° Edición, p. 78.

fiduciario; ni pueden tomar decisiones, a diferencia del fiduciante que entrega el inmueble (en su caso) o que es el emprendedor que generalmente participa activamente.

Otra forma ideada para que al fiduciario no le falte dinero para terminar la obra es que los fiduciantes adherentes no sólo ingresen un monto inicial, sino otro tanto en cuotas que irán aumentando de acuerdo a las necesidades[808]. En este caso, el problema se agudiza, porque los adquirentes no saben cuál será precio definitivo que terminarán entregando por el departamento y al mismo tiempo no pueden generalmente decidir, ni casi controlar al fiduciario.

Todo eso ha provocado que la jurisprudencia[809] y cierta doctrina[810] se hayan tenido que preocupar por estos adquirentes que participan de los fideicomisos en carácter de fiduciantes adherentes o beneficiarios o fideicomisarios, y hayan considerado que se les debe aplicar las normas protectoras a favor de los consumidores[811] y hasta las normas de prehorizontalidad que exigen la contratación de un seguro obligatorio.

---

[808] Se considera que mayor protección requieren los terceros de buena fe, que no pudieron convenir sus derechos al momento del armado del proyecto en pie de igualdad; porque generalmente participan como fiduciantes adherentes, o en el mejor de los casos como compradores que firman contratos de adhesión predispuestos. Y que mientras para los desarrolladores son inversores de la urbanización o de la construcción del edificio al costo, con derecho a la participación; por el otro lado, lo único que en realidad los terceros pretendían es adquirir una vivienda o lote y no participar de un negocio.

[809] Ver fallo de la C Civil de Capital Federal comentado por PAPA, R. G, (2017). La ejecución de un boleto ante un fideicomiso inmobiliario. *RCCyC* (abril), 161- Cita Online: AR/DOC/3938/2016. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial - Sala A, en el expediente COM 041290/2014, carat. "Cleimbosky Marcela Silvia c/ Fiduciaria Buenos Aires S.A. s/ daños y perjuicios", sentencia de 15 de noviembre de 2019.

También se invocó la legislación consumeril y se aclaró que no existía incompatibilidad con la ley de Fideicomiso, condenándose a la a la fiduciaria por el daño ocasionado a la actora debido a la demora en la construcción y entrega de la unidad adquirida. en otro fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala/Juzgado: H, Cita: MJ-JU-M-98962-AR | MJJ98962 | MJJ98962, sentencia de 4-may-2016-. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Contencioso Administrativo de 1a nominación de Río Cuarto, en autos: "Milloch, Hugo Jorge c. Seidl, Lilia Alfonsina Viviana y Otros s/ ordinario", sentencia del 22/12/2016 - Cita Online: AR/JUR/102881/2016. Cámara de Apelación de Circuito de Rosario, en una causa carat. "D. S. J. y Otros c/ FH SRL y Otros s/ Demanda Indemnización Ley Defensa Consumidor" en un fallo del año 2018, responsabilizó por publicidad engañosa a una fiduciaria, toda vez que la entrega de una cochera no se adecuó a las medidas y diseños publicitados en los folletos y planos - fallo, citado por BIGLIERI, A. (2020). El fuero del consumidor en CABA y el fideicomiso inmobiliario, *LL*, 25/11; cita online AR/DOC/3824/2020, Cámara Sexta de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, en los autos N° 2222592/36 caratulados: "Ahumada, Mariela Florencia C/ Oliver GROUP S.A. y otro p/ ordinarios -otros p/ Rec. de Apelación"- sentencia del 14-abr-2016, cita: MJ-JU-M-98242-AR | MJJ98242 Producto: COR,SOC,MJ. Microjuris.com.

[810] BIGLIERI, A. (2020). El fuero del consumidor en CABA y el fideicomiso inmobiliario, *LL*, 25/11; cita online AR/DOC/3824/2020. BORETTO, M. (2013). El fideicomiso inmobiliario operando en la práctica, *Revista La Ley Gran Cuyo*, Voces Jurídicas, año 18/numero 11/ diciembre. Nota a fallo de la C4aCiv., Com., Minas, Paz y Trib., Mendoza, Beral, Lidia Angélica c. Sociedad Mutual del Colegio Farmacéutico de Mendoza s/ escrituración, sentencia del 2013/07/31. -. Ver también SANDOVAL, C. M. (2007), La Protección Jurídica del Adquirente de Unidades Funcionales y El Fideicomiso Inmobiliario, *LA LEY*, 01/10.

[811] El fideicomiso inmobiliario entró en apogeo en la Argentina, luego de la crisis económica del año 2001. A raíz de debacle financiero y de una masiva transferencia de recursos al mercado inmobiliario. Desde dicha fecha fue aumentando su uso. Así se ha puntualizado, que "para el año 2007, el 85% de los proyectos inmobiliarios se realizaba a través de fideicomisos y desde hace varios años este instrumento es el más utilizado para comercializar nuevos emprendimientos inmobiliarios, encontrándose totalmente apto para desarrollarlos con fondos de terceros"- Ver BIGLIERI, A. (2020). El fuero del consumidor en CABA y el fideicomiso inmobiliario, *LL*, 25/11; cita online AR/DOC/3824/2020..

2.3.10. Propuesta de Gatti y Alterini:

Dicha propuesta fue expuesta por primera vez en el Congreso Argentino de la Prehorizonalidad, que tuvo lugar en septiembre y octubre de 1970. El proyecto presentaba los siguientes caracteres:

-Ámbito de aplicación:

El proyecto comprendía los edificios a construir, y los edificios en construcción cuando ésta hubiese comenzado luego de su vigencia legal[812]. Las bases de su proyecto fueron:

1° Procurar al adquirente en forma inmediata un derecho real, mediante la concertación de un contrato de compraventa de parte indivisa del terreno a construirse. Por supuesto que el precio tendrá relación con el terreno, a ello se debe la crítica de que la poca importancia de estos pagos no justificará que el propietario se prive de la titularidad del dominio.

Respecto de este punto resulta interesante recordar un fallo donde los adquirentes intentaron demandar por la adjudicación de la cuota parte ideal sobre el terreno, en virtud de que la empresa comercializadora no podía proseguir la construcción del edificio, y se les negó ese derecho. Por ello resultaría importante que dicha venta del inmueble se previera por ley[813]. En dicho caso, también se violó la ley 19.724, intentando encuadrar la negociación en dos

[812] En un nuevo proyecto de los mismos autores, excluyeron además las operaciones sin fines de lucro realizadas por entidades que tampoco los persiguen. Porque configuran casos, que en realidad no implican comercialización, aunque formalmente tenga esa apariencia. También quedaban fuera del anteproyecto, la comercialización de unidades en propiedad horizontal por entidades públicas privadas, o mixtas; autorizadas a tal efecto por el Estado y con su garantía, porque la naturaleza del ente, y en su caso la garantía estatal, hacen superabundante otra protección (art.1°).

[813] El caso es de la CNAC. CIV., sala E., expte. 26.972 carat: "Ziegner, Lázaro v. Barsky, Isidoro y otro", sentencia del 29/6/77, con nota de Jorge Mosset Iturraspe, publicado en *J.A*. 1977- IV- 341-347. Se controvertía en ese juicio la naturaleza de la relación jurídica que vinculaba a las partes, cuya única instrumentación, era el recibo extendido, en el cual contaba la entrega de $500 que Lázaro Zeigner, el acto, hizo a los demandados Isidoro Barsky y Mauricio Bernardo Feldman, en concepto de "reserva por la compra de un departamento" en un edificio a levantarse por el sistema de construcción al costo, operación que se ratificaría dentro de los 30 días mediante la firma del correspondiente boleto de compraventa, planos y especificaciones. Hasta ese momento cualquiera de las partes podría rescindir la operación. Los demandados intervenían en función de promotores y administradores del futuro consorcio. Zeigner pagó 6 cuotas sucesivas de $10.500 cada una, que se imputaron "a compra del departamento", y lo mismo hicieron los demás adquirentes de otras unidades del edificio a construirse. Conjuntamente con la primera cuota abonó S 22.788 correspondientes al 8,44% del valor del terreno.

Iniciados los trámites previos a la construcción (contrataciones profesionales, ejecución de planos, aprobación municipal de los mismos, etc.) y adquiridos algunos materiales para la obra, ésta debió suspenderse en junio de 1975 a causa de la grave y notoria distorsión económica que se operó en el país. Así, se resolvió en la reunión que los interesados celebraron el día 14 de ese mes, a la que asistió el actor. En dicho juicio solicitaba Zeigner que se condenara a los demandados a escriturar a su nombre el 8,44% del terreno. Aduciendo que la construcción del edificio (locación de obra) y la venta del terreno eran operaciones independientes. y que desistida la primera corresponde que los demandados dieran cumplimiento a la segunda. En la anterior instancia y en la Cámara no se hizo lugar a la demanda, por considerarse que ambas operaciones eran inseparables. Mosset Iturraspe, considera que es claro que el incumplimiento imputable abre la posibilidad de los adquirentes de embargar el terreno, pero ello es algo muy distinto a tener un derecho a la entrega o escrituración de una cuota parte del suelo. Aunque se construye sobre el suelo y lo realizado acceda al mismo, la promesa de entregar un edificio, no equivale ni conlleva la promesa de entregar parte del terreno. Salvo que otra cosa se hubiere convenido. El terreno sería en este caso un accesorio, aunque parezca paradógico que surge la suerte de lo principal.

contratos la locación de obra y la venta de cosa futura. El doble encuadramiento conducía también a una doble comisión por vender y por construir, aunque las dos figuras se superpusieran, o se vendía la cosa futura o se la construía por encargo.

2° Simultáneo contrato de construcción, que genera con el contrato anteriormente mencionado una unidad jurídica inescindible, y por él mientras el vendedor se obliga a construir la totalidad del edificio frente a cada uno de éstos adquirentes, esos sólo se comprometen a pagar una parte del precio de construcción, proporcionada al monto de su cuota en el condominio, fracción de precio que sumada al de parte indivisa, se corresponderá con el valor de su futura unidad.

3° El juego del principio de accesión, en virtud del cual los valores económicos aportados por el adquirente y traducidos en la construcción que se levanten en el terreno acrecen automáticamente el valor de su parte indivisa, ya que se incorporan a ella.

4° Partición del condominio y adjudicación de pleno derecho de las respectivas unidades en propiedad horizontal, que surgen de cualquier acto de autoridad competente que conceda la aprobación final de la obra o declare la habitabilidad del edificio. Pero esas adjudicaciones serían elevadas a escritura pública, por el notario interviniente.

Esta última escritura provocó la crítica de la multiplicación de gastos, que se debería intentar evitar. Por ellos, los autores modificaron en un segundo proyecto dicho punto de la siguiente manera: “art. 16:...Será obligación de los organismos competentes comunicar por oficio al Registro de la Propiedad Inmueble la aprobación y declaración premencionadas en la misma fecha en que ellas se produzcan. El Registro de la Propiedad Inmueble tomará razón de dicha comunicación”…, de esta manera evitaría una nueva escritura pública.

5° La quinta base esencial, era la intervención notarial en distintos momentos de la comercialización. La sucesiva participación de los notarios otorgaría seguridad jurídica a las partes. Pero esto puede resultar demasiado costoso, debe advertirse que de las encuestas realizadas a constructores que evadían el sistema prehorizontal surque que el principal motivo, era el ahorro de dinero, para que la inversión en construcción resultare un negocio.

Completaban dichas bases, la posibilidad de que la hipoteca recayese sobre las partes indivisas, como importante medio de garantía para los créditos del propietario vendedor y conducía a facilitar la financiación unida a la cesión de esos créditos hipotecarios, que inclusive podrían canalizarse a través de la emisión de pagarés hipotecarios, únicos títulos de créditos admisibles en el sistema en aquel momento, y actualmente podría utilizarse la letra hipotecaria de la ley 24.441.

El condominio se regulaba como de una indivisión forzosa. Y se preveía que por el principio de subrogación legal, la hipoteca sobre la parte indivisa en el condómino extinguido, pasaría a gravar en el futuro la unidad en propiedad horizontal. Lo que no es tan claro, porque la parte indivisa no recae sobre una parte material determinada, salvo que se hubiera pre-pactado la división del condominio y se hubieren dado poderes irrevocables para ello, o ello surgiera de la ley.

El proyecto podía recibir la crítica también, que la administración del condominio en virtud de la unanimidad impuesta para el quorum por los arts. 2699 y 2703 del CC de Vélez, podía presentar inconvenientes, aunque la administración estuviera a cargo de la empresa constructora hasta la terminación de la obra, momento en el que se produciría la extinción del condominio[814]. Además, debe tenerse presente que en el régimen de la ley 19.724, se preveía un condominio forzoso en el supuesto de paralización de la obra por más de seis meses, pero asumiendo las adquirentes, las obligaciones que pesaban en cabeza del anterior propietario a los fines de la ejecución de la obra (art. 30 ley 19.724)[815]. Se establecía, que si el contrato de transferencia del condominio no se realizaba en escritura pública (que se aplicara el art. 1185 bis CC), y que el mismo se instrumentara, con firmas certificadas.

En el segundo proyecto se completó el esquema al incorporar en el art. 2° inc. a) la afectación del inmueble a su comercialización en propiedad horizontal de pleno derecho al

[814] También se proyectó un nuevo párrafo en el art. 16, que expresaba: "...El fallecimiento, incapacidad, inhabilitación, quiebra o concurso civil del adquirente, no obstarán al libre ejercicio por parte del propietario vendedor de los derechos a que se refiere esta norma."

[815] Además en el proyecto explicado, se garantizaba la libre cesibilidad de los derechos y obligaciones de los adquirentes, intentando impedir que el mismo estuviera condicionado a la voluntad del vendedor o promotor, que normalmente cobraba dos veces la comisión sin intermediación alguna de su parte. Y se previó, que el propietario que procura afectar un inmueble debe ser titular libre de gravámenes, y la participación de entidades autorizadas en la financiación con garantía hipotecaria, que es imprescindible para la función de regulación de crédito para la construcción. La posibilidad de asegurar el edificio aún en construcción contra los riesgos de su ruina, la que por orden de la Secretaría de Estado y Vivienda de la Nación podría convertirse en obligatoria.

El art. 2 del proyecto requería para promover la comercialización: a) ser titular libre de gravámenes; b) inscribir en el Registro el Reglamento definitivo de Copropiedad y Administración con referencia a dicho inmueble;c) obtener la aprobación del plano definitivo de construcción, Como se habrá observado, estos requisitos tendían a simplificar la duplicación de ellos en el régimen vigente.

d) Obtener la aprobación por la Secretaría de Estado de Vivienda en el orden nacional de los: Planes de venta; contratos tipo de construcción del edificio. Haciéndose constar en los mismos, todas las especificaciones que resultaran necesarias para su completa individualización, a los efectos de su oportuna matriculación en el respectivo Registro de la Propiedad Inmueble. No obstante, a partir de críticas sobre la intervención de dicha secretaría, recargada de trabajo, se trasladó en un segundo proyecto la responsabilidad de control de precios y contrataciones a la Cámara Argentina de la Propiedad Horizontal, que es un organismo privado. Se disponía que el plazo para el otorgamiento de escritura no podría ser mayor de 120 días, y que no se podrá reclamar ante de la escritura más del 10% del precio ni más de la mitad de la comisión. Este último punto es importante porque involucra al intermediador o promotor, que para cobrar su comisión entera debería mediar para que se escriture cuanto antes. En el caso común de demora injustificada en el desarrollo de las etapas, se preveía un proceso sumarísimo para suspender el pago de las cuotas. Aunque todo proceso sumarísimo en la argentina se demora.

inscribirse el Reglamento en el Registro, idea que perfeccionaba el sistema tutelar que concibieron, al disponer la inejecutabilidad del inmueble por los acreedores del propietario[816].

2.3.11. Propuestas en Jornadas y Congresos:

2.3.11.1. VI Jornadas de Derecho Civil realizadas en Santa Fe en 1977:

Se consideró que debía dictarse un nuevo régimen de prehorizontalidad que reemplace a las actuales leyes 19.724 y 20.076 con participación en su elaboración de los Institutos de Derecho Civil de las Facultades de Derecho de la República Argentina. Y que la nueva ley debería ajustarse a las siguientes bases;

a) en los casos de preconsorcio, debe reconocerse personalidad al mismo, b) debe asegurarse un adecuado régimen de contralor sobre el destino de las prestaciones de los adquirentes, (rendición de cuentas en forma periódica, inversión de los fondos, acceso a la contabilidad, etc). c) debe contemplarse en forma expresa un tratamiento fiscal. impositivo tendientes a que el cumplimiento de la ley no incida gravosamente en los costos operativos, d) debe establecerse ciertos requisitos respecto de la instrumentación de las operaciones a fin de asegurar una adecuada información a los futuros adquirentes, e) debe compatibilizarse el régimen de protección con las situaciones de incumplimiento de los adquirentes, f) corresponde establecer un adecuado régimen de control y sanciones para quienes infringieren las disposiciones de la ley"[817].

2.3.11.2. 2° Jornadas Provinciales de Derecho Civil (Mercedes, 1983):

En las mismas se concluyó, que el régimen previsto por la ley 19.724 reformado por la ley 20.276 debía ser modificado y adecuado a la realidad nacional; que las normas previstas por dicho régimen legal revistían carácter de orden público; que debía procurarse la simplificación de los recaudos destinados a celebrar el acto de "afectación" y la eliminación de los sometidos a la calificación registral, ubicándolos en las esferas técnicas pertinentes

[816] El 2° apartado del inciso a) del art. 4, de ese proyecto, apuntaba equitativamente a facultar al propietario-vendedor para desistir y resolver los contratos. Pero, el propietario vendedor no podría ejercer dicho derecho si no depositaba en la Cámara Argentina de Propiedad Horizontal, a la orden de los adquirentes, la totalidad de las sumas pagadas por éstos, inclusive las que hubiesen abonado en concepto de comisión. El art. 5 contemplaba la inembargabilidad tanto de las partes indivisas al comienzo de la comercialización, como de las unidades al terminarse la construcción si se trata de vivienda única, salvo frente a ciertos créditos justificados. Además, se preveía el caso de que mediara concurso o quiebra, el pacto comisorio, etc., y que el Estado tomara medidas idóneas para estimular las operaciones de Capitalización y de Ahorro y Préstamo vinculadas- Proyecto de GATTI, E., ALTERINI, J. H. (1981). *Prehorizontalidad y boleto de compraventa*. Bs. As.: LA LEY. 2° Edición . p.92.

[817] Por otro lado, también se previó la posibilidad de exclusión del adquirente. que no cumpliera con el plan de pagos convenido, mediante un procedimiento sencillo y ágil, con mora automática, que fue también referido en el Congreso Argentino de la Pre-Horizontalidad de 1970.

También se observó que la nueva legislación debe tener estrecha vinculación con la que sobre el "uso del suelo" o leyes de programación de viviendas y uso de ellas, se dicte en cada uno de los Estados Provinciales. Del mismo modo con aquellos planes nacionales que prevean esas construcciones. Se dispuso regular la formalización anticipada del Reglamento sin el carácter de simple proyecto y otorgar personalidad al preconsorcio, etc.[818]. Se previó efectos para la afectación e igualmente un plazo de caducidad para las registraciones de boletos, etc.[819].

2.3.11.3. 3° Jornadas Rioplatense de Derecho (San Isidro 1981):

Se sentó, unánimemente que era necesario y urgente intentar en el país la solución de los problemas de la comercialización de inmuebles en forma global, mediante una ley especial.

2.3.11.4. 1° Encuentro de abogados civilistas de Santa Fe (1987):

Se propuso el dictado de una ley especial, que integrara el cuerpo de nuestra legislación civil, que regulara en forma específica, sistemática y completa, todo lo concerniente a los boletos de compraventa inmobiliaria[820]. Esta ley debería establecer, asimismo, la posibilidad de inscribir los boletos en los Registros inmobiliarios y regular todo lo concerniente a ello. Por otra parte, debería consagrar un régimen de protección, a los adquirentes por boleto de compraventa, en cuotas[821].

---

[818] 8) Debe armonizarse el régimen de protección con la situación de los adquirentes incumplidores cuyos pagos deben ser adecuadamente actualizados, dejándose constancia de la mora de pleno derecho y a partir de cuándo se producen.

[819] 10) Corresponde establecer un efectivo régimen de sanciones para aquellos que violasen las disposiciones del régimen legal implementado.

[820] La que debía abarcar todos los aspectos involucrados en el tema, tanto con relación al régimen general, como de los regímenes especiales hoy dispersos en leyes tutelares tales como la N° 14.005, 19.724, etc.

[821] El que debería prever:

a) Que la facultad comisoria, por falta de pago, no pueda ejercerse contra dichos adquirentes, cuando se haya abonado el 25% del precio de compra o efectuado mejoras equivalentes al 50% del mismo.

b) Cuando se trate de adquisiciones sometidas al régimen de la ley 19.724, que el enajenante no tenga derechos contra el adquirente, si no ha cumplido con las disposiciones de dicha ley, aun cuando se haya inscripto posteriormente el Reglamento de Copropiedad y administración, o entregado la posesión, salvo que ofreciera contemporáneamente el cumplimiento de sus prestaciones pendientes (es decir, la escrituración, la entrega de la posesión, etc., según el caso), y éstas estuvieran expeditas (Mayoría; 1 abstención). 2) Debe incluirse en el art. 1.185 bis del C.C. la posesión, como requisito para la oponibilidad del boleto.3) a) Las normas proyectadas para la unificación legislativa civil y comercial, no obstante innovar sustancialmente en materia de forma, prueba y contrato de compraventa, mantienen sin modificar las actuales previsiones legales atientes a la validez y efectos de compraventa inmobiliaria por instrumento privado. b) La aprobación del Proyecto tal como ha sido redactado por la Comisión Especial importaría dejar subsistente una normativa incompleta, e, incluso contradictoria. c) Debe adoptarse una previa decisión de política legislativa acerca de la conveniencia y utilidad de la figura del boleto privado de compraventa para luego regular normativamente sus efectos, particularmente en aquellos aspectos donde se han planteado mayores divergencias, teniendo en cuenta las soluciones del Derecho comparado, los proyectos de reforma y las conclusiones de Congresos y Jornadas.

2.4. La prehorizontalidad en el Código Civil y Comercial:

2.4.1. Introducción

Como se señaló a pesar de que la ley 19.724 junto con la ley 14.005 fueron las primeras normativas dictadas para proteger al consumidor inmobiliario. En realidad fueron muy poco efectivas, en especial y en lo que a esta tesis importa, con la ley de prehorizontalidad se instauró un régimen, que nacía con la inscripción de la escritura pública de afectación al sistema o estado, que debía otorgar el propietario que se disponía a comercializar unidades sobre un inmueble que se afectaría en un futuro a propiedad horizontal, generalmente recién cuando terminara el edificio y/o cumpliera todos los recaudos jurídicos y administrativos exigidos para que naciera el estado de propiedad horizontal.

Sin embargo, este régimen fue muy ineficaz, porque la posibilidad de inscripción de los boletos dependía de una actividad previa del propietario emprendedor, a quien muchas veces, poco le interesaban los derechos de los adquirentes, y sólo pensaba en ahorrar gastos de escrituras y planos que con este régimen se duplicaban, máxime cuando las penalidades previstas (art. 32) en dicha ley, no se aplicaban en la práctica a los vendedores incumplidores. Por los motivos expuestos y como se explica en los fundamentos del proyecto de Código de 1998, la ley 19.724 provocó una repulsa generalizada. En dichos fundamentos, se relata que dicha legislación, lejos del ideal de armonización de los intereses comprometidos, en definitiva conspiraba contra todos ellos, pues sin importar una efectiva protección para el adquirente, se constituía en un nuevo obstáculo que desalentaba el proceso de la construcción y comercialización de las unidades. Se señaló que era ineludible superar la indefinición y proceder a su derogación y reemplazo por un régimen más elástico y que fuera aceptado por la realidad negocial[822].

A nivel práctico del análisis de la jurisprudencia, se puede concluir que dicha regulación casi solamente se utilizó, para que el adquirente pudiera oponerse a cumplir con las prestaciones a su cargo, si la contraria -es decir el vendedor-, no cumplía con la afectación al mismo e inscripción de los boletos (art. 12). Obligación ésta, que se consideraba de orden público y por lo tanto, el derecho del adquirente a solicitar su cumplimiento irrenunciable, como ya se señaló[823].

La falta de eficacia señalada por la doctrina y los congresos, dio lugar a que proliferaran los proyectos y propuestas, de los que se explicaron los más representativos.

---

[822] Ver KIPER, C. (2016). *Tratado de los derechos reales. Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26994*, t. I, Santa Fe: Ed. Rubinzal Culzoni, p. 696.

[823] Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil en pleno, en el caso "Cotton, Moisés, D. y otros c. Tutundjian, Simón", sentencia del 28/02/1979, *LA LEY* 1979-A-528.

- La regulación de la prehorizontalidad en el código civil y comercial:

De una manera práctica y sencilla, no obstante los inconvenientes prácticos que ya se explican; el Código vigente, en el capítulo 10 titulado prehorizontalidad (arts. 2070 a 2072 del CCC), opta siguiendo las huellas del Proyecto de 1998, por la exigencia de un seguro obligatorio a favor del adquirente que cubra los riegos de la operación, y se deroga la ley 19.724[824]., sino también de todas las normas tanto nacionales como locales que existían sobre la materia, y que pretendían reglamentar la derogada ley 13.512. Lo que incluye también las normas de naturaleza registral dictadas en concordancia con aquellas[825]Para lograr que el vendedor realmente contrate este seguro obligatorio, se recepta la doctrina del fallo plenario Cotton que ya se reseñó, basada en el artículo 12 de la anterior ley 19.724, el art. 2071 del CCC, al establecer que: "el incumplimiento de la obligación impuesta en este artículo priva al titular del dominio de todo derecho contra el adquirente a menos que cumpla íntegramente con sus obligaciones, pero no priva al adquirente de sus derechos contra el enajenante*"*. Pero no se ha establecido una sanción específica, entonces al emprendedor le puede resultar menos oneroso, no contratar el seguro, y si algún adquirente se resiste a pagar basado en dicha norma, en dicho momento contratarlo. Lo que puede impactar negativamente, porque tal vez cuando se necesite la existencia del seguro, este todavía no se haya contratado. Esta es una de las grandes críticas que se ha hecho al sistema del seguro obligatorio establecido[826], porque sigue dependiendo como en el régimen anterior de la voluntad del titular del inmueble vendedor, el sistema protectorio de los consumidores inmobiliarios en la prehorizontalidad como en el sistema de la ley 19.724.

2.4.2. Ámbito de aplicación de la prehorizontalidad:

De loa arts. 2070 y 2071 del CCC. se desprende que el ámbito de aplicación abarca a la contratación onerosa sobre unidades construidas o proyectadas bajo el régimen de propiedad horizontal, cuando todavía no se constituyó el estado de propiedad horizontal, por no haberse redactado el reglamento de propiedad horizontal ni haberse inscripto en el registro (conf. art. 2038 del CCC). El art. 2070 solo se refiere a que contratos sobre unidades funcionales

[824] Se ha dicho que ello conlleva también la derogación de todas las normas tanto nacionales como locales que existían sobre la materia, y que pretendían reglamentar la derogada ley 13.512. Lo que incluye también las normas de naturaleza registral dictadas en concordancia con aquellas. BOQUE, R. (2016). La prehorizontalidad en el Código Civil y Comercial. ¿Qué pasa con los fideicomisos inmobiliarios frente al nuevo régimen? *RCCyC*, marzo, 213 - Cita Online: AR/DOC/621/2016

[825] BOQUE, R. (2016). La prehorizontalidad en el Código Civil y Comercial. ¿Qué pasa con los fideicomisos inmobiliarios frente al nuevo régimen?. *RCCyC*, marzo, 213 - Cita Online: AR/DOC/621/2016.

[826] Ver HERNANDEZ, J. A. (2 a 4 de Mayo de 2018). [Ponencia]. XVII CONGRESO NACIONAL DE DERECHO DE SEGUROS, Mendoza. Recuperado el 21/1/2022 en www. elseguroenacción.com.ar

celebrados antes de la constitución (del estado) de propiedad horizontal están incluidos en dicho régimen, por lo tanto no especifica el estado constructivo, como antes se hacía, pero el artículo 2071 agrega que las unidades pueden estar construidas o proyectadas. No obstante, se entiende que la demora en escriturar al adquirente está verdaderamente justificada y difiere de cualquier venta o contratación onerosa de inmueble con boleto, cuando no se ha terminado la construcción y no se puede afectar y por lo tanto constituir el derecho de propiedad horizontal a favor del adquirente. Pero si el edificio ya está construido, raro será que el vendedor quiera contratar un seguro en vez de escriturar directamente a favor de los adquirentes, pudiendo hacerlo, lo que es más económico. El artículo cuando se refiere a que no se debe haber constituido la propiedad horizontal, debe entenderse a que no se ha constituido el estado de propiedad horizontal[827], situación que permite otorgar derecho de propiedad horizontal sobre las unidades. Por eso se considera que abarca a todos los contratos anteriores a la constitución del estado de propiedad horizontal.

A pesar de que la primera parte de la norma no exige que la contratación deba ser onerosa, ello se deduce porque: la cobertura según el art. 2071 del CCC debe comprender el reintegro de las cuotas abonadas con más un interés retributivo o, en su caso, la liberación de todos los gravámenes que el adquirente no asume en el contrato preliminar. Debe advertirse que la ley dice contratos y no compraventas, por lo tanto quedan comprendidas, las permutas, adhesiones a contratos de fideicomisos, cesiones, etc.. Aunque no aclara parece que debe entenderse que abarca todos los contratos cuya finalidad sea la transferencia de unidades de un inmueble que se someterá a propiedad horizontal, tanto común como especial[828]; y no las locaciones, comodatos, etc.

Con respecto al requisito que se deduce del art. 2070 respecto a que no se debe haber constituido la propiedad horizontal, se entiende a que se está refiriendo al estado de propiedad horizontal conf. art. 2038 del CCC[829].

2.4.3. Exclusiones:

Asimismo, al igual que lo preceptuaba la derogada ley 20.276, el art. 2072 del CCC establece los casos en los que no se aplica este régimen, pero también se excluyen los supuestos

[827] Ver PUJOL DE ZIZZIAS, I. (2016). Propiedad Horizontal. Sistema y derecho. *SJA* 02/11, 11 - Cita Online: AR/DOC/4500/2016.

[828] En este sentido, se pronuncia BOQUE, R. (2016). La prehorizontalidad en el Código Civil y Comercial. ¿Qué pasa con los fideicomisos inmobiliarios frente al nuevo régimen? *RCCyC*, marzo, 213 - Cita Online: AR/DOC/621/2016

[829] Ver PUJOL DE ZIZZIAS, I. (2016). Propiedad Horizontal. Sistema y derecho. *SJA* 02/11, 11 - Cita Online: AR/DOC/4500/2016. Donde se explica que no obstante cierto sector de la doctrina, especialmente notarialista considera que la inscripción no es necesaria para esta constitución.

de fideicomisos y financiamiento por entidades especialmente calificadas por el organismo de control.

Ello permite delimitar con más precisión, el ámbito de la prehorizontalidad. Los fundamentos de dichas exclusiones son que en realidad no existe comercialización o peligro para los futuros adquirentes, tanto sea por el propio objeto de los contratos (que surgen de una partición o liquidación en la que los propios adquirentes participan), como porque intervienen organismos estatales, y/o especializados y controlados en el emprendimiento.

Específicamente el art. 2072 del CCC dispone, que no entran dentro de estas previsiones los siguientes contratos:

"a. aquellos en los que la constitución de la propiedad horizontal resulta de la partición o liquidación de comuniones de cosas o bienes, o de la liquidación de personas jurídicas;

b. los que versan sobre inmuebles del dominio privado del Estado;

c. los concernientes a construcciones realizadas con financiamiento o fideicomiso de organismos oficiales o de entidades financieras especialmente calificadas por el organismo de control, si de sus cláusulas resulta que los contratos definitivos con los adquirentes deben ser celebrados por el ente financiador o fiduciario, a quien los propietarios deben otorgarle poder irrevocable a ese fin".

Boqué [830], Clusellas y Ormaechea[831] consideran que todos los fideicomisos inmobiliarios que se constituyan en el futuro deben estar exceptuados de la obligación de cumplir con el régimen de prehorizontalidad, que es de orden público. Consideran que, el patrimonio de afectación propio de toda trasmisión fiduciaria, de conformidad con lo previsto en el art. 1686 del CCC (antes art. 15 de la ley 24.441), lo que hace es garantizar el cumplimiento de esa causa final en virtud de la confianza depositada en el fiduciario.

No obstante como se explicó y lo ha demostrado la jurisprudencia, adquirir de un fideicomiso no da una garantía total de cumplimiento[832]. Salvo el caso, de que el fiduciario sea

[830] BOQUE, R. (2016). La prehorizontalidad en el Código Civil y Comercial. ¿Qué pasa con los fideicomisos inmobiliarios frente al nuevo régimen? *RCCyC*, marzo, 213 - Cita Online: AR/DOC/621/2016.

[831] CLUSELLAS, E. G., ORMAECHEA, C. (2003), *Contratos con garantía fiduciaria*, Bs. As.: Ábaco, p. 177.

[832]Debe advertirse, que el riesgo aumenta cuando el fiduciario no tiene en su patrimonio el inmueble sobre el construirá el edificio, sino que lo piensa adquirir con los importes que le entreguen los fiduciantes adherentes, futuros adquirentes. Además generalmente estos fiduciantes adherentes, no tienen en la práctica, la posibilidad contractual de controlar al fiduciario, a pesar de que los arts. 1675 y 1676 del CCC establecen la obligación de rendir cuentas del fiduciario; ni pueden tomar decisiones, a diferencia del fiduciante que entrega el inmueble (en su caso) o que es el emprendedor originario, que generalmente participa activamente y ha establecido en el contrato la necesidad de su consentimiento para los actos trascendentales. Además otra forma ideada para que al fiduciario no le falte dinero para terminar la obra es que los fiduciantes adherentes no sólo ingresen un monto inicial, sino otro tanto en cuotas que irán aumentando de acuerdo a las necesidades. En este caso, el problema se agudiza, porque los adquirentes no saben cuál será precio definitivo que terminarán entregando por el departamento y al mismo tiempo no pueden generalmente decidir, ni casi controlar en la práctica al fiduciario.

alguna entidad fiscalizada o el propio Estado, no se coincide con la postura que considera que en el caso de fideicomiso no se debe cumplir con la obligación de contratar un seguro. Ello porque se entiende, como se explicó al principio de este capítulo, que a pesar de que el fideicomiso le da la seguridad al tercero que los bienes que integran el patrimonio fideicomitido no podrán ser embargados por los acreedores personales del fiduciante y fiduciario, esto no implica que no existan riesgos de incumplimiento, lo que se patentiza en la cantidad de fallos reseñados, donde el fiduciario no cumple las obligaciones asumidas, y perjudica al consumidor.

2.4.3. La obligación de contratar seguro de caución:

El art. 2071 del CCC expresa: "para poder celebrar contratos sobre unidades construidas o proyectadas bajo el régimen de propiedad horizontal, el titular del domino del inmueble debe constituir un seguro a favor del adquirente, para riesgo de fracaso de la operación de acuerdo a lo convenido por cualquier razón, y cuya cobertura comprende el reintegro de las cuotas abonadas con más un interés retributivo, o en su caso La liberación de todos los gravámenes que el adquirente no asume en el contrato preliminar". Los gravámenes existentes, cuya liberación se debe asegurar también, se considera que es difícil de cuantificar y que encarece. Por otro lado, se entiende que el seguro no cubre el verdadero riesgo del adquirente porque le devuelve la suma de dinero nominal con más un interés, pero no tiene en cuenta la desvalorización del mismo. Lo que cobra importancia en este momento de inflación sostenida.

La Superintendencia de Seguros de la Nación el 11 de octubre del 2017, dictó la resolución 40925, que reglamentó las condiciones generales para la póliza global de Seguro de Caución para adquirentes de Unidades construidas y proyectadas bajo el régimen de propiedad horizontal. Sin embargo se advierte, que las compañías sostienen que los clientes no les solicitan este tipo de seguros. Por otro lado, imponer en Argentina la obligación al vendedor de contratar un seguro que garantice la devolución de las cuotas pagadas con más los intereses, etc.; es desconocer la realidad negocial. Debe tenerse en cuenta, que en las escrituras y en los contratos que se dan a la luz, se suelen poner montos menores a los reales para evadir el pago de todos los impuestos y tasas. Por lo que cualquier seguro que se contratara no cubriría el monto total, ni siquiera nominal realmente adeudado.

Adviértase, que sólo exige al titular de dominio contratar el seguro, cuando el propietario puede ser titular de condominio, propiedad horizontal especial y superficiario y no comprende también a otros partícipes, como el desarrollador, la empresa constructora, etc., que también deberían estar obligados, en virtud de que si se toma en cuenta que esta normativa intenta

amparar al consumidor inmobiliario, dichas normas extienden la responsabilidad también a todos los intervinientes[833].

Por otro lado, como se señaló al comenzar a explicar el régimen en el Código Civil y Comercial, la letra del art. 2071 del CCC siguiendo la jurisprudencia del plenario Cottón reseñada y el resto de los precedentes coincidentes, con acierto dispone que: "El incumplimiento de la obligación impuesta(…) priva al titular del dominio de todo derecho contra el adquirente a menos que cumpla íntegramente con sus obligaciones, pero no priva al adquirente de sus derechos contra el enajenante".

2.4.4. Inconvenientes:

En un primer momento las compañías de seguro no tenían ideado tales seguros. Ahora supuestamente por la resolución de la superintendencia, se debería admitir que se contraten seguros de caución, pero la mayoría de las compañías desconocen este seguro de caución específicamente y afirman que resulta muy oneroso. Se ha explicado que este seguro de caución funciona más como una garantía de cumplimiento de una obligación asumida por el vendedor, que como un seguro. Además se ha criticado la normativa, porque no cumple una función moralizadora; debido a que el vendedor estaría garantizando su propio incumplimiento[834], y por cualquier causa. No se determina, quien será el que ejercerá el control. Y no se puede dejar en manos del desarrollador el cumplir o no con la obligación de contratar el seguro, que es de orden público[835]. En la práctica los desarrolladores deciden no contratar el seguro dispuesto, y recién cuando algún adquirente se niega a seguir pagando en virtud de lo dispuesto en la última parte del art. 2071 del CCC, allí contratan el seguro para ese caso conflictivo, para seguir cobrando. Pero se entiende que la obligación se debe cumplir en el momento de la firma del contrato y no después, porque si un adquirente abonó parte del precio y el proyecto inmobiliario no llega a efectivizarse y no existe seguro, el titular del dominio y/o enajenante incurrió en un doble incumplimiento, no contrató el seguro, comercializó la unidad en construcción que luego no construyó, y como corolario de ello finalmente el adquirente no podrá adquirir el derecho de propiedad horizontal conforme lo acordado en el contrato celebrado a tal efecto, ni contará con un seguro, es decir que la norma no lo termina protegiendo, es decir no es efectiva.

---

[833] KIPER, C. (2016). *Tratado de derechos reales, Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.994*. T.I. Santa Fe: Rubinzal- Culzoni, p. 697.

[834] HERNÁNDEZ, J. A. (2 a 4 de Mayo de 2018). [Ponencia]. XVII Congreso Nacional de Derecho de Seguros, Mendoza. Pub. en www. elseguroenacción.com.ar

[835] Al no estar previsto ni la intervención notarial, ni que estos contratos acceden al Registro de la Propiedad, no existe en consecuencia la posibilidad de que, en un caso el notario interviniente o, en su caso, el registrador en ejercicio de su función calificadora pueda verificar la existencia del seguro al que alude la norma. En la legislación chilena, según se indicó, ambos aspectos están expresamente previstos.

Ello puede motivar su ineficacia al igual que la ley 19.724, porque aunque el trámite es más simplificado, sigue siendo muy costoso, lo que en definitiva terminar incidiendo de manera negativa en los compradores, a quienes se les trasladan dichos costos.

Debe tenerse en cuenta que el desarrollador inmobiliario acude a la comercialización de las unidades construcción, no sólo para financiarse de un modo más económico, sino para no asumir el riesgo de que, terminadas todas las unidades, ellas no puedan ser comercializadas. Y también desde el punto de vista del adquirente, comprar una unidad a construir es atractivo, porque es difícil que se cuente con todo el capital y acudir al crédito es muy complicado y más oneroso generalmente. De esta manera el comprador tiene un plazo para pagar hasta que se termine el edificio o la urbanización y se le escriture la unidad. Por lo tanto, este costo del seguro perjudica al comprador a quien se pretende amparar. El riesgo asegurado es el incumplimiento de las obligaciones a cargo del titular del dominio, y el problema es que la suma asegurada debe guardar relación con el riesgo asegurado, que se circunscribe a los pagos efectivamente realizados por el adquirente, más los intereses correspondientes, lo que se irá incrementando con el tiempo al igual que el costo del seguro, y esto multiplicado por la cantidad de unidades del edificio[836], hace muy difícil que sea afrontado[837].

---

[836] En el derecho chileno, por ejemplo, la ley 19.537 que regula el régimen de copropiedad inmobiliaria incluye expresamente en su art. 1º a las unidades en construcción (47), remitiendo a tal fin a la normativa específica sobre la materia, esto es, el Decreto con Fuerza de Ley 458/1975. Precisamente, esta última prevé la existencia de un seguro, pero la gran diferencia que se puede apreciar es que lo que el desarrollador y/o vendedor debe asegurar es el adelanto del monto del precio total. Vale decir que la suma asegurada se limita al monto que en concepto de pie recibió el desarrollador inmobiliario o constructor. Esto significaría entonces que no se asegura la totalidad del precio pagado por el comprador. De esta manera, al estar acotado el riesgo asegurado, se facilita la obtención de una póliza de seguro. Ahora bien, el resto del precio que no es objeto de seguro se deposita en una cuenta bancaria a favor del vendedor, cuyos fondos recién le serán transferidos al vendedor y/o constructor una vez inscripto el contrato de venta en el Conservador de Bienes Raíces a nombre del comprador. En otras palabras, de lo que se deduce de lo previsto en las leyes 20.007 y 19.932, sobre Urbanismo y Construcciones, es que el vendedor y/o constructor puede hacer uso de forma inmediata del monto recibido a cuenta del precio total como adelanto, ello por cuanto está asegurado. El resto del precio recién lo va a poder disponer una vez firmado e inscripto el contrato de compraventa en el Registro de la Propiedad. Este sistema, según nos parece entender, combina por un lado la existencia de un seguro de caución, para el adelanto, con una especie de patrimonio de destino sobre el resto del precio, cuyo importe queda depositado a nombre del vendedor, pero indisponible hasta que no se cumpla la finalidad que motivó que el comprador lo efectuara. Y de modo parecido se resuelve esto en el Derecho Español.

[837] Se advierte que por el contrario, en el derecho chileno, en donde también se prevé la obligación de contratar un seguro, además de mediar intervención notarial en las respectivas promesas de venta, se exige que deben ser registradas. Algo similar acontece en España, que ya desde 1968 contemplaba la figura de un seguro de caución, la que incluso ha sido recientemente modificada por la legislación de seguros, a los fines de garantizar a los futuros adquirentes, con la salvedad que otorga la alternativa de suplirlo por una garantía bancaria (Ley 57/1968. Norma derogada, con efectos de 1/1/2016, por la disposición derogatoria 3 de la ley 38/1999, de 5 de noviembre. Ref. BOE A-1999-21567, en la redacción dada por la disposición final 3.4 de la ley 20/2015, de 14 de julio. Ref. BOE A-2015-7897 (www.boe.es). Conforme Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras. Publicado en: BOE, nro. 168, de 15/7/2015. Entrada en vigor: 1/1/2016 (www.boe.es).

Esta normativa entró en vigencia a partir del 1/1/2016. Debe tenerse en cuenta respecto del derecho español, que éste dispone aplicando las normas de protección al consumidor, que el desarrollador a la hora de publicitar debe informar a los futuros adquirentes todas las cuestiones vinculadas a la operación, incluido la referencia al contrato

Resulta patente, como la supuesta imposibilidad de otorgar un derecho de propiedad horizontal sobre unidades a construir, porque para gran parte de la doctrina el espacio inmobiliario supuestamente no puede ser admitido como objeto de los derechos reales, es sumamente perjudicial. No obstante, en este caso el derecho de propiedad horizontal, a diferencia del derecho de superficie, la unidad funcional abarca un porcentaje en copropiedad sobre el terreno y demás partes y cosas comunes (art. 2039 del CCC segundo párrafo), es decir, que para la doctrina preocupada por la materialidad del objeto, existe materia sobre la que puede recaer parte del derecho. Y toda dicha construcción o supuesta lógica jurídica termina incidiendo negativamente en los consumidores inmobiliarios y en el derecho fundamental al acceso a una vivienda digna que proclama la Constitución Nacional y los tratados internacionales.

Es interesante vislumbrar el gran esfuerzo que realizaron los autores citados en este apartado, en especial Gatti y Alterini al esbozar un proyecto en el que inmediatamente se podía otorgar derecho real de condominio a los adquirentes. Pero al no ser el condominio el derecho definitivo de propiedad horizontal que se debía otorgar a los adquirentes se encarecía y complicaba el proyecto en su aplicación, por la multiplicación de escrituras y/o pasos y supuestos, para obviarlas que más tarde debieron prever, etc.

Actualmente como se dijo, al haberse recepcionado en nuestro derecho la superficie en los artículos 2114 y ss del CCC, se podría llegar a otorgar un derecho real de condominio sobre el suelo y un derecho de superficie sobre el vuelo; pero el problema de la doble escrituración, etc. también subsiste, salvo que se admita la transformación de pleno derecho al terminar la construcción de superficie en propiedad horizontal, lo que necesitaría una previsión legal, porque sino implicaría doble o triple escrituración. Tal vez se podría pensar en un derecho parecido al de vuelo español que es un derecho real que se inscribe en el registro, que a diferencia del derecho de superficie no tiene plazo y se transforma en propiedad horizontal directamente cuando se construye, como se analiza cuando se estudia la sobreelevación o subedificación.

El que para nuestra doctrina sería un derecho de construir o forestar que es derecho ajeno y se transforma en derecho sobre cosa propia o propiedad superficiaria, cuando existe algo construido o forestado de pleno derecho. No obstante ello, como ya se explicará cuando se trate

---

de seguro- Ver Ley 20/2015, de 14 julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras. BOE.es — Documento consolidado BOE A-2015-7897

del derecho de superficie es una complicación, por lo que se podría sugerir que se acepte que el objeto del derecho de superficie sea una parcela aérea o subterránea del inmueble directamente. Y por lo tanto, que siempre en sus dos estadios el derecho de superficie sea sobre cosa propia y ajena al mismo tiempo, porque en ambos casos implica una desmembración,

También resulta interesante, tomar en cuenta que dicha inseguridad suele abarcar muchos años, donde los adquirentes no conforman el consorcio de propietarios porque justamente no son propietarios, y por ello son gobernados por los emprendedores que generalmente abusan de su posición dominante, y sus derechos no están publicitados.

Actualmente en la provincia de Mendoza, rige la resolución general de ATM N° 10 el 12 de marzo del 2020. En la provincia de Mendoza antes de dicha resolución, se dictaron los decretos 479/51, 4.903/84 y 3300/79, como las resoluciones de la ex Dirección Provincial de Catastro nº 184/83, 50/85 y sus modificatorias 130/89, 270/94 y 377/94. En los fundamentos de la resolución n° 10, se entiende que dichas normas fueron abrogadas implícitamente en virtud de la vigencia del Código Civil y Comercial; y que por eso la misma tiene por finalidad reglamentar el trámite y proceso para visación de planos de mensura en propiedad horizontal.

Dicha norma considera en su art. 2 por edificio, en una concepción más abarcativa, al conjunto edilicio susceptible de ser sometido en su totalidad al Régimen de Propiedad Horizontal. Resulta muy interesante a los fines de esta tesis, la definición de unidad funcional de su artículo 5, en la que expresamente se dispone que "comprende lo dispuesto por el art. 2039 del CCC, y el volumen de aire delimitados por divisiones horizontales y verticales y por cosas propias del titular de la unidad funcional", como ya se mencionó.

El artículo 14 bajo el título propiedad horizontal parcial admite que se someta a propiedad horizontal un edificio no terminado siempre que tenga al menos una unidad habilitada dentro de un proyecto de obra, aprobado por la Municipalidad, debiéndose aclarar en el resumen de superficie, las unidades funcionales que se encuentran habilitadas a través de los correspondientes certificados de habitabilidad emitidos por el Municipio correspondiente, conjuntamente con plano de proyecto total de obra de edificio aprobado.

Es más, se agrega que: "a las unidades funcionales no habilitadas, que estén en obra gruesa, en construcción o a construir, se les asignará una nomenclatura catastral de Subparcela, padrón territorial, y se le calculará el avalúo, en función de una proporcionalidad del valor del terreno total."

No obstante, no se pueden enajenar hasta que no estén habilitadas, porque el certificado catastral sólo se otorga con la presentación de los nuevos certificados de habitabilidad, a diferencia de lo dispuesto en el art. 6 del decreto 2.486/63 de Buenos Aires que dispone que:

"podrán inscribirse en el registro de la propiedad los títulos de los derechos reales, sin son cuerpos independientes en cualquier estado, pero que tengan los servicios y construidas las partes comunes". Disposición esta última que ha dado lugar a que algunos adquirentes especialmente en subasta o acreedores no sepan que las unidades no están terminadas, si su estado constructivo no tiene publicidad sufciente[838], pero que también se puede considerar una feliz anomalía que ha permitido a los adquirentes contar desde el primer momento con un derecho real oponible erga omnes.

Se agrega en esta disposición Mendocina, que para la habilitación de la última unidad, será necesario acompañar el plano conforme a obra final de todo el edificio[839], al igual que lo solicita el art. 2 del decreto 2.489/63 de la provincia de Buenos Aires.

La habilitación parcial se distingue de las modificaciones de cosas y partes comunes que el art. 15 de dicha resolución denomina mejora u obra nueva que requiere mayoría, cuando afecte en forma sustancial las partes comunes, sea quien sea el beneficiario de dicha obra, en cuyo caso se debe realizar un nuevo plano.

Por último, precisamente bajo el título prehorizontalidad, los artículos 19 a 23 disponen, que para el caso en que el edificio no esté construido, es decir sin que exista ni siquiera una unidad habilitada, porque sino se puede optar por la solución prevista y comentada anteriormente que parece más ventajosa; el art. 20 exige plano de proyecto del edificio aprobado por el Municipio y un plano de mensura que tiene titulado "mensura para prehorizontalidad", estableciéndose el cálculo de superficies de cada polígono de la futura unidad funcional. El art. 21 dispone que el plano deberá contener una leyenda en observaciones relativa a la obligación del contratar el seguro del art. 2071 del CCC. Y a diferencia de la solución prevista para la habilitación parcial, Catastro no otorga nomenclatura ni padrón de rentas a dichas unidades.

Debe tenerse en cuenta que la Ciudad Autónoma de Bs. As, el decreto 962/2018, muy criticado por el notariado dispone directamente la posibilidad de inscribir los boletos que cumplan los requisitos del art. 1170 del CCC sobre futuras unidades funcionales o complementarias, respecto de las cuales no se pueda ejercer la posesión en razón de su inexistencia actual, y requiere que los mismos sean acompañados del testimonio de la escritura pública por el titular registral expresa su voluntad de afectar. Dichas normas establecen en

[838] Aunque debe recordarse que, si se trata de un derecho real que se ejerce por la posesión, la tradición es un requisito para la constitución del derecho, por lo que no podrían alegar de buena fe, desconocimiento del derecho y por lo tanto de la realidad constructiva de la misma.Y si adquieren en subasta, el martillero al hacer la inspección previa debería informar que no se encuentra terminada la unidad.

[839] Para la habilitación parcial de plantas de cocheras o bauleras deberá justificarse por escrito el motivo.

definitiva un régimen muy similar al de la 19.724 y por lo tanto ineficaz, resultando pasible de las mismas críticas[840].

Al respecto debe tenerse en cuenta como la doctrina que considera que el espacio no puede ser objeto de un derecho real, termina incidiendo para que a pesar de que dicha legislación avance pareciendo admitir al volumen de aire con las cosas privativas, como componente de la unidad funcional, y flexibilice el sistema anterior; no se proteja en serio al adquirente inmobiliario, al exigírsele al vendedor que duplique los gastos de planos, al requerirle que gaste en un proyecto de plano de mensura y de obra, además de la contrataciones de seguro, sin imponerle una verdadera y efectiva sanción y sin tener en cuenta la realidad negocial argentina.

Por otro lado, resulta llamativo el trato desigualitario que se da a las unidades no construidas en el caso de habilitación parcial y las unidades no construidas en el sistema de prehorizontalidad.

3. Apreciaciones sobre el espacio aéreo y la propiedad horizontal:

En conclusión, la aceptación del espacio aéreo también como objeto del derecho real de propiedad horizontal permite:

- dar mayor flexibilidad a la propiedad horizontal y entender que no siempre es necesario que toda la superficie se encuentre construida con un edificio, aún en la propiedad horizontal común. Por ejemplo: la unidad privativa puede tener un patio y el volumen que se encuentre sobre el suelo del mismo hasta determinada altura podría considerarse privativo (art. 2043 del CCC). O puede existir un parque común. Y el espacio que está sobre el mismo, al igual que sobre la terraza es de todos.

- entender que el espacio es objeto del derecho de propiedad horizontal y que es propiedad de todos al igual que el terreno.

Lo que trae aparejado comprender que:

-a todos los consorcistas, como copropietarios le corresponde cobrar por la utilización del espacio aéreo con antenas, carteles, puentes, etc.;

- es necesario la unanimidad, para sobre-elevar o realizar obras nuevas en espacios comunes que afecten la estructura del edificio o sean en beneficio del que construye, porque ello implica también de parte de éste, apropiarse de un espacio común que es copropiedad de todos en beneficio propio y por lo tanto consiste en una usurpación a apoderamiento de algo que no es totalmente suyo para utilizarlo exclusivamente.

[840] Ver http//:www.elnotariado.com/repudio-notariado-argentino-decreto-9622018—6202.html.

- la legislación podría admitir la venta de espacios a construir por todos los consorcistas (para lo cual se necesitaría previsión expresa legislativa), más el porcentaje de las cosas comunes dentro del régimen de propiedad horizontal ya previsto en el reglamento, que a diferencia del derecho de superficie no tendría plazo si se receptara y sería parte del sistema de propiedad horizontal; o la reserva de dicho derecho por el propietario original con previsión en el reglamento, e inscripción en el registro. Lo que actualmente, a veces se realiza pero por no considerar al espacio objeto del derecho real, solo se le otorga al tercero o al propietario un derecho personal, no oponible erga omnes y por lo tanto inseguro.

- Y podría solucionar el problema de la prehorizontalidad, para lo cual se necesitaría una previsión legal de fondo. Por eso, es importante repensar la importancia de admitir al espacio, como objeto de los derechos reales, también en la prehorizontalidad. Es decir, cuando se enajenan unidades de un edificio no construido o en construcción a terceros que sólo cuentan en nuestra legislación, con un derecho personal. Situación de vulnerabilidad que se trató de paliar ineficazmente por la ley 19.724 y que hoy se intenta de solucionar con un seguro obligatorio, que encarece las transacciones y por lo tanto aleja más a los que pretenden adquirir una unidad de la posibilidad de contar con su vivienda familiar garantizada por la CN.

4. Derecho real de Superficie:

4.1. Apreciaciones generales:

Se realizará un estudio un poco más pormenorizado de este derecho, porque es en el mismo, donde la necesidad o posibilidad de considerar al espacio como objeto de los derechos reales, ha resultado más patente para gran parte de la doctrina especialmente extranjera.

4.1.1. Regulación del derecho de la superficie en el Derecho Argentino:

En el art. 2503 del CC de Vélez no enumeraba como derecho real al derecho de superficie, y tampoco dicho derecho fue regulado por una ley especial hasta el dictado de la ley 25.509 en el año 2001. Es más, expresamente Vélez en su art. 2614[841] dispuso como una restricción al dominio, la prohibición de que el propietario constituya derecho real de superficie sobre su inmueble. Dicha norma resultaba sobreabundante en el sistema adoptado por el derecho argentino del númerus clausus, porque en virtud del mismo ha de entenderse que todo derecho real no regulado por el legislador no puede crearse por el particular y como hasta la ley 25.509, ni en el Código Civil ni en una ley especial surgía éste, no hacía falta que una norma previera

[841] El antiguo art. 2614 del C.C. decía: "Los propietarios de bienes raíces no pueden constituir sobre ellos derechos enfitéuticos, ni de superficie....".

la prohibición de constituirlo. Se dice que ello obedeció a que difieren las fuentes que el codificador tomó como referencia para ambos artículos y, a que Vélez quiso dejar en claro su prohibición porque dichos derechos eran muy utilizados en el derecho patrio. En la nota al art. 2503 del CC se fundamentaba tal restricción, en la libre circulación de los bienes, en la buena explotación de los mismos y en la litigiosidad que provoca la multiplicidad de derechos reales sobre una misma cosa[842]. Bibiloni y la comisión reformadora, influenciado por Vélez también la proscribieron.

Sin embargo debe tenerse en cuenta, que hoy en día se cuenta con un Registro de la Propiedad organizado que permite la publicidad de los derechos reales, que la riqueza es más inmaterial que material; y que resulta más importante que varias personas puedan explotar o beneficiarse con un bien, a que estos se mantengan improductivos en manos de una sola persona. No obstante teniendo en cuenta dichos reparos, se ha considerado conveniente[843] colocar plazo a dicho derecho, la sanción de extinción si no se explota el mismo y normas que tiendan a dar preferencia a la reunión de los derechos sobre el titular del suelo, si no se justifica la excepción.

Por otro lado cabe resaltar que, el principio del número cerrado, es una restricción para las partes, pero no para el legislador que puede crear y modificar los derechos reales, las necesidades de hoy en día, de trabajo y producción, la función social de la propiedad etc., hacen que no se miren con disfavor las figuras co-participativas donde varios sujetos obtienen ventajas económicas de una misma cosa.

Nuestro ordenamiento también consagraba el principio de la accesión, siguiendo la tradición del derecho puro de los romanos. Así los arts. 2518 a 2522 extendían la propiedad del suelo al espacio aéreo, al subsuelo y a los accesorios que en él se encuentren[844].

---

[842] En la nota al art. 2503 del C.C., Vélez explicaba que la multiplicidad de los derechos reales sobre un mismo inmueble (uno dueño del suelo, otro del edificio, otro de las plantas, etc.), constituye una fuente fecunda de pleitos, dando lugar a situaciones complicadas para la buena explotación económica de los inmuebles y de su libre circulación. Específicamente decía:… "hemos juzgado que era más conveniente aceptar el derecho puro de los romanos y estar a las resoluciones generales sobre lo que se edificase en suelo ajeno. El derecho de superficie desmejoraría los bienes raíces y traería mil dificultades y pleitos con los propietarios de los terrenos".

[843] Ver PUJOL DE ZIZZIAS, I. y LINARES DE URRUTIGOITY, M. (2008) Contrato y derecho de superficie forestal, En *Derecho de los Contratos*, coord. por PÉREZ HUALDE, F., Bs. As.: Ed. AD-HOC, pp. 896-897.

[844] El artículo 2.521 del CC en una redacción confusa expresaba que la propiedad de las obras establecidas en el espacio aéreo no causa la presunción de la propiedad del terreno, lo que podría interpretarse en el sentido, que se puede tener el dominio o el derecho de superficie de las construcciones que se encuentran sobre un terreno ajeno, como se acepta en el Derecho Francés. En dicho ordenamiento el art. 553 del Código Civil Francés implícitamente lo acepta conforme lo ha interpretado la doctrina al expresar: "Todas las construcciones, plantaciones y obras sobre un terreno o en el interior se presumen hechas por el propietario a su costa y pertenecientes a él mientras no se pruebe lo contrario; sin perjuicio de la propiedad que un tercero pudiera haber adquirido o pudiera adquirir por prescripción, bien de un subterráneo bajo el edificio de otro o bien de cualquier otra parte del edificio. Pero armonizando dicho artículo con el resto de las normas, especialmente los arts. 2.614 y 2.503, la doctrina terminó entendiendo que el art. 2.521, se refería al término amplio de propiedad y no a la acepción estrecha que asimila el

Por otro lado los arts. 2587[845] a 2522 del CC, regulaban dentro de la accesión, uno de los modos originarios de adquirir el dominio, la edificación y la plantación. El principio que contenían dichos artículos consistía en que el dueño del terreno hace suya las edificaciones y plantaciones ejecutadas por un tercero, no obstante las indemnizaciones correspondientes.

En atención a tales fundamentos y en armonía con las normas transcriptas en el artículo 2617 del C.C. se dispuso que: "El propietario de edificios no puede dividirlos horizontalmente entre varios dueños, ni por contrato, ni por acto de última voluntad". La propiedad horizontal no era concebida como una necesidad en los tiempos en que se sancionó el Código Civil en la Argentina, porque existían grandes extensiones de tierra para ocupar, y Vélez consideraba que la figura era un semillero de pleitos, a pesar de que en su época ya era usada en el derecho comparado. El crecimiento de las grandes ciudades y su densidad demográfica, producida por la migración de la población del campo a la ciudad, impuso la necesidad de receptar esta figura que fue introducida por la ley 13.512 de 1948, que declaró inaplicable el art. 2617 del CC para los supuestos en que los inmuebles se sometieran mediante otorgamiento e inscripción de un reglamento de copropiedad y administración al sistema de la propiedad horizontal; pero que siguió vigente para el resto de los inmuebles no sometidos a este régimen.

La ley 25.509 introdujo el derecho de superficie forestal y modificó los artículos 2503 y 2614, mencionando en el inc. 8 del art. 2503 del CC que enumeraba a los derechos reales, al derecho de superficie forestal y excluyendo de la prohibición de constituir ciertos derechos reales, al derecho real de superficie expresamente señalado por Vélez, en el art. 2614[846].

4.1.2. Proyectos de reforma:

Los proyectos de unificación de 1987, 1993 y 1998, incorporaban el derecho real de superficie, los dos primeros sólo regulaban el derecho para la construcción, mientras que el último con una normativa más pormenorizada admite también la figura para la forestación.

---

mismo a dominio, definido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación como todo derecho patrimonial que el hombre tiene fuera de sí mismo, de su vida y de su libertad (CSN, in re "Ercolano c/ Lanteri de Renshaw s/ consignación", fallos 136:161; fallo del 24.4.1922. In re "Horta c/ Harguindeguy s/ consignación", frente a la ley 11.157. Fallos 136:59, fallo del 21.8.1922). En este sentido se puede decir que, el constructor tiene un derecho de propiedad sobre lo construido en terreno ajeno, porque posee un derecho personal o creditorio sobre lo que construyó de buena fe, para que le paguen por dicha construcción o mejora. Y aún si construyó de mala fe tenía derecho al reembolso del mayor valor existente al momento de la reivindicación de la cosa, si el propietario del suelo quería mantener dicha construcción, en virtud del principio del enriquecimiento sin causa receptado en los artículos (2.587 a 2.593 del C.C.).

[845] El art. 2.587 comenzaba diciendo: "El que sembrare, plantare o edificare en finca propia con semillas, plantas o materiales ajenos, adquiere la propiedad de unos y de otros..."

[846] PUJOL DE ZIZZIAS, I. y LINARES DE URRUTIGOITY, M. (2008). Contrato y derecho de superficie forestal. En *Derecho de los Contratos*, coord. por PÉREZ HUALDE, F., Bs. As.: Ed. AD-HOC, pp. 895-903.

El proyecto de Unificación legislativa Civil y Comercial de 1987, sancionado por ambas Cámaras y vetado por el Poder Ejecutivo Nacional, incorporó el derecho real de superficie mediante la modificación del art. 2614, que lo prohibía. Dicho artículo proyectado expresaba que: "El dueño de un inmueble puede constituir el derecho real de superficie por un plazo determinado no mayor de cincuenta años", que el mismo podía recaer sobre lo edificado por el superficiario sobre o bajo el suelo o sobre una construcción ya existente, o directamente recaer sobre construcciones ya existentes no edificadas por el superficiario. El derecho de edificar no se podía gravar con derechos reales, lo que fue duramente criticado por la doctrina. Adviértase que no decía sobre una construcción ya existente dentro del régimen de propiedad horizontal como dice actualmente el art. 2116 del CCC, lo que parece permitir que lo que se construya pase a ser una unidad de un edificio sometido a propiedad horizontal.

El proyecto de 1993, incorporó el derecho en el título XV del libro III, en los artículos 3153 y 3158, y admitió la constitución de hipoteca sobre el derecho de edificar en el art. 3155, diferenció el derecho de edificar, de la propiedad superficiaria, Además estableció que esta última se regiría por las normas aplicables al dominio revocable en cuanto sean compatibles y no estén modificadas por las previstas para ese derecho real.

El proyecto de Código Civil de la República Argentina unificado con el Código de Comercio dictado por la comisión designada por decreto 685/95, conocido como proyecto de 1998, lo reguló en los artículos 2018 a 2028, en el Título VI. Éste a diferencia de los anteriores admitió la superficie, no sólo para la construcción sino también para la forestación y diferenció dos modalidades, el derecho de construir y forestar (que regulaba como derecho sobre cosa ajena), de la propiedad superficiaria (que consideraba derecho real sobre cosa propia)[847].

4.2. Concepto – definición

Para Antonio Gullón Ballesteros, el derecho de superficie para la construcción es "la concesión a un tercero del derecho a construir en suelo ajeno haciéndose propietario de la edificación[848]". Wolff[849] define a la superficie con finalidad constructiva como: "el derecho real, enajenable y hereditario, que autoriza a tener una edificación encima o debajo de un fundo".

[847] Ver PUJOL DE ZIZZIAS, I. y LINARES DE URRUTIGOITY, M., (2001). Consideraciones en torno al derecho real de superficie (conforme al Proyecto de Código Civil de la República Argentina Unificado con el Código de Comercio), *J.A.,* I, fascículo n. 3, *Lexis Nexis*, p. 3 y ss.
[848] GUILLÓN BALLESTEROS, A. (1960). *La superficie urbana*. Sevilla: Instituto García Oviedo. Univ. De Sevilla, p. 15.
[849] WOLF, M. (1991). *Tratado de Derecho Civil. Derecho de cosas*, 3era. Edición. Volumen 2do, Barcelona: Casa Bosch Editorial, p. 1,

Por otro lado, Gester Dings[850] expresa que las palabras superficies, superficium y superfacies (sobre la faz de la tierra) significan, en el uso común: la apariencia exterior de una cosa. En el lenguaje de la ley, se puede distinguir el sentido objetivo y el subjetivo. En el sentido objetivo lato: se refiere a lo que se encuentra sobre el suelo, esté o no fijamente unido al mismo (ejemplo: una construcción del vecino que avance sobre la finca); y en sentido estricto: a un edificio en suelo ajeno, especialmente las casas. En sentido subjeto: es el derecho real sobre los edificios construidos en el suelo ajeno.

El Código Civil y Comercial vigente trata el derecho de superficie en el título VII del Libro IV[851], luego de las propiedades especiales denominadas conjuntos inmobiliarios (en sentido amplio, que abarca a los conjuntos inmobiliarios propiamente dicho, al tiempo compartido y a los cementerios privados) que se regulan en el título VI.

El art. 2114 del CCC lo conceptualiza como: "… El derecho real temporario, que se constituye sobre un inmueble ajeno, que otorga a su titular la facultad de uso, goce y disposición material y jurídica del derecho de plantar, forestar o construir, o sobre lo plantado, forestado o construido en el terreno, el vuelo o el subsuelo, según las modalidades de su ejercicio y plazo de duración establecidos en el título suficiente para su constitución y dentro de lo previsto en este Título y las leyes especiales.

El derecho de superficie en nuestro régimen vigente presenta dos modalidades[852]. Una es cuando el superficiario puede realizar construcciones, plantaciones o forestaciones sobre la rasante, vuelo y subsuelo del inmueble ajeno, haciendo propio lo plantado, forestado o construido. Y la otra se da cuando se constituye a favor de un tercero sobre las plantaciones, forestaciones o construcciones ya existentes, atribuyendo al superficiario su propiedad[853]. En ambas modalidades, el derecho del superficiario coexiste con la propiedad separada del titular del suelo.

---

[850] Autor citado por GONZALEZ Y MARTÍNEZ, J. (1948). *El derecho de superficie en estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil.* Tomo II, Madrid, p. 222.

[851] En nuestro país existe una larga tradición de antecedentes a favor de la institución del derecho de superficie en proyectos de reforma al Código Civil, encuentros científicos y doctrinales- CAFERATA, N. (2003) El derecho de superficie y su impronta ambiental, *J.A*., 2003-III-1169.

[852] Ver otras alternativas, como la de considerar que la primera fase es un derecho personal y la segunda uno real, o la que considera que siempre el derecho de superficie tiene por objeto un inmueble ajeno, o que ambos planos tienen por objeto un inmueble propio y por lo tanto no debería diferenciarse. Posturas explicadas por LINARES DE URRUTIGOITY, M. y PUJOL DE ZIZZIAS, I. (2002). Objeto del derecho real de superficie, *Revista del Notariado*, sec. Doctrina n° 867, pp 45-46.

[853] KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. y PUERTA DE CHACÓN, A. (1989). *Derecho real de superficie*, Bs. As.: Ed. Astrea, p.11; reconocen la existencia de ambas modalidades y definen como el derecho real de tener y mantener en inmueble ajeno una edificación en propiedad separada obtenida mediante el ejercicio del derecho anejo de edificar (primera modalidad) o por medio de un acto adquisitivo de la edificación ya existente (segunda modalidad).

En el caso de la primera modalidad, a la que se la denomina derecho de superficie, el código la regula como un derecho real sobre cosa ajena, al que se le aplican subsidiariamente las normas sobre las limitaciones de uso y goce dispuestas para el derecho de usufructo (art. 2127 en concordancia con el art. 1888 del CCC). Ello se debe a que no se reconoce al espacio aéreo o subterráneo, como objeto del derecho real de superficie, porque si así fuera y se entendiera que el derecho de superficie divide el inmueble que es un cuerpo (pirámide, cono, etc.) horizontalmente, el titular del derecho real de superficie podría tener una cosa propia desde el principio de su derecho (el espacio aéreo o terrestre del subsuelo) y así no haría falta diferenciar las dos fases.

Cabe preguntarse si esta postura se debe a considerar que el espacio aéreo no puede ser objeto de un derecho real, porque no tiene materia salvo el aire (que no es apropiable); no se entiende por qué ello no se admite en el caso de superficie sobre el subsuelo, debido a que dicho espacio subterráneo, en su mayor parte está compuesto de tierra, materia sólida, al igual que el suelo al que todos los consideran que puede ser objeto de un derecho real.

Se coincide con Kiper, que no puede admitirse que el espacio aéreo sea el objeto del derecho real, hasta que las plantaciones y construcciones se encuentren materializadas, en el derecho vigente, y que esta postura será admisible cuando legislativamente se establezca que ese espacio puede ser objeto de los derechos reales[854]. En una posición más tajante que parece considerar que nunca ni siquiera en una reforma legislativa podría admitirse el espacio inmobiliario como objeto, parece enrolarse Mariani de Vidal, Marina, quien cita a Messineo quien señalaba: El espacio no es, ciertamente, cosa inmaterial (y nadie, que sepamos, lo ha sostenido), pero no es tampoco cosa material o corporal, debiéndose (desde el punto de vista jurídico- y prescindiendo de su esencia física y de su valor como concepto filosófico-= considerar como una no cosa, a que (jurídicamente) es el vacío"[855]. No obstante, en el derecho vigente no podemos considerarlo como que ni siquiera es un objeto incorporal o bien, porque el mismo art. 235 inc. c. del CCC, admite que el espacio aéreo suprayacente es un bien que pertenece al dominio público del Estado.

La segunda modalidad es regulada como un derecho real sobre cosa propia (art. 1888 del CCC) al que se le aplican las normas del dominio revocable sobre inmueble (art. 2128 del CCC)

[854] KIPER, C. (2016). *Tratado de derechos reales, Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.994*. T.I Santa Fe: Rubinzal- Culzoni, p. 23

[855] MARIANI DE VIDAL, M. *Derechos reales*. Tomo 3, Bs. As.: Ed. Zavalía, p.127. Quien cita a Messineo al igual que KIPER, C. (2016). *Tratado de derechos reales, Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.994*. T.I Santa Fe: Rubinzal- Culzoni, p. 23.

y se la denomina propiedad superficiaria. Se entiende que esta modalidad se aplica también a las construcciones, plantaciones y forestaciones que vaya realizando el propio superficiario[856]

Dichas aplicaciones subsidiarias se realizan, sin perjuicio de lo que las partes hayan pactado y mientras sean compatibles con las normas dispuestas en el Código.

Se observa, sin embargo, que no se establece qué clase de derecho existe cuando en virtud de un derecho de superficie (primera modalidad) no se ha terminado de construir y forestar (no obstante existe algo plantado o edificado). Sobre dicha construcción o forestación, parece que existirá entonces derecho sobre cosa propia (lo construido, plantado y forestado que hace suyo el titular del derecho de superficie, según el art. 2115 del CCC, y que este coexistirá con el derecho a construir o forestar, porque tiene derecho a seguir construyendo y forestando hasta finalizar el proyecto). Como ya expusimos al criticar la solución normativa del proyecto del 1998[857], dicho modo de regular el derecho de superficie a pesar de ser didáctico y lógicamente claro, en la práctica trae varias complicaciones, por lo que se considera que hubiera sido preferible una única regulación del derecho de superficie y no seguir el régimen diferenciado del Código Italiano de 1942.

En realidad, se considera que el objeto de este derecho real tendría que ser la parcela o volumen aéreo o subsuelo, que sería la cosa propia siempre, existan o no plantaciones y que al mismo tiempo este derecho implique también siempre, es decir en sus dos fases una desmembración del dominio del dueño del suelo, y por lo tanto un derecho sobre cosa ajena. Es que a diferencia del derecho de propiedad horizontal, en el derecho de superficie el terreno es ajeno, no pertenece en copropiedad a todos los propietarios de las unidades que se encuentran sobre o bajo el mismo. Por eso se percibe que no es tan razonable, hablar de la propiedad superficiaria como un derecho real sobre cosa propia, olvidándose que cuando haya algo

[856] KIPER, C. (2016). *Tratado de los Derechos Reales Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.994.* Tomo II. Santa Fe: Rubinzal- Culzoni Editores, p. 20. MARIANI DE VIDAL, M. (2002) Derecho de superficie forestal, *LL*-2002-F-1422. DE REINA TARTIÉRE. (2003). La inserción del derecho real de superficie en el ámbito forestal. *ED*-203-662. ALTERINI, J. Derecho real de superficie. *Revista del Notariado*, nª 850, p. 16 y ss., ANDORNO, L. (2003), Superficie Forestal, *J.A*. 2003-III-1147; PUERTA DE CHACÒN, A. (2001), Nueva versión del derecho real de superficie, *J.A*. 2001-II-836. XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, organizadas por la U N de Rosario y la U C A de Rosario en el año 2003, conclusiones de la comisión nº 4 titulada Superficie Forestal.

[857] PUJOL DE ZIZZIAS, I. y LINARES DE URRUTI-GOITY, M. (2002). Consideraciones en torno al derecho real de superficie (conforme al Proyecto de Código Civil de la República Argentina Unificado con el Código de Comercio). *J.A*., I, fascículo n. 3, Lexis Nexis, p. 11. - El art. 2018 del proyecto de Código Civil de la República Argentina unificado con el Código de Comercio del 1998 lo conceptualiza de la siguiente manera: "La superficie es el derecho real de construir o forestar sobre inmueble ajeno y hacer propio lo incorporado, o de adquirir una construcción o forestación ya existente separada de la propiedad de su emplazamiento, por un plazo determinado que no exceda de 50 (cincuenta) años. Puede convenirse la renovación del plazo en forma expresa por un lapso que no exceda de (50) cincuenta años contados desde su celebración". Incluye la previsión del plazo que era único y aclara que la prórroga o renovación no puede exceder el plazo de 50 años desde el principio, es decir desde su celebración. Lo que no se aclara actualmente.

construido o forestado ello hundirá sus cimientos o sus raíces en el suelo por el principio de gravedad y las leyes de la naturaleza en el caso de las plantaciones; y que cuando lo construido esté en el subsuelo, probablemente el superficiario deberá salir a la superficie por el suelo o inmueble ajeno a la superficie, salvo que tenga una propiedad colindante y pueda usarla para ello[858]. Debe tenerse en cuenta que el propietario del suelo que ha constituido derecho de superficie sobre el espacio aéreo del inmueble y sobre el subsuelo, tiene una posibilidad casi nula de disfrutar su derecho de dominio sobre el suelo. El mismo Vélez consideraba al derecho de superficie como una desmembración del dominio del titular del suelo, así decía en la nota al art. 2503 del CCC, que: "el Derecho Pretoriano concedió al adquirente de la superficie una acción y un interdicto especial, cuando se tratase de una concesión a perpetuidad o por un largo tiempo. El derecho de superficie, desde entonces como una desmembración del derecho de propiedad, podía ser transmitido y enajenado en todo o en parte, gravado con usufructo o servidumbre, venir a ser el objeto de una acción de partición entre los herederos si estaba indiviso y susceptible de ser adquirido por prescripción".

La ley 25.509, a pesar de que definía en el artículo 2, directamente al derecho de superficie forestal como un derecho real autónomo sobre cosa propia sin hacer distinción de fases, implícitamente aceptaba que dicho derecho trae aparejado un derecho real sobre cosa ajena accesorio, que desmembra el derecho de dominio del titular del suelo. El artículo 4 de la ley 25.509 no dejaba lugar a dudas al respecto, cuando expresaba que: "El propietario del inmueble afectado al derecho real de superficie forestal no podrá constituir sobre él ningún otro derecho real de disfrute o garantía durante la vigencia del contrato, ni perjudicar los derechos del superficiario; si lo hace el superficiario puede exigir el cese de la turbación", aunque dicho artículo fue duramente criticado porque imponía limitaciones al propietario del suelo demasiado gravosas e injustificadas, que repercutirían en la alza del precio del derecho de superficie y por lo tanto en su utilización. Limitaciones, que en la legislación actual no se reproducen, porque el art. 2121 del CCC dispone que el propietario conserva sus facultades, pero sin turbar el derecho del superficiario. Por otro lado, Salvat[859] ha resaltado que: "la propiedad del espacio se ha considerado indispensable como medio de asegurar la eficacia práctica de la propiedad de la superficie". Por lo tanto, si el espacio es tan importante para darle utilidad práctica al suelo, no se puede sostener que la constitución de un derecho de superficie sobre el espacio o sobre la

[858] LINARES DE URRUTIGOITTY, M. y PUJOL DE ZIZZIAS, I. (2002) Objeto del derecho real de superficie – con especial referencia al derecho de superficie proyectado y a la superficie forestal de la ley 25.509. *Revista del Notariado,* 867, pp. 44-48,

[859] ARGAÑARAZ, M. (1959), en SALVAT, R., *Tratado de derecho civil argentino. Derechos reales*. Bs. As.: TEA, 4ª ed., t. III, en número 641, p. 48.

construcción que se encuentra sobre el suelo no desmembra el derecho de dominio del propietario del suelo. Y si cuando se constituye derecho de construir, plantar o forestar, se le concede al superficiario la facultad de ejercitar gran parte de los actos materiales que puede ejercitar el dueño sobre el suelo, renunciando este último a ejercer dichos actos sobre dicha parte del inmueble y no perturbar el ejercicio del derecho de superficie, lo mismo pero aún más acentuado pasará cuando exista propiedad superficiaria, entonces no se entiende por qué no se considera que el derecho de dominio está desembrado tanto en el primer como en el segunda caso. Y no podría considerarse que se enajena no sólo la propiedad superficiaria, del edificio o lo plantado, al titular del derecho de superficie con el suelo donde hunde sus raíces la plantación o los cimientos la construcción, porque sino se iría contra la esencia del derecho de superficie, que consiste en que el suelo sigue siendo ajeno.

Ello justifica que en la matrícula del inmueble gravado con derecho real de superficie la misma se inscriba en la columna B[860]. Por lo que se propone de *lege ferenda*, que se lo regule como derecho de naturaleza mixta, sobre cosa propia y sobre cosa ajena al mismo tiempo en todo momento.

Y así, al enajenar el derecho de construir o forestar, se transmitiría el derecho a construir o forestar sobre el inmueble ajeno (sobre el suelo o piso ajeno en el que se excavarán las zanjas, se colocarán los cimientos, etc.), pero además un espacio o volumen determinado propio que será ocupado por lo construido, plantado o forestado.

Para Reina Tartiére "al derecho de superficie se le ha de asignar un objeto de carácter unitario, con prescindencia de la materialización efectiva de las facultades que comprende"[861].

Sin embargo se admite, como se señaló, que esa no ha sido la solución dada por el legislador del Código Civil y Comercial, porque en el caso del derecho de construir, plantar o forestar lo ha considerado derecho sobre cosa ajena al que se le aplican las normas supletorias de derecho de usufructo (según los arts. 2115, 2127 y 2128 del CCC).

Obsérvese que el propietario del suelo podría haber constituido derecho de construir, plantar o forestar hasta una determinada altura y luego de esa determinada altura constituir otro derecho de construir, plantar o forestar a favor de otro sujeto, porque conforme el art. 2116 del CCC, el derecho de superficie puede constituirse sobre todo el inmueble o sobre una parte

[860] Como se hace en el Registro de Mza. en la matrícula del inmueble original gravado, aunque luego la propiedad superficiaria o el derecho de superficie se inscribe en la columna A de la submatrícula creada a tal efecto. KIPER, C. (2016). *Tratado de derechos reales, Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.994*. T.I Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, p. 29, habla del dominio imperfecto del propietario del suelo y del propietario de la superficie.

[861] DE REINA TARTIÉRE, G. (2003). La inserción del derecho real de superficie en el ámbito forestal, *ED*-203-662. Aunque dicho autor considera directamente que el objeto es la finca sobre la que se constituye.

determinada de éste. No obstante, esta posibilidad puede discutirse en nuestro derecho en virtud del art.1883 del CCC, que dispone que la parte de la cosa objeto del derecho real debe ser material. Y luego, cuando se construye o se foresta una parte, nace una propiedad superficiaria a la que se le aplican subsidiariamente las normas del dominio revocable sobre la construcción. Ello se considera así aunque los arts. 2115 y 2128 del CCC hablan de propiedad superficiaria cuando el derecho se constituye directamente sobre una propiedad ya existente, en virtud de que el mismo art. 2115 del CCC en su primera parte explica que el que adquiere derecho de construir, plantar o forestar hace propio lo plantado, forestado o construido; pero cabe acotar, como se dijo que debería subsistir el derecho sobre el inmueble ajeno conforme lo explicado, por su naturaleza siempre mixta.

Esto no es sólo una discusión doctrinaria, sino que tiene importantes efectos prácticos ya advertidos en artículos doctrinarios y ponencias en congresos[862].

Por haberse entendido que el derecho de construir, plantar o forestar difiere totalmente y sustancialmente de la propiedad superficiaria, se han creado dos regímenes, con una línea separadora de ambos totalmente ficticia y que traerá conflictos e inseguridades a la hora de su ejercicio. Tratando de adaptarse a la realidad se ha creado una ficción, y cuando se crea una ficción en el derecho siempre ello acarrea consecuencias difíciles de solucionar e inseguridades (como lo que ocurre con la sentencia declarativa en la prescripción adquisitiva y el efecto retroactivo de ella, y los conflictos que surgen con los derechos reales trasmitidos por el antiguo titular del inmueble).

También la diferenciación de ambas fases produce situaciones de lagunas legislativas. En efecto, el artículo 2115 del CCC, al igual que el art. 2027 del Proyecto de 1998, ha omitido decir que las normas sobre propiedad superficiaria, y su remisión al dominio resoluble, no sólo se aplican si el derecho de superficie se ejerce sobre una construcción ya existente, sino también a las construcciones, plantaciones o forestaciones concluidas incorporadas por el superficiario. Y es ficticio que se entienda que la propiedad superficiaria nace cuando se concluya la obra o

[862] LINARES DE URRUTIGOITY, M. y PUJOL DE ZIZZIAS, I. (2002) Objeto del derecho real de superficie – con especial referencia al derecho de superficie proyectado y a la superficie forestal de la ley 25.509. *Revista del Notariado*, 867, p. 43 y ss. PUJOL DE ZIZZIAS, I. y LINARES DE URRUTIGOITY, M. (2002), Consideraciones en torno al derecho real de superficie (conforme al Proyecto de Código Civil de la República Argentina Unificado con el Código de Comercio), *J.A*., I, fascículo n. 3, Lexis Nexis, p. 11. y en *Revista del Notariado* nº864, sec. Doctrina p. 71 y ss. doc 864. Ponencia titulada "Objeto de los derechos reales con especial referencia al derecho real de superficie previsto por el proyecto de Código Civil de la República Argentina unificado con el Código de Comercio (redactado por la comisión designada por decreto 685/95", presentada por dichas autoras en las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, en la comisión IV titulada "objeto de los derechos reales", organizadas por las UCES en Bs. As., en el 2001. Y ponencia sobre objeto del derecho de superficie forestal, presentada por dichas autoras en las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, organizadas por la U N de Rosario y la U C A de Rosario en el año 2003, en la comisión nº 4 titulada Superficie Forestal.

la plantación. Porque, cuando ya se ha plantado o construido algo, ¿de quién es la propiedad de esa construcción o plantación? si se afirma que sólo hay un derecho real sobre cosa ajena ¿se podría concluir que la propiedad le pertenece al titular de suelo? Esa afirmación parece ir contra la sustancia del derecho de superficie, debido a que su concepto o su finalidad es hacer propio lo construido o plantado (conforme definición del art. 2114 del CCC). Y cuándo se va a considerar construido o plantado algo, habrá que presentar un proyecto al titular del suelo, y si luego el superficiario quiere agrandar la construcción nacerá otro derecho de construir. Como se observa, las cuestiones y los conflictos que pueden suscitarse son cuantiosos; con las nefastas consecuencias de que se aplica un régimen distinto a ambos planos del derecho de superficie.

Entonces, como se sostiene, parece que lo más coherente es hablar de un derecho mixto, derecho sobre inmueble ajeno donde se apoya el inmueble o construcción y un derecho propio sobre lo construido y forestado o el espacio donde se construirá[863] y plantará y que se puede ejercer durante un lapso de tiempo y/o un espacio determinado de común acuerdo con el dueño del suelo, que conllevará que lo construido o plantado que ocupe dicho espacio le pertenezca al superficiario.

Siguiendo con la regulación legal, debe advertirse que se aplican las normas del dominio revocable y del derecho de usufructo subsidiariamente, que son derechos reales temporarios, porque el derecho de superficie tiene un plazo de duración que ha sido aumentado en este Código respecto al plazo de duración de la superficie forestal que regulaba la ley 25.509 derogada. Así dispone el art. 2117 del CCC que: "el plazo convenido en el título de adquisición no puede exceder de setenta años cuando se trata de construcciones y de cincuenta años para las forestaciones y plantaciones, ambos contados desde la adquisición del derecho de superficie. El plazo convenido puede ser prorrogado siempre que no exceda de los plazos máximos". Respecto del plazo, se aprecia que no queda claro si la suma del primer plazo más el prorrogado no puede exceder de los plazos establecidos o si la prórroga sola no lo puede exceder. Se considera, que ambos plazos no pueden superar dichos años desde que se celebró por primera

[863] Al respecto se ha propuesto, sino se acepta que el espacio es cosa, que se agregue una norma que diga que: "las disposiciones referentes a las cosas son aplicables a la energía, a las fuerzas naturales susceptibles de ser puestas al servicio del hombre y a los espacios susceptibles de aprovechamiento cuando así se disponga" y modificar el artículo que define el derecho de superficie en este sentido: "La superficie es el derecho real de construir o forestar sobre inmueble ajeno y en espacio propio y hacer propio lo incorporado...". Con respecto a la ley 25.509 de Superficie Forestal se entendió que: el artículo 2 parecía admitir de forma implícita que el "espacio" o la "superficie sobre el inmueble ajeno" constituía en el objeto de este nuevo derecho real de superficie forestal, al configurarlo, como siempre, como un derecho sobre cosa propia que confiere facultades de uso, goce y disposición jurídica sobre la superficie de un inmueble ajeno. Porque si ésta no hubiera sido la intención del legislador, el derecho de forestar habría carecido de objeto propio y habría sido errada la calificación de este artículo. Ver LINARES DE URRUTIOTY, M.y PUJOL DE ZIZZIAS, I., (2002). Objeto del Derecho Real de Superficie. *Revista del Notariado*, 867, pp. 61-62.

vez (como lo aclaraba el proyecto de 1998 en el artículo 2018, porque sino sería una vía fácil de burlarlo y dicha previsión no hubiera sido necesaria, porque se entendería sola). No obstante, se advierte que tal vez la práctica demostrará que es mejor que los plazos puedan extenderse, para que se pueda adaptar a las necesidades comerciales y resulte más atractiva la utilización de la figura. De todos modos, cuando vence el plazo, siempre es factible volver a constituir derecho de superficie, para lo cual se puede haber otorgado un poder irrevocable.

Se podría contestar la objeción relativa a los dos regímenes diciendo, que no habrá propiedad superficiaria hasta que no se termine lo construido o forestado según un plan de obra determinado en el contrato constitutivo, pero ello parecería contradecir la letra del artículo, que claramente expresa que hace suyo lo construido y forestado, lo que parece ser en el estado en que se encuentre. Y, por otro lado, qué pasa si se destruye parte, vuelve a revivir el derecho de construir o forestar o queda subsistente la propiedad superficiaria. Como se advertirá, tampoco se extingue el derecho de superficie por destrucción de lo construido o forestado, lo que nos lleva a afirmar que en ese caso se vuelve a tener derecho de construir o forestar, pero con un plazo de duración menor; o que la propiedad superficiaria subsiste sobre el espacio aéreo o subterráneo o no tiene objeto, lo que es un sin sentido[864].

Cabe recordar, que tanto la propiedad horizontal, como el derecho de superficie son una excepción al principio de accesión, que Vélez había consagrado siguiendo la tradición romana (superficie solo cedit), en virtud del cual la tierra o suelo es lo principal, y por lo tanto, el dueño de la misma hace suya la obra o plantación existente sobre ella por un tercero; y también a la extensión del dominio del suelo al espacio aéreo y al subsuelo, como ya se puntualizó cuando se explicó la norma del art. 1945 del CCC.

Como lógica consecuencia, todas las construcciones, plantaciones y obras existentes en la superficie o en el interior de un terreno se presumen hechos por el propietario y pertenecientes a él. La doctrina, ya en la época de Vélez se pronunció por el carácter iure et de iure de dicha presunción. No obstante en el derecho francés, precisamente en el art. 553, se admitió la prueba en contrario de la propiedad e implícitamente el derecho de superficie como se dijo[865].

[864] KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. y PUERTA DE CHACÓN, A. (1989). *Derecho real de superficie*. Bs. As.: Ed. Astrea, pp. 62-63:

[865] KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. y PUERTA DE CHACÓN, A. (1989). *Derecho real de superficie*, Bs. As.: Ed. Astrea, p. 4 y ss, con cita de Josserand, I, Vol. III, n° 1824. Y ver el comentario a la ley 25509 hecha por CARLUCCI, F., MARTINELLI, F. y MOLINA, M. (2012), en *Código Civil y Leyes Complementarias, Comentado, Anotado y Concordado*, T. 13., Bs. As.: Editorial Astrea, p. 426 y ss..

4.3. Finalidad del derecho de superficie:

El fundamento de la nueva figura radica en incentivar la construcción, plantación y/o forestación[866], promover la utilización, explotación y mejoras de los inmuebles a más bajo costo, sin que el dueño tenga que desprenderse definitivamente del mismo y brindando mayor seguridad jurídica a los inversores (constructores, forestadores, etc.)[867]

Se puede decir, que la constitución de un derecho de superficie sobre un inmueble, es un mecanismo voluntario que permite hacer cumplir a la propiedad su función social, al hacerlo ingresar al aparato productivo[868].

En España, la superficie fue diseñada como un instrumento para la gestión urbanística de la propiedad pública, haciendo posible la intervención administrativa en el mercado inmobiliario. Se puede utilizar para estimular la edificación, para corregir desequilibrios en el mercado inmobiliario (por ejemplo: ofreciendo viviendas a precio de coste para ciertos sectores sociales) y para, siendo el sector público propietario del suelo, apropiarse al expirar la superficie, de las plusvalías creadas en suelo de su propiedad (infraestructura o viviendas construidas).

No se han de confundir el usufructo y la superficie. El usufructuario está limitado porque ha de conservar la "forma y sustancia" de la cosa, mientras el fin de la superficie es la generación de riqueza por parte del superficiario. La finalidad esencial de la concesión del derecho de superficie, al igual que de otros contratos de edificación (en particular el derecho de sobreelevación y sub-edificación tratado anteriormente), es la de la obligación, o más bien carga de construir, especialmente cuando no se trata de propiedad superficiaria. Se cede al superficiario una futura propiedad superficiaria bajo la condición de que edifique o construya. Ventura-Traveset y González dicen al respecto: "Ésta es la auténtica intención del legislador... [y] en tanto no edifique, el constructor (futuro propietario superficiario) más que un derecho tiene un deber, al que corresponde un derecho, que construya, atribuible al propietario del suelo,

---

866 Pensamos, en el mismo sentido que se pronunciaran las XXV Jornadas Notariales Argentinas, que resulta necesaria la ampliación de las finalidades del Instituto a situaciones tales como construcciones, forestaciones o plantaciones en general, explotaciones mineras y demás supuestos que impliquen un aprovechamiento socio-económico de los inmuebles. En sintonía con esta idea, pensamos que, considerando al espacio como objeto de este nuevo derecho real, se consigue una mayor flexibilidad y amplitud a la hora de idear posibles finalidades que este derecho puede ayudar a alcanzar, lo que lo torna más útil a la sociedad. Ver LINARES DE URRRUTIGOITY, M. y PUJOL DE ZIZZIAS, I. (2002). Objeto del Derecho Real de Superficie. *Revista del Notariado*, 867, p.43 nota 10.

867 No obstante, cabe advertir, que dicha finalidad no se visualiza patentemente en la segunda forma de derecho de superficie. Aunque sí en este caso, permite una mejor conservación de las construcciones y plantaciones, mejor aprovechamiento de las mismas y mayor explotación del inmueble por más sujetos.

868 Ver PUJOL DE ZIZZIAS, I. y LINARES DE URRUTIGOITY, M. (2002), Consideraciones en torno al derecho real de superficie (conforme al Proyecto de Código Civil de la República Argentina Unificado con el Código de Comercio), *J.A*. I, fascículo n. 3, Lexis Nexis, p. 5.

y que por caer dentro del campo de las obligaciones de hacer no puede tener cabida en el Registro". Así, el superficiario tiene reservado por el Registro de la Propiedad un derecho a la futura construcción y, para ese objeto, un espacio aéreo, pero dependiente su subsistencia de que edifique. Como hemos visto, si el superficiario no cumple esta obligación, se extinguirá el derecho. De todos modos la finalidad fundamental y el elemento distintivo con el usufructo, es la adquisición de la propiedad superficiaria[869]. Se advierte, que la construcción, forestación o plantación según el caso, más que un deber u obligación, es una carga. Es decir ni el propietario del suelo, ni otra persona, puede obligar al superficiario a que construya, pero sino lo hace en un plazo establecido, como se verá, pierde su derecho de superficie por no uso.

Jerónimo González[870], considera que el derecho de superficie es uno de los tantos medios utilizados para resolver el problema de la vivienda, que implica un problema moral, porque la influencia de la habitación sobre el hombre, se deja sentir poderosamente en sus sentimientos, hábitos, higiene, economía familiar, y repercute en la independencia y organización de la familia. Permite un más equitativo reparto natural de la plusvalía, de los terrenos urbanizables, que las legislaciones del pasado, atribuyeron al propietario del suelo en forma exclusiva.

Asimismo, el Estado puede facilitar tierras fiscales para la construcción de hoteles, hospitales, etc., por un tiempo determinado, vencido el cual las construcciones pasarán a poder del mismo, en vez de utilizar la concesión. Permite la desaparición total del riego que supone la edificación en suelo ajeno. El costo del habitad es inferior porque supone solo el valor de las obras y no del suelo. Por otro lado, el o los propietario/s de la tierra no correrán riesgo, porque aparte de cobrar interés por su inversión si lo desean, representado por el monto del canon, si el derecho es temporal al producirse la reversión, adquirirán por accesión lo construido sobre su suelo o edificio[871].

Además usualmente el derecho se concede hasta el límite proyectado y aprobado administrativamente, no pudiendo exceder de los metros cuadrados, la cota de altura, el aspecto arquitectónico, seguridad, el destino, por donde será la entrada y salida de personas y cosas necesarias y dónde se receptarán los materiales de obra, los seguros que deberán contratarse,

---

[869] VENTURA-TRAVESET, A. Y GONZÁLEZ (1963). *Derecho de edificación sobre finca ajena y la propiedad horizontal*. Barcelona: Casa Editorial BOSCH SA. VENTURA-TRAVESET, A. y GONZÁLEZ (1992). *Derecho de propiedad horizontal*, (5: e uppl.). Barcelona: Casa Editorial BOSCH SA.
AMEIJENDA, A. (1996), "La utilización tridimensional de inmuebles en España", trabajo de fin de carrera de La Escuela Técnica Superior de Estocolmo. Suecia. http://antonio.nu/exjobb/tesina.htm.

[870] GONZALEZ y MARTÍNEZ, J. (1948), E*l derecho real de superficie en estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*, T. II, Madrid, p. 202

[871] FARINI, M. B., GAZZOTTI, A., GEREZ DE UEMA, M. L., TARIGO, D. H., MORA de TARIGO, M. C. (1984). La sobreelevación de la propiedad horizontal. *Revista Notarial*- 873-1984-427 y ss.

las obligaciones laborales y previsionales, asunción de riesgos, etc. que se establezcan y que es conveniente que se prevean en el contrato[872].

4.4. Derecho comparado:

La figura se encuentra receptada en muchos países, pero generalmente se regula para la construcción, mientras que algunas legislaciones la hacen extensible a las forestaciones o plantaciones.

Está incorporada escuetamente en los Código Civiles de Prusia (1794) y de Austria (1811) y su ley de 1912.

En Francia el Código Napoleónico no se refirió a este derecho, pero estaba reconocido implícitamente en el art. 553. Dicho artículo actualmente dice: "Todas las construcciones, plantaciones y obras sobre un terreno o en el interior se presumen hechas por el propietario a su costa y pertenecientes a él mientras no se pruebe lo contrario; sin perjuicio de la propiedad que un tercero pudiera haber adquirido o pudiera adquirir por prescripción, bien de un subterráneo bajo el edificio de otro o bien de cualquier otra parte del edificio". De ello la doctrina francesa deduce, que la regla superficies solo cedit no es de orden público y puede ser desvirtuada por prescripción o, con mayor motivo, por convención contraria. Admitiendo la doctrina y la jurisprudencia la titularidad del superficiario, como una propiedad separada del suelo[873].

En Bélgica se promulgaron en 1824 dos leyes regulando los derechos de superficie y enfiteusis, y se acepta sobre construcciones y plantaciones. El titular puede enajenar e hipotecar el derecho y gravar con servidumbre los bienes que constituyen su objeto. El derecho dura 50 años, se admite el derecho de demolición y se extingue por prescripción de 30 años.

En Holanda, se lo regula, como derecho real enajenable e inscribible.

El Código Alemán lo implementó primero el B.G.B., luego se hizo necesaria la sanción de la ordenanza del 15/17/1919 y posteriormente distintas leyes de 1960 y la Ley federal de Ordenación del Territorio de 1965 permitieron que la figura cumpliera una función, acorde con los criterios inmobiliarios actuales. Se le da el nombre de *erbaurecht*, y se lo define como el derecho real transmisible de tener una construcción sobre o bajo el suelo ajeno.

El ZGB suizo de 1907 lo admitió en el carácter de servidumbre a los efectos de su inscripción, y luego se sancionó la ley federal del 1973/1965, que completó y mejoró el sistema.

---

[872] Ver sugerencia de redacción de cláusulas que contiene la obra de FARINI, M. B., GAZZOTTI, A., GEREZ DE UEMA, M. L., TARIGO, D. H., MORA de TARIGO, M. C. (1984). La sobreelevación de la propiedad horizontal. *Revista Notarial*- 873-1984, p. 429 y ss.

[873] Recuperado en https://www.legifrance.gouv.fr.

En el Código Civil Italiano de 1865 admitía el pacto contrario al principio de accesión, pero no reglamentaba el derecho de superficie que fue estudiado por la doctrina y jurisprudencia. En el Código de 1942, se reconoció sólo para la construcción, pero luego por las leyes de 1962 y 1971, se la adecuó para vincularla a la iniciativa privada y a la actuación urbanística. Y se la admite en sus dos modalidades diferenciadas, como el nuestro.

En Inglaterra, existe el building lease, no obstante, hay que tener en cuenta que las características fundiarias de dicho país son distintas a las nuestras.

Los Códigos de Portugal de 1977, Bolivia de 1976, Perú de 1984 y Cuba de 1988 recogen y legislan el derecho de superficie conforme a las necesidades actuales[874].

En España, en virtud del numerus apertus, existía la posibilidad de constituirla, pero por otra parte se encontraba consagrado en algunos artículos, el principio de accesión romano. La ley administrativa de urbanismo de 1956, superó las contradicciones y el Reglamento Hipotecario mejoró la figura.

Respecto al derecho de superficie regulado en la Ley del Suelo de España, Título VIII, Capítulo II (arts. 287-290), resulta interesante advertir, como se admite este derecho sin limitación de destino en ciertos casos y aún por tiempo indefinido.

El derecho de superficie, en su variedad urbana, es el derecho real a edificar que cede el dueño del suelo al titular (superficiario) durante un tiempo limitado, siempre voluntariamente en todo o parte del suelo, transmitiéndole la facultad de mantener y disfrutar de la construcción, y su derecho de accesión, por un tiempo. Por lo que éste será propietario de lo edificado. También se puede ceder el derecho a edificar en el vuelo o subsuelo. Y en su variedad rústica, el derecho de superficie otorga a su titular el derecho de plantar o sembrar en suelo ajeno.

En cuanto a la finalidad de la superficie la legislación hace distinción entre diferentes propietarios del suelo: 1) la administración pública puede constituir el derecho de superficie en terrenos de su propiedad, "…con destino a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública o a otros usos de interés social..." (LS 287.1) por un máximo de 75 años (art. 289.2); y 2) los particulares pueden constituir el derecho de superficie sin limitación de destino (art. 287.2), por un máximo de 99 años (art. 289.2).

Las normas de la LS se aplican cuando se concede un derecho sobre suelo sujeto a un Plan de Ordenación Urbana. Las disposiciones que regulan el derecho de superficie son (LS 287.3): LS arts. 287-290 (referida a la superficie urbana), las del título constitutivo y,

[874] Ver FLAH, L., SMAYEVSKY, M. (2003). Derecho de Superficie. *J.A., SJA* 27/8/, Lexis N° 0003/111267.

subsidiariamente los arts. 1611 y 1655 del CC, el art. 107 de la LH y el art. 16 del RH, que también regula la superficie rústica.

El art. 1655 del CC (al cual remite LS 287.3), dispone que: "los foros y cualesquiera otros gravámenes de naturaleza análoga... cuando sean por tiempo indefinido, se regirán por las disposiciones establecidas para el censo enfitéutico..." en el capítulo referido a las disposiciones generales de los censos. La jurisprudencia ha considerado que entre los "gravámenes de naturaleza análoga" se encuentra la superficie (S. de 3 de julio de 1941) y que ésta es muy similar al censo enfitéutico (S. de 4 de julio de 1928). El superficiario tendrá que pagar una suma anual. Una importante característica de la concesión por tiempo indefinido es que el concedente tiene derecho a redimir el gravamen aunque se pacte lo contrario; no obstante, sí será válido el pacto de que la redención no pueda llevarse a cabo durante la vida del titular o de una persona determinada, o en cierto número de años, que no exceda de 60 (art. 1608 del CC por remisión, véase también 4.1.3). Pero, se ha advertido, que aun existiendo la posibilidad de conceder el derecho de superficie por tiempo indefinido, su utilización es escasa por su complejidad en la práctica[875].

4.5. Convenciones Internacionales:

La Unión Interamericana de Ahorro y Préstamo para la Vivienda, procura "revitalizar" el derecho real de superficie, adoptando modalidades para alentar y favorecer el régimen inmobiliario. El Instituto Jurídico de dicha Unión por esos motivos propuso en su momento el tema de la propiedad superficiaria a desarrollarse en la IV Convención de Bogotá (Colombia) el 30 de abril de 1981. Dicha Convención propugnaba la implantación del derecho de Superficie, con calidad de derecho real autónomo, incluso en los casos de propiedad horizontal, para solucionar el problema habitacional.

En la V Convención del Instituto Jurídico de la Unión Interamericana de ahorro y préstamo para la Vivienda, celebrado en Santa Cruz de la Sierra Bolivia, se presentó un trabajo muy completo de Fontbona y José Guglietti sobre la superficie[876].

4.6. Emplazamiento:

El art. 2116 del CCC dispone que: "el derecho de superficie puede constituirse sobre todo el inmueble o sobre una parte determinada, con proyección en el espacio aéreo o en el subsuelo, o sobre construcciones ya existentes aun dentro del régimen de propiedad horizontal".

[875] AMEIJENDA, A. (1996). "La utilización tridimensional de inmuebles en España". Proyecto fin de carrera de La Escuela Técnica Superior de Estocolmo (finalizado en abril).
[876]FARINI, M. B., GAZZOTTI, A., GEREZ DE UEMA, M. L., TARIGO, D. H., MORA de TARIGO, M. C. (1984). La sobreelevación de la propiedad horizontal. *Revista Notarial*- 873-1984, p. 425 y ss.

De la lectura textual del artículo pareciera surgir que el derecho de superficie, no se ejerce sobre una parte del inmueble dividida horizontalmente, es decir el espacio aéreo adyacente al suelo inmobiliario o el subsuelo que conforman el inmueble. Sino que se ejerce sobre el suelo ajeno, sólo proyectándose sobre el vuelo o subsuelo, lo que parece haberse redactado en sintonía con la opinión doctrinaria relativa a que el espacio aéreo y aún el subsuelo (sin justificación alguna máxime en este último caso), no son partes de los inmuebles, sino que es donde se ejerce o proyecta el derecho sobre el suelo que es el inmueble.

Por la letra de la ley, da la impresión, que el inmueble fuere un plano (lo rasante del suelo), en vez de una pirámide o cuerpo delimitada por líneas imaginarias que pasan por el límite del inmueble y que divide el planeta tierra y su espacio aéreo y subsuelo adyacente en porciones exclusivas propias de los titulares de la tierra (hasta la medida de lo aprovechable).

Esta posición de alguna manera parece enfrentarse con lo dispuesto en el art. 1945 del CCC relativo a la extensión del derecho de dominio sobre inmuebles. El que claramente expresa: "el dominio de una cosa inmueble se extiende al subsuelo y al espacio aéreo, en la medida que su aprovechamiento sea posible, excepto lo dispuesto en normas especiales". Debe advertirse al respecto que el artículo dice se extiende y no utiliza la expresión "se proyecta".

Por último, el art. 2116 aclara que: "la extensión del inmueble afectado puede ser mayor que la necesaria para la plantación, forestación o construcción, pero debe ser útil para su aprovechamiento". Parece que para el legislador sobre dicha sección mayor, sólo existirá derecho sobre cosa ajena y que éste subsistirá con el derecho sobre cosa propia que recae sobre lo plantado, forestado o construido; aplicándose sobre el derecho que recae sobre la extensión del inmueble no plantado o construido, las normas del usufructo, porque no habría nada construido o forestado que pueda ser objeto de la propiedad superficiaria, mientras que sobre el resto subsidiariamente las normas del dominio revocable (conforme los artículos 2127 y 2128 del CCC). Por el contrario, si se considerara a la parcela que se encuentra sobre la rasante del suelo o bajo ella de propiedad del superficiario tenga o no construcciones o plantaciones, es decir al volumen o espacio aéreo inmobiliario, no haría falta distinguir el tipo de derecho si el mismo recae sobre la parte construida o la no construida.

Mejorando la redacción del proyecto de 1998, se aclara que la superficie podría recaer sobre el subsuelo, debido a que la definición de esta figura en el artículo 2018 de dicho proyecto sólo decía "sobre inmueble ajeno" y no agregaba "bajo" inmueble ajeno.

La regulación del derecho de superficie en el proyecto de 1998 fue criticada, porque no se había previsto su aplicación a otras actividades distintas de la construcción y forestación; como la minería, etc.. En aquel entonces, se propuso admitir el derecho de superficie con más

finalidades que las previstas en dicho proyecto, pero solamente cuando se justificara para satisfacer una necesidad socioeconómica, propendiendo a que los bienes cumplan una función social[877]. Dicha postura ampliatoria de las finalidades de esta figura, fue la que se sostuvo en las XXV Jornadas Notariales Argentinas, cuya Comisión I "Nuevos Derechos Reales" b) Derecho de Superficie tuvo el siguiente despacho: "Se estima necesario la ampliación de las finalidades del instituto a situaciones tales como construcciones, forestaciones o plantaciones en general, explotaciones mineras y demás supuestos que impliquen una aprovechamiento socioeconómico de los inmuebles".

Resulta interesante observar que, en España a pesar de que al producirse la extinción, quedará reunida toda la propiedad (suelo, vuelo y subsuelo) en manos del mismo dueño; en el título constitutivo, sin embargo, se puede pactar parcialmente en contra de esta reversión automática referida. Así lo dice el art. 16 1º, letra b del RH: "...pudiéndose estipular la reversión de todo o parte de lo edificado a favor del dueño del suelo al expirar el plazo convenido". Es esta una posibilidad muy interesante, debido a que acerca el derecho de superficie al de sobreelevación y subedificación que se analiza a continuación, en cuanto la titularidad del derecho de superficie puede originar así, al expirar el plazo, y si se ha efectuado la edificación, un genuino derecho de propiedad privativa, en régimen de propiedad horizontal, sin limitaciones temporales sobre todo lo edificado, salvo sobre una parte o porción que debe revertirse a favor del dueño de la tierra (mientras no expire el plazo se tendrá una propiedad individual ordinaria, separada del suelo y temporal). Al no estar más explícitamente determinada cuál debe ser la mínima extensión que deba revertirse para poder considerarse como una parte de lo edificado, ésta podría consistir, en teoría, en un volumen insignificante, tal como un aparcamiento individual. Lo interesante de esta posibilidad, es que subsanaría la imposibilidad de conceder un derecho de sobreelevación y subedificación en suelo que carezca de edificación preexistente. De esta manera se podría adquirir, si se edifica dentro del plazo

[877] PUJOL DE ZIZZIAS, I. y LINARES DE URRUTIGOITY, M., (20 al 22 de septiembre de 2001). *Objeto de los derechos reales con especial referencia al derecho real de superficie previsto por el proyecto de Código Civil de la República Argentina unificado con el Código de Comercio redactado por la comisión designada por decreto 685/95.* [Ponencia]. XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil organizadas por las UCES en Bs. As., en el 2001, pp. 8-10. Ver PUJOL DE ZIZZIAS, I y LINARES DE URRUTIGOITY, M. Consideraciones en torno al Derecho Real de Superficie... *Revista del Notariado*, Nº 864, p.71 y ss. Dijimos al comentar el proyecto de 1998 que nos parecía más conveniente la ampliación dela figura en cuanto a sus fines y fundamentos, haciéndola viable (en sus dos planos, si se quiere mantener esta diferenciación) para alcanzar otras finalidades –además de la construcción y la forestación–.No debería coartarse la posibilidad de que este nuevo derecho real se aplicara a otras actividades distintas de la construcción y forestación como, por ejemplo: las plantaciones, explotaciones de minerales susceptibles de dominio privado, habitación, otras explotaciones agropecuarias, emprendimientos turísticos, proyectos que permitan el acceso a una vivienda más económica, mejoramiento, reciclaje o puesta en valor de construcciones ya existentes para hacerlas nuevamente útiles ,etc..

estipulado, la propiedad ordinaria temporal de un volumen situado directamente sobre el suelo, aunque separado de él (el derecho de superficie), seguida, al expirar el plazo, por la propiedad del mismo volumen (excepto una insignificante parte que tiene que revertir por exigencia de RH 16) con una copropiedad accesoria, integrada en régimen horizontal, sin limitaciones temporales. Así, siempre con la condición de que se construya, se podría hablar de un derecho de superficie con opción a una propiedad privativa absoluta y por tiempo ilimitado en su mayor parte.

El art. 2116 del CCC refiere a que el derecho de superficie puede emplazarse sobre construcciones ya existentes aun dentro del régimen de propiedad horizontal, al respecto se hace remisión a lo tratado en el apartado referido a la sobreelevación. Porque aunque la propiedad superficiaria podría recaer sobre una unidad ya construida, dicha opción no se vislumbra como muy útil[878].

4.7. La constitución del derecho:

4.7.1 Legitimación:

Según el art. 2118 están facultados para constituir el derecho de superficie los titulares de los derechos reales de dominio, condominio y propiedad horizontal. Se entiende que también los adquirentes de propiedad horizontal especial, por ser una clase de propiedad horizontal y siempre que el reglamento no lo prohíba y cumpla con las normas constructivas de éste, con la normativa local aplicable. Es decir, todos los titulares de derechos reales sobre inmueble propio están legitimados salvo los propietarios de cementerios y o derecho real de sepultura y tiempo compartido, en virtud de la finalidad de dichos derechos y la limitaciones que el mismo tiene para su titular.

Puede observarse que, al no haberse colocado entre los legitimados para constituir este derecho real, a los titulares de derechos de superficie, se puede considerar que el titular de un derecho de superficie no podría constituir un nuevo derecho real de superficie sobre su derecho o su parcela. Aunque sí pueda disponer de éste o gravarlo, que es lo más, lo que parece un contrasentido, por lo que se propugna que se aclare en una futura reforma legislativa, si el superficiario tiene tal facultad, para evitar discusiones. Kiper considera que el derecho de superficie se puede constituir por los condóminos a favor de uno de los condóminos[879]

[878] Ver al respecto, COSSARI, N. y COSSARI, L. (2021). Propiedad horizontal superficiaria y superficie sobre unidades en propiedad horizontal. LA LEY 23/02/2021, 1 • LA LEY 2021-A, 513, cita online TR LALEY AR/DOC/3948/2020.

[879] KIPER, C. (2016). *Tratado de derechos reales, Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.994*. T.I Santa Fe: Rubinzal- Culzoni, p. 27.

Como titular de derecho de dominio privado, el Estado también puede constituir derecho de superficie sobre sus tierras de dominio privado.

En España se puede diferenciar del "tomträtt", que es una especie de derecho de superficie otorgado por el Estado de Suecia, de la superficie común, que no obstante su similitud, presenta algunas diferencias. Una diferencia importante tiene que ver con quién tiene la facultad de conceder el derecho. El tomträtt únicamente tiene derecho a concederlo la Administración pública y no tiene limitación temporal[880], mientras la superficie puede concederla cualquier propietario (LS 287) y siempre es por un tiempo.

El tomträtt se cede onerosamente, mientras la superficie puede cederse onerosamente, benéficamente (art. 288.1) o a precio de coste, lo cual es común en el caso de ser el suelo de propiedad de la Administración Pública. El propietario, no obstante, puede empezar a exigir remuneración en cualquier momento.

Al terminarse el "tomträtt", el propietario ha de remunerar al titular por lo edificado en el suelo, mientras el superficiario en España, como hemos visto, no recibe ninguna compensación económica por éstos.

Una diferencia muy central es que si el titular del *tomträtt* comprara algún bien inmueble se extinguiría el derecho, lo cual indica el objetivo de la legislación cuando se redactó. La superficie no tiene ninguna limitación semejante.

Una similitud importante es que el titular, en ambos sistemas legislativos, puede enajenar o hipotecar la propiedad y además conceder derechos reales limitados en ella[881].

4.8. Derechos y obligaciones del superficiario y del propietario del suelo:

Durante el plazo de la superficie el superficiario es propietario indisputable de la edificación o plantación conforme surge de los arts. 2115 y concs. del CCC. Cabe observar, a los fines del presente trabajo, que dicho artículo no dice que la propiedad superficiaria se constituye sobre la parcela plantada, forestada o construida. En virtud de que el superficiario es propietario de lo plantado, construido o forestado, los podrá transmitir o gravar (enajenar, arrendar, hipotecar, etc.). También debe acotarse que el superficiario puede disponer de su propiedad con independencia del propietario, con las limitaciones fijadas en el título constitutivo. Y en cuanto al derecho de plantar, forestar o construir como se considera que en

[880] Conforme a JB 13:1 (Ley del Suelo de Suecia) el tomträtt se concede sin limitación temporal y el titular no tendrá derecho a terminar el contrato (JB 13:13), sin embargo el propietario del suelo podrá terminarlo al finalizar ciertos períodos (el primero de 60 años y los consecutivos de 40). Tratándose de otros usos del suelo que la vivienda (por ejemplo uso industrial) se podrán acordar períodos más cortos (JB 13:14).

[881] AMEIJENDA, A. (1996). "La utilización tridimensional de inmuebles en España", trabajo de fin de carrera de La Escuela Técnica Superior de Estocolmo (finalizado en abril).

dicha faz el derecho recae sobre inmueble ajeno, porque no se acepta que el espacio aéreo inmobiliario pueda ser su objeto, permite que pueda gravarse este derecho en su primera modalidad, que es la gran novedad que trae el Código Civil y Comercial, acorde con lo dispuesto por los artículos 2120 y art. 2188 del CCC, como se explicará.

La transmisión o gravamen puede comprender tanto el derecho en sí, antes de construir, como lo edificado. Cabe notar que hay una forma de financiación constructora que corresponde al *byggnadskreditiv (o edificio de crédito)*, donde la hipoteca de lo construido se hace según va avanzando la construcción. Sin duda ello corresponde al superficiario por ser propietario indisputable de lo que edifique, aun siéndolo temporalmente y habiendo edificado. Por ello, autores como Ventura-Traveset y González hablan del "...llamado derecho de superficie y que estaría mejor calificado de propiedad superficiaria condicional..."[882].

También se prevé que el superficiario puede afectar la construcción al régimen de la propiedad horizontal, con separación del terreno perteneciente al propietario, y excepto pacto en contrario; puede transmitir y gravar como inmuebles independientes las viviendas, locales u otras unidades privativas, durante el plazo del derecho de superficie, sin necesidad de consentimiento del propietario.

Esta afectación tendrá el plazo de vigencia del derecho de superficie (art. 2125 del CCC), si el propietario del suelo quisiera que la misma continúe, tendrá que expresarlo en una escritura pública en tal sentido o preverlo así, cuando se constituya el derecho real de superficie, que parece lo más aconsejable. Se observa, que en este caso se introduce una importante diferencia con el régimen de la propiedad horizontal común, en la que el terreno es común (art. 2041 del CCC), porque en este supuesto el terreno seguirá perteneciendo al propietario del suelo (que serán los consorcistas), sino se desvirtuaría el derecho de superficie.

Además el superficiario, podría construir sobre construcciones ya existentes aun dentro del régimen de propiedad horizontal (conforme art. 2116 del CCC), pudiendo ser o no un consorcista y la unidad debe estar prevista en el reglamento o tiene que estar proyectada en éste o proyectarse mediante un cambio en el reglamento para que lo construido sea un unidad privativa o parte común dentro del edificio sometido a propiedad horizontal. No obstante, lo único que se observa como no siempre ventajoso, es el plazo de duración de la superficie que no puede exceder de setenta años (art. 2117 del CCC). Debe tenerse en cuenta entonces, que

[882] VENTURA-TRAVESET, A. Y GONZÁLEZ (1963). *Derecho de edificación sobre finca ajena y la propiedad horizontal.* Barcelona: Casa Editorial BOSCH SA.P. 327.

cuando se venza dicho plazo, la unidad construida pasaría a ser de todos los consorcistas, que son los propietarios del suelo y del espacio aéreo no construido o invadido por la construcción.

Este último caso hay que diferenciarlo, del supuesto del superficiario que construye sobre un edificio o bajo un edificio fuera del régimen de propiedad horizontal, y no se modifica el reglamento o no se prevé su proyección en el mismo. Caso en el cual, su construcción no constituye una unidad funcional del edificio, ni el superficiario pasa a ser un consorcista, ni su derecho estará regulado por las normas relativas al derecho de propiedad horizontal, ni por el reglamento de propiedad horizontal. Pero cuando se cumpla el plazo del derecho de superficie, esa construcción pasará a ser de todos los consorcistas por ser copropietarios del suelo y el espacio aéreo inmobiliario sobre el mismo. No obstante se entiende, que siempre será necesaria una modificación del reglamento, para que dicha construcción pase a formar parte del edificio, como parte común o privativa.

Por otro lado, el art. 2121 del CCC expresa que, el propietario del suelo conserva la disposición material y jurídica que corresponde a su derecho, siempre que las ejerza sin turbar el derecho del superficiario (al igual que el nudo propietario art. 2151 del CCC).[883].

La transmisión del derecho comprende las obligaciones del superficiario. Y para dar previsibilidad y estabilidad al derecho del propietario del suelo y que no se afecten sus expectativas se ha dispuesto que la renuncia del derecho por el superficiario, su desuso o abandono, no lo liberan de sus obligaciones legales o contractuales (art. 2123 del CCC).

Las obligaciones del nuevo superficiario son idénticas a aquellas de su antecesor. Atento al objeto de este trabajo, no se profundiza en el resto de los derechos y obligaciones que no tienen relación directa con el tema.

4.9. La carga en el caso de destrucción de la propiedad superficiaria:

Debe advertirse a lo fines de esta tesis, que el art. 2124 del CCC dispone que: "la propiedad superficiaria no se extingue, excepto pacto en contrario, por la destrucción de lo construido, plantado o forestado, si el superficiario construye, nuevamente dentro del plazo de seis años, que se reduce a tres años para plantar o forestar" (art. 2122 del CCC). Esta imposición más que una obligación, constituye una carga como ya se advirtió, porque no puede ser obligado a construir o forestar por el propietario del suelo, sino que la falta de dicha reconstrucción o forestación acarrea la extinción de su derecho. Debe observarse, que la propiedad superficiaria no está vinculada a la edificación; si por ejemplo: un edificio fuera destruido antes de expirar

[883] En virtud de este último artículo, que se aplica subsidiariamente como se vio al derecho de construir, plantar y forestar, si el propietario afectare o turbare el uso y goce del superficiario, éste puede exigir el cese de la turbación; y, si la superficie es onerosa, puede optar por una disminución del precio proporcional a su gravedad.

el plazo del derecho de superficie, éste sigue vigente y el superficiario tendrá derecho a reconstruir y a la vez obligación de hacerlo en el plazo original.

Ahora si la propiedad superficiaria, no se extingue por destrucción de su objeto propio, que según la postura del código es lo construido, plantado o forestado, se observa que en este caso la misma subiste sin objeto, salvo que se admita que el objeto es el espacio aéreo inmobiliario o del subsuelo que se utilizará para reconstruir o forestar. La otra opción dentro de la postura del Código, sería entender que la propiedad superficiaria en dicho caso se mutó o se convirtió en derecho de forestar o construir nuevamente, acorde con ello, no debería haberse manifestado que la propiedad superficiaria subsiste. Pero, ello acarrearía una mutación además del régimen aplicable subsidiariamente que pasaría de dominio revocable a usufructo, con las consecuencias prácticas que ello acarrearía, las que pueden complicarse en la práctica.

4.10. Extinción. efectos:

Solamente se analizan los efectos de la extinción, en virtud de que el art. 2125 del CCC., tiene implicancia directa en el tema desarrollado en la presente. El efecto principal que produce la extinción del derecho de superficie por el cumplimiento del plazo convencional o legal, es que el propietario del suelo hace suyo lo construido, plantado o forestado, libre de los derechos reales o personales impuestos por el superficiario (art. 2125 del CCC); porque vuelve a regir el principio de accesión suspendido temporariamente. Pero si el derecho de superficie se extingue antes del cumplimiento del plazo legal o convencional:

- los derechos reales constituidos sobre la superficie o sobre el suelo continúan gravando separadamente las dos parcelas, como si no hubiese habido extinción, hasta el transcurso del plazo del derecho de superficie[884];

- subsisten también los derechos personales durante el tiempo establecido.

Aquí se denota otra contradicción del legislador que a pesar de no haber admitido que el espacio aéreo es parte del inmueble y por lo tanto una parcela de éste, la constituida por el espacio aéreo inmobiliario, pueda ser objeto del derecho de construir, forestar o plantar, luego nos habla de las parcelas.

4.11. El espacio aéreo y el derecho real de superficie:

Como se señaló el sostenimiento de la tesis de que la parcela del espacio aéreo inmobiliario que se encuentra sobre el suelo puede ser objeto un derecho real, en este caso de la superficie, resulta sumamente interesante. No sólo por la conflictividad que conlleva aplicar

[884] El art. 1541 del Código portugués, tiene igual previsión respecto de que los derechos reales constituidos continúan gravando separadamente las dos parcelas en dichos supuestos, pero agrega: "como sino hubiera habido extinción sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones de los arts. anteriores, luego que el plazo transcurra".

dos regímenes subsidiarios distintos a las dos fases (derecho real de cosa ajena- usufructo a la primera y derecho real sobre cosa propia- dominio revocable a la segunda), que en la práctica se entremezclan, suceden y conviven, sino para que se pueda fundamentar:

i. Cómo subsiste la propiedad superficiaria, cuando se destruyó lo construido, plantado y forestado.;

ii. Qué es lo que realmente se grava en el caso del derecho de construir o forestar y es más, en el supuesto de la propiedad superficiaria. Debe advertirse que si lo que se grava en este último caso, son las plantaciones o forestación, su objeto tiende a desaparecer o reducirse drásticamente porque especialmente en la forestación se planta para ser cortado, y si es lo construido puede destruirse también; entonces el objeto y por ende el derecho real de garantía, no brindaría la seguridad necesaria para que las entidades quieran prestar dinero y garantizar su crédito con un derecho real sobre dichas plantaciones o construcciones. Piénsese, como se cumpliría el principio de especialidad respecto del objeto, ¿debería especificarse cuantos árboles se hipotecan, etc.? Parece mucho más práctico y factible hipotecar la parcela, área determinada o polígono de limitado por líneas horizontales y verticales y medidas específicas, con todas las plantas o construcciones que existan o no en la misma

iii. Por qué se crea una submatrícula, apenas se constituye derecho de superficie aunque todavía no se haya construido, plantado o forestado algo, como si se hubiera constituido un derecho real sobre cosa propia. Ello no se desvirtúa, porque en la columna b del inmueble originario, se inscriba y deje constancia que el inmueble está gravado con superficie, porque como ya se afirmó para el dominio inmobiliario originario, siempre la constitución de la superficie es un desmembramiento en cualquiera de sus dos fases.

Por último, la aceptación de la tesis de que el espacio aéreo inmobiliario puede ser objeto de los derechos reales, explica la frase del artículo transcripto que expresa que; “si el derecho de superficie se extingue antes del cumplimiento del plazo legal o convencional: los derechos reales constituidos sobre la superficie o sobre el suelo continúan gravando separadamente las dos parcelas”. ¿De cuáles dos parcelas habla, sino es la del suelo y subsuelo y la del espacio aéreo? Innegablemente, esta norma es una aceptación implícita, pero clara de que un derecho real puede tener como objeto la parcela del inmueble que se encuentra sobre o bajo el suelo, con o sin lo construido. Al respecto debe recordarse que los derechos reales de garantía resultan más útiles y generalmente se constituirán cuando el superficiario se disponga a construir y a forestar, que cuando se haya adquirido una propiedad superficiaria ya construida o plantada.

5. Servidumbre Aérea:

Teniendo en cuenta que en el derecho argentino derogado en virtud del art. 2518 del CC que el disponer sobre la extensión del dominio inmobiliario, porque hablaba de la extensión de la propiedad del suelo, decía categóricamente que: "el propietario es dueño exclusivo del espacio aéreo…"; el espacio que se encuentra sobre el inmueble parecía conformar el objeto de los derechos reales inmobiliarios, junto con el suelo y el subsuelo. Y éste formaba junto con el suelo y el subsuelo el inmueble, que no es un plano, sino que es un objeto tridimensional (porción imaginaria del globo terráqueo).

El eminente jurista Salvat, como ya se explicó precedentemente, consideró que sobre el espacio se tenía un derecho de propiedad, pero que éste era funcional o indispensable para el ejercicio del derecho de propiedad de la superficie, y en la medida del interés legítimo del propietario, es decir, "en la medida que le sea necesario para asegurar el goce efectivo de la propiedad de la superficie", como lo sostiene la doctrina moderna. Ahora, se observa como ya se analizó, que la doctrina más reciente, no habla de propiedad del espacio, sino que airma que el espacio, es sólo donde se proyecta el ejercicio del derecho sobre el suelo (término utilizado actualmente en el art. 2116 del CCC al referirse al emplazamiento del derecho de superficie).

Pero cabe advertir, que la doctrina realista, que sostiene que el espacio es la nada jurídica, parece olvidar que actualmente se considera al espacio suprayacente como un bien en el art. 235 inc. c del CCC, y que antiguamente Salvat tranquilamente hablaba de propiedad del espacio aéreo, como lo hacía Vélez en el artículo 2518 del CCC. Además Salvat puntualizaba y aceptaba que existe algún interés de propietario del suelo por el espacio aéreo o el subsuelo, y que este interés, es digno de protección, con estas palabras: "cuando el propietario extrae o puede extraer del espacio aéreo o del subsuelo alguna utilidad concreta, nadie puede privarlo de ella, pues su interés práctico merece la tutela de la ley..."[885]. Aunque ello no implique que dicho autor aceptara que el espacio aéreo inmobiliario pudiera ser objeto de un derecho real separado del suelo.

Sin embargo, para Leopoldo L. Peralta Mariscal[886], el Código de Vélez permitía la constitución de un derecho real análogo al de superficie a través de las servidumbres atípicas, que puedan recaer sólo sobre el espacio inmobiliario.

El artículo 3000 del CC de Vélez disponía que: "se pueden constituir servidumbres cualquiera sea la restricción a la libertad de otros derechos reales sobre los inmuebles, aunque

[885] Conf. RUGGIERO, t., t. I, pp. 539-40 citado por SALVAT, *Tratado de derecho civil argentino. Derechos reales*. Bs. As.: TEA, 4ª ed., t. III

[886] PERALTA MARISCAL, L. L. (1999) Servidumbre de superficie, *E.D.*, Tomo 181-1313.

la utilidad sea de mero recreo, pero si ella no procura alguna ventaja a aquél a cuyo favor se establece, es de ningún valor". Mientras que el art. 3019 señalaba que: "La extensión de las servidumbres establecidas por voluntad del propietario, se arreglará por los términos del título de su origen, y en su defecto, por las disposiciones siguientes", otorgándose un carácter supletorio a las disposiciones legales, que en consecuencia dejaban de ser de orden público. Por lo tanto, se consideraba que no existía óbice para la constitución de la servidumbre aérea.

Por otro lado según el art. 19 de la CN, "ningún habitante de la nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe". Por todo esto, el titular del fundo dominante podría hacer o mantener construcciones sobre un sector del inmueble sirviente (ubicado en el espacio aéreo, como un puente). Además se darían todas las condiciones que se deducían del art. 2970 del CC y el art. 2998 admitía que la servidumbre pudiese establecerse en la superficie del inmueble. El mismo expresamente rezaba que: "Las servidumbres pueden establecerse sobre la totalidad de un inmueble o sobre una parte material de él, en su superficie, profundidad o altura".

No obstante, se había criticado esta posibilidad, por considerarla que al constituirse una servidumbre aérea, indirectamente se estaría permitiendo la instauración de la superficie, no admitida por el art. 2614 del CC derogado.

Pero se advierte respecto de esta última opinión, que la diferencia con la superficie, es que debe existir una ventaja a favor del titular del fundo dominante, que obviamente debe tener alguna vinculación con la relación que él tiene con su propio inmueble, salvo que se la configurara como una servidumbre personal; porque para una parte de la doctrina antes no se exigían dos inmuebles en estas servidumbres, porque ésta se podía tener con independencia de posesión de fundo alguno (según art. 2972 del C.C.)[887]. Aunque cabe advertir, que es poco probable que se la configure como servidumbre personal, porque generalmente es para utilidad del fundo contiguo[888].

---

[887] Ahora siempre se exigen dos inmuebles – ver art. 2162 del CCCN, pero no es inherente la servidumbre personal a fundo dominante conforme con lo dispuesto en el art. 2165 del CCCN

[888] Según Peralta Mariscal, las servidumbres personales que se tienen con independencia de fundo alguno no son realmente servidumbres, en virtud de que ello se afirma en la nota al art. 2.972 del C.C. En el derecho romano estas servidumbres que se tenían con independencia de fundo alguno, eran el usufructo, uso y habitación. PERALTA MARISCAL, L. L. (1999) Servidumbre de superficie, *E.D.* 1999-181-1320, nota 15. En el derecho francés sólo se admiten las servidumbres reales. El artículo 637 de dicho Código dispone: "La servidumbre es un gravamen impuesto sobre una finca en beneficio de otra perteneciente a distinto dueño", y el artículo 686 de dicho cuerpo termina por remarcar: "Está permitido a los propietarios establecer sobre sus propiedades, o a favor de ellas, las servidumbres que consideren oportunas a condición, sin embargo, de que los servicios establecidos no se impongan a la persona ni a favor de la persona, sino sólo a un predio y para un predio y siempre que estos servicios no sean contrarios al orden público". (www.legifrance.gouv.fr).

Para Leopodo L. Peralta Mariscal, la diferencia de la servidumbre de superficie con el derecho real de superficie es además que las construcciones y/o plantaciones no serían de propiedad del superficiario, sino de propiedad del titular del fundo sirviente. Además o por ello, el titular del derecho de superficie puede disponer de la superficie separadamente y constituir derecho real sobre la misma, lo que no podría hacer este titular del fundo dominante de servidumbre de superficie o servidumbre aérea. Adviértase que actualmente el art. 2165 del CCC expresamente dice: que la servidumbre real activa y pasivamente no puede ser separada del inmueble (sirviente y dominante respectivamente), no pueden formar objeto de convención, ni ser sometida a gravamen alguno, lo que condice con lo dispuesto en el art. 2172 del mismo cuerpo.

Otra diferencia es que el derecho real de superficie, es limitado en el tiempo y la servidumbre podía no serla (conforme art. 2970 del CC derogado, y es más se presume perpetua si es real, según el art. 2165 del CCC vigente); aunque si era personal no podía durar más que la vida de la persona humana. Y si esta era jurídica, termina con la extinción de la persona, y si no se pactó una duración menor, finaliza a los cincuenta años desde la constitución (art. 2182 del CCC)[889].

Además, como lo sostienen Kemelmajer de Carlucci y Puerta de Chacón[890] siguiendo a Luis Mozos, la superficie exige cierta autonomía funcional, que impide su constitución sobre una habitación de un inmueble, mientras que la servidumbre no.

En el derecho argentino, el uso o utilidad que otorga el derecho de servidumbre debe ser específico, es decir que tienen que estar restringidos a lo admitido en el título, para que no se pueda decir que se utiliza la servidumbre real como un derecho de uso encubierto, a fin de otorgarle al usuario o usufructuario o titular del derecho real de habitación una perpetuidad que su derecho no puede tener, porque en nuestra legislación estos derechos más amplios en relación a las facultades que otorgan son vitalicios o limitados en el tiempo.

La servidumbre de superficie es intransferible con independencia de los fundos a los que accede activa y positivamente (según arts. 2165 y 2172 del CCC), a diferencia del derecho de superficie, que no requiere la existencia de dos fundos como lo exige el art. 2162 del CCC. Y este último puede ser agredido por los acreedores del superficiario en forma independiente a diferencia de la servidumbre, que sólo puede resultar agredido de manera mediata si se embarga el fundo dominante.

---

[889] Ahora, dura en este caso 50 año máximo, conf. art. 2182 inc. c. del CCC.

[890] KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. y PUERTA DE CHACÓN, A. (1989); *Derecho real de superficie*, Bs. As.: Ed. Astrea, pp. 16-17.

También se diferencia con el derecho personal a construir en suelo ajeno, que puede ser incluido como cláusula en un contrato de locación o comodato, etc., porque la servidumbre es un derecho real, oponible erga omnes, con todas las ventajas del ius persecuendi y preferendi que ello conlleva.

En contra de su admisión se ha pronunciado, Biondi[891]. Dicho autor señala: "no tiene sentido constituir un derecho real o personal sobre el espacio, que no se refiera al suelo. Disponer del espacio aéreo por vía real u obligacional no puede significar jurídicamente más que atribuir a otros la facultad de ejercitar aquellos mismos poderes que puede ejercitar el propietario y que están consentidos por la ley. Tal enajenación significa de una parte renuncia preventiva al derecho de accesión, siempre que esto sea admitido por la ley, y constitución a favor de otros de un derecho por el cual el titular de la concesión es autorizado a tener y gozar de la construcción sobre el suelo ajeno; pero el objeto es siempre el suelo y el suelo es jurídicamente cosa".

No obstante cabe hacer notar, que con la promulgación del proyecto Código Civil y Comercial que recepciona el derecho de superficie, la servidumbre aérea tiene menor importancia práctica, porque el derecho de superficie, es más amplio, otorga la propiedad de lo construido o plantado, el superficiario puede transferir su derecho y constituir derechos reales sobre la superficie o derecho de superficie, a diferencia del titular de la servidumbre que sólo puede constituir derechos personales sobre la utilidad (art. 2173 del CCC) sin eximirse de responsabilidad frente al propietario.

Sin embargo, la servidumbre real aérea tiene la ventaja que puede ser perpetua, mientras que la superficie no, además permite el uso para los mismos fines al titular del fundo sirviente y éste puede otorgar servidumbre sobre la misma parcela aérea a favor de otros, etc., mientras que no turbe al titular del fundo dominante conforme con lo dispuesto en el art. 2180 del CCC. Entre otras diferencias, debe notarse que la servidumbre tanto sea real o personal, actualmente necesita de la existencia de dos inmuebles que pueden no tocarse, que se extingue por no uso por persona alguna, durante 10 años sea cual sea su objeto, y cuando desaparece toda utilidad para el fundo dominante, o si es personal cuando la persona humana fallece sea cual sea el plazo dispuesto o si la persona es jurídica a los 50 años (art. 2182 del CCC). Por otro lado si la servidumbre se extingue, se extinguen los derechos constituidos por el titular del fundo dominante (art. 2183 del CCC), que sólo podían ser personales (art. 2173 del CCC).

[891] BIONDO BIONDI. (1961), Los bienes, Barcelona: Ed. BOSCH SA, p. 74.

Se observa, que esta figura es muy útil y por ejemplo, no desvirtúa su objeto si es una servidumbre de paso o tránsito aéreo, por ejemplo cuando se construye un puente aéreo que une dos edificios o dos conjuntos inmobiliarios separados por un inmueble ajeno, y el propietario del inmueble sirviente, no quiere constituir una servidumbre sobre el suelo, porque tiene una construcción o quiere usar el suelo para otra finalidad incompatible con la servidumbre que se quiere constituir.

Frichmar, refiere un caso particular que suele producirse en el Registro de la Propiedad Inmueble de Rosario. El mismo, consiste en la inscripción referida a lo construcción de un edificio en propiedad horizontal extendiéndose en parte sobre un pasillo lindero, constituyéndose a su favor, por parte del titular de dicho pasillo, una servidumbre aérea o servidumbre de altura, aplicándolo a la propiedad horizontal. Dicho autor considera que ese supuesto es un derecho real de servidumbre y no uno de superficie. Y propone que la nueva legislación lo contemple expresamente[892].

Por lo tanto, podría seguir siendo una buena figura que se podría admitir cumpliendo los requisitos exigidos por nuestro ordenamiento para la constitución del derecho de servidumbre, que admite a diferencia del resto de los derechos reales, cierta autonomía de la voluntad para su configuración, siempre que otorgue utilidad al fundo dominante, la situación de los fundos permitan el ejercicio de la servidumbre, sin ser indispensables que se toquen (art. 2165 del CCC), y no consistan en un hacer.

No obstante se observa un reparo a la admisión de esta figura, que la nueva normativa parece haberle dado un golpe a la figura cuando en el art. 2163 del CCC, expresa siguiendo la letra del art. 1883 del CCC que: "La servidumbre puede constituirse sobre todo o una parte material del inmueble ajeno", y el espacio aéreo es una parte del inmueble, pero es discutible si es material.

Pero si como dice Peralta Mariscal, lo construido pertenece al dueño del suelo y no al titular de la servidumbre, como en el derecho de superficie. Y si se construye un puente que pertenece al dueño del suelo, la servidumbre podría recaer sobre dicho puente que sería una parte material del inmueble. Pero, para ello debería construirse el puente por ejemplo, antes de constituirse la servidumbre, lo que puede complicar un poco las cosas en algunos casos por la inseguridad que ello acarrea para el que construye y no cuenta con un derecho real; o podría pensarse en una servidumbre sujeta a condición suspensiva de que se construya el puente. Otro

[892] FRICHMAR, F. (1977). Servidumbre aérea y propiedad horizontal. *Revista Notarial del Colegio de Escribanos de Córdoba* N° 32-33, pp. 113-119. BUENO RUIZ, A. (1977). La propiedad horizontal y la proyección del dominio en profundidad. Servidumbre. *Revista del Notariado* 756, p. 1687-1700.

problema práctico, es la responsabilidad del dueño del suelo y por lo tanto del puente, por los daños o accidentes que se produzcan en el mismo o por la destrucción de éste, etc., quien a pesar de que el mantenimiento del puente esté en principio a cargo del titular del fundo dominante (art. 2176 del CCC), se puede considerar que sigue respondiendo en virtud del art. 1758 del CCC que dispone que el dueño y guardián son responsables concurrentes del daño causado por las cosas y que no se eximen aunque tenga autorización administrativas o cumplan con todas las medidas de prevención (art. 1757 del CCC).

Y por otro lado, el titular del fundo dominante es un guardián porque al tener a cargo las mejoras de mantenimiento, se puede interpretar que en cierta forma tiene la dirección y control de la cosa u obtiene un provecho de ella (art. 1758 del CCC).

En definitiva, se considera que debería admitirse expresamente de lege ferenda, para evitar discusiones que una parcele aérea de un inmueble pueda ser objeto del derecho real de servidumbre aérea, aun antes de construirse algo. Ello sería muy útil y no obligaría al titular del futuro fundo dominante a construir algo en un inmueble ajeno, sin la seguridad de contar desde el principio con un derecho real, o acudir al derecho de superficie que no sirve para dar derecho real de paso de cañerías o tránsito perpetuo entre dos inmuebles. Debe pensarse además que tal vez, es necesario preverse servidumbres para obras futuras y el nuevo código al exigir que la parte del inmueble sea material, dificulta sin justificación seria, la configuración de estos derechos tan útiles para futuros emprendimientos en las grandes ciudades. Aunque, como se dijo podría solucionarse parcialmente el obstáculo para su admisión actual, si en la altura existe algo construido como un puente o edificación, porque ello se puede considerar una parte material. Pero podría pensarse, que se puede llegar a admitir que las ramas de un gran árbol pasen sobre otro inmueble, o que simplemente en un futuro se pueda transitar aéreamente sobre el mismo.

6. Cementerios Privados:

6.1. Definición de cementerios privados:

El art. 2103 del CCC define a los cementerios privados como: los inmuebles de propiedad privada afectados a la inhumación de restos humanos. Debe advertirse, que al igual que lo que ocurre con el tiempo compartido, el Código no conceptualiza al derecho real de sepultura o de cementerio privado que nombra en el art. 1887 en el inc. f), sino que describe el fenómeno del cementerio privado o el sistema jurídico a que puede estar afectado uno más inmuebles. Él que es presupuesto imprescindible para que a su vez, se puedan constituir a favor de los adquirentes derechos reales de sepultura.

Los requisitos del sistema jurídico de cementerio privado, que surgen de su conceptualización, son:

1º) Objeto: debe recaer siempre sobre uno o más inmuebles de propiedad privada, que se subdividen en parcelas.

A pesar que la normativa no señala la subdivisión en parcelas de titularidad de los particulares como característico de este fenómeno, ello puede deducirse haciendo una interpretación integradora del resto del articulado (en especial arts. 2105 inc. a, 2106, 2107 inc. b, 2108 inc. c, 2110, 2111 y 2112 del CCC).

El o los inmuebles deben ser privados. El artículo comentado indica que los inmuebles deben ser de propiedad privada. La noción se opone a la utilización de bienes de dominio estatal, que da lugar a los cementerios públicos (conf. arts. 238, 235 inc. f). Doctrinariamente se afirma que el inmueble destinado a cementerio privado incluso puede pertenecer al Estado, con tal que se encuentre en el régimen de su dominio privado. Sin embargo, ello puede dar lugar a confusión, porque los bienes de dominio estatal sometidos a la prestación de un servicio público (en el caso de inhumación de restos humanos) se confunden con el régimen de dominio público (conf. art. 235 inc. f), por ejemplo en orden a su inembargabilidad, sin que resulte necesario para el Estado proceder a la afectación expresa en los términos del art. 2104 del CCC.

Entonces, la titularidad en cabeza de los particulares determina la aplicación preponderante del derecho privado al fenómeno y de esta normativa comentada, sin perjuicio de la enorme injerencia que el Derecho Público tiene en esta materia, que determina que el derecho se encuentre muy limitado especialmente por estas normas de policía mortuoria y por lo tanto, es la nota conceptual distintiva de los cementerios privados.

Entonces en los cementerios públicos a diferencia de los privados, la titularidad recae en el dominio público estatal -independientemente de su administración directa o por concesionario-, mientras que en los cementerios privados la titularidad recae sobre particulares.

2º) Afectación a un destino específico: El fin específico es la inhumación de restos humanos y la conservación de éstos por largo término, que se impone y publicita a terceros por medio de la inscripción de la escritura de afectación en el Registro, que otorga su titular conforme con el ordenamiento jurídico (que contiene un reglamento).

A ellos se les podría agregar:

3º) Existencia de un administrador;

4º) Cobro de cuotas de servicios, expensas, tasas o contribuciones.Es que del resto del articulado se deduce que al igual que otras formas coparticipativas de propiedad (como la propiedad horizontal, y el resto de los conjuntos inmobiliarios en sentido amplio (Título VI)

que incluye a los conjuntos inmobiliarios en sentido restringido (Título VI, cap. I), el tiempo compartido (Título VI, cap. II) y esta figura regulada en este título; que no sólo necesita este sistema para funcionar de una afectación y reglamento, sino de una administración que haga cumplir el mismo, que mantenga los espacios comunes, que preste servicios esenciales en los casos de este derecho comentado y del tiempo compartido, y que también cobre las expensas (llamadas en este sistema cuotas de servicio y mantenimiento – conf. art. 2108 inc. b) del CCC).

Por otro lado, el derecho real de cementerio privado o de sepultura (nombrado con esta última denominación que parece más adecuada en los arts. 2105 inc. b), 2108 en su título, 2109 y 2112 del CCC); se puede adelantar que es un derecho real autónomo, que recae sobre un inmueble total o parcialmente propio (art. 1888 del CCC.), registrable (art. 1890 del CCC), que se ejerce por la posesión (art. 1891 del CCC.). Además es un derecho principal (art. 1889 del CCC.) y complejo, donde la prestación de servicios por parte del propietario y administrador del cementerio es consustancial al mismo. Con respecto a esto último, la relación entre los propietarios, administrador y los adquirentes del cementerio, que por las particularidades de este derecho real al igual que en el tiempo compartido, no termina con la transferencia de la parcela, sino que subsiste en el tiempo por los servicios que los primeros se obligan a prestar a favor de los titulares de derecho real de sepultura; justifica por otro lado la previsión expresa del art. 2111 del CCC, que lo caracteriza como una relación de consumo.

A todo esto se agrega en este caso como ya se resaltó, que la especial finalidad de esta figura relacionada totalmente con la salubridad pública y con un servicio público, el de la sepultura, implica que esta actividad del propietario emprendedor y el derecho de sepultura del adquirente, obviamente estén sometidos a los controles y las restricciones que surgen de las normas administrativas relativas a la policía mortuoria; previstas en el art. 2113 del CCC.

Asimismo y particularmente, la ocupación de las parcelas con restos humanos y el respeto que el mismo amerita en virtud de la dignidad de la persona humana, da lugar a que se consideren inembargables las parcelas de un cementerio privado (art. 2110 del CCC).

En virtud de todo lo expuesto, se puede definir al cementerio privado como el fenómeno, situación jurídica o sistema, que nace cuando el titular afecta por escritura pública e inscripción en el registro, uno o varios inmuebles de propiedad privada, que se subdividen en parcelas sobre las cuales se otorga un derecho real complejo a los particulares protegido por las normas de consumo, para la inhumación y conservación de restos humanos, conforme las normas de policía mortuoria vigentes.

6.2. Derecho argentino:

El cementerio es una palabra derivada del griego koiméterion, que significa lugar de descanso o dormitorio, es decir que es el lugar destinado al descanso de los restos mortales. Por otro lado ya desde el Derecho Romano se ha distinguido en forma nítida entre los conceptos de sepultura (como lugar físico) y derecho de sepulcro (*ius sepulcri*)[893].

A fines del siglo XX los empresarios privados con fines de lucro se introdujeran en la gestión de cementerios. Debe tenerse en cuenta que los cementerios, bajo la forma jurídica de propiedad privada, no son desconocidos en la tradición argentina[894]. Y que desde aquel entonces el mercado de cementerios privados ha proliferado de modo significativo, ello ha provocado que lo doctrina de manera insistente haya venido bregando por su incorporación como un nuevo derecho real y por la protección del adquirente del derecho de sepultura sobre las parcelas, que no tenían un marco adecuado de protección, lo que justifica su regulación.

El ordenamiento derogado careció de una regulación específica en materia de sepulcros. Sólo en forma incidental, el art. 2551 CC se refería a los mismos, pero al sólo efecto de excluirlos del régimen de tesoros. Vélez tal vez entendió que este era un tema de derecho administrativo o librado a los principios generales, aunque necesitaba una regulaciòn, en razón de sus peculiares características. Por ello la doctrina autoral y jurisprudencial se debió ocupar sobre algunos puntos distintivos, y tratar de determinar su naturaleza jurídica, su prescriptibilidad, su inembargabilidad, las relaciones entre cotitulares, etc. Entonces su escaso régimen estaba elaborado por la doctrina, jurisprudencia y ordenanzas municipales.

---

[893] La doctrina ha considerado a esos cementerios, de manera casi uniforme, "bienes públicos". Tanto los autores del derecho administrativo como los del derecho civil, coinciden en esa conclusión. Conforme a lo que disponía el art. 2340, inc. 7º, del CC derogado, se trata de "una obra pública construida para utilidad o comodidad común". Para una primera corriente de carácter civilista, que enmarcaba la relación entre el particular y las sepulturas en el ámbito del Código Civil, las concesiones perpetuas de sepulcros constituían un verdadero derecho de dominio o revestían el carácter de una locación cuando eran temporales, también para la ley 4.128, modificatoria del CPC y C de la N, como el resto de los códigos procesales civiles que lo siguieron. Sin embargo, desde la óptica conocida como "publicística" se ha sostenido que se trata de derechos reales administrativos Y que a su vez, no nace por los modos típicos del derecho privado, sino a través de un acto básicamente administrativo; la concesión..

[894] Específicamente, como antecedentes de los cementerios privados en Argentina pueden citarse los casos de los cementerios Británico y Alemán, que reconocen su origen en los Tratados con Gran Bretaña y Alemania en los años 1825 y 1857 , respectivamente.. En la Provincia de Buenos Aires en 1.978 ya la ley 9.094 y la ordenanza general 221 reglamentaria del mismo año, autorizan el establecimiento de cementerios privados con fines especulativos o de lucro, sin connotaciones familiares o religiosas, reservándose el Estado el poder de policía mortuoria y el servicio público de inhumaciones, que es ejercido por las municipalidades. La ley 9094, al modificar la ley orgánica municipal, facultó a los Consejos Deliberantes para el "establecimiento de cementerios privados… "Siempre que éstos sean admitidos expresamente por las respectivas normas de zonificación y por los planes de regularización urbana, conforme con lo que determine la reglamentación general que al efecto se dicte". Y la citada ordenanza general 221/78, reglamentaria de dicha ley, exige que aquéllos que deseen afectar un predio a la instalación de un cementerio, acrediten previamente el carácter de titulares del dominio (o implícitamente el de condóminos- pero no de otros derechos reales) del inmueble y que cuenten con un proyecto de construcción con las características de las necrópolis parquizadas.

A título ejemplificativo se puede mencionar como sistemas que más repercusión tuvieron en la práctica:

a- La atribución al adquirente de la cesión parcial de la concesión municipal obtenida por el propietario de una fracción, que quedó afectada a la inhumación y exhumación de cadáveres.

b- La atribución al adquirente del derecho real de uso sobre una parcela determinada, dentro de un fraccionamiento destinado a funcionar como cementerio privado.

c- Y la atribucióndel derecho real de propiedad horizontal sobre una parcela determinada, originada en la subdivisión de una fracción mayor que la comprende, aplicándose a su fase anterior el régimen de prehorizontalidad vigente.

6.3. Congresos, jornadas científicas y propuestas doctrinarias:

En el "Segundo Encuentro sobre Cementerios Privados", organizado por la Universidad Notarial Argentina en el mes de junio de 1987, se concluyó que era “necesario la creación de un derecho real de sepulcro"[895].

En amplios términos las XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, realizadas en Buenos Aires en el mes de agosto de 1987, recomendaron que: "el legislador nacional debe contemplar el régimen de los cementerios privados, sin perjuicio del derecho administrativo local"[896]. En el V Encuentro de Abogados Civilistas de Santa Fe de 1991, se recomendó que se lo regulara como “propiedad horizontal, debidamente adecuado a las particularidades…”, y al supuesto de indivisión forzosa disciplinado por el art. 2710 y ss. CC. – Despacho B[897]; o como un derecho real autónomo de sepultura- Despacho C”[898].

---

[895] Se dispuso que debía ser un derecho real sobre cosa ajena, y podrá ser perpetuo o temporario. Tal derecho sería inembargable, y sólo susceptible de la prescripción breve. Se propició también la regla de la indivisión forzosa para el supuesto de contar con más de un titular, y la necesidad de su inscripción registral para ser oponible.

[896] Es decir, se propugnó que el tema fuera abordado en el Código Civil con las limitaciones impuestas por el derecho local, como lo hace el CCC, en contra del sistema publicístico que considera que el tema es de derecho administrativo por estar implicado un servicio público. Pero no se avanzó sobre la clase de derecho y regulación.

[897] Se especificó que: a) con base en la redacción del art. 2617 del Proyecto de Unificación Legislativa Civil y Comercial de 1987 (que coincidía con el 2617 del CC que prohibía la división horizontal de un edificio- lo que estaba excepcionado por la ley 13.512 derogada) se debía establecer que los cementerios privados `deben' someterse al régimen de propiedad horizontal; b) agregar al art. 4015, CC.: “para la prescripción de la propiedad de los sepulcros se necesita título'; c) agregar el término `parcela' en todos los casos que la ley 13.512 se refiere a las unidades privativas; d) agregar en la ley 13.512 el art. 17 bis: `Las parcelas exclusivas destinadas a sepulcros son inembargables, a excepción de los créditos provenientes de saldo de precio de compra, construcciones y/o expensas comunes'; e) agregar al art. 2 ley 13.512, como párrafo final: `Los cementerios privados deberán tener lugares destinados a osario común, los que revestirán el carácter de cosas comunes sin admitir convención en contra'; f) agregar al art. 13 ley 13.512 el siguiente párrafo: `Las parcelas de los cementerios privados gozan de un régimen tributario especial, según las reglamentaciones locales'" (Dres. Albkizzati, Cadoche de Azvalinsky, Martínez, Gould y Jiménez Colodrero).

[898] c) El derecho real será transmitido por actos entre vivos o mortis causa. d) Debe dictarse un reglamento a los fines de la constitución del sistema que deberá ser inscripto en el Registro General, como así también la propiedad individual de las distintas unidades. Asimismo resulta conveniente la creación de secciones especiales en dicho Registro General para este tipo de inscripciones" (Dr. Andorno).

En las XXII Jornadas Naciones de Derecho Civil, de Córdoba del 2.009, el despacho unánime de la comisión n° 4 fue que: al igual que las XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Bs. As. 1987), la creación indefinida de derechos reales conspira… contra el 'numerus clausus'…[899]. Y de *lege ferenda* la mayoría sostuvo que "el cementerio privado debe estructurarse como derecho real privatístico, sin perjuicio de las restricciones…" Mientras que el despacho B los consideró "derechos de naturaleza administrativa"[900].

En dicho evento, se sostuvo mayoritariamente la aplicación de la 13.512 y 19.kk724. Ello no significa que la doctrina no haya advertido las dificultades de dicha aplicación, sobre todo, en cuanto a la constitución de las Asambleas. No obstante, existe en la provincia de Buenos Aires un cementerio privado organizado bajo el régimen de la ley 13.512 y 19.724.

Por su parte, Papaño, Kiper, Dillon y Causse, y en en ponencia conjunta Luis Andorno y Ángel Chávarri, sostuvieron la posible aplicación del régimen de la ley 13.512 [901].

Por el contrario, las Dras. Kemelmajer de Carlucci y Puerta de Chacón con anterioridad, habían considerado aplicable el derecho real de superficie a los cementerios privados, "no como ius edificandi, sino como derecho del titular a mantener una construcción". Y por otro lado habían enfatizado que, no veían "analogía en el encuadre económico-social de la propiedad horizontal y el cementerio privado". Explican que nadie se cree copropietario de los caminos de acceso. En cambio tipificar el derecho como superficie tiene la ventaja de su larga tradición en el derecho público. Y agregan que este régimen podría ser gobernado por los siguientes principios: a) Si existen cotitulares, sus relaciones internas se rigen análogamente por el condominio con indivisión forzosa., b) son válidas las cláusulas testamentarias que prohíben la enajenación a terceros extraños a la familia, c) no pueden ser objeto de hipoteca ni arrendamiento, d) son inembargables e inejecutables si no están desocupadas; e) no se pueden adquirir por prescripción larga, f) el titular cuenta con remedios posesorios y petitorios, g) debe instrumentarse con sistema de submatriculación; esto es folio para el inmueble en su integralidad y submatrículas y un fichero o nómina por orden alfabético, h) la actividad debe estar sujeta al control estatal, i) y debe admitirse la concesión a perpetuidad[902].

6.4. Derecho comparado:

En el derecho comparado salvo pocas excepciones, la actividad es delegada en autoridades locales o municipales, pero existe una gran diversidad de matices.

---

[899] "Y sólo deben crearse nuevos tipos cuando existe la imposibilidad estructural de encuadrar la nueva situación fáctica en las categorías existentes".

[900] No obstante, para el resto de las nuevas formas coparticipativas de propiedad con excepción de la propiedad indígena, se consideró que la propiedad horizontal era el derecho que mejor regulaba los requerimientos de dichas figuras, aunque con las necesarias adecuaciones a cada caso.

[901] En las ponencias presentadas en las XXII Jornadas Naciones de Derecho Civil, de Córdoba del 2.009.

[902] KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., PUERTA DE CHACÓN, A. (1989). *Derecho real de superficie*. Bs. As.: Ed. Astrea., pp. 95-97.

A grandes rasgos se pueden distinguir tres sistemas.

- Sistemas con un acentuado carácter publicístico, en el sentido de que la gestión privada de cementerios no se encuentra positivamente admitida, como ocurre con Francia e Italia.

- Sistemas donde lo público se vincula a la concesión del servicio público de inhumación y conservación de restos como en España y México.

- Sistemas que permiten la actividad privada en forma libre; pero siempre sometida a normas urbanísticas, sanitarias y específicamente de policía mortuoria. Este es el sistema de Chile y Perú y parece ser el adoptado por nuestro Código[903].

6.5.Proyectos de unificación:

El Proyecto de unificación de 1987 admitió la regulación de los cementerios al igual que otros conjuntos inmobiliarios, dentro del régimen de propiedad horizontal. Debe advertirse que dicha norma no excluía otras formas de constitución del derecho.

El Proyecto de 1993, mencionaba a los cementerios privados y a pesar aplicarle las normas de la propiedad horizontal[904]. Pero se diferenciaba del proyecto anterior, en que el artículo 3160 agregaba que: "Podrá aplicarse el régimen del condominio con indivisión forzosa, sin límite de tiempo: 1. A la asignación permanente del uso y goce sobre superficies determinadas en cementerios privados, previa autorización municipal… Para la constitución de estos condominios se aplicaba lo dispuesto en el artículo 3109 (que se refería al nacimiento del derecho real de propiedad horizontal y del consorcio de propietarios, con el otorgamiento del reglamento por escritura pública y su inscripción en el registro de la propiedad) ".

También cabe hacer referencia al Proyecto de Reformas al Código Civil de la llamada Comisión Federal de la Cámara de Diputados de la Nación[905]. De su articulado se puede inferir, que en lugar de inscribir el tema directamente en la propiedad horizontal, como lo hacía el Proyecto de 1987, se incluye a los cementerios directamente como condominio con indivisión forzosa, sin límite de tiempo[906].

En el Proyecto de 1998, se admitía que los cementerios privados podían sujetarse al régimen de los derechos personales o de la propiedad horizontal.

---

[903] PUJOL DE ZIZZIAS, I. y GIL DI PAOLA, J. (2015) Cementerios privados. En *Aplicación Notarial del Código Civil y Comercial*, dir. Por KIPER, C. T. III, Santa Fe: Ed. Rubinzal -Culzoni, p. 95

[904] Art. 3159. Respecto del terreno, establecía que solo eran comunes las vías de acceso, de comunicación e instalaciones de uso común.

[905] Aprobado por este cuerpo legislativo el 3/11/93, pasado luego en revisión al Senado.

[906] Lo que impediría que tengan que crearse tantas unidades como parcelas existan, porque ello produce muchos costos operativos. Pero por otro lado, el condominio no recepta la realidad del derecho privativo sobre cada parcela y es una figura que presenta dificultades operativas porque no fue creada para durar en el tiempo.

6.6. Facultades:

6.6.1. Facultades en general

El art. 2107 del CCC establece las facultades del titular del derecho de sepultura. Así expresa que el titular del derecho de sepultura puede: a) inhumar en la parcela los restos humanos de quienes disponga, hasta la dimensión establecida en el reglamento, y efectuar las exhumaciones, reducciones y traslados, dando estricto cumplimiento a la normativa dictada al respecto; b) construir sepulcros en sus respectivas parcelas, de conformidad a las normas de construcción dictadas al efecto; c) acceder al cementerio y a su parcela en los horarios indicados; d) utilizar los oratorios, servicios, parque e instalaciones y lugares comunes según las condiciones establecidas.

Dicha norma es una de las pocas, que no se refiere al sistema (cementerio) o relación de consumo, sino al derecho de sepultura. Derecho que no se conceptualiza, sino respecto del cual sólo este Código dispone luego haber enumerado en el art. 1.887 al cementerio privado como un derecho real, en vez de mencionar al derecho de sepultura, que a este último se le aplican las normas de los derechos reales.

Lo que podría hacer pensar, haciendo una interpretación literal que hay dos derechos reales nuevos o un derecho real nuevo y otro cuasi-derecho real nuevo: el de cementerio cuyo titular era el titular registral del derecho de dominio que se afecta y el de sepultura cuyo titular es el adquirente de una parcela. Derecho este último de naturaleza sui generis, pero al que se le aplican las normas de los derechos reales. Esta interpretación se considera complicada, porque va contra de los antecedentes (propiedad horizontal o derecho de superficie), y lo bregado por la doctrina y jurisprudencia que propugnaban la creación de un derecho real autónomo para el adquirente y no para el que ya tenía un derecho real de dominio afectado. Por eso se propugna la interpretación que el cementerio privado es el sistema jurídico y que el derecho real, es el de sepultura.

Esta enumeración que se considera no taxativa pero sí esencial, porque menciona las principales facultades, permite de alguna manera vislumbrar el concepto de este derecho de sepultura al delimitar su contenido, aunque nunca el código lo define expresamente.

Esta norma tiene cuatro incisos, los dos primeros se refieren a las facultades no sólo muy limitadas que se pueden ejecutar estrictamente sobre la parcela individual de cada uno, sino que además generalmente son realizadas directamente por personal del cementerio en beneficio del titular. Y los dos últimos incisos, tratan los derechos sobre las partes o lugares comunes como accesos, oratorios, etc. (sin aclarar si estas partes son de cotitularidad de los adquirentes de derecho de sepultura – como en la propiedad horizontal, o si quedan en el

patrimonio del dueño primogénito o emprendedor del cementerio, quien hasta puede quedase con la propiedad del suelo, como en el derecho de superficie y enajenar las parcelas subterráneas).

Las sepulturas[907] ubicadas en los cementerios privados pueden estar orientadas en forma horizontal o vertical. El primer caso, es consistente con la modalidad cementerio parque, mientras que el segundo es admisible la organización como edificios con espacio para nichos. Esta modalidad es frecuente en los cementerios privados mexicanos y en los cementerios municipales argentinos. Actualmente los columbarios ubicados en cementerios privados adoptan la forma constructiva vertical. Ahora bien, conceptualmente el término sepultura se reserva a las inhumaciones bajo tierra, siendo admisible diferentes tipos y características[908].

Pero, la enumeración del artículo no es taxativa. Ello resulta evidente, porque en virtud del art. 2112 CCC (que dispone que al derecho real de sepultura se le aplican las normas de los derechos reales) puede realizar otras facultades propias de los titulares de los derechos reales que no estén prohibidas o que sean compatibles con la naturaleza, destino y reglamentación. Por ejemplo: puede transferir su parcela, lo que resulta tangencialmente aceptado expresamente en el art. 1124 inc. a. del CCC, y mientras no exista una disposición en contrario puede hacerse en virtud del principio recepcionado en el art.1906 del CCC y concs.

6.6.2. Derecho sobre las parcelas exclusivas:

1º) Inhumar en la parcela los restos humanos de quienes disponga (art.61 del CCC), hasta la dimensión establecida en el reglamento; y efectuar las exhumaciones, reducciones y traslados, dando estricto cumplimiento a la normativa dictada al respecto.

2º Construir sepulcros en sus respectivas parcelas, de conformidad a las normas de construcción dictadas al efecto, auunque usualmente los reglamentos lo niegan.

6.6.3. Derechos sobre los espacios de uso común:

1º) Acceder al cementerio y a su parcela en los horarios indicados conforme lo indicado en la reglamentación.

---

[907] Se dice de la sepultura que es el lugar donde yace un difunto, y como acto es el enterramiento del mismo. Mientras que el sepulcro, es la obra, por lo común de piedra que se construye levantada del suelo.

[908] Ver PUJOL DE ZIZZIAS, I. y GIL DI PAOLA, J. (2015). Cementerios privados. En *Aplicación Notarial del Código Civil y Comercial*, dir. Por KIPER, C. T. III. Santa Fe: Ed. Rubinzal Culzoni, p. 93 y ss. Los tipos se relacionan con la capacidad de recepción admitida. Así son admisibles, por lo general, desde una hasta tres inhumaciones. También se relacionan con el tiempo de adjudicación del derecho, resultando admisible la adquisición a perpetuidad o a tiempo determinado, con un mínimo de inhumación exigido por normas de salubridad pública (usualmente 5 años. Ver MARIENHOFF, M. (1990). Dominio público. Concesiones temporarias de uso especial o privativo. Situación de los concesionarios al vencimiento de las mismas. Los principios "quieta non moveré", "buena fe" e "inmutabilidad de situaciones jurídicas plausibles", *LL*, 1990-E-880.

2º) Utilizar los oratorios, servicios, parque e instalaciones y lugares comunes según las condiciones establecidas. Adviértase que se menciona al parque como común, y en los cementerios parque, el mismo es el suelo, mientras los sepulcros están bajo tierra o en el subsuelo, lo que puede hacer pensar que este derecho, se asemeja al de superficie sobre el subsuelo. La utilización de las cosas de uso común, debe realizarse conforme el destino de los lugares e instalaciones, sin perjudicar el derecho del resto de los titulares y conforme las condiciones establecidas en la reglamentación.

A diferencia de la propiedad horizontal común, en el cementerio privado al igual que en el tiempo compartido los servicios que se prestan en dichas instalaciones comunes son consustanciales a la estructura del derecho real y deben ser provistos adecuadamente por el Administrador del cementerio.

La parcela resulta de una división ideal de un inmueble privado al que se le adjudica en virtud de la afectación, un destino o finalidad determinada, la de servir para la sepultura de restos mortales, con la previa aprobación estatal; de ahí su enajenabilidad y la licitud del objeto. La causa fin subjetiva es la sepultura; y el objeto del derecho no sólo es la porción determinada del inmueble denominada parcela, sino que incluye servicios: sepultura, custodia, buena conservación, mantenimiento de espacios verdes u otros que integraron la promesa y la posibilidad de usar de los espacios e instalaciones comunes[909].

6.7. Deberes:

El art. 2108 del CCC nombra los deberes del titular del derecho de sepultura. Así expresa que: "el titular del derecho de sepultura debe: a) mantener el decoro, la sobriedad y el respeto que exigen el lugar y el derecho de otros; b) contribuir periódicamente con la cuota de servicio…; c) abonar los impuestos, tasas y contribuciones que a tales efectos se fijen sobre su parcela; d) respetar las disposiciones y reglamentos nacionales, provinciales y municipales de higiene, salud pública y policía mortuoria".

El deber de contribuir a la cuota de servicio, denota que es consustancial al derecho real de sepultura, el derecho a exigir la prestación de servicios de forma continua por parte del dueño emprendedor del cementerio, lo que lleva a pensar que al igual que el tiempo compartido, el objeto de este derecho es de naturaleza mixta (aunque en los fundamentos del proyecto no se mencione al cementerio cuando se trata sobre el objeto de los derechos reales). El objeto del derecho de sepultura, por un lado sería la parcela y por otro lado, el derecho a usar las cosas de

[909] Ver las facultades con mayor profundidad en PUJOL DE ZIZZIAS, I. y GIL DI PAOLA, J. (2015). Cementerios privados. En *Aplicación Notarial del Código Civil y Comercial*, dir. Por KIPER, C. T. III. Santa Fe: Ed. Rubinzal Culzoni.

uso común (que no se aclara si es de naturaleza real o personal) y el derecho a exigir la prestación de servicios correspondiente. Lo que justifica, entre otros argumentos que se considere como relación de consumo, la existente entre el propietario del cementerio, el titular de la parcela y el administrador (conf. art. 2111 del CCC). El administrador[910] debe mantener las cosas comunes, hacer cumplir el reglamento, y garantizar la prestación de dichos servicios.

Por otro lado, en virtud de la obligación de pagar impuestos y tasas sobre la parcela, se deduce que se considera a ese espacio o volumen de tierra objeto imponible.

Para el derecho administrativo, el derecho de sepultura tranquilamente, podría considerarse que consiste en la concesión o permiso de uso de un espacio determinado ubicado en una edificación, nicho o en el subsuelo. Al respecto debe recordarse, que la doctrina y jurisprudencia administrativa, admiten sin problema que el espacio aéreo y más el subsuelo, pueda ser objeto de un derecho administrativo, como una concesión, especialmente la postura funcionalista[911]. Piénsese en los subterráneos en Capital Federal, en el discutido derecho o no de cobro de la Municipalidad por utilización del espacio aéreo conforme la jurisprudencia, etc..

Sin embargo, Liber Martín explica que la evolución de la teoría del dominio público no ha resultado en medida alguna lineal, sino y en todo caso, un proceso complejo, que está atravezando por dos movimientos, uno que es expansionista u otro que contradictoriamente tiene una tendencia restrictiva que intenta favorecer la participación privada. La primera que aquí interesa, procura extender la protección a determinados bienes o justificar la intervención en determinados ámbitos. Y se extiende sobre otros bienes como: el espacio aéreo, la fuerza hidráulica, los derechos intelectuales cuando dejan de pertenecer al autor, los derechos de servidumbres públicas, etc.[912]

Este inciso advierte al titular de la parcela, que su derecho está sujeto no solo a las disposiciones del contrato individual por el cual adquirió el derecho, del reglamento interno que forma parte del mismo, sino también a las disposiciones de orden público que dictan las

[910] Respecto del administrador, no se determina cómo se lo debe designar. Usualmente lo nombra el propietario del establecimiento. La designación por los propietarios de parcelas, como en la PH es alejada de la realidad, porque sólo se encuentran interesados en tener un lugar para que se pueda inhumar sus restos mortales y los de sus familiares, y no en participar de asambleas para votar la designación de las personas que lo administren.

[911] SALOMONI, J. I. (2000). El régimen del dominio público en la República Argentina. Un intento de reconstrucción dogmática. *AeDP*, Nª14, Bs. As.: Ad. Hoc. Y del mismo autor (2005). Uso del dominio público. *AA.VV*., Bs. As.: Organización administrativa, función pública y dominio público, RAP.

[912] LIBER M. (2010). *Derecho de Aguas. Estudio sobre el uso y dominio de las aguas públicas*. Mendoza: Ed. UNCUYO, F.D. y Bs. As.: Abeledo Perrot, p. 81, nota 73. La teoría del dominio público en su formulación tradicional no escapa a la crisis del Estado Social de derecho y ha sido criticada argumentado que su rigidez y falta de funcionalidad, asociada a la falta de estabilidad y seguridad que caracteriza los derechos sobre los bienes públicos, obstaculizan el desarrollo de infraestructuras públicas y la participación privada en construcción y gestión.

autoridades competentes por razones de higiene, salud pública y relativa a la policía mortuoria. Teniendo en cuenta los antecedentes y el servicio público que ofrecen los cementerios, se entiende la injerencia del derecho administrativo y del orden público[913]. Es más, ante el incumplimiento por el empresario de la obligación asumida de prestar el servicio, el Municipio puede echar mano al rescate del mismo, en caso que exista concesión de servicio público[914], también puede llegar a revocar la habilitación y exigir la transferencia del inmueble o expropiarlo según el caso[915].

Por otro lado, el empresario se compromete a efectuar el mantenimiento del cementerio en principio a perpetuidad, es decir a no cambiar el destino y garantizar el servicio; lo que no variará aún en caso de enajenación voluntaria o forzosa. Debe advertirse, que se prevé en las normas la afectación de uno o más inmuebles a la inhumación de restos humanos, pero no la desafectación como en el caso de la propiedad horizontal (art. 2044 del CCC) y el tiempo compartido (art. 2099 del CCC, inc, b).

El Código Civil y Comercial, a diferencia del velezano, reconoce en forma expresa la vinculación e influencia recíproca entre el derecho público y el derecho privado.[916] Es que mientras a fines del siglo XIX, con auge del positivismo legal, los ámbitos lucían opuestos; hoy, ello ha cambiado y se suele poner de resalto la cantidad de residuo publicístico en cada materia[917], máxime con la nombrada constitucionalización del derecho civil, a que se hace referencia en los fundamentos del proyecto[918].

6.8. La parcela:

6.8.1. Concepto:

Según la Real Academia Española, parcela es: 1.f. Porción pequeña de terreno, en ordinario sobrante de otra mayor que se ha comprado, expropiado o adjudicado. 2. F. En el catastro, cada una de las tierras de distinto dueño que constituyen un pago o término 3. F. Parte

[913]KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. y PUERTA DE CHACÓN, A.(1989). *Derecho real de superficie*. Bs. As.: Ed. Astrea, p. 97.

[914] Ha sido definido el rescate como, el acto administrativo ejecutorio mediante el cual se dispone la reorganización de un servicio público, extinguiendo o suspendiendo la ejecución de un contrato de concesión u otro acto o contrato administrativo que otorgue la explotación a título no precario, antes del vencimiento de su plazo, asumiendo la administración concedente la prestación de dicho servicio. Conf. PRITZ, O. A (1994). El Rescate, en *A.A.V.V.*, *Los Servicios Públicos*, Bs. As.: Depalma, p. 181. Del mismo autor (1995). *Rescate: Delimitación y efectos*, en A.A.V.V., *Estudios de Derecho Administrativo*, Bs. As.: Depalma, p. 61.

[915] Ver jurisprudencia citada en PUJOL DE ZIZZIAS, I. y GIL DI PAOLA, J. (2015). Cementerios privados. En *Aplicación Notarial del Código Civil y Comercial*, dir. Por KIPER, C. T. III. Santa Fe: Ed. Rubinzal Culzoni, en especial, pp. 154-155.

[916] LORENZETTI, R. (1996). Sistema de derecho privado actual. *La Ley* 1996-D-1337.

[917] LORENZETTI, R. (1991). Notas para el régimen jurídico de los cementerios privados, *La Ley* 1991-E-1132.

[918] Palabras preliminares de LORENZETTI, R. L. (2015). (Presidente de la Comisión Redactora (Decreto 191/2011), *en Código Civil y Comercial de la Nación*, Bs. As.: Ed. Erreius, p.3.

pequeña de algunas cosas. Adviértase, como no se la define como parte de un inmueble, sino sólo de un terreno, lo que parece dar la idea de que el inmueble está conformado únicamente por tierra como vulgarmente se entiende, sin embargo jurídicamente y en virtud de la extensión del inmueble dispuesta en el art. 1.945 del CCC, debería tomarse el término terreno como inmueble[919].

Para la Real Academia Española, terreno no sólo se refiere a tierra, Así la define no sólo como 1. adj. Perteneciente o relativo a la tierra, 2. adj. Terrenal, 3. m. porción de tierra, o 4 m. Superficie terrestre no ocupada por el mar (lo que ya empieza a vincularse por lo menos con lo que se encuentra sobre la faz de la tierra, que puede ser tierra, agua y por qué no aire);…7..m. dep. "Espacio generalmente acotado y debidamente acondicionado para práctica de ciertos deportes…"[920], que podría estar bajo el suelo.

Pero la última acepción, permite perfectamente, si se considera que la cosa inmueble comprende el suelo, el subsuelo y el espacio aéreo, que una parte del suelo, subsuelo o espacio aéreo puede ser considerado parcela. Y cabe recordar, que éste parece haber sido el sentido que le dio al término parcela el Codificador en el art. 2125 del CCC, segunda parte, cuando se refiere a que los gravámenes a la extinción del derecho de superficie continúan gravando separadamente las dos parcelas.

6.8.2. Características de la parcela exclusiva:

1º) La parcela es susceptible de propiedad privada y transmisible, y específicamente objeto del derecho real de sepultura (lo que se deduce del art. 2112 del CCC).

No debe olvidarse que, históricamente en el derecho romano los sepulcros y los objetos en ellos enterrados eran considerados cosas religiosas (res religiosae). Y que dichas cosas estaban fuera del comercio y reguladas por normas del derecho divino (divini iuris). Pero, se consideraba sepulcro únicamente el lugar que contiene un cadáver.

2º) Se pueden constituir derechos reales que se permitan compatibles con la sustancia, y la legislación específica (normas del CCC, locales, condiciones dispuestas en el reglamento de dicho cementerio y el contrato particular con el adquirente).

3º) Se puede adquirir por prescripción, por aplicarse las normas de los derechos reales (art. 2112 del CCC) y no existir disposición en contra.

[919] Ver DE LOS MOZOS, J. L. (1993). Delimitación de la propiedad en sentido vertical, en El derecho de propiedad crisis y retorno a la tradición jurídica. *Ed. Revista de Derecho Privado*, Madrid, p. 290.
[920] Recuperado en www.del.rae.es.

4º) Es inembargable: El art. 2110 del CCC dispone que: "Las parcelas exclusivas destinadas a sepultura son inembargables, excepto por: a) los créditos provenientes del saldo de precio de compra y de construcción de sepulcros; b) las expensas, tasas, impuestos y contribuciones correspondientes a aquéllas", a pesar que dichas parcelas no se encuentran fuera del comercio, porque su enajenación está permitida salvo limitación que se pacte[921].

5º) Especificidad de la parcela: En cuanto al contenido obligatorio de la escritura de afectación, el primer inciso del art. 2105 CCC se refiere a la necesidad de describir el inmueble, sus partes, etc., y servicios. Ello es esencial en virtud del principio de especialidad que rigen no sólo en materia de derechos reales (los que deben recaer en principio sobre cosas o partes materiales de cosas determinadas art. 1883 del CCC), sino también en la esfera registral.

Para que la descripción sea clara, resulta por lo tanto esencial contar con los datos que aporte un plano o croquis de subdivisión, que determine con precisión cada sector, en que se individualice cada parcela su superficie, ubicación y su numeración de acuerdo con el planeamiento del cementerio También los reglamentos suelen informar no sólo el ancho y largo de la parcela, sino también la cantidad de restos humanos pueden depositarse en cada una de ellas, pero no informan el alto.

Debe tenerse en cuenta, que es relevante la ubicación de cada parcela, en tanto que dadas las condiciones del suelo, podría significar potenciales peligros ambientales (ubicación de napas freáticas, cercanía con cursos de agua, etc.).

Se considera que tal vez, para evitar gastos innecesarios que conspiren contra la viabilidad del sistema, máxime teniendo en cuenta la pequeña superficie de la parcela en comparación con la de un lote común, no debería requerirse la confección de nuevos planos para transferir los derechos reales de sepulturas, ni la verificación de su estado parcelario por medio de una nueva mensura, salvo que se haya producido un cambio sustancial en el destino (lo que resulta muy raro en el caso de los cementerios, por su propensión a la perpetuidad comentada, o modificación estructural, que lo justifique[922].

Como es consubstancial a este derecho la existencia de servicios que se deben prestar, por ser una especie de derecho real in faciendo, el reglamento exige la descripción de los mismos. Esto constituye una garantía para el adquirente de la parcela y también de alguna

[921] Ver fallo de la CNCom. Sala F, "López, Omar Bernando c/ Aquino, Alicia Francisca y otros", sentencia del 17-11-2009, D.J. del 7-7-2010, p. 1822.

[922] PUJOL DE ZIZZIAS, I. y GIL DI PAOLA, J. (2015). Cementerios privados. En *Aplicación Notarial del Código Civil y Comercial*, dir. Por KIPER, C. T. III. Santa Fe: Ed. Rubinzal Culzoni.

manera, un resguardo para el administrador que de este modo, no podrá ser requerido para que preste más servicios que los establecidos.

En el inciso quinto de este mismo artículo se dispone que se deben establecer pautas sobre la construcción de sepulcros, con el fin obvio de mantener la fisonomía del cementerio, su estética, etc.[923]. Pero como se dijo, en la práctica los cementerios parquizados directamente prohíben la construcción en altura sobre las parcelas. Por eso se ha dicho, que lo que se transmite es una parcela del subsuelo y que el derecho que se puede otorgar al adquirente es el de superficie[924], pero el problema para la aplicación de este derecho es la limitación del tiempo. En general no se permite la colocación de ninguna clase de plantaciones, monumentos u ornamentos, con la sola excepción de una placa de mármol, sin epitafios, conforme los reglamentos.

6.9. Derecho de Sepultura:

El art. 2112 del CCC al igual que el 2101 para el derecho del usuario de tiempo compartido dispone que: al derecho de sepultura sobre la parcela se le aplican las normas sobre derechos reales.

La doctrina, que se pronunciaba por el otorgamiento de un derecho privado, se encontraba dividida entre, una postura minoritaria que consideraba que el derecho se debía enmarcar dentro del ámbito de los derechos personales y otra en el ámbito de los derechos reales[925]. En el primer caso, se sostenía que existen ventajas innegables de flexibilidad, siempre que concurran una serie de condicionantes, que otorguen al titular del sepulcro una seguridad jurídica similar a la conferida por los derechos reales. Ellos son: que el derecho del titular sobre la parcela se encuentre reconocido contractualmente y anotado en un Registro Municipal, que los municipios y/o provincias otorguen los permisos para la habilitación de un cementerio, sujetos a la prohibición de cambio de destino de los inmuebles y que la administración del cementerio sea su dueño o en su defecto su cesionario[926]. En la práctica, generalmente se acudía al alquiler de

[923] Es decir que no sólo se faculta al propietario emprendedor a establecer estas pautas, como en el art. 2080 del CCC para los conjuntos inmobiliarios en sentido restringido, sino que se obliga a que el propietario de todo el inmueble afectado a cementerio establezca limitaciones edilicias al derecho de los particulares conforme las reglamentaciones locales, que a diferencia de los límites al dominio regulados en el Código Civil y Comercial en los artículos 1970 y ss., surgen al igual que en los conjuntos inmobiliarios en sentido restringido de un reglamento privado, pero que tienen alcance erga omnes, por la inscripción del mismo en el Registro.

[924] KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. y PUERTA DE CHACÓN, A. (1989). *Derecho real de superficie*, Bs. As.: Ed. Astrea, p. 97.

[925] HIGHTON, E., ÁLVAREZ JULIÁ, L., LAMBOIS, S., WIERZBA, S. y DE HOZ, M. (1993). *Nuevas formas de dominio*, 2ª ed. Bs. As.: Ad-Hoc, p. 216.

[926] KIPER, C. M. (1988). Acerca de la posibilidad de constituir derechos reales sobre espacios destinados a sepultura en los cementerios privados. *LA LEY*, 1988-E, 929. Es interesante observar aquí como Kiper nombra a las parcelas espacios. MARIANI DE VIDAL, M. (1993). *Curso de derechos reales*. Bs. As: Zavalía, t. II, p. 60.

la parcela, lo que tenía la desventaja del plazo máximo de diez años y la inoponibilidad del derecho.

Dentro de la segunda postura mayoritaria, había quienes se inclinan por la aplicación de las normas que rigen la propiedad horizontal, aunque con diversos matices[927].

Mientas que otros, descartan toda similitud con este derecho real, definiéndose por encuadrarlo como un derecho de superficie edificada que involucra el derecho del titular a tener y mantener la construcción[928]. La Dra. Kemelmajer ha señalado que la tipificación como superficie tiene la ventaja de su larga tradición en el derecho público, por lo que su aplicación al régimen de los cementerios privados, sólo requiere de algunas adecuaciones derivadas fundamentalmente del destino de la sepultura, tales como permitir la concesión a perpetuidad, la regulación de la adhesión al reglamento (hoy también redactado por las sociedades administradoras) para el uso de los servicios, etc.[929].

Es importante señalar, que el perfil del derecho real de sepultura se relaciona con la propiedad del espacio apto para la sepultura; no alcanza al dominio del suelo, que puede permanecer en el patrimonio del titular del cementerio, como en el caso de la superficie, salvo que se considere que pertenece a todos como en la propiedad horizontal, o como un condominio con indivisión forzosa[930], y generalmente no abarca tampoco al espacio aéreo, el que sólo puede ser aprovechado en la medida que el reglamento lo disponga, para colocar una lápida, receptáculo para flores y flores, para caminar, etc., en el caso de los cementerios parques; porque en el supuesto de cementerios verticales con nichos, no tan comunes hoy en los cementerios privados, sí abarca el espacio en la parte necesaria para guardar el ataúd. Varios autores[931], antes de la vigencia del Código Civil y Comercial habían admitido en los

---

927 MARIANI DE VIDAL, M. (2004). *Derechos Reales*. 7ª ed. Bs. As.: Zavalía, tomo 2, p. 66; PAPAÑO, R. J., KIPER, C. M., DILLON, G. A., CAUSSE, J. R. (2007). *Manual de derechos reales*. 2ª ed., Bs. As.: Astrea, p. 439; KIPER, C. M. (1988). Acerca de la posibilidad de constituir derechos reales sobre espacios destinados a sepultura en los cementerios privados*, La Ley* 1988-E-937; CAUSSE, J. R. (2011), Reformulación del régimen de la propiedad horizontal, *La Ley*, 11-03, pág. 1; LUVERÁ, M. Á. (2009). Cementerios Privados*. Zeus,* 29-11, p. 4. Al cementerio privado configurado como propiedad horizontal hace referencia CAUSSE, J. R. (1994). *Fórmulas escriturarias para parques industriales y cementerios privados*. Seminario Teórico Práctico Laureano Arturo Moreira, septiembre, pp. 14-35.

928 KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. y PUERTA DE CHACÓN, A. (1989). *Derecho real de superficie*, Bs. As.: Ed. Astrea, p. 97.

929 Ver KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (1990). Nuevas tendencias en materia de derecho de propiedad (Clubes de campo, cementerios privados, multipropiedad) [Ponencia]. Congreso Internacional de Derecho Privado realizado en Lima en 1988, publicada en *Revista sobre "Tendencias actuales y perspectivas del Derecho Privado y el Sistema Jurídico Latinoamericano*". Lima: Ed. Cultural Cuzco S.A, pp 550-551.

930 ANDORNO, L. O. (1998). Los cementerios privados. *JA* 80 aniversario 1998-22, Lexis Nº 0003/007263. Se remite al respecto, al comentario efectuado a dicho precepto en *Código Civil Anotado* - Libro III - Derechos Reales", t. 2, p. 511 y ss., en colaboración con Roque Garrido.

931 LAMBOIS, S. (2002). Cementerios privados*. Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2, p. 38; ARGAÑARAZ, M. (1959), en SALVAT, R., *Tratado de derecho civil argentino. Derechos reales*, Bs. As.: TEA, 4ª ed., t. III, punto 1436e; ADROGUÉ, M. (1986), Régimen jurídico de los sepulcros. Convenios sobre utilización

cementerios públicos, que el derecho de sepultura se considerara como derecho real administrativo de superficie, por ser extensible analógicamente su interpretación a partir de la eliminación de la prohibición que contenía el Código derogado (art. 2614CC), postura que podría resurgir con más fuerza luego de la admisión de la superficie como derecho real en el art. 2114 del CCC. Pero cabe acotar que, aunque el titular del derecho real de sepultura se asemeja al superficiario, su derecho no tiene tiempo de duración y desde un principio el mismo es sobre cosa o espacio propio, aunque no haya construcción, y no sería aconsejable la división en dos fases como se encuentra regulado el derecho de superficie en este Código vigente, con un régimen diferenciado (arts. 2127 y ss).

Por el contrario y siguiendo los proyectos, Andorno[932] consideró con anterioridad a la vigencia del Código acutal, que las figuras más aplicables a los cementerios privados, eran la propiedad horizontal o el condominio. A favor de esta última opción expresó: "las sepulturas podrían pertenecer individualmente a los distintos interesados, en tanto que respecto de las cosas comunes, tales titulares podrían ostentar un condominio con indivisión forzosa en los términos del referido arts. 2710, ss. y concs. CC derogado. Se cree que, en función de una interpretación extensiva de tal precepto, sería posible su aplicación en el ámbito de los cementerios privados".

Y con relación a la propiedad horizontal, aunque se prevé la afectación al igual que esta figura, la existencia de un administrador, de un reglamento y de expensas, no se configura la asamblea de propietarios, ni se menciona en norma alguna que los espacios de uso común pertenezcan en copropiedad a todos. Por otro lado, a diferencia tanto de la superficie como de la propiedad horizontal, en este derecho resulta sustancial la prestación del servicio mortuorio que se garantiza al adquirente, como se señaló.

De todo ello y de la propia metodología del Código, es posible deducir que se está frente a un derecho real autónomo, al que sólo son aplicables subsidiariamente las normas del condominio por ser una forma coparticipativa (art. 1984 del CCC), y por analogía las normas del derecho de propiedad horizontal y de superficie en tanto resulten compatibles con el régimen específico de cementerios privados (conf. art. 2 del CCC), sin ser propiedad horizontal o derecho de superficie propiamente dicho.

---

de los mismos. En ADROGUÉ, G. Z., ÁRRAGA PENIDO, A., *Temas de Derechos reales,* Bs. As.: Plus Ultra, p. 81; ALTERINI, J. H. (1997), El derecho real de superficie. *Rev. del Notariado*, Número del centenario, p. 9.
Ha argumentado en contra de la admisión del derecho de superficie en esta materia: KIPER, C. (1988). Acerca de la posibilidad de constituir derechos reales sobre espacios destinados a sepultura en los cementerios privados. *La Ley* 1988-E-941.

[932]ANDORNO, L. O. (1998). Los cementerios privados. *JA* 80 aniversario 1998-22, Lexis Nº 0003/007263.

Aunque, que las propuestas mayoritarias rondan alrededor de la propiedad horizontal o prehorizontalidad, el condominio de indivisión forzosa o la superficie; es decir que todas las encuadran al igual que el Código Civil y Comercial vigente, como derecho real sobre cosa propia o parcialmente propia; ciertos autores, como como Enrique Müller[933], han entendido que es un derecho real sobre cosa ajena, en especial un derecho real de uso[934].

Es que, la obligación del adquirente de conservar la sustancia de la parcela, las escasas facultades materiales, la falta de participación de los titulares de la parcela en la administración del conjunto, y la falta de interés para integrar y conformar asambleas, etc., hacen que este derecho real tenga notables semejanzas con un derecho real sobre cosa ajena también. Sin embargo, la normativa no circunscribe temporalmente el derecho de sepultura, y su configuración es compatible con la perpetuidad, por eso justamente la afectación no exige un plazo de duración (art. 2104 del CCC), ni se prevé la posibilidad de desafectar, como si ocurre en la propiedad horizontal y en el tiempo compartido. Pero el derecho es transmisible por causa de muerte a diferencia de estos derechos cuya característica al respecto resulta totalmente incompatible con el derecho de sepultura, que generalmente se adquiere para ser utilizado justamente después de la muerte de su titular, con el fin de albergar sus restos mortales

---

933 MÜLLER, E. (2004). Compraventa de sepulcros, bóvedas o parcelas en cementerios privados. *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 1, Compraventa-II, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, p. 99 y sigs.

934 El proyecto de ley presentado con fecha 29/4/87 por la diputada nacional María F. Gómez Miranda a la Cámara de la que formaba parte, propiciaba que: "los sepulcros fueran transmisibles por herencia y por venta del derecho de uso" (art. 4). Además, el derecho real de uso ha sido el instituto adoptado por algunos cementerios privados existentes en la provincia de Buenos Aires, con la especial característica de que se otorgaba un derecho a perpetuidad o por un plazo extenso. Como ello no se adecuaba a lo dispuesto por el Código Civil, se estipulaba en el contrato que la empresa propietaria renunciaba de modo expreso a los términos del art. 1449 CC derogado (ahora rige el 2142 del CCC que permite la transmisión pero el plazo máximo del derecho se sujeta a la vida del transmitente, lo que también configuraba un problema para la sepultura), permitiéndose a sus adquirentes transferir en forma gratuita u onerosa sus derechos sobre las sepulturas, previa conformidad de la propietaria, en cuyo caso se cancela el derecho del cedente y simultáneamente se constituye un nuevo derecho en favor del cesionario. Se establecía también en el respectivo contrato que, en caso de fallecimiento del titular, la propietaria renuncia a lo dispuesto en el art. 2920 CC derogado (ahora 2140 del CCC), y que otorgará un nuevo derecho a los herederos del causante. Esta configuración no obstante apareja inseguridad, porque en los derechos reales, rige el principio del orden público y número cerrado, que provoca que no tenga valor como derecho real cualquier modificación que se haga de uno de los derechos reales (debe tenerse en cuenta que el nuevo art. 1884 del CCC dispone al respecto, que ello sería nulo y no agrega que valdrá como derecho personal si así pudiese valer). Y si se configura como derecho personal al igual que cualquier derecho de esta clase, no tiene oponibilidad y es inseguro para el adquirente quien es un acreedor quirografario, mas en el caso de quiebra o concurso del propietario. "Otra posibilidad sería utilizar el derecho de servidumbre, la servidumbre se establecería a favor del titular de la parcela al solo efecto de permitir el acceso. Mas como la servidumbre no puede nunca consistir en un hacer, por ser un derecho real que implica para el titular del fundo sirviente un in patiendo, o un non faciendo, resulta que el propietario de la sepultura no podría exigir al fundo sirviente ningún servicio, lo cual resulta incompatible con la figura de los cementerios privados, pues una de sus características es precisamente la prestación del servicio. Por otro lado, cabe preguntarse ¿cuál sería el fundo sirviente? En efecto, si el titular del cementerio transmite todas las parcelas para sepultura, solamente le restarán los espacios libres destinados, accesos, jardines y construcciones para los servicios que debe prestar" Ver ANDORNO, L. O. (1988). Los cementerios privados. *J.A* 80 aniversario, 22, Lexis Nº 0003/007263. y *Código Civil Anotado* - Libro III - Derechos Reales, t. 4, p. 8 y ss., en colaboración con Roque Garrido y otros, p. 224.

Por todo ello se considera, que en primer término se aplican las normas específicas de cementerios privados, en segundo lugar las de condominio sobre las partes comunes en virtud de lo dispuesto en el artículo 1984 del CCC, en tercer lugar las de propiedad horizontal y superficie en lo compatible. Y sólo en cuarto lugar se podrían llegar a pensar en la aplicación de algunas normas sobre usufructo, compatibles con la naturaleza del cementerio, especialmente en lo hace al deber de respetar la sustancia sobre los espacios de uso común, si estos continúan en el patrimonio del dueño del inmueble afectado a cementerio.

Este derecho autónomo existe sobre un inmueble cuyo derecho real de dominio o condominio es previamente afectado por el propietario o propietarios del mismo a la actividad económica de cementerio privado (conf. art. 2104 del CCC). Así como se puede afirmar, que el derecho de propiedad horizontal se asienta sobre un edificio o conjunto en el caso de la propiedad horizontal especial, sometido a dicho régimen por su propietario con anterioridad, o el derecho del usuario de tiempo compartido se asienta sobre un inmueble previamente sometido a dicho régimen. A su turno, existirán los derechos de los adquirentes de parcelas allí ubicadas, el cual tiene cierta flexibilidad en tanto que su duración puede o no estar limitada y su extensión puede tener una amplitud variable, el que podría no alcanzar la propiedad de suelo, porque no existe prohibición al respecto.

El nuevo derecho real en concreto, es el de "sepultura" o de cementerio privado como lo nombra el art. 1887 del CCC. Cuyo régimen protectorio se aplicará aun cuando se llegara a instrumentar como derecho personal (art. 2112 CCC), posibilidad que no es claramente admitida, pero cuya utilidad no se vislumbra, porque al aplicarse las normas de los derechos reales, debe adquirirse, instrumentarse e inscribirse al igual que un derecho real, en virtud de las normas establecidas en las disposiciones generales de los derechos reales, lo que por otro lado le quita la flexibilidad propia de éstos.

Este derecho autónomo es un derecho real sobre cosa propia o parcialmente propia, pero con contenido *in faciendo* o vinculado a derechos personales conexos[935]. Es que la relación entre el titular del derecho y la cosa es mediatizada por conductas, como la prestación de servicios, y a su vez la relación es directa sobre la cosa, como cualquier derecho real, el titular tiene cierto poder jurídico sobre la cosa pero muy limitado (ej. disposición de la parcela, de las inhumaciones y exhumaciones, posibilidad de transferirlo mortis causa, etc.). Se puede

[935] En el mismo sentido se habían pronunciado: HIGHTON, E., ÁLVAREZ JULIÁ, L., LAMBOIS, S., WIERZBA, S. y DE HOZ, M. (1993). *Nuevas formas de dominio*, 2ª ed. Bs. As.: Ad-Hoc, p. 269 y el despacho mayoritario de la Comisión 5, pto. III, despacho mayoritario de las XXII Jornadas Nac. Derecho Civil, Córdoba, 2009.

considerar que se configura como una relación compleja real con componentes contractuales[936]. En efecto, ya el Derecho romano vislumbró la necesaria diferenciación que debe hacerse entre la sepultura que recaía sobre el inmueble y el "ius sepulcro" derecho personal que una o varias personas tienen no sobre una sepultura, sino con referencia a ella, y que emana de un contrato con el propietario del cementerio[937].

En el régimen adoptado por el Código, este derecho real se ejerce por la posesión – se admite la ocupación de la parcela, construcción o posibilidad de disponer, es también un derecho real principal, y que se registra para oponibilidad (conf. arts. 1888 a 1891 del CCC), asemejándose estructuralmente al derecho del superficiario (conf. art. 2114 CCC.), con otros rasgos parecidos también a la propiedad horizontal como se señaló, pero sin perder su autonomía y configuración propia.

Se adapta el derecho a la realidad económica que advierte la importancia del negocio de cambio por un lado y de la administración eficiente y centralizada del inmueble según su particular destino, por otro.

Al respecto, resulta esclarecedor recordar la propuesta de reglamentación de este derecho de la reconocida jurista Aída Kemelmajer de Carlucci, quien a pesar de sostener en ponencia presentada en un certamen limeño de 1988[938], que la figura que mejor se adaptaba era

---

[936] Esto había sido exlicado por LORENZETTI, R. (1999). *Tratado de los Contratos*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, tomo 1, p. 381.

[937] LUNA, D. G. (2009). Consideraciones sobre las propiedades coparticipativas y su tratamiento en las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil. *JA*, número especial, "Estudios de Derechos Reales", 2009-IV, p. 42. Es esencial para el adquirente la solidez de la empresa desarrollista del emprendimiento le asegure el cumplimiento de los servicios a su cargo y que podrá alcanzar el objetivo primordial de usar, gozar y disponer del derecho que le transfiere. En este orden de cosas no se debe pasar por alto, que no se tiene conocimiento de la existencia de cuestiones judiciales en las que se ventilen incumplimientos por los emprendedores o el desbaratamiento de los derechos de los adquirentes de buena fe, ni de sus sucesores Ver, CAUSSE, J. R. (1994). *Fórmulas escriturarias para parques industriales y cementerios privados Seminario Teórico Práctico Laureano Arturo Moreira, septiembre*. pp. 14-35.

[938] KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (1990). Nuevas tendencias en materia de derecho de propiedad (Clubes de campo, cementerios privados, multipropiedad) [Ponencia]. Congreso Internacional de Derecho Privado realizado en Lima en 1988, publicada en *Revista sobre "Tendencias actuales y perspectivas del Derecho Privado y el Sistema Jurídico Latinoamericano*". Lima: Ed. Cultural Cuzco S.A, pp 550-551. ANDORNO, Luis O. (1993). El derecho real de superficie en el Proyecto de Código Único Civil y Comercial de la Comisión Federal de la Cámara de Diputados de la Nación. *JA* 1993-IV-921. Quien le parece una interesante propuesta, no obstante proponer él la configuración como un derecho real autónomo sobre cosa propia, al que le resulten aplicables subsidiariamente las normas de propiedad horizontal. Dicha autora propone al respecto específicamente: a) Si existen cotitulares, sus relaciones internas se rigen analógicamente por el condominio con indivisión forzosa. Por tanto, la acción de partición sólo es posible si la sepultura está desocupada, existe conformidad de todos los cotitulares y la división material es posible sin desmedro de su valor (p.ej., el superficiario ha adquirido derecho para inhumar tres cadáveres; sería posible adjudicar una subparcela o espacio a cada uno de sus tres herederos); b) son válidas las cláusulas testamentarias que prohíben la enajenación a terceros extraños a la familia; c) no pueden ser objeto de hipoteca, ni de contratos tales como el arrendamiento; d) son inembargables e inejecutables, salvo que la sepultura esté desocupada; e) no se puede adquirir por prescripción larga, aunque sería factible adquirir por prescripción breve el derecho superficiario constituido por justo título; f) el titular cuenta con los remedios

la de superficie no como ius edificandi sino como propiedad superficiaria, postura que parece no haberse adoptado por lo menos de manera expresa en el Código (a pesar de su posible aplicación por no estar regulada su estructura, lo que pareciera dejar margen a la autonomía de la voluntad y su aplicación analógica en virtud de lo preceptuado por el art. 2 del CCC.), propone una minuciosa regulación que resulta interesante tener en cuenta, máxime ante el vacío legal existente, como se explica en el punto 6.3 de este capítulo, y aclara que para tener efectos frente a terceros el derecho debe ser registrado.

Respecto de esto último, advirtió que lógicamente debería instrumentarse un sistema para adecuar la técnica registral, dado el posible elevadísimo número de titulares. Consideró que podía resultar conveniente, adoptar un folio para el inmueble en su integralidad con diversas sub-matrículas, y un fichero o nómina por orden alfabético que facilite registrar las cancelaciones o expedición de certificados e informes.

Por último puntualizó dicha autora, que aunque el cementerio perteneciera al dominio privado de un particular, se presta en él un servicio público, o al menos, un servicio público impropio, razón por el cual, su actividad debe estar sujeta al control estatal, para el ejercicio del poder de policía mortuoria.

Debe tenerse en cuenta que actualmente se le aplican al derecho de sepultura las normas de los derechos reales y por lo tanto los modos de adquisición y extinción de todos éstos previstos en el libro Cuarto, título I disposiciones generales; capítulo 2 sobre adquisición, transmisión, extinción y oponibilidad; máxime cuando no existe una normativa específica que disponga lo contrario.

6.10. Apreciaciones personales sobre Cementerio:

La normativa del Código Civil y Comercial, parte de las doctrina, proyectos y toma en cuenta las sugerencias relativas especialmente a la necesidad de una afectación, el otorgamiento de un derecho real al adquirente restringido por las normas administrativas sobre policía mortuoria, la inembargabilidad de las parcelas, etc. Pero se aparta de la idea mayoritaria sostenida en los Congresos Nacionales de Derecho Civil, por gran parte de la doctrina y traslucida en los proyectos de Unificación que le anteceden, que consiste en que la ampliación de la restringida nómina de derechos reales debe ser excepcional y por lo tanto lo regulaban dentro de los moldes de los derechos vigentes; al configurar un derecho real autónomo sobre cosa total o parcialmente propia, similar a un derecho de superficie -adaptado a sus

posesorios y petitorios para la defensa de su derecho real.

particularidades (v. gr. la sepultura podría adquirirse a perpetuidad)- (conf. art. 2114), o parecido al derecho de propiedad horizontal en los aspectos de afectación, administración, reglamento y por ser una forma coparticipativa de propiedad; pero que no es ni uno, ni el otro derecho.

Además, se resalta respecto del objeto, que este derecho real tiene la particularidad, al igual que el tiempo compartido que conlleva el derecho a la prestación de ciertos servicios por el propietario del inmueble o emprendedor por medio del administrador. Y se intenta garantizar dicha prestación, que es especialmente tenida en cuenta por el adquirente del mismo y que conforma y complementa su derecho, no sólo al establecer directamente que al derecho de sepultura se le aplican las normas de los derechos reales, sino a su vez, al disponer la aplicación de las normas protectoras del derecho del consumidor, al mencionar que dicha relación especial entre el titular de la parcela, el propietario y administrador, es una relación de consumo. Relación que no termina con el negocio traslativo o adquisición del derecho de sepultura, sino que se prolonga en el tiempo al ser el titular, consumidor o usuario de las prestaciones de servicios que debe recibir mientras dure su derecho.

En definitiva, no existiendo normas que determinen cuál es la estructura del cementerio, podría considerarse que el suelo es del propietario del cementerio y las parcelas subterráneas en el caso de los cementerios parques o las aéreas o espacios aéreos en los que se admite construcciones de sepulcros (que ya no son tan comunes en la actualidad), es lo que adquiere el particular al estilo de un derecho de superficie emplazado bajo o sobre el suelo, pero a perpetuidad y sujeto a las normas específicas del capítulo 3 del título VI del Libro Cuarto, que requiere afectación previa, etc., y las que en su consecuencia se dicten. Con respecto al resto del suelo y las parcelas que son comunes, se puede entender que existe un derecho sobre cosa ajena en el entendimiento que el derecho de superficie siempre es mixto como se explicó, máxime teniendo en cuenta que el art. 2116 que habla del emplazamiento en el último párrafo se refiere a que la afectación del inmueble puede ser mayor que la necesaria para la construcción, etc., en este caso sería para la sepultura, pero debe ser útil para su aprovechamiento. Es decir, el resto de los espacios de uso común se pueden considerar útiles para el aprovechamiento de cada parcela. No obstante ello, se considera que sería necesario que por ley nacional se establezca o aclare la estructura de este derecho, que no puede dejarse a merced de reglamentaciones administrativas o leyes locales, por ser derecho de fondo que corresponde al Congreso de la Nación, conforme con el art. 75 inc. 12 de la CN.

La otra posibilidad, que es la propiedad horizontal, aunque tiene muchos aspectos en común, especialmente por su régimen de asambleas, por la subsistencia del propietario del

cementerio que sigue prestando servicios, etc., no parece viable o práctico para la configuración de los mismos, por los motivos ya expuestos.

También podría configurarse como un dominio más condominio de indivisión forzosa por ser accesorios a dos o más inmuebles (aunque parece poco práctico que para disponer de partes comunes, construir una capilla, administrar, los, etc., los adquirentes de las parcelas tengan que reunirse en asambleas y ser citados todos en forma fehaciente (art. 1994 del CCC), aunque las decisiones sino se trata de actos de disposición deban resolverse por mayoría absoluta). Además parece más aceptable, que dichos espacios queden en propiedad del titular del cementerio que continúa prestando servicios por intermedio del administrador, además podría llegar a existir algún cuestionamiento sobre la posibilidad de que ciertos espacios se tengan en condominio de indivisión forzosa por entenderse que no son tan indispensables para dos o más inmueble (art. 2004 del CCC), y alguno puede llegar a pedir la división, porque el pacto de indivisión no puede durar más de 10 años (arts. 1997 y 2000 del CCC). La otra posibilidad, es configurarlo con los derechos real de dominio sobre las parcelas y servidumbre de paso y de uso sobre los espacios comunes; aunque este última servidumbre de "uso" ha sido cuestionada por la doctrina, la servidumbre es el derecho real cuyo contenido consiste en una determinada, concreta, específica o particular utilidad sobre un inmueble, es decir es el de menor contenido[939], por considerar que parece un derecho real de uso encubierto que adopta la forma de servidumbre para que sea perpetuo, y ello implicaría un fraude a la ley (art. 12 del CCC), porque el régimen de los derechos reales es de orden público (art. 1884 del CCC) y en dicho régimen el uso es vitalicio (arts. 2152 y 2155 del CCC). Salvo que se acepte que el numerus clausus se ha abierto en este derecho, al igual que en el tiempo compartido, y que por lo tanto, las partes podrían fijar su estructura decidiendo, si el suelo es común o queda en propiedad del dueño originario, si sólo se trasmite la parcela subterránea y/o aérea según el caso, o si esta se adquiere con la parte del suelo que se encuentra sobre el ataúd, etc.. Por su parte ~~la Dra.~~ Highthon puntualizó además que las servidumbres no pueden consistir en un hacer, por lo tanto el titular de "la servidumbre no podría exigir al fundo sirviente ningún servicio, lo que es incompatible con la figura que nos ocupa pues una de sus características es la prestación de servicios"[940]. Y que el propietario podría hacer servir el predio a los mismos usos a extraños.

Por otro lado, podría existir la posibilidad de combinar derecho real de dominio sobre la parcela con derecho personal sobre espacios comunes, porque cuando la ley en el art. 2112

[939] HIGHTHON, E. I, ALVAREZ JULIÁ, L., LAMBOIS, S., WIERZBA, S. M., DE HOZ, M. (1993). *Nuevas formas de dominio*, 2ª Ed. Bs. As.: Ad- Hoc S.R.L., pp. 68-69.
[940] HIGHTHON, E. I, y ots., (1993). *Nuevas formas de dominio*, 2ª Ed. Bs. As.: Ad- Hoc S.R.L, p. 224.

habla del derecho real de sepultura, sólo se refiere al derecho de sepultura que recae "sobre la parcela" y no sobre el resto de los espacios comunes también.

Y la posibilidad o no de instrumentarlo directamente como derecho personal, no es clara. La misma no se encuentra prohibida como surge a contrario sensu del art. 2075 del CCC para los conjuntos inmobiliarios en sentido estricto, pero debe advertirse que tampoco está expresamente permitida, como parece surgir del art. 2088 de este Código para el tiempo compartido, por lo que dicha posibilidad puede ser discutida. La letra del artículo 2112 comentado puede hacer inducir que puede configurarse como derecho personal, pero que se le aplicarán las normas de los derechos reales, lo que no tiene mucho sentido. También existe la posibilidad de que se interprete que conforme con el art. 7, como a partir de la entrada en vigencia, la ley rige las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, aunque estos derechos de sepultura se hubieran constituido como derechos personales, se le aplican las disposiciones de los derechos reales a las consecuencias de las situaciones preexistentes.

Es cierto, que todos los proyectos de unificación anteriores al proyecto que dio origen al Código vigente admitían esta posibilidad, pero no se vislumbra el sentido, si se le aplican las normas de los derechos reales para su adquisición, constitución, modificación, extinción y publicidad, que le otorgará efectos frente a todos. Si el argumento para sostener la posibilidad de constituirse como derecho personal, son los costos, se advierte que justamente, éstos serán casi iguales por ser aplicables las normas de los derechos reales. Por otro lado, si dicha posibilidad se fundamenta en la facultad que a veces se reserva el propietario emprendedor de resolver el contrato, sino paga el adquirente las cuotas de mantenimiento, en el caso que se configure como un derecho personal; no debe olvidarse que podría el titular del derecho real de sepultura abandonar su derecho real expresando su voluntad en escritura, o preverse como condición resolutoria la falta de pago de determinadas cuotas, o introducirse un pacto de retroventa, etc., y revocarse el derecho.

Por último, debe tenerse en cuenta la autorizada opinión formulada por Aída Kemelmajer de Carlucci en su interesante ponencia citada[941], donde sostuvo acertadamente que "aunque la distinción entre derechos reales y personales conserva su valor, las nuevas necesidades socio-económicas han ampliado notablemente las zonas grises". La mayoría de las

[941] KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (1990). Nuevas tendencias en materia de derecho de propiedad (Clubes de campo, cementerios privados, multipropiedad) [Ponencia]. Congreso Internacional de Derecho Privado realizado en Lima en 1988, publicada en *Revista sobre "Tendencias actuales y perspectivas del Derecho Privado y el Sistema Jurídico Latinoamericano*". Lima: Ed. Cultural Cuzco S.A, pp. 553-554.

denominadas "nuevas formas de propiedad" deben ser regulada o bien como derechos reales in faciendo, o bien como derechos crediticios con efectos erga omnes[942]. Dicha postura puede haber influido en definitiva para que de una manera práctica, aunque no ortodoxa, se haya dispuesto implícitamente en el art. 2112 del CCC, que sea cual sea la configuración del derecho y atento a que el mismo se encuentra en una zona gris, lo importante a nivel práctico, es que se le aplican las normas de los derechos reales. Es decir, que hasta se podría hablar de un cuasi-derecho real, que sin ser del todo por naturaleza derecho real, se le aplican las normas de los derechos reales.

En definitiva, también se podría hablar de un derecho sui generis o mixto cuyo objeto es la parcela, específicamente el espacio que se encuentra en el subsuelo o bajo la tierra, y el derecho a reclamar los servicios comprometidos por parte del administrador y propietario original. Al respecto debe tenerse en cuenta que la tierra que se halla en el subsuelo no presenta interés o no es valorada por el adquirente, salvo la necesaria para tapar el ataúd, y que el suelo o parque continúa en propiedad del propietario original o es común, y se encuentra librado al uso de todos, tanto para caminar, gozar de la vista, etc. Es más, es sacada para insertar el ataúd, y no se conoce algún caso donde el titular de la parcela haya reclamado la propiedad de la misma.

[942] KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (1990). Nuevas tendencias en materia de derecho de propiedad (Clubes de campo, cementerios privados, multipropiedad) [Ponencia]. Congreso Internacional de Derecho Privado realizado en Lima en 1988, publicada en *Revista sobre "Tendencias actuales y perspectivas del Derecho Privado y el Sistema Jurídico Latinoamericano*". Lima: Ed. Cultural Cuzco S.A, pp, pp. 553-554.

CAPÍTULO VII:

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES DE LA TESIS:

Teniendo en cuenta que el tema de esta investigación es el objeto de los derechos reales, en el Derecho Argentino actual, con especial referencia al espacio aéreo inmobiliario; y que su objetivo es dilucidar si es válido considerar que el espacio aéreo inmobiliario al igual que los derechos en supuestos especiales puede ser objeto de los derechos reales, se puede concluye que ello es posible.

Se parte de lo más general para ir luego analizando lo más particular o específico. En primer lugar se precisa la terminología y definiciones de objeto, derechos reales, cosas y bienes en el primer capítulo, que son esenciales a los efectos de esta tesis. Se hace un análisis de los antecedentes, especialmente desde el derecho romano, y un estudio comparativo del derecho extranjero. Luego en el siguiente capítulo, se explican las características de las cosas y sus clases, a los fines de vislumbrar si el espacio puede ser considerado tal. Y así se llega a los inmuebles y su extensión en el tercer capitulo, que tiene íntima relación con el espacio aéreo inmobiliario porque para esta tesis lo conforma.

En el capítulo cuarto se abordan los casos especiales o discutidos de objeto de los derechos reales, para visualizar si algunos de los argumentos ya vertidos por la doctrina y jurisprudencia pueden ser aplicados para admitir al espacio aéreo inmobiliario como objeto de los derechos reales. En el siguiente capítulo ya sí se analiza el tema central del espacio aéro inmobiliario, no sólo desde el derecho civil, sino también desde el aeronáutico y administrativo, Pero también se estudia pormenorizadamente la problemática de los derechos como objeto de los derechos reales, no porque se considere que el espacio aéreo inmobiliario es un derecho, sino porque al igual que los derechos pero con sus diferencias que se marcan, son bienes inmateriales. Alli se profundiza el tema de los derechos sobre las obras intelectuales, y se mencionan a las nuevas realidades inmateriales tecnológicas que se consideran objeto de derechos, aunque sin detenerse demasiado en estas útimas en virtud de la extensión de esta tesis, el objeto específico de este trabajo y que la temática puede abordarse directamente en una segunda tesis por su embergadura y trascendencia. Aunque su mención en particular permite denotar la proyección de esta tesis no sólo en el derecho inmobililario y sino también en el abordaje del impacto de estas nuevas realidades en los derechos reales, y la visión como se adelanta, de un paradigma de los derechos reales más amplio, que engloba a los derechos reales tradicionales, los administrativos, los de las comunidades y los que reacen sobre realidades inmateriales, que cada vez parecen ir teniendo más valor económico en la realidad actual, y que presentan todos en común, de una u otra manera, la característica de la relación directa con el objeto. Por último, se desciende a las implicancias prácticas concretas, que podría conllevar

aceptar al espacio aéreo inmobiliario como objeto de los derechos reales; siempre analizando especialmente el Código Civil y Comercial, el Código Civil de Vélez, los proyectos de ley, la opinión valorativa de la doctrina, la realidad patentizada en cierta jurisprudencia, los datos brindados por organismos oficiales y entrevistas a emprendedores inmobiliarios. Todo ello, porque se considera como se adelantó en la introducción, que el derecho no es sólo norma, sino valor y realidad.

Se detecta como el tema del espacio aéreo inmobiliario, se relaciona no sólo con la extensión del dominio inmobiliario, sino también con las implicancias que se estudian en el último capítulo. Es decir, con la propiedad horizontal y estudio de las partes privativas y comunes de un inmueble sometido a dicho régimen, venta de unidades a construir en propiedad horizontal común, sobre-elevación, prehorizontalidad, derecho de superficie, servidumbre aérea y temas relativos a determinación de la parcela en los cementerios privados.

Se ha resaltado como en virtud de no admitir que el espacio aéreo puede ser objeto del derecho inmobiliario, de no sincerarnos, al igual de lo que ocurrió en su momento con los derechos; las normas se contradicen y no se solucionan totalmente ciertos problemas. Muchos de los cuales, a pesar de ser abordados por la normativa vigente, no ofrecen una respuesta totalmente coherente, acabada y segura en algunos aspectos para los ciudadanos, por no haberse admitido expresamente la posibilidad que se propone en la presente tesis, y no terminan de garantizar en la práctica acabadamente, como sucede con la prehorizontalidad, la protección de la vivienda postulada en el art. 14 bis de la CN, etc. No obstante, no hay que dejar de resaltar que a diferencia del Código de Vélez, el Código Civil y Comercial en el art. 1883, con una postura más abierta y flexible admite que los bienes puedan ser objeto de los derechos reales, cuando la ley taxativamente lo indique, y en el art. 235 inc. e, que el espacio aéreo inmobiliario es un bien. Lo que implica que se abre la posibilidad de que la ley señale y acepte que el espacio aéreo inmobiliario sea objeto de un derecho real en un caso determinado.

-Por lo tanto, se confirma la hipótesis planteada por los argumentos que se esgrimen.

Por un lado, el espacio aéreo inmobiliario determinado no es un sujeto, por lo tanto es una entidad que puede ser conocida, apreciada y sobre la cual el sujeto puede dirigir su actividad; y ser enteonces objeto de derechos.

Los derechos reales, son derechos subjetivos patrimoniales, que tienen las personas o sujetos sobre los objetos, principalmente las cosas y excepcionalmente sobre los bienes. Su característica interna es que las normas que los regulan, sustancialmente de orden público, establecen una relación directa e inmediata entre el sujeto y el objeto, mientras que

externamente otorgan un derecho de preferencia y persecución frente a terceros, en virtud de su oponibilidad erga omnes, que justifica su régimen de publicidad.

El término cosa y a pesar de su ambigüedad y de sus muchas acepciones, para nuestro derecho es un objeto material, es decir apreciable por los sentidos. El espacio aéreo inmobiliario puede poseído, porque se pueden hacer típicos actos posesorios como ocuparlo, construir, plantar, excluir a otros, medirlo colocando signos materiales, etc., y puede ser apreciado por la vista. El hombre tiene noción de él, de su existencia, y no es sólo producto de su imaginación. No obstante, se advierte que si se sigue la física no es materia, sino que está compuesto de materia (sólida, líquida o gaseosa) en el caso del espacio aéreo, por aire en mayor proporción.

Con relación al valor, como los derechos reales son patrimoniales, e integran el patrimonio, el valor que deben tener debe ser económico, aunque no estén en el comercio, pues no incide en ello, que no se pueda disponer por una cláusula de inenajenabilidad o por la ley.

Además según la doctrina clásica, el objeto de los derechos reales deben ser cosas singulares, ciertas e individualmente determinadas (arts. 2209 y 2188 del CCC) a excepción de la prenda con registro sobre un fondo de comercio y de existencia actual (art. 2188 CCC). Todo lo que es posible respecto del espacio, no incidiendo la parte del art. 1883 del CCC, que expresa que el derecho real se ejerce sobre la totalidad o sobre una parte material determinada de la cosa, porque esa misma norma admite que un bien pueda ser objeto de un derecho real.

Con relación de la falta de autonomía del espacio aéreo inmobiliario o de la posibilidad de aprovechamiento independiente del suelo propio ajeno o común, en especial por la gravedad, se entiende que ello dependerá de los avances de la tecnología. Y que por otro lado, también se puede decir que el suelo no es autónomo respecto del espacio aéreo, porque necesita del mismo para que se pueda aprovechar. Además muchos inmuebles encerrados necesitan de otros para salir a la vía pública y no por eso no pueden ser objeto de los derechos reales.

En definitiva: a) el espacio aéreo inmobiliario es un objeto; b) es discutible que sea cosa solo porque en sí no es materia, pero sin embargo está compuesto por materia[943], es perceptible por varios sentidos, en especial la vista, y presenta muchos de sus caracteres; b) es un bien porque tiene indudablemente un valor en el mercado, un valor de uso de cambio, en definitiva de apreciación pecuniaria e integra el patrimonio (conf. art. 16 del CCC).

; c) y que cuando se habla del espacio aéreo inmobiliario, se hace referencia a un objeto singular, determinado por líneas imaginarias como las que dividen todo inmueble no construido y actual; y no de un mero categoría abstracta.

[943] La objeción que podría plantearse es que el aire no es apropiable, pero su apropiación no es la finalidad.

Como la tesis versa sobre el espacio inmobiliario, se ahonda luego en el concepto de inmueble. Así se resalta que el inmueble no es un cuerpo cuya extensión se agota en su ´perímetro, sino que es una porción imaginaria de planeta tierra. Se podría decir que es un área o espacio terrestre delimitado por líneas imaginarias que los agrimensores marcan con GPS. Y se entiende que haber pensado al inmueble como una cosa mueble, que se diferencia sólo por su inmovilización, parece ser y haber sido una de las grandes vallas para aceptar al espacio aéreo inmobiliario como objeto del derecho real. Por otro lado, es muy importante tener en cuenta que el inmueble no es un plano, sino que es tridimensional, es un cuerpo de distintas formas, pirámide, cono, etc., que está determinado en sus caras laterales y en la base pero que en su parte superior la ubicación del límite depende de la medida de lo aprovechable. Negar esta realidad, es cerrar los ojos a lo que es, para que ésta encaje en un molde doctrinario. Es más desde un punto de vista, se podría considerar que el inmueble en sí es un espacio delimitado por planos imaginarios, que en parte es terrestre o está compuesto por materia sólida, como tierra, piedras, etc., en menor medida líquida como agua, petróleo, etc., y gaseosa; en parte puede ser acuático y estár compuesto en mayor medida por agua; y en otra parte, es aéreo y está compuesto mayormente por gases aire, etc., pero también por las otras sustancias mezcladas.

El abordaje del inmueble como un cuerpo inmovilizado, parece ser la concepción del art. 225 del CCC que expresa, que son inmuebles por su naturaleza, el suelo (en el sentido de superficie plana), las cosas incorporadas a él de una manera orgánica y las que se encuentran bajo el suelo. Allí a diferencia del art. 1945 del CCC, no se nombra al espacio que se ubica sobre o bajo el suelo. Debe tenerse en cuenta al respecto, que lo que le interesa al hombre cuando compra un inmueble para hacer cocheras subterráneas, no es la tierra que se encuentra bajo el suelo, sino el espacio que se ubica bajo el mismo, para construirlas allí. ¿Acaso no se extrae la tierra para dejar espacio para la construcción? Y no se debe olvidar que allí donde está el interés debe existir un derecho.

El art. 1945 del CCC por su parte a diferencia del art. 2518 del CC manifiesta que: "…El dominio de una cosa inmueble se extiende al subsuelo y al espacio aéreo, en la medida en que su aprovechamiento sea posible, excepto lo dispuesto por normas especiales…". Se observa, que en esta norma, se han reunido varias normas del Código Civil de Vélez, pero no se menciona que el propietario del suelo es dueño exclusivo del espacio aéreo, como se hacía anteriormente. Sin embargo, ello se deduce del párrafo que expresa que el dominio de una cosa inmueble se extiende al subsuelo y al espacio aéreo[944]. Y si el inmueble se extiende al espacio aéreo, parece

[944] Y ahora agrega con practicidad y como lo venía afirmando la doctrina y el derecho comparado, que en la medida que su aprovechamiento sea posible.

por lógica que el espacio aéreo inmobiliario es inmueble o parte de él por su naturaleza, aunque no se lo haya nombrado en el art. 225 del CCC.

Y se resalta, que en virtud de la comunidad de principios entre lo público y privado que se menciona en los fundamentos del proyecto, resulta muy interesante rescatar que actualmente el art. 235 del CCC menciona como bienes del dominio público en el inciso e "el espacio aéreo suprayacente", que es el que se encuentra más allá del espacio aéreo susceptible de aprovechamiento por el propietario del suelo. Esto es muy importante a los fines de este trabajo, porque no obstante las diferencias entre el dominio público y privado que se repasan, el espacio aéreo ya se encuentra conceptualizado como un bien en el mismo Código, y como bien puede ser objeto de los derechos reales, conf. art. 1883 del CCC. No se puede admitir que por un lado el espacio suprayacente sea un bien del dominio público y que el espacio adyacente no sea un bien del dominio privado, sino que se lo considere la nada jurídica o un concepto de relación.

Por eso se hace referencia al derecho administrativo, especialmente al dominio público, que se diferencia con el privado primordialmente por el elemento subjetivo y su régimen. Y se observa, que cuando la doctrina se pronuncia sobre el elemento objetivo, se explica que integran dicho dominio las cosas inmuebles como muebles, las universalidades públicas, como las bibliotecas, etc., los inmateriales y los derechos. Es decir, que en principio se ejercen sobre los mismos objetos de propiedad privada, pero se agregan los derechos y los objetos inmateriales, que antes no eran admitidos explícitamente como objeto de los derechos reales. Se destaca como la jurisprudencia y doctrina administrativista tiene un criterio más amplio respecto del espacio aéreo como objeto del dominio público. Así se resalta como se percibe la invasión del espacio aéreo de una edificación privada que avanza sobre la vía pública, como la doctrina y jurisprudencia aceptan la división del inmueble en capas horizontales, y como se acepta la posibilidad de cobro del derecho de vuelo o por uso del espacio aéreo, salvo excepciones.

Es decir que atento a la comunidad de principios entre el derecho público y privado y el diálogo de fuentes, se analizan otras visiones, no solo del derecho público, sino también del aeronáutico para abordar el tema con otra perspectiva y vislumbrar nuevos horizontes, que permitan dar un salto superador en esta materia. Por otro lado con dicho fin, también se hace referencia a las soluciones dadas en el derecho comparado.

Por considerar que el espacio aéreo inmobiliario puede ser entendido como un caso especial de objeto de los derechos reales, se estudian los supuestos especiales o dudosos, con el fin de vislumbrar si los argumentos esbozados para aceptarlos pueden aplicarse a este caso. Así se hace referencia a las energías o fuerzas naturales, para analizar como la doctrina y la

legislación de una manera práctica, deja la discusión de si son o no cosas, para directamente disponer que se le aplican las normas de las cosas y por lo tanto de los derechos reales[945].

La visualización de la propiedad indígena como derecho real, pero que por su particularidad no se regula en el Código Civil y Comercial, permite plantear la posible existencia de una categoría genérica de derechos reales que abarca los públicos, privados y los de origen constitucional, pero donde la relación inmediata entre el sujeto y el objeto es la constante, y existe una comunidad de principios. Lo que lleva a la jurisprudencia y doctrina a aplicar subsidiariamente a dicha propiedad, y aunque no se lo admita expresamente, soluciones del Código Civil y Comercial en todo lo que no se opone a su naturaleza o regulación especial.

Lo mismo se puede decir de la propiedad intelectual o sobre objetos inmateriales, que en su faz patrimonial puede ser considerada como una propiedad especial a la que se le aplican por disposición de la ley subsidiariamente las normas comunes, en todo lo que resulte compatible. Derechos que actualmente han adquirido mayor importancia, máxime con la tendencia a la desmaterialización de los bienes, a los bienes digitales, o al mayor valor que hoy en día han adquirido los mismos. No se puede dejar de pensar en los grandes patrimonios integrados por criptomonedas, en los token, o propiedad sobre creaciones humanas, sobre marcas, patentes de invención, acciones, etc., que son objetos inmateriales. El análisis de las mismas permite visualizar que estas realidades inmateriales son a veces objeto de ciertos derechos reales, como: prenda o usufructo. A pesar de que muchas veces la doctrina prefiere rescatar como objeto a los derechos que se tienen sobre la realidad inmaterial y no directamente a los bienes inmateriales sobre los que el autor tiene una relación directa e inmediata. Que es lo mismo que centrarnos en el derecho de dominio como objeto de la hipoteca y no en el inmueble, lo que resulta confuso como se explicó y no rescata la esencia o característico de los derechos reales.

También se tiene en cuenta que respecto al tiempo compartido, en los fundamentos del proyecto de Código Civil y Comercial cuando se habla de objeto de los derechos reales, y se explica que el objeto puede ser un bien taxativamente señalado por la ley, se menciona que se ha pensado en el caso de derechos sobre derechos (como la hipoteca sobre el derecho de construir o forestar), o en los casos de los derechos complejos como el tiempo compartido. Adviértase que este supuesto de los derechos complejos, se separa del supuesto de derechos sobre derechos, por un punto y coma y una o, como si se tratara sobre otro caso. Específicamente parte de la doctrina ha entendido que en el tiempo compartido el objeto no

[945] Como una especie de cuasiderecho real.

sólo pueden ser las cosas muebles o inmuebles, sino que también las marcas, y que objeto generalmente está compuesto por las prestaciones y el tiempo, que es lo único no compartido.

Por otro lado, los cuestionamientos acerca de si las partes del cuerpo humano, el cadáver, el material genético y el embrión, son bienes y pueden por lo tanto ser objeto de los derechos, se trata someramente en este trabajo, a los fines de demostrar cómo los nuevos avances tecnológicos inciden en qué entidades pueden ser objeto de derechos reales. No obstante se advierte que, la problemática trascendental en dichos supuestos, se centra en que no puede ser objeto de un derecho real un sujeto o parte de él, y de que existen otras clases de bienes, como las partes del cuerpo que al no integrar el patrimonio, no podrían ser objeto de derechos reales.

Respecto específicamente del espacio aéreo, la doctrina aeronáutica aporta importantes conceptos a la tesis. Considera respecto de la propiedad del espacio aéreo que el mismo constituye un volumen de aire y también admite que si se estudia a este espacio con referencia a los propietarios de la superficie, el tema es el del derecho de propidad y el espacio aéreo.

Y se aclara que cuando se habla del concepto jurídico del espacio aéreo, se hace referencia entonces a un ámbito susceptible de apropiación, que puede ser delimitado y sobre el cual el hombre y los Estados pueden ejercer derechos. Entonces se deduce que si este ámbito delimitado del cual, tanto el particular como el Estado pueden disponer jurídica o materialmente, construyéndolo, ocupándolo o simplemente ejerciendo sus derechos según el caso, si no se vislumbra claramente como cosa, lo que es discutible, no se puede negar que es un bien (según los arts. 16 y 235 inc. 6 del CCC) que conforma el patrimonio de una persona.

A pesar de no dejarse de mencionar la extensa e importante doctrina que rebate la idea de considerar al espacio como objeto de los derechos reales, se citan a autores como Fontbona y Rouyet que lo admiten en el caso de ciertos derechos reales, como en el caso del derecho de superficie. Suarez que reconoce que se puede comercializar o vender el espacio aéreo. Cura Grassi, que una postura más amplia, propone sustituir el término restrictivo de cosa por uno abierto y, siguiendo a Josserand expresa que los juristas deben vivir de acuerdo a la época.

Además, aunque esta tesis no tiene por finalidad desconocer la útil y pedagógica diferenciación entre los derechos reales y personales, se considera con la Dra. Kemelmajer, que la diferencia entre derechos reales y personales si bien es importante no debe ser analizada como dogma, sino como categoría jurídica que no se constituya en un valladar para encontrar solución a casos que exigen oponibilidad. Por lo que es importante como recalca Biondi analizar con realismo los derechos sobre los bienes. Máxime teniendo en cuenta como dice Lorenzetti, que se ha producido un cambio de paradigma regulatorio respecto de los mismos.

Se precisa entonces aplicando lo visto en el capítulo II, para que un espacio aéreo inmobiliario delimitado pueda considerarse objeto de un derecho real, en primer lugar no debe identificarse con el sujeto, no debe encontrarse prohibido por el ordenamiento, su entidad en principio debe permitir que exista una relación directa entre el sujeto y el mismo, debe tener valor pecuniario, ser determinado y actual.

El Código Civil y Comercial menciona al espacio con respecto al dominio público en el art. 235, inc. e del, y cuando trata la extensión del dominio inmobiliario en el art. 1945. También se advierte al regular el derecho de superficie en el art. 2116, en el 2114 y 2115 que se refiere al vuelo, e indirectamente cuando en el 2125 habla de superficie como parcela distinta al suelo; en la PH cuando se refiere a otros espacios en el art. 2039, o de volumen y parte de los mismos en el art. 2043 del CCC. Y respecto al subsuelo, se refieren el art. 235 inc. a cuando enumera los bienes del dominio público, el art. 1945 explicado y las normas de derecho de superficie citadas.

Por otro lado, el único artículo que se refiere a la parcela del inmueble que se encuentra sobre el suelo, es el art. 2125 del CCC en el derecho de superficie que no expresa que en caso de extinción del derecho de superficie antes del vencimiento del plazo los derechos reales constituidos sobre la superficie o sobre el suelo, continúa gravando el derecho de superficie ¿ya extinguido? (que sería un contrasentido) o lo construido, plantado o forestado, sino que manifiesta que continúan gravando separadamente las parcelas (aérea o del subsuelo, según el caso). Las otras normas que nombran a las parcelas se encuentran en la regulación del derecho de sepultura, pero no se aclara si éstas son subterráneas o si abarcan el suelo también.

Con relación a la comparación con los derechos, se observa como a pesar de que el art. 1883 del CCC permite que los bienes sean objeto de los derechos reales, que los bienes a diferencia de las cosas abarcan realidades inmateriales y que es un concepto más amplio que los derechos a los que comprende; la doctrina, los proyectos y el Código se han sincerado con los derechos, pero no expresamente con el espacio aéreo, y a pesar de que se menciona, se detectan contradicciones al respecto en el ordenamiento jurídico.

Llama la atención que la objeción de la doctrina realista a que los derechos personales puedan ser en algunos casos objeto de los derechos reales, no sea tan intensa como la oposición a considerar al espacio aéreo inmobiliario, como objeto de los derechos reales, cuando aceptar que los derechos puedan ser objeto de los derechos reales trae más confusión conceptual con los derechos personales, que considerar que el espacio aéreo inmobiliario, lo puede ser. Se entiende que la objeción más intensa, tendría que ser admitir que el derecho real tenga como objeto inmediato no la cosa, sino los poderes o facultades desmembrados del derecho de

dominio, pasando a ser el bien, en tales supuestos, objeto mediato. Y en el supuesto de los créditos como objetos de los derechos reales, el objeto de los derechos reales parece consistir en una prestación debida por un sujeto, lo que dificulta su diferenciación con los derechos personales, y que provoca que no se visualice claramente la relación directa e inmediata con el objeto. Por ello se considera que en esencia, en el caso de los derechos reales sobre derechos, parece tratarse más a un supuesto al que se le aplican las normas de los derechos reales, porque no se puede patentizar la relación directa o inmediata característica con el objeto. Por todo ello no se entiende porque se niega enfáticamente que el espacio aéreo inmobiliario, determinado y actual pueda ser objeto; cuando el mismo a diferencia de los derechos puede ser perfectamente ocupado, se puede excluir a terceros y en general puede ser objeto de apoderamiento por cualquier modo que este se obtenga conforme a los prescripto en el art. 1928 del CCC; existiendo claramente una relación directa e inmediata con éste.

Luego cuando se analizan las implicancias prácticas de la tesis, particularmente con respecto a la PH común que se caracteriza porque el inmueble debe estar edificado, se entiende de lege data, que el objeto puede estar compuesto también por otros espacios como patios no techados o superficies no cubiertas, que el volumen aéreo encerrado entre los muros divisorios conforma el objeto de la unidad junto con las ventanas, puertas y revestimientos, y que el espacio aéreo que se encuentra sobre el edificio es propiedad de todos los consorcistas como el suelo y el subsuelo.

A los fines de este trabajo resulta importante resaltar que en España, con un criterio más amplio, ciertos autores consideran que la PH no está limitada a existir en uno o varios edificios construidos sobre la superficie de un inmueble, ni tampoco tiene por qué referirse a pisos o locales, a los cuales alude repetidamente la LPH. Cualesquiera espacios tridimensionales (volúmenes) dentro de las limitaciones verticales de un inmueble (suelo, vuelo y subsuelo), pueden estar sujetos a la propiedad separada, siempre que se respeten los planes urbanos.

Específicamente con respecto al derecho de sobre-elevación, se estudió el derecho, la doctrina argentina y el comparado. Para varios autores argentinos, el derecho de sobre-elevar era un derecho personal, mientras no estaba receptado el derecho de superficie. Es decir que ahora que está regulada para la construcción, se podría configurar como derecho real de superficie. Pero para que un tercero superficiario pueda tener una cuota parte sobre las cosas comunes, primero debe modificarse el reglamento, ampliando la PH. Luego, al tercero se le debe adjudicar la nueva unidad y como accesorio la cuota parte en la copropiedad de las partes comunes; salvo tal vez, que esta posibilidad y esta nueva unidad con su porcentaje estuvieran previstas en el reglamento de antemano y el derecho de construir se transformara de pleno

derecho en derecho de PH. Pero no es claro que ello esté permitido en virtud del que el art. 2611 del CCC sólo admite que se constituya derecho de superficie dentro de la PH, pero no aclara nada más. Y si así fuera el problema seguiría siendo el plazo de validez de la superficie, y la duplicación de gastos y trámites que provocaría la transferencia de la cuota parte común por parte de todos los consorcistas, modificación del reglamento, etc.. Por otro lado, si el que sobre-eleva es un consorcista, rigen los arts. 2052 y 2053 del CCC.

Se analiza el derecho comparado, así se recuerda por ejemplo que en Italia, el art. 1127 del Código Civil de 1942 expresa que: "el propietario del último piso de un edificio puede elevar nuevos pisos o nuevas construcciones", salvo que lo impida su título. La misma facultad corresponde a quien es propietario exclusivo de la terraza…Y agrega que: "quien realiza la sobreelevación debe indemnizar a los demás condueños en equivalencia al valor actual del área a ocupar con la nueva construcción, dividido por el número de pisos comprendido el que se ha de edificar y detraído el importe de la cuota que le corresponde. Ello denota, claramente que se acepta implícitamente que el área o espacio aéreo es un bien común que es apreciable en dinero y que por ello debe pagarse por su apropiación. En Francia, se considera que el derecho de sobre-elevar es accesorio y común. Así Luis Zanón Masdeu entiende en este sentido que el derecho de sobrelevación es de todos, porque todos son propietarios del vuelo.

Como el derecho Español ha tratado pormenorizadamente el tema, se profundiza su estudio. Y se advierte que se pueden visualizar varias posturas interesantes para esta tesis sobre la sobreelevación. Una es la de Ventrua-Traveset y González, quienes afirman que: "...se trata de auténticas enajenaciones del espacio aéreo en una parcelación cúbica", que aveces coexiste con la propiedad separada del suelo y otras "con otros espacios singulares aéreos delimitados, pertenecientes a diversos dueños", dando origen a la mal llamada para ellos PH, y que ellos califican de cúbica. Y otra que la consideran un derecho personal, pero que al inscribirse tiene oponibilidad, o como un derecho real limitativo del dominio consistente en esa facultad de sobre-edificar o sub-edificar. Se destaca expresamente, que en ese país se establece en principio que: "el propietario del terreno es dueño de su superficie" (art. 350 del CC Español) al igual que los disponía el art. 2518 del CC. Y que el derecho del que estamos hablando, se puede realizar de acuerdo a las normas de derecho de superficie o bien, con las de derecho de PH, y el derecho de construir o sobreelevación, que se diferencia del primero.

Con relación a la prehorizontalidad, es claro que la legislación no admite la posibilidad de otorgamiento de un derecho real sobre unidades proyectadas por los motivos expuestos, y por eso se analizan los derechos en juego y los esfuerzos de la doctrina, jornadas y proyectos

para otorgarle un derecho oponible a los adquirentes, sin que se haya podido avanzar en una propuesta satisfactoria, por no admitirse al espacio aéreo pueda ser objeto de un derecho real.

Con respecto al derecho de superficie se ha observado que en el Código vigente se regula en dos modalidades. En el caso de la primera modalidad, a la que denomina derecho de construir, plantar o forestar, se la regula como un derecho real sobre cosa ajena, al que se le aplican subsidiariamente las normas sobre las limitaciones de uso y goce dispuestas para el derecho de usufructo (art. 2127 del CCC). Ello se debe a que no se reconoce en el espacio aéreo o parcela del subsuelo que se encuentra bajo el suelo, al objeto del derecho real de superficie, porque si así fuera y se entendiera que el derecho de superficie divide el inmueble que es un cuerpo (pirámide, cono, etc.) horizontalmente, el titular del derecho real de superficie podría tener una cosa propia desde el principio de su derecho (el espacio aéreo o terrestre del subsuelo) y así no haría falta diferenciar las dos fases. Se ha advertido, que si según esta postura se debe a considerar que el espacio aéreo no puede ser objeto de un derecho real, porque la materia que contiene en mayor proporción es el aire (que no es apropiable); no se entiende porque no se admite que sea objeto del derecho de superficie el subsuelo, debido a que dicho espacio subterráneo, en su mayor parte está compuesto de tierra, materia sólida, al igual que el suelo al que todos los consideran que puede ser objeto de un derecho real.

Y la segunda modalidad es regulada como un derecho real sobre cosa propia (art. 1888 del CCC) al que se le aplican las normas del dominio revocable (art. 2128 del CCC) y se la denomina propiedad superficiaria, porque ya hay algo construido o forestado. Y el art. 2116 del CCC respecto del emplazamiento, dispone que el derecho de superficie puede constituirse sobre todo el inmueble o sobre una parte determinada, con proyección en el espacio aéreo o en el subsuelo, o sobre construcciones ya existentes aun dentro del régimen de PH.

De la lectura textual del art. 2114 del CCC puede interpretarse que el derecho de superficie, no se ejerce sobre una parte del inmueble dividida horizontalmente, es decir el espacio aéreo adyacente al suelo inmobiliario o el subsuelo que conforman el inmueble. Sino que se ejerce sobre el suelo ajeno proyectándose sólo sobre el vuelo o subsuelo, lo que parece haberse redactado en sintonía con la opinión doctrinaria relativa a que el espacio aéreo y aún el subsuelo, no son partes de los inmuebles, sino que es donde se ejerce o proyecta el derecho sobre el suelo que parece ser exclusivamente el inmueble. Es que por la letra de la ley, da la impresión, que el inmueble fuere un plano (lo rasante del suelo), en vez de una pirámide o cuerpo delimitada por líneas imaginarias que pasan por el límite del inmueble y que divide al planeta tierra su espacio aéreo y subsuelo adyacente en porciones exclusivas propias de los titulares de la tierra (hasta la medida de lo aprovechable). Y esta interpretación una vez más,

parece enfrentarse con lo dispuesto en el art. 1945 del CCC, como se explicó. En concordancia cabe observar, que dicho artículo no menciona que la propiedad superficiaria se constituye sobre la parcela plantada, forestada o construida, sino sobre lo plantado, forestado o construido.

Sin embargo, parece contradictorio que el art. 2124 del CCC disponga que: "la propiedad superficiaria no se extingue, excepto pacto en contrario, por la destrucción de lo construido, plantado o forestado, si el superficiario construye, nuevamente" dentro de un plazo (art. 2122 del CCC)". Es decir que al igual de lo que ocurre con la PH según el art. 2055 del CCC si la mayoría decide la reconstrucción, la propiedad superficiaria pareciera subsistir sin objeto (lo construido, plantado o forestado conf. art. 2114 del CCC), salvo que se considere que la parcela aérea o subterránea es el objeto; o que lo que subsiste es el derecho de construir o forestar. Tambièn no resulta coherente, con el art. 2114 del CCC, que en caso de extinción antes del plazo, se disponga que la garantía continuará gravando la parcela (art. 2125 del CCC).

Con respecto a las servidumbres aéreas, se detecta que las mismas son poco tratadas en la doctrina y jurisprudencia, pero que sin embargo han sido muy utilizadas. Y hoy se las sigue usando por ejemplo para los mega emprendimientos, etc., y los operadores acuden a las servidumbres comunes u otros derechos que exceden los requerimientos o no encuadran en lo buscado, entre otros argumentos, en virtud de la norma del art. 1883 del CCC que expresa que los derechos reales solo pueden recaer sobre partes materiales de los inmuebles.

Al analizarse la regulación de los cementerios privados se advierte, que se menciona al parque como común, y en los cementerios parque, el mismo es el suelo, mientras los sepulcros están bajo tierra o en el subsuelo, lo que puede hacer pensar que este derecho, se asemeja al de superficie sobre el subsuelo. Pero en este derecho, el problema no sería tanto el del espacio aéreo sino el de la parcela o espacio subterráneo; salvo el caso no tan común hoy en día en los cementerios privados, en el que se transmitan aéreas o espacios, en los que se puedan ubicar o construir sepulcros (que ya no son tan comunes en la actualidad). En ambos casos, lo que adquiere el particular podría ser un estilo de derecho de superficie emplazado bajo o sobre el suelo, pero a perpetuidad y sujeto a las normas específicas en principio del capítulo 3 del título VI del Libro Cuarto, que exigen afectación previa, que norman los derechos y obligaciones de las partes, del administrador, etc., y las que en su consecuencia se dicten.

En definitiva, porque el Código no aclara ni regula su estructura se podría pensar en un derecho sui generis o mixto cuyo objeto es la parcela, específicamente el espacio que se encuentra en el subsuelo o bajo la tierra generalmente en los cementerios parques, el derecho a reclamar los servicios comprometidos por parte del administrador y propietario original y usar o transitar conforme con lo reglamentado sobre el parque o suelo que parece continuar en

cabeza de éste o ser común. Al respecto debe tenerse en cuenta que la tierra que se halla en el subsuelo no presenta interés o no es valorada por el adquirente, salvo la necesaria para tapar el ataúd. Es más, es sacada para insertar el ataúd y no se conoce algún caso donde el titular de la parcela haya reclamado la propiedad de la tierra, o se le haya dado alguna utilidad.

Entonces en virtud de la hipótesis confirmada de que el espacio puede ser objeto de los derechos reales, se propone de *lege data* que se interprete: que el inmueble comprende el espacio aéreo que se encuentra sobre el mismo en líneas perpendicuales y hasta el límite de lo aprovechable, y que por lo tanto el dominio inmobiliario abarca el suelo, subsuelo y espacio aéreo; y que el espacio aéreo que se encuentra sobre la terraza es de propiedad de todos los consorcistas en el supuesto de la PH y que éste conforma parte de la unidad funcional. Se entiende que ello implictamente se acepta en la PH , y que más bien es un sinceramiento en el caso del derecho real de dominio, que no trae mayores repercusiones porque siginfica que dicho derecho recae sobre tierra, agua y espacio aéreo y no solo sobre éste. O desde otro punto de vista recaería sobre el espacio a veces terrestre, acuático y aéreo, si así se visualiza al inmueble.

Y de *lege ferenda* las propuestas son varias. Una, que simplemente se modifique el art. 17 del CCC y se disponga que se le aplican las normas de las cosas al espacio aéreo, otra, que directamente se modifique el concepto de cosa para abarcar los objetos inmateriales. Pero lo que se considera más simple y aconsejable conforme lo explicado en el Código vigente, es que por ser el espacio inmobiliario innegablemente un bien, que la ley taxativamente lo acepte como objeto de los derechos reales de manera expresa en determinados casos, como en el derecho de PH común, prehorizontalidad, sobreelevación, superficie, servidumbre aérea, etc..

-Las ventajas de admitir tal propuesta son muchas. Debe tenerse en cuenta, que el avance de la construcción, de la tecnología, la superpoblación, el hacinamiento en las grandes ciudades y las necesidades del hombre hacen que el aprovechamiento del espacio sea cada vez más importante, y por lo tanto que el espacio aéreo inmobiliario adquiera un valor por sí, y aún en forma separada al suelo si los avances tecnológicos lo permiten. Y como realidad, tecnología y derecho evolucionan en el tiempo y que deben tender a concordar siempre que el avance tecnológico no atente contra los derechos fundamentales, para evitar que el derecho se aparte de la realidad que busca regular. Se advierte, que los cambios tecnológicos se producen vertiginosamente y que el derecho debe prever normas flexibles que permitan abarcarlos, so pena de convertirse en un ordenamiento caduco.

Siguiendo este criterio, parece acertado que se haya previsto en el art. 1883 del CCC que el objeto de los derechos reales pueda consistir en un bien taxativamente señalado por ley. Lo que permite, que sin romper el principio general de que el objeto de los derechos reales son las

cosas, con una sola mención legislativa se pueda considerar a cualquier bien y no sólo a las cosas materiales, que el legislador disponga de acuerdo a los avances tecnológicos y requerimientos sociales, como objeto de los derechos reales. Y de esta manera propender a que el derecho responda a las necesidades de la población, brindándole mayor seguridad jurídica, oponibilidad, ius persecuendi, ius preferendi, etc., a sus derechos.

Las ventajas particulares, al analizar las implicancias de admitir o no el espacio aéreo como objeto de los derechos reales en ciertos casos, quedaron patentes.

Además de clarificarse el concepto de inmueble sobre el que recae el dominio inmobiliario, las principales consecuencias de sostener que el espacio aéreo inmobiliario pueda ser objeto de los derechos reales, se denotan en la práctica en la PH común y en el derecho real de superficie, que justo son los dos supuestos de excepción al principio de accesión nombrados por el art. 1945 CCC, o extensión del derecho de dominio sobre el suelo, y que provocan la división horizontal del inmueble, que es un cuerpo con un volumen determinado.

Respecto específicamente de la PH común, se evitan contradicciones. Así cuando el art. 2043 del CCC. dispone que tienen tal carácter: "las cosas y partes comprendidas en el volumen limitado por sus estructuras divisorias, los tabiques internos no portantes, las puertas, ventanas, artefactos y los revestimientos, incluso de los balcones", habla de partes del volumen limitado ¿y qué son estas partes sino sub-volúmenes o espacios más pequeños?, en el mismo sentido el art. 2039 del CCC explica que la unidad funcional, puede consistir en otros espacios susceptibles de aprovechamiento con independencia funcional y comunicación a la vía pública. Pero, por otro lado, en el caso de las cosas necesariamente comunes, el art. 2041 del CCC nombra al terreno, a las azoteas y a las terrazas, pero no al espacio aéreo. Y en los fundamentos del proyecto se explica que cuando se enumeran las cosas materiales que componen las unidad, es para que no se piense que es "una desteñido cubo de aire", cuando en realidad las cosas como enumeradas a ese fin, en sí tienen poca significancia y valor por sí solas, a diferencias del espacio inmobiliario que se busca para vivir o trabajar. Estas contradicciones, conllevan problemas interpretativos a la hora de resolver conflictos cuando se utiliza el espacio aéreo, etc., que con esta propuesta se peden evitar.

Con relación a la PH, derecho de sobreelevación y prehorizontalidad esta tesis permite:

- otorgar mayor flexibilidad a la PH y permite entender que no siempre es necesario que toda la superficie se encuentre construida con un edificio, aún en la PH común. Por ejemplo: la unidad privativa puede tener un patio y el volumen que se encuentre sobre el suelo del mismo hasta determinada altura podría considerarse privativo (art. 2043 del CCC). O puede existir un parque común y el espacio que se encuentra sobre el mismo es de todos.

- entender que el espacio aéreo inmobiliario que se encuentra sobre el edificio es objeto del derecho de PH y que es propiedad de todos al igual que el terreno.

Lo que trae aparejado visualizar:

-a todos los consorcistas, como copropietarios le corresponde cobrar por la utilización del espacio aéreo con antenas, carteles, puentes, etc.;

-la justificación de la necesidad de la unanimidad, para sobre-elevar o realizar obras nuevas en espacios comunes que afecten la estructura del edificio o sean en beneficio del que construye, porque ello implica también de parte de éste apropiarse de un espacio común que es copropiedad de todos en beneficio propio y por lo tanto implica una usurpación o apoderamiento de algo que no es totalmente suyo para utilizarlo exclusivamente.

-una futura legislación que admita que todos los consorcistas puedan transmitir derechos reales sobre espacios delimitados a construir ya previstos en el Reglamento de PH, más el porcentaje. El que a diferencia del derecho de superficie no tendría plazo si se receptara y sería parte del sistema de PH sin necesidad de modificación del reglamento, etc., o la reserva de dicho derecho real por el propietario original con previsión en el reglamento, e inscripción en el registro. Lo que actualmente, a veces se realiza pero por no considerar al espacio objeto del derecho real, sólo se le otorga al tercero o al propietario un derecho personal, no oponible erga omnes, inseguro, y que sólo se puede exigir mientras no prescriba el derecho (cinco años según el art. 2560 del CCC); o un derecho de superficie sujeto a plazo, y que requiere posterior modificación del reglamento, adjudicación de la unidad, y otros gastos.

Pero, el tema en el que se observa las consecuencias más nefastas y no se garantiza adecuadamente la defensa del bien de familia y el acceso a la vivienda protegida por la CN y los tratados internacionales, por no admitirse al espacio aéreo inmobiliario como objeto del derecho real, es en la prehorizontalidad. Ello, a pesar de que cierta doctrina ha resaltado que el derecho no puede negar o desproteger intereses y derechos legítimos de los adquirentes de los departamentos impidiendo que se le otorgue un derecho real inmediatamente. Por eso, es importante repensar la importancia de admitir al espacio, como objeto de los derechos reales, también en la prehorizontalidad. Es decir, cuando se enajenan unidades de un edificio no construido o en construcción a terceros que sólo cuentan en nuestra legislación, con un derecho personal. Situación de vulnerabilidad que se trató de paliar con la ley 19.724 que resultó ineficaz y que actualmente se intenta solucionar con un seguro obligatorio, que encarece las transacciones, resulta inaplicable y también es ineficaz en la práctica por los motivos expuestos. Y que por lo tanto aleja más a los que pretenden adquirir una unidad de la posibilidad de contar con su vivienda en contra de lo dispuesto por la CN y las convenciones internacionales.

Con relación al derecho real de superficie, la tesis expuesta presenta las siguientes interesantes ventajas:

-Evita la conflictividad que conlleva aplicar dos regímenes subsidiarios a las dos fases. Al derecho de construir, plantar y forestar que se considera un derecho real sobre cosa ajena y por lo tanto se le aplican subsidiariamente las normas sobre usufructo y al derecho real de propiedad superficiaria sobre cosa propia, que se regula subsidiariamnte por las normas del dominio revocable. Pero que en la práctica se entremezclan, suceden y conviven,

-Permite fundamentar tanto la subsistencia de la propiedad superficiaria, cuando se destruyó lo construido, plantado y forestado; como precisar qué es lo que realmente se grava en el caso del derecho de construir o forestar y es más, en el supuesto de la propiedad superficiaria. Debe advertirse que si el objeto de lo que se grava en este último caso, son las forestaciones, su objeto tiende a desaparecer porque en la forestación por ejemplo, se talan los árboles; y si es lo construido puede destruirse también; entonces el derecho real de garantía, no sería certero, inmutable y seguro. Piénsese, como se cumpliría el principio de especialidad respecto del objeto, ¿debería especificarse cuantos árboles se hipotecan, etc.?

- Permite de una manera práctica hipotecar la parcela, o área determinada con medidas específicas, con todas las plantas o construcciones que existan o no en la misma, y que acceden a la misma y no al suelo porque el principio de accesión se suspendió respecto del mismo.

-Justifica la creación de una submatrícula, apenas se constituye derecho de superficie aunque todavía no se haya construido, plantado o forestado algo, porque se ha constituido un derecho real sobre cosa propia también. Ello no se desvirtúa, porque en la columna b del inmueble originario, se deje registrado que el inmueble está gravado con superficie, porque como ya se comentó se considera que siempre la constitución de la superficie es un desmembramiento en cualquiera de sus dos fases y por lo tanto un derecho de naturaleza mixta.

- Le da fundamento a la frase contenida en el art. 2125 del CCC que expresa que: “si el derecho de superficie se extingue antes del cumplimiento del plazo legal o convencional: los derechos reales constituidos sobre la superficie o sobre el suelo continúan gravando separadamente las dos parcelas”. ¿De cuáles dos parcelas habla, sino es la del suelo y la del espacio aéreo? Innegablemente, esta tesis evitaría la contradicción entre esta norma y el resto de las mencionadas en especial el art. 2114 del CCC. Al respecto debe recordarse que esta postura da seguridad al acreedor, máxime cuando los derechos reales de garantía resultan más útiles y generalmente se constituyen cuando el superficiario se dispone a construir o forestar.

Con respecto a la servidumbre aérea, la tesis presenta la ventaja, de que si se admite de *lege ferenda* en forma expresa, que una parcela aérea de un inmueble pueda ser objeto del

derecho real de servidumbre, aun antes de construirse algo; se impediría que se afecte con este derecho todo el inmueble, o una parte del inmueble con el suelo y subsuelo incluido, cuando sólo hace falta afectar una porción de espacio aéreo. Por otro lado, no obligaría al titular del futuro fundo dominante a construir algo en un inmueble ajeno, sin la seguridad de contar desde el principio con un derecho real, o acudir al derecho de superficie que no sirve para dar garantía por ejemplo: de paso de cañerías o tránsito perpetuo entre dos inmuebles.

También resulta útil si deben preverse servidumbres para obras futuras en el espacio aéreo, porque el Código vigente al exigir que la parte del inmueble sea material, dificulta sin justificación seria, la admisión de estas servidumbres tan útiles para futuros emprendimientos a grandes escalas. Por eso se considera que sería necesario que se recepcione de *lege ferenda* dicha posibilidad, por existir una postura contraria a su admisión en ciertos Registros. Y que por mientras se interprete de lege data que el artículo sólo ha querido precisar a contrario sensu, que el derecho real no puede recaer sobre parte alícuota, aunque ello también podría discutirse en el caso del derecho de condominio, salvo que se considere que en dicho supuesto el derecho recae sobre una cosa o parte de ella, y que el porcentaje es solo la medida del derecho.

-Respecto del derecho real de sepultura, la visión del inmueble como un cuerpo y esta tesis permite vislumbrar el verdadero objeto y por lo tanto cuál puede ser la la parcela, que generalmente es subterránea en los cementerios parque; pero que también puede ser aérea y avanzar en el entendimiento de la estructura de este derecho que no se encuentra precisada en la normativa vigente.

Así, de los resultados obtenidos a través de la recolección, e interpretación cualitativa de los datos, y a partir de los principios generales de la teoría del objeto de los derechos reales se puede deducir que el espacio aéreo inmobiliario que se encuentra sobre o bajo el suelo, con ciertas restricciones y en la medida de lo técnicamente aprovechable por el hombre, puede considerarse objeto de los derechos reales. Ello debido a que éste participa plenamente de los caracteres que permiten determinar que una entidad puede ser objeto de los derechos reales en nuestro derecho vigente. Por lo tanto se corrobora la hipótesis de la tesis consistente en que se puede admitir que un espacio aéreo inmobiliario determinado por ser un bien, puede ser objeto de los derechos reales; al igual que los derechos en casos excepcionales taxativamente señalados por la ley. Aunque se advierte que por el momento por el estado tecnológico la mayoría de las veces el derecho real sobre el espacio aéreo irá anexado a un derecho sobre el suelo propio, ajeno o parcialmente ajeno.

Por supuesto que deberán extremarse los recaudos para que la publicidad sobre el mismo no sea engañosa, que se cumplan las limitaciones especialmente impuestas en interés general y

se eviten los parcelamientos perpetuos que puedan llegar a obstaculizar inecesariamente la libre disposición de los bienes. Pero se considera que esta tesis puede llegar a ser un aporte para brindar una visión más amplia del tema del objeto de los derechos reales y permitir que el derecho en los supuetos estudiados, sea una herramienta para solucionar problemas que se suscitan, destrabando los obstáculos que impiden que los consumidores y ciudadanos en general cuenten con un derecho real, seguro, oponible y eficaz y se protejan acabadamente los derechos garantizados por la CN y los tratados internacionales.

BIBLIOGRAFÍA:

ABAD, H. (1975). El derecho administrativo y el derecho del agua. *JA*, 2- 1975-718.

ÁBALOS, G. (2017). Conferencia dada en el marco de la Diplomatura de Código Civil y Comercial. Ley 26.994, organizada por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo.

ABREUT DE BERGHER, L. E. (1, 2 y 3 de Octubre 2015). *El usufructo. Sus caracteres frente al nuevo Código Civil y Comercial [Ponencia],* XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Bahía Blanca, recuperado en https://jndcbahiablanca2015.com

ADROGUÉ, M. (1986). Régimen jurídico de los sepulcros. Convenios sobre utilización de los mismos. En ADROGUÉ, G. Z., ÁRRAGA PENIDO, A., *Temas de Derechos reales,* Bs. As.: Plus Ultra.

ALABALADEJO, M. (1975). Instituciones de Derecho Civil, Tomo II - Derecho de Bienes, Familia y Sucesiones. Barcelona: Librería BOSCH.

ALBALADEJO, M. (1983). *Derecho civil*, t. III, Derecho de bienes, cap. 44, núm. 4, apart. A vol. I. Barcelona: Ed. BOSCH SA.

ALLENDE, G. (1967). *Panaroma de Derechos Reales*. Bs. As: Ed. LA LEY.

ALLENDE, G. (1971). *Derecho de aguas con acotaciones hidrológicas.* Bs. As.: Eudeba Editorial Universitaria de Bs. As

ALLENDE, G. (1965). Naturaleza jurídica de la energía. Jurídicamente no es una cosa. *LL*, 118-1140.

ALSINA ATIENZA, D. (1956). La diferencia entre el derecho real y el derecho de crédito, *J.A*. III. Sec. Doctrina, p. 11 y ss.

ALTERINI, J. H. (1997). El derecho real de superficie. *Rev. del Notariado*, Número del centenario, p. 9 y sig.

ALTERINI, J. H. (2012). Primeras consideraciones sobre los Derechos reales en el Proyecto de Código. *Acad. Nac. de Derecho, 1 - LA LEY* 2012-E, 898.

ALTERINI, J. H., su conferencia transcripta en Anuario Departamentos de Derecho Privado I, Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires, Separata de la *Revista del Notariado*, pp. 89-90

ALTERINI, J. H. (dir. general), COSSARI, N. (dir. del tomo), ALTERINI I. (coord.). (2015). *Código Civil y Comercial comentado*. Tratado exegético, Bs. As.: La Ley.

AMEIJENDA, A. (1996). "La utilización tridimensional de inmuebles en España", trabajo de fin de carrera de La Escuela Técnica Superior de Estocolmo. Suecia. http://antonio.nu/exjobb/tesina.htm.

ANDORNO, L. O. (1988). Registraciones personales. *Revista E.D*. 17/08/88, pp. 1-6.

ANDORNO, L. O. (1998). Los cementerios privados. *JA* 80 aniversario 1998-22, Lexis Nº 0003/007263.

ANDORNO, L. O. (2001). *El objeto de los derechos reales* [Ponencia]. XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil. *J.A*., 2.002-I- 1254.

ANDORNO, L. (2003). Superficie Forestal, *J.A*. 2003-III-1147.

ANDORNO, L. O. (2003). [Ponencia]. XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil.

APAT, H. O. E.; PINTO, E., C.A., RAMOS, F. E., SANCHEZ LANDA, G. A.y VARGAS, E. R. (1970). *Adquisición de inmuebles con entrega de unidades en pago o contraprestación.* [Ponencia]. Congreso Argentino de la Prehorizontalidad de 1970.

AQUARONE, M. T. (1998). *Las nuevas urbanizaciones y aspectos del tiempo compartido*. Bs. As: Abaco.

ARGAÑARAZ, M. (1959), en SALVAT, R., *Tratado de derecho civil argentino. Derechos reales*. Bs. As.: TEA, 4ª ed., t. III.

ARGUELLO, L. R. (1985). *Manual de derecho romano. Historia e instituciones*, 2da Edición corregida y 2da. reimpresión. Bs. As.: Editorial Astrea

ATARD, R. (1934). Notas críticas a la teoría clásica del patrimonio. *Revista de Derecho Privado*, 21, p. 308 y ss.

BAGLIETTO, GRINBERG y PAPAÑO, (1976). *Medianería*, p.166, núm.59. Buenos Aires: Ed. Abeledo- Perrot.

BANCHIO, E. C. (1962). *Nueva categoría de Cosas. Doctrina y legislación comparada*. Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba.

BARASSI, L. (1955). *Instituciones de Derecho Civil*, Traducción de García de Haro y M. Falcón, Tomo I, Barcelona.

BARBANCHO TOVILLAS, J. (1993). *Legislación sobre derecho de propiedad, Volumen I*, (1:a uppl.). Barcelona: Promociones y Publicaciones Universitarias S.A.

BAYLOS CORROZA, H. (1993). *La problemática de los derechos intelectuales. Tratado de Derecho Industrial*. Madrid: Civitas.

BELLOTTI, M. L. (2000). Los bienes, Las cosas y el objeto de los derechos reales en el proyecto de Código Civil. *L.L*. 2000-C-1145

BENGTSSON, B. (1990). *Speciell fastighetsrätt*, (4:e uppl.). Uppsala: Iustus Förlag AB.

BENGTSSON, B. Y VICTORIN, A. (1992). *Hyra och annan nyttjanderätt till fast egendom*, (4:e uppl.). Stockholm: CE Fritzes AB.

BERLINGUER, Il corpo come merce o me valore, en *RODOTA* (dir), "Questioni de Bioética".

BIANCA, C. M. (1999). *Diritto Civile* T 6 "La propietà", Milano.

BIELSA, R. (1928). *Relaciones del código civil*, Bs. As.: Ed. Lajouane & Cía.

BIELSA, R. (1938). *Derecho administrativo*, t. II, Bs. As.: Ed. Lajouane y Cía.

BIGLIERI, A. (2020). El fuero del consumidor en CABA y el fideicomiso inmobiliario, *LL*, 25/11; cita online AR/DOC/3824/2020.

BIONDI BIONDO. (1961). *Los bienes*. Barcelona: Ed. BOSCH SA.

BOFFI BOGGERO, L. M. (1955), voz bienes muebles, en "Enciclopedia Jurídica Omeba", II. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina.

BONFANTE. P. (1965). *Instituciones de Derecho Romano.* Trad. de Bacci – Larrosa. Madrid: Reus.

BONO, G. A. (20 al 22 de septiembre de 2001). *El objeto de los derechos reales: su determinación*. [Ponencia]. XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil- Libro de Ponencias", Buenos Aires: Hammurabi, José Luis Depalma Editor.

BOQUE, R. (2016). La prehorizontalidad en el Código Civil y Comercial. ¿Qué pasa con los fideicomisos inmobiliarios frente al nuevo régimen? *RCCyC*, marzo, 213 - Cita Online: AR/DOC/621/2016

BORDA, G. A. (1970). La reforma del Código Civil, Bienes y cosas, *E.D*., 31-1020.

BORDA, G. A. (1971). *La reforma de 1968 al Código Civi*l. Buenos Aires: Ed. Perrot, nº 4.

BORDA, G. A. (1975). *Tratado de Derecho Civil, Derechos reales*. T. I, y II Bs. As.: Abeledo Perrot.

BORDA, G. A. (1981). La reforma de 1968 al Código Civil, *Revista. LL*, pp. 366-371.

BORDA, G. (2008). *Tratado de Derecho Civil. Parte general*, t. II, Edit. LA LEY.

BORETTO, M. (2013). El fideicomiso inmobiliario operando en la práctica. *Revista La Ley Gran Cuyo*, Voces Jurídicas, año 18/numero 11/ diciembre.

BRESSAN, P. (20 al 22 de septiembre de 2001). *Extensión del objeto de los derechos reales. Invariabilidad de su contenido*. [Ponencia]. Jornadas Nacionales de Derecho Civil, organizadas por la UCES.

BROWNE de BEDOYA, D. S., ATKINSON, H. E. (1984). La sobre-elevación en la propiedad horizontal, *Revista Notarial*, 873-1984 p.464 y 472.

BUERES A. J. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación. Analizado, comparado y comentado*, t.2, (comentario al art. 2088). Bs As: Ed. Hammurabi.

BUERES, A., RIVERA, J. (1984). Dación de órganos entre vivos. ¿Interpretación o apartamiento de la ley? *LL*, supl. del 27-3-84.

CABRILLAC, R. El derecho civil francés desde el Código Civil. *Revista del derecho* (Valdivia), versión On-line ISSN 0718-950. En https:// scielo.conicy.cl

CAFERATA, N. (2003). El derecho de superficie y su impronta ambiental, *J.A*., 2003-III-1169.

CAIVANO, R. J. (1994). El arbitraje y la propiedad intelectual, *Derechos Intelectuales*, Bs. As.: Ed. Astrea.

CALDERÓN GONZALEZ, J. A. (1981). *Curso de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Ed. Depalma.

CANDIL, F. (1925). La electricidad como objeto de derecho. *Revista del Derecho Privado*, 12, p. 178 y ss.

CARLUCCI, F., MARTINELLI, F. y MOLINA, M. (2012). En *Código Civil y Leyes Complementarias, Comentado, Anotado y Concordado*, T. 13. Bs. As.: Editorial Astrea.

CARRASCO JASHES, L. (2004). Algunas consideraciones relativas a la prenda sobre el vuelo. *Revista de Derecho*. Concepción Chile: Universidad de Concepción. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. T. 215-216, p. 251 y ss.

CASTÁN TOBEÑAS. (2007). *Derecho Civil español, común y foral, I*, vol 2. Madrid: Reus.

CASTIGLIONI, A. V. (1995). La señal de televisión es jurídicamente una cosa. *E.D.* 163-1223.

CAUSSE, J. R. (1994). *Fórmulas escriturarias para parques industriales y cementerios privados Seminario Teórico Práctico Laureano Arturo Moreira,*

CAUSSE, J. R. (2011). Reformulación del régimen de la propiedad horizontal. *LA LEY*, 1 2

CIFUENTES, S. (1993). *Trasplantes de órganos in vivo. Otra oportunidad perdida*, E.D., 153-891.

CINQUALBRE, P. (1982). *Consideraciones sobre la autonomía del derecho intelectual*. ED, 97-969.

CLUSELLAS, E. G., ORMAECHEA, C. (2003). *Contratos con garantía fiduciaria*. Bs. As.: Ábaco.

COLMAN LERNER, H. (1982). Propiedad horizontal. La reserva o concesión del derecho de nuevas construcciones. *Revista del Notariado*-782.

CORNEJO, A. (1989). El objeto de los derechos reales. *LL* 1989 -D- 990.

CORVO LÓPEZ, F. M. (2010). *El derecho de sobreedificación y subedificación, y su integración en el régimen de propiedad horizontal.* Madrid: Centro de Estudios Registrales.

COSSARI, N. G.A. (2002). Posibilidad de constituir derechos reales sobre bienes que no son cosas, *Zeus*, Tomo 90.

COSSARI, N. (2008). Tiempo compartido. Impacto de la Ley 26.356 sobre el sistema de Derechos Reales*,* - *LL* 2008-F, 1266.

COSSARI, N. A, LUVERA, M. Á. (2005). Propiedad horizontal: techo edificable y tráfico inmobiliario. El Derecho - UNIVERSITAS S.R.L -*Revista del notariado* - Año CVIII - Abr/May/Jun. Id SAIJ: DACF060030.

COSSARI N A. y COSSARI, L. R. (2021) Propiedad hotizontal superficiaria y superficie sobre unidades en propiedad horizontal. *LA LEY* 23/02/2021, 1 *LA LEY* 2021-A-513- TR LA LEY AR/DOC/3948/2020.

COSSARI N.G.A., LUNA, D. G. (2009) Derecho de sobreelevaciòn y propiedad horizontal, *LA LEY* 19/5/2009, 1 –*LA LEY* 2009-C, 1090- TR *LA LEY* AR/DOC/1877/2009.

CUADROS, V., *Derechos reales*, I, nº 76 y 79.

CURA GRASSI, D. C. (1997). Reflexiones sobre temas de derechos reales, *LL*, Doctrina Judicial.

CURA GRASSI, D. C. (1998). *Derechos reales, Parte General*, vol I., Buenos Aires: Ed. Depalma.

CURA GRASSI, D. C. (20 al 22 de septiembre de 2001). *Objeto de los derechos reales*. [Ponencia]. XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil- Libro de Ponencias", Buenos Aires: Hammurabi, José Luis Depalma Editor.

CURA GRASSI, D. C. (2003). Reflexiones acerca del nuevo derecho real de superficie forestal, *La Ley*, 2003-A, p. 1268.

CURA GRASSI, D. (2006). *Derecho Inmobiliario*. Buenos Aires: Ediciones La Rocca.

DE LAS MORENAS, G. (2021). Criptomonedas como desafío al derecho patrimonial. Aspectos obligacionales, procesales y consursales*,* TR *LA LEY* AR/DOC/2621/2021.

DE LORENZO, M. F. (2010). El cuerpo humano que se vuelve cosa, cosas que se vuelven cuerpo humano. *LL*-2010-B-807.

DE LOS MOZOS, J. L. (1993). Delimitación de la propiedad en sentido vertical, en El derecho de propiedad crisis y retorno a la tradición jurídica. *Ed. Revista de Derecho Privado*, Madrid, p. 290 y ss.

DE REINA TARTIÉRE, G. (2003). La inserción del derecho real de superficie en el ámbito forestal, *ED*-203-662.

DE RUGGIERO, R. (1929). *Instituciones de Derecho Civil*. Traducción de la 4ta. Madrid: Edición por Serrano Suñer y Cruz Teijeiro.

DI FILIPPO, M. I. (1989). *Nuevos intentos de sistematización jurídica para el tiempo compartido. La Ley*-4-5-89.

DIAZ FRAILE, J. M. (2001). El Derecho de vuelo en la reforma del reglamento hipotecario de 1998 (estudio especial de su temporalidad tras la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2000). *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, t. 2001-2, Madrid: Reus, p. 307.

DIEZ PICASO, L. (2009). *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, III. Ed. Civitas.

DIEZ PICAZO, L. y GUILLÉN, A. (1998). *Sistema de Derecho Civil*, Volumen III, 6° ed. Madrid.

DOMENGE AMER, B. (1983). *El derecho de sobre-edificación y sub-edificación.* Palma de Mallorca: Gráficas Adalid.

EDWARDS, C. A. (1991). *Apoderamiento ilegítimo de energía eléctrica*. E.D. 142-813.

ELGUERA, E., RUSSOMANO, M. (1959). *Curso de derechos reales en el derecho romano*, núm. 1, Bs. As.: Abelardo Perrot.

FARINA, J. M. (1990). *Contratos comerciales modernos*. Bs. As.: Ed. Depalma.

FARINI, M. B., GAZZOTTI, A., GEREZ DE UEMA, M. L., TARIGO, D. H., MORA de TARIGO, M. C. (1984). La sobreelevación de la propiedad horizontal. *Revista Notarial*-873-1984. pp. 387-436

FARRANDO, I. y ots. (1996). *Derecho Administrativo.* Buenos Aires: Ed. Depalma.

FAVIER DUBOIS, E. M. (2021); La criptomoneda, patrimonio y derecho de los acreedores. Sobre la ineficacia de ciertas operaciones con activos modernos*. LA LEY* 2021-F-534

FAZIO DE BELLO, M. E. y MOREDA, G. (2001). El llamado tiempo compartido y algunos aspectos de su problemática. Tratamiento prioritario de los derechos del consumidor. *J.A*. 2001-II-905, y ss.

FERNÁNDEZ PIRLA, S. (1993). *Arquitectura legal y tasaciones inmobiliarias*, (3:e uppl.). Madrid: Editorial Rueda.

FERNÁNDEZ ROUYET, R. D. (1984). El espacio aéreo en la propiedad horizontal. Sobreelevación. *Revista Notarial*, 873, pp. 454-456.

FERRARA, L. (1940). *Il diritto reale di autore*. Nápoles: Jovene.

FERRATER MORA, J. (1965) *Diccionario de Filosofía*, t I A-K, Bs. As.: Editorial Sudamericana.

FERRER (h), M., A. (1976). *Derecho Espacial*. Bs. As.: Plus Ultra.

FLAH, L., SMAYEVSKY, M. (2003). Derecho de Superficie, *J.A., SJA* 27/8*, Lexis* N° 0003/111267.

FOLCHI. (2015). *Tratado de Derecho Aeronáutico y política aeronáutica civil*, T I. Bs. As.: Astrea.

FONTBONA, F. I. J. (1965). Dinámica del Reglamento de Copropiedad y Administración, *Revista del Notariado*, ° 684, p. 1.101.

FONTBONA, F. (1968). La sobreelevación de edificios de la propiedad horizontal. *Revista del Notariado*, n° 701, p. 1256 y ss.

FRANCHINI, M. F. y CORNA, P. M. (20 al 22 de septiembre de 2001). *El objeto de los derechos reales*. [Ponencia]. XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil.

FRICHMAR, F. (1977). Servidumbre aérea y propiedad horizontal. *Revista Notarial del Colegio de Escribanos de Córdoba* N° 32-33, pp. 113-119.

GABAS, A. (2013), *Derecho de superficie y de sobreconstrucción en la propiedad horizontal*. Bs. As. La Ley.

GALEANO, J. (1923). *De las cosas, la posesión y las acciones posesorias*, Bs. As.: Ed. Jesús Menéndez e Hijos.

GALEGARI DE GROSSO, L. E. (1998). *Derechos Reales - Estudio a partir del caso judicial*, tomo I. Bs. As.: Abeledo Perrot.

GALGANO, F. (1990). *I beni e la propieta. En Diritto Civile e Comérciale*, I, nº 75, Padua, Italia: Edit. CEDAM.

GARCÍA, E. A. (1935). El derecho de autor y el registro de obras en nuestro país, *JA*., T.50, p. 285.

GARRIDO, R. (1983). *Venta de departamentos*. Bs. As.: Hammurabi.

GARRIDO, R. F., ANDORNO, L. (1971). *Reformas al Código Civil. Ley 17.711 comentada*, II. Bs. As.: Ed. Zavalía

GARRIDO, R., ANDORNO, L. (1972). *Código Civil anotado*, Libro III, I, Buenos Aires: Ed. Zavalía.

GASTALDI, J. M. (1993). Contratos relativos a la persona y a su cuerpo, en *Temas de derecho privado*, IV. Separata de la Revista del Notariado. Bs. As.: Colegio de Escribanos de la Capital Federal.

GATTI, E. (1975). *Teoría general de los derechos reales*. Buenos Aires: Ed. Abeledo Perrot.

GATTI, E., ALTERINI, J. (1974). *El derecho real. Elementos para una teoría general*. Bs. As.: Abeledo Perrot.

GATTI, E., ALTERINI, J. H. (1981). *Prehorizontalidad y boleto de compraventa*. Bs. As.: LA LEY. 2° Edición.

GAYO Institutas. Texto traducido notas e introducción por DI PIETRO, A. (1997), quinta edición, Bs. As: Abeledo-Perrot.

GONZALEZ DE PRADA, M. V. (20 al 22 de septiembre de 2001); E*l derecho de propiedad de las comunidades indígenas –Art.75, inc. 17, Const. Nacional y ley 24.071. [Ponencia]* En XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil – Libro de Ponencias-, Bs. As.: Hammurabi, Depalma.

GONZALEZ y MARTÍNEZ, J. (1948). E*l derecho real de superficie, en estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*, T. II, Madrid.

GOUVERT, J. F. Panorama sobre el derecho indígena: hacia una vigencia sociológica. Publicado en: *La Ley Online*. TR LALEY AR/ DOC/4126/2007. Recuperado de: https://informacionlegal.com.ar/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad6adc50000017d38680288aa50a78e&docguid=i2F33BED6E5C6401F866E6B71C46F02B7&hitguid=i2F33BED6E5C6401F866E6B71C46F02B7&tocguid=&spos=1&epos=1&td=1&ao=i0ADFAB8AC74B1D1F81C755DFD042D199&searchFrom=&savedSearch=false&context=80&crumb-action=append&

GUILLÓN BALLESTEROS, A. (1960). *La superficie urbana*. Sevilla: Instituto García Oviedo. Univ. De Sevilla.

GUITTON, J. (1981). *El trabajo intelectual*. Madrid: Ediciones Rialp SA.

HEIDEGGER, M. (1962). *La pregunta por la cosa*. Título original alemán *"Die Frage Nach Dem Ding*". Bs. As.: Editorial Alfa Argentina. Traducción argentina (1975).

HERNANDEZ, J. A. (2 a 4 de mayo de 2018). [Ponencia]. XVII Congreso Nacional de Derecho de Seguros, Mendoza. Pub. en www. elseguroenacción.com.ar

HIGHTON, E. (1983). *Derechos reales*, vol. 2, 1ª parte, Bs. As.: Ed. Hammurabi.

HIGHTON, E. I. (1997). *Código Civil, y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, dir. Por BUERES, A. J., HIGHTON, E. (coord). Buenos Aires: Hammurabi.

HIGHTON, E. I. (2012). Reforma al Código Civil y Comercial: Principios y disposiciones generales en materia de derechos reales. *Revista de Derecho Privado y Comunitario*-2012-2-599.

HIGHTON, E., ALVAREZ JULIÁ, L., LAMBOIS, S., WIERZBA, S. M. y DE HOZ, M. (1987). *Nuevas formas de dominio*, Buenos Aires: Ed. Ad-Hoc.

HIGHTON E.; ALVAREZ J., J. y LAMBOIS, S. (1987). La multipropiedad en el Proyecto de unificación legislativa, civil y comercial y en las IX Jornadas de Derecho Civil. *La Ley*- 28-12-87.

HIGHTON, E. I, ALVAREZ JULIÁ, L., LAMBOIS, S., WIERZBA, S. M., DE HOZ, M. (1993). *Nuevas formas de dominio*, 2ª Ed. Bs. As.: Ad- Hoc S.R.L.

Inspección General de Justicia. (1968). *Revista Oficial de la Inspección General de Justicia.* Año II, N°8, febrero, p. 133.

Instituto Internacional de Cooperación Intelectual. (1938). *Le dépót legal*. París.

ITHURRALDE, M. P. (2009). La expresión del autor como único objeto de protección. *Revista La Ley*. Bs. As. (T. LL 2009-F), p. 1 y ss.

JENSEN, U. (1991). *Panträtt i fast egendom*, (3:e uppl.). Uppsala: Iustus Förlag AB.

JOSSERAND, L. (1950). *Derecho Civil*. Trad. de Cunchillos y Manterolla, T. I, Vol. III. Bs. As.

JULLIOT, CH. L. (1927). *Traite- Formularie* (sobre división de casas por pisos y por departamentos), Francia: Jorurnal des Notaries et des Avocats.

JULSTAD, B. (1994). *Tredimensionellt fastighetsutnyttjande genom fastighetsbildning - Är gällande rätt användbar?* Stockholm: Juristförlaget.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (1990). Nuevas tendencias en materia de derecho de propiedad (Clubes de campo, cementerios privados, multipropiedad) [Ponencia]. Congreso Internacional de Derecho Privado realizado en Lima en 1988, publicada en *Revista sobre "Tendencias actuales y perspectivas del Derecho Privado y el Sistema Jurídico Latinoamericano*". Lima: Ed. Cultural Cuzco S.A, pp 550-551.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (1995). *Protección jurídica de la Vivienda Familiar*, Bs. As.: Hammurabi.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (1996). El tiempo compartido (mal llamada multipropiedad) y la defensa de los consumidores en el derecho comunitario. Posible proyección en el Mercosur. En *Derecho del Consumidor*, vol. 7, dir. por STIGLITZ, G. A. Rosario: Juris.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (2005). *Código Civil y Leyes complementarias, comentado, anotado y concordado*, dirigido por ZANNONI, T. 10. Buenos Aires: Editorial Astrea.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. y PUERTA DE CHACÓN, A. (agosto de 1987). *El derecho real de disfrute periódico. Pautas para una futura legislación.* [Ponencia]. Comisión N°4 "Derechos Reales. Manifestaciones actuales relativas al derecho de dominio". XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, realizadas en la Universidad de Belgrano, Buenos Aires.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. y PUERTA DE CHACÓN, A. (1989). *Derecho real de superficie*, Bs. As.: Ed. Astrea.

KIPER, C. (1988). Acerca de la posibilidad de constituir derechos reales sobre espacios destinados a sepultura en los cementerios privados. *La Ley* 1988-E-941.

KIPER, C. (2005). *Código Civil y leyes complementarias*. Comentado, anotado y concordado; dir. por Zannoni, T. 10, Buenos Aires: Ed. Astrea.

KIPER, C. (2015). Derechos Reales, en LORENZETTI, R. L. (dir), *Código Civil y Comercial de la Nación*, comentado., T. IX, Santa Fe: Rubinzal Culzoni editores.

KIPER, C. (2016). *Tratado de derechos reales, Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.994*. T.I y T. II. Santa Fe: Rubinzal- Culzoni.

LAFAILLE, H. (1943). *Tratado de los derechos reales*. Vol 1. Bs. As: Ediar.

LAJE, E. J. (1957). *La propiedad horizontal en la legislación argentina*, 2da. Edición, Buenos Aires: Abeledo Perrot.

LAMBOIS, S. (2002). Cementerios privados. *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2, p. 38.

LAMM, E. (2015). El status del embrión in vitro y su impacto en las técnicas de reproducción humana asistida. Aclarando conceptos para garantizar derechos humanos. Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Familia. Filiación y Responsabilidad parental, *La Ley*, 43, cita online: AR/DOC/1297/2015.

LAQUIS, M. A. (1966). Sobre una nueva clasificación de los derechos patrimoniales. *Revista Jurídica de Buenos Aires*, II, pp. 239-252.

LAQUIS, M. A. (1973). El artículo 2.311 y la energía, *en* MORELLO, PORTAS. *Examen y crítica de la reforma del Código Civil*, 3, La Plata: Edit. Platense.

LAQUIS, M. A. (1979). *Derechos Reales*, t. II, Bs. As.: Depalma

LASARTE, C. (1993). *Curso de Derecho Civil Patrimonial - Introducción al Derecho*, (4:e uppl.). Madrid: Editorial Tecnos S.A.

LEONFANTI, M. A. (1997). Trasplantes de órganos humanos. *LL*-1997-C-796.

LIBER, M. (2010). Derecho de Aguas. Estudio sobre el uso y dominio de las aguas públicas. Mendoza: Ed. UNCUYO, F.D. y Bs. As.: Abeledo Perrot.

LINARES DE URRRUTIGOITY, M. y PUJOL DE ZIZZIAS, I. (2002). Objeto del Derecho Real de Superficie. *Revista del Notariado*, 867, p.43 y ss.

LLACH, A. J. (1972). Prehorizontalidad, Modalidades de los diferentes sistemas legales. *Revista del Notariado*, N°724 (julio-agosto), p. 1196 y ss.

LLAMBÍAS J.J. (1975). *Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General*, t.I. Bs. As.: Editorial Perrot.

LLAMBÍAS, J.J. (1976). *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, T.1. Bs. As.: Ed. Abeledo Perrot.

LLAMBÍAS, J. J. (1984). *Tratado de Derecho Civil. Parte General*. Tomo II. Bs. As.: Editorial Perrot, Undécima edición.

LLAMBÍAS, J., ALTERINI A. (1981). *Código Civil anotado, Derechos reales*, IV-A. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

LÓPEZ DE ZAVALÍA, F. (1989). *Derechos reales*, 1, Bs. As.: Ed. Zavalía

LÓPEZ GUERRA, L. (1994). *Constitución española*, (7:e uppl). Madrid: Editorial Tecnos S.A.

LORENZETTI, R. (1991). Notas para el régimen jurídico de los cementerios privados. *La Ley* 1991-E-1132.

LORENZETTI, R. (1996). Sistema de derecho privado actual. *La Ley* 1996-D-1337.

LORENZETTI, R. (1999). *Tratado de los Contratos*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, tomo 1.

LORENZETTI, R. L. (2014). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*., dir. por LORENZETTI, Tomo I y Tomo IX Santa Fe: Ed. Rubinzal- Culzoni editores.

LORENZETTI, R. L. (2015). En las palabras introductorias que vierte en el Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26994 y ley 27077. Santa Fe: Rubinzal – Culzoni.

LOSADA, F. (2018). *Derecho del Transporte*. Bs. As.: Ed. Astrea.

LUNA, D. G. (2009). Consideraciones sobre las propiedades coparticipativas y su tratamiento en las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil. *JA*, número especial, "Estudios de Derechos Reales", 2009-IV, p. 42.

LUNA, D. G. (2018). Derechos susceptibles de adquisición por usucapión en el Código Civil y Comercial. *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, I.

LUVERÁ, M. A. (20 al 22 de septiembre de 2001). *El objeto de los derechos reales: variaciones*. [Ponencia]. XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Libro de Ponencias-, Buenos Aires: Hammurabi, Depalma Editores), p. 181.

LUVERÁ, M. A. (2001). Objeto de los derechos reales, Ubicación. Derecho comparado. Proyecto de Código Civil de 1.998, DJ, 2.001-3-931.

LUVERÁ, M. Á. (2009). Cementerios Privados. *Zeus,* 29-11, p. 4 y ss.

MACHADO, J. O. (1920). *Exposición y comentario del Código Civil argentino*, T. 6. Buenos Aires: Ed. Lojouane.

MARIANI DE VIDAL, M. (1997). *Código Civil y Normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, T. 5. Buenos Aires: Hammurabi.

MARIANI DE VIDAL, M. (1998). *Curso de Derechos Reales*, T. I. Bs. As: Ed. Zavalía.

MARIANI DE VIDAL, M. (2002). Derecho de superficie forestal. *LL*-2002-F-1422.

MARIANI DE VIDAL, M. (2004). *Derechos reales*. T. I y II. Bs. As.: Ed. Zavalía.

MARIANI DE VIDAL, M., ABELLA, A. N. (2013). El tiempo compartido en el Proyecto de Código. *LA LEY* 29/04/2013, 1. *LA LEY* 2013-C-679.

MARIANI DE VIDAL, M. y ABELLA, A. N. (2014). Reglamentación del sistema turístico de tiempo compartido, LA *LEY* 16/07/2014, 1. *LA LEY* 2014-D, 870.

MARIENHOFF, M. (1939). *Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas*. Bs. As.: Abeledo Perrot

MARIENHOFF, M. (1970). La reciente reforma al Código Civil en materia de aguas, *J.A*., doctrina 1970-261.

MARIENHOFF, M. (1988). *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo V. Dominio público. Bs. As.: Ed. Abeledo Perrot.

MARIENHOFF, M. (1990). Dominio público. Concesiones temporarias de uso especial o privativo. Situación de los concesionarios al vencimiento de las mismas. Los principios "quieta non moveré", "buena fe" e "inmutabilidad de situaciones jurídicas plausibles", *LL*, 1990-E-880.

MATHUS ESCORIHUELA, M. y ots. (2007). *Derecho y administración de aguas*. Mendoza: Zeta Editores.

MAZEAUD, H. & L. y MAZEAUD, J. (1959). *Lecciones de Derecho Civil*, Trad. Luis Alcalá Zamora y Castillo, B. As., T. I.

MESSINEO, F. (1971). *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Tomo II y III. Bs. As: Ediciones Jurídicas Europa-América.

MESSINEO, F. (1971). *Manual de derecho comercial* t. II, cap. 25, núm. 2 bis. Bs. As: Ejea.

MEZQUITA CACHO, J. L. (2002). El vuelo o subsuelo urbano como objeto de relaciones y negocios jurídicos en la dinámica legislación catalana. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 672 (julio - agosto), p. 1443.

MIRANDA, F. (1961). La propiedad horizontal como bien o cosa. La constitución de derechos reales en la etapa previa al nacimiento de la cosa y su estatuto. *Rev. Asoc. De Escribanos del Uruguay, Montevideo*, enero-diciembre, p. 22.

MOISSET ESPANES, L. (1981). *El principio de especialidad y determinación de los elementos de la relación real en dominio de los automotores y publicidad registral*. Buenos Aires: Hammurabi.

MOLINA QUIROGA, E. (2013). Los nuevos derechos reales. *Revista del Derecho Privado y Comunitario*, 2012-3.

MOLINARIO, A. (1965). *Derecho patrimonial y derecho real*. Buenos Aires: La Ley.

MOREIRA, L. A. (1981). El nuevo horizonte de la Propiedad Horizontal. *Revista del Notariado*, 1981-779-1585.

MOREIRA, L. A. (1982). Seminario sobre Técnica Notarial. Instituto Argentino de Cultura Notarial, Buenos Aires.

MOUCHET, C. y RADAELLI, S. A. (1957). *Los derechos del escritor y del artista*. Bs. As.: Ed. Sudamericana.

MÜLLER, E. (2004). Compraventa de sepulcros, bóvedas o parcelas en cementerios privados. *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 1, Compraventa-II, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, p. 99 y sigs.

MUSICH, A. T. (1993). Conveniencia para el país de contar con un efectivo régimen de patentes de invención y modelos de utilidad, *Boletín 34*, Bs. As.: Ed. Cediquifa, p. 26 y ss.

MUSTO, N. (1981). *Derechos reales*. T. I. Santa Fe: Rubinzal Culzoni.

NAVARRO VIÑUALES, J. M. (1997). El derecho de vuelo. El Derecho de superficie urbana. *Cuadernos Notariales* nº 16. Madrid: Editorial Fundación Matritense del Notariado, p.18 y ss.

NÚÑEZ, J. (2002). La protección de los microorganismos en la ley argentina de patente. *J.A*.-2.002-I- 1.089.

P. CAZEAUX Y TRIGO REPRESAS, F.A. (1969). *Derecho de las Obligaciones*, t.I, La Plata: Ed. Platense.

PAPA, R. G, (2017). La ejecución de un boleto ante un fideicomiso inmobiliario. *RCCyC* (abril), 161- Cita Online: AR/DOC/3938/2016.

PAPAÑO, R. y ots. (1993). *Derechos Reales*, T. I. Bs. As.: Ed. Depalma.

PAPAÑO, KIPER- DILLON-CAUSSE. (2004). *Derechos reales*, I. Bs. As.: Astrea.

PAPAÑO, R. J., KIPER, C. M., DILLON, G. A., CAUSSE, J. R. (2007). *Manual de derechos reales*. 2ª ed., Bs. As.: Astrea.

PENIDO, M. O. A. (20 al 22 de septiembre de 2001). *La energía como cosa y objeto de los derechos reales*. [Ponencia] en XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil- Libro de Ponencias" Bs. As: Hammurabi, José Luis Depalma Editor, p. 169.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1999). *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, T II, 3ra edición, Madrid: Centro de Estudios Registrales.

PERALTA MARISCAL, L. L. (1999). Servidumbre de superficie. *E.D*. 1999-181-1320.

PÉREZ GONZÁLEZ, B. y ALGUER. (1934). Estudio de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia española, en ENNECCERUS- NIPPERDEY, *Tratado de Derecho Civil*, Vol. I, Tomo I. Barcelona: Bosch.

PLANIOL, M. (1904). *Traité élémentaire de droit civil*, T. I, París.

POIRIER, P. (1955). *La propiedad horizontal: Condominium*. Buenos Aires: ARAYU.

PRITZ, O. A (1994). *El Rescate*, en A.A.V.V. *Los Servicios Públicos*, Bs. As.: Depalma.

PRITZ, O. A (1995). *El Rescate: Delimitación y efectos*, en A.A.V.V., *Estudios de Derecho Administrativo*. Bs. As.: Depalma.

PUERTA DE CHACÓN, A. (2001). Nueva versión del derecho real de superficie. *J.A*. 2001-II-836.

PUERTA DE CHACÓN, A. (2007). *Código Civil y leyes complementarias*. Comentado, anotado y concordado, dir. por Zannoni, T. 11. Buenos Aires: Ed. Astrea.

PUERTA DE CHACÓN, A. (23, 24 y 25 de septiembre de 2009). *Formas coparticipativas de propiedad: tendencias actuales. El sistema del tiempo compartido*. [Ponencia]. XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Córdoba.

PUERTA DE CHACÓN, A. (2015). Tiempo Compartido. Un "Derecho Complejo" en el Código Civil y Comercial de la Nación. *Revista Jurisprudencia Argentina* Nº12, 2015-III-, p. 14 y ss.

PUERTA DE CHACÓN, A. (2017). Capítulo II Tiempo Compartido, en Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias, Tº 4 B, Dir. Bueres-Coord. Mariani de Vidal. Bs. As.: Ed. Hammurabi.

PUIG BRUTAU, J. (1979). *Fundamentos de derecho civil, Tomo III, Volumen II- Comunidad de bienes, Propiedad Horizontal, Propiedades especiales, Usufructo, Servidumbres*. Barcelona: Casa Editorial BOSCH S.A.

PUIG BRUTAU, J. (1989). *Compendio de derecho civil, Volumen III- Derechos reales, Derecho hipotecario*. Barcelona: Casa Editorial BOSCH S.A.

PUJOL de ZIZZIAS, I. (2015). Tiempo compartido. *En Aplicación Notarial del Código Civil y Comercial de la Nación. Tomo III*, Santa Fe: Rubinzal- Culzoni.

PUJOL DE ZIZZIAS, I. (2016). Propiedad Horizontal. Sistema y derecho. *SJA* 02/11, 11 - Cita Online: AR/DOC/4500/2016.

PUJOL DE ZIZZIAS, I. y GIL DI PAOLA, J. (2015). Cementerios privados. En *Aplicación Notarial del Código Civil y Comercial*, dir. Por KIPER, C. T. III. Santa Fe: Ed. Rubinzal Culzoni.

PUJOL DE ZIZZIAS, I. y LINARES DE URRUTIGOITY, M. (1996). Dominio fiduciario sobre inmuebles (Calificación registral de los actos de enajenación del fiduciario). *Revista J.A*. 24/04, p.10 y ss.

PUJOL DE ZIZZIAS, I. y LINARES DE URRUTIGOITY, M. (20 al 22 de septiembre de 2001). *Objeto de los derechos reales con especial referencia al derecho real de superficie previsto por el proyecto de Código Civil de la República Argentina unificado con el Código de Comercio redactado por la comisión designada por decreto 685/95.* [Ponencia]. XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil organizadas por las UCES en Bs. As., en el 2001.

PUJOL DE ZIZZIAS, I. y LINARES DE URRUTIGOITY, M. (2002). Consideraciones en torno al derecho real de superficie (conforme al Proyecto de Código Civil de la República Argentina Unificado con el Código de Comercio). *J.A*., I, fascículo n. 3, Lexis Nexis, p. 11. y en *Revista del Notariado* nº864, sec. Doctrina p. 71 y ss. doc 864.

PUJOL DE ZIZZIAS, I. y LINARES DE URRUTI-GOITY, M (25, 26 y 27 de septiembre 2003). *Objeto del derecho de superficie forestal.* [Ponencia]. XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, organizadas por la U N de Rosario y la U C A de Rosario.

PUJOL DE ZIZZIAS, I. y LINARES DE URRUTIGOITY, M. (2008) Contrato y derecho de superficie forestal, En *Derecho de los Contratos*, coord. por PÉREZ HUALDE, F., Bs. As.: Ed. AD-HOC.

QUAGLIATA, P. (1953). *La propiedad horizontal en los registros públicos*; Uruguay: Biblioteca publicaciones oficiales de Uruguay.

RACCIATTI, H. (1958). *Propiedad por pisos o departamentos.* Bs. As.: Ediciones Depalma. 2da. Edición.

RACCIATTI, H. (1994). Obras nuevas y el abuso del derecho en la prop. Horizontal, *LL* 1994-C-484.

Real Academia Española. (2014). *Diccionario de la lengua española.* (23ª ed.).

RENOURD, M. (1860). *Du doit industrial*, París.

REY DE RINESSI, R. (2005). *Cementerios privados. Concepto - Régimen a aplicar a los restos mortales, DPyC-Contratos de servicios* II. Santa Fe: Rubinzal Culzoni. Rev.Nº:2, p. 205 y ss.

REYNA, E. (1993). Derecho real de superficie forestal. *LL*, 1993-B-913.

RIVERA, J. C. (2000). *Instituciones de Derecho Civil*. Bs. As.: Abeledo Perrot, t. II.

RIVERA, S. E. (1997). La accesión invertida como modo de adquirir el derecho de vuelo. *Revista General de Derecho*, T. 639, Valencia Lex, p. 13789

ROCA SASTRE, R. M. y ROCA- SASTRE MUNCUNILL, L, (1979). *Derecho Hipotecario*, III, Barcelona: BOSCH SA.

RODRIGO DE PUBUL MARTÍN, N. S. (1984). La sobreelevación en la propiedad horizontal. *Revista Notarial*, n° 873, pp. 439-440.

ROGEL VIDE, C. (2016). Vuelo, suelo y subsuelo en la propiedad inmueble en el Código Civil Español. *LL*-2016-D-999.

ROMERO, V. M. (20 al 22 de septiembre de 2001). *Derechos reales*. [Ponencia] En XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil – Libro de Ponencias, Buenos Aires: Hammurabi, Depalma Editores.

RONTONDI, M. (1937). *Istituzioni di Diritto Privato.* Cedam Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova.

RUIZ ARANGIO, V. (1952). *Instituciones de derecho romano*. Bs. As.: Depalma.

SAGARNA, F. (1996). *Los transplantes de órganos en el derecho*. Bs. As.: Depalma.

SAGARNA, F. (1997). Daños causados por la energía eléctrica, LL 1997-E-987

SALERMO, M. U. (1994). *Las patentes de invención como instrumento jurídico para la innovación en Derechos Intelectuales*. Bs. As.: Ed. Astrea.

SALOMONI, J. I. (2000). El régimen del dominio público en la República Argentina. Un intento de reconstrucción dogmática, AeDP, Nª14, Bs. As.: Ad. Hoc.

SALOMONI, J. I. (2005). Uso del dominio público en *AA.VV*., Bs. As.: Organización administrativa, función pública y dominio público, RAP.

SALVAT, R. (1946). *Tratado de Derecho Civil*, Tomo IV, Bs. As.: LA LEY.

SALVAT, R. (1961). *Tratado de Derecho Civil Argentino. Derechos reales*, II. Bs. As.: Tipografía Editora Argentina S.A.

SALVAT, R., ROMERO DEL PRADO (1950). *Tratado de derecho Civil Argentino – Derechos Reales*. Buenos Aires: LA LEY, II.

SANDOVAL, C. M. (2007). La Protección Jurídica del Adquirente de Unidades Funcionales y El Fideicomiso Inmobiliario. *LA LEY*, 01/10.

SATANOWSKY, I. (1954). *Derecho intelectual*, T.I., Bs. As: Tipográfica Editora Argentina (TEA).

SCOTTI, E. O. (h). (1985). Publicidad registral de las promesas de transmisión del dominio (boletos de compraventa), *E.D*., 112-817.

SEGOVIA, L. (1933). *Código Civil de la República Argentina con su explicación y crítica bajo forma de notas*, t. II. Bs. As.: Ed. La Facultad Buenos Aires.

SILVA A. V (1954). Voz: *Cosas Principales*, Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo IV. Bs. As.: Bibliográfica Argentina, DRISKILL.

SINGER, J. I. (1981). Los derechos del autor, el registro y la valoración judicial. *LL*, 1981-T C.

SMAYESVSKY, M., PENNA, M. A., BRACAGLIA SOLÁ, A. C. L. (2014), en *Código Civil y Comercial de la Nación*. Comentado, dirigido por Lorenzetti, R. L., Tomo I, Santa Fe: Rubinzal – Culzoni Editores

SMITH, J. C. (1968). Consideraciones sobre la reforma del Código Civil*. LL*, 130- 1032.

SOTO BISQUERT, A. (1971). El derecho de vuelo, *Revista crítica de derecho inmobiliario,* 485 julio-agosto.

SPOTA, A. (1953). *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, T. I, Bs. As. Ed. Depalma.

SPOTA, A. (1981). *Instituciones de Derecho Civil – Contratos*, vol VI, Bs. As. Ed. Depalma Bs. As.

SPOTA, A. (1985). Dominio público sobre las aguas de fuentes. *LL,* 1985-E-156.

SUARES, C. M. (1978). La venta del espacio aéreo. *LA LEY*, t. 1978-B-911.

TOBÍAS, J. (2009). *Derecho de las personas*, Bs. As: LA LEY, N° 68, pp.618 y ss.

TRANCHINI, M. H. (2012). Consideraciones sobre los conjuntos inmobiliarios, tiempo compartido y cementerios privados en el Proyecto de Código Civil y Comercial 2012 ¿Nuevos derechos reales para pocos? *JA*., Número especial 2012-IV-78.

UNESCO. (1949). Bulletín du Droit d´auteur, vol. II, núm. 2-3-, París.

Unidad de Admisión, "Curso de Nivelación para ingreso a la carrera de medicina. Química. Asociación Cooperadora de la Facultad de Ciencias Médicas. Mendoza, 2016.

VALDÉS, H. y ORCHANSKY, B. (1969). *Lecciones de derechos reales*. Córdoba: Ed. Lerner.

VAZQUEZ BOTE, E. (1980). *Estudio de Derecho Civil*. Bs. As.: Universidad.

VAZQUEZ, G. A. (20 al 22 de septiembre de 2001). El objeto de los derechos reales en el Proyecto de Código Civil de 1998, ponencia presentada en las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, organizadas por la UCES en Capital Federal.

VAZQUEZ, G. A. (2012). Propiedad comunitaria indígena en el Proyecto. LL-2012-D-948.

VENTURA-TRAVESET, A. Y GONZÁLEZ (1963). *Derecho de edificación sobre finca ajena y la propiedad horizontal*. Barcelona: Casa Editorial BOSCH SA.

VENTURA-TRAVESET, A. y GONZÁLEZ (1992). *Derecho de propiedad horizontal*, (5:e uppl.). Barcelona: Casa Editorial BOSCH SA.

VERNENGO PRACK, R. E.M. (1981). Invasión del espacio aéreo sobre un bien del dominio público de un edificio objeto de propiedad horizontal, *LL*-1981-C-1.176.

VIDAL ALBARRACÍN, H. (2000). El alcance del concepto de mercadería a los fines del delito de contrabando, *LL*-2000-C-247.

VILLALOBOS DASSEN, V. (1962). *Manual de Derechos Reales*. Buenos Aires: T.E.A.

VILLARÓ, F. P. (1980). *Elementos de Derecho Registral Inmobiliario*. La Plata: Fundación Editora Notarial.

VILLEGAS BASAVILBASO, B. (1936). Restricciones administrativas de la propiedad, *LL*, t. 3, p. 146 y ss.

VON MAYR, R. (1926). *Historia del Derecho Romano I*, Traducido directamente del Alemán por el Prof. Wenceslao Roces de la Universidad de Salamanca., Barcelona: Editorial Labor S.A.

WINISZKY I. (1.946). Transferencia de terreno destinado a ochava y exoneración de derechos de voladizo. *Revista de Derecho y Administración Municipal*, set-oct, p. 725 y ss..

WOLF, M. (1971). *Tratado de Derecho Civil. Derecho de cosas.* ENNECCERUS, L., KIPP, T. y WOLF, M. 3ra edición, Barcelona: Bosch, T III, Vol. I y II.

ZALDIVAR, G. (1977). La venta de aire, del espacio aéreo. El Derecho de Superficie. Los Derechos reales suprimidos. *LL*-1977-D-781. pp. 1287-1301

ZANÓN MASDEU, L. (1964). *La propiedad de casas por pisos*. Barcelona: Ediciones Ariel.

ZURITA, MARTIN I. (2002). El derecho de vuelo y los principios de especialidad y jerarquía normativa. *Estudios de Derecho Inmobiliario Registral* en homenaje al Prof. C Cano Tello, coord. Por Mario Clemente Meoro. T Lo Bianchi. Valencia.

