

3/10/16

EL DERECHO DE DOMINIO EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

(Análisis exegético de los artículos 1941 A 1982 del CCCN)

Por Gabriel B. Ventura*

Título 3: **Dominio**

Capítulo 1: **Disposiciones generales**

1941. Dominio perfecto. El dominio perfecto es el derecho real que otorga todas las facultades de usar, gozar y disponer material y jurídicamente de una cosa, dentro de los límites previstos por la ley. El dominio se presume perfecto hasta que se pruebe lo contrario.

Concordancias y Antecedentes: Código Civil subrogado Arts. 2506; 2523; 2526; 2513;2514; 2515; 3001 y 1071.

El derecho de dominio es el que concede a su titular las más amplias facultades que se pueden tener sobre una cosa: derecho a disponer, usar y gozar de su objeto (*ius abutendi, ius utendi y ius fruendi*); es decir la plenitud de las prerrogativas; lo que los romanos expresaban como *la plena in re potestas*. Estas son las tres facultades básicas del mas importante derecho real, que a la manera de los colores primarios nos permiten en sus combinaciones, ir generando en el espectro jurídico los demás derechos reales. En efecto, se advierte con facilidad que, a medida que van desapareciendo o menguando las dichas prerrogativas, comienzan a aparecer las demás figuras jurídico reales. El usufructo surge, en general, al eliminar o menoscabar la facul-

* Académico de Número de la Academia Nacional de Derecho y C. Sociales de Córdoba. Profesor Titular de Derechos Reales y de Derecho Notarial de la Universidad Nacional de Córdoba. Profesor Titular de Derecho Notarial de la Universidad Católica de Córdoba.

tad de disposición; el uso sólo concede el derecho a usar; la hipoteca implica enajenar parte del *ius abutendi* al acreedor hipotecario, mientras que el *ius utendi* y el *fruendi* permanecen, aunque con menor intensidad, en cabeza del *dominus* hipotecante.

Pero igualmente, en la norma analizada, se hace otro distingo muy apropiado: la facultad de disposición material, como la construcción, demolición, modificación, etc.; y la facultad de disposición jurídica, por ejemplo la transferencia de la cosa, la constitución de gravámenes sobre ella, la cancelación de los dichos gravámenes, etc.

Desde el concepto legal mismo de dominio, la norma analizada con todo acierto declara que, a pesar de ser el derecho real que más prerrogativas concede a su titular, presenta las lógicas limitaciones que hacen a la justicia de todo derecho que, como tal, debe ejercerse en sociedad. Se alude así a los genéricos principios de la buena fe, la moral, las buenas costumbres que, a su vez, nos evocan la doctrina del abuso del derecho, sentada en el art. 1071 del Código de Vélez, modificado por la ley 17.711. Todos estos estándares jurídicos aparecen en el Código Civil y Comercial en el Capítulo 3 del Título Preliminar, artículos 9 al 14 del C.C. y C. de la Nación.

Los límites legales a los que apunta la norma, en materia inmobiliaria están igualmente referidos a las llamadas limitaciones al dominio, reguladas en los arts. 1970 al 1982.

Conviene recordar aquí la crítica que se hacía al concepto de dominio esbozado en el art. 2506 del Código derogado. Allí Vélez, estimamos que para evitar manifestarse tan liberal, no expresaba la total amplitud de facultades que el dominio genera; aparecía su concepto como trunco, sin determinar que se trataba de la máxima manifestación de derecho real. Por ello decía el viejo art. 2506 que “El dominio es el derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y a la acción de una persona”. Como puede advertirse este concepto así, sin destacar la plena amplitud de la figura, quedaba como abarcando también al usufructo, y en alguna medida también al uso. No ocurre ahora con la nueva norma que clarifica y perfila adecuadamente la máxima expresión del derecho real, como lo es el dominio. Este concepto evita al mismo tiempo, tener que mencionar de manera expresa que el *dominus* tiene la facultad de usar, gozar y disponer, mediante enumeraciones como

las que figuraban en los arts. 2513, 2514 y 2515 del Código de Vélez que, evidentemente, procuraban terminar de enmarcar el incompleto concepto.

La parte final de la norma consagra la presunción de plenitud, que aparecía en la vieja norma del art. 2523 del Código de Vélez, así como en algunas normas aisladas, como la del artículo 3011 en materia de servidumbres.

1942. Perpetuidad. El dominio es perpetuo. No tiene límite en el tiempo y subsiste con independencia de su ejercicio. No se extingue aunque el dueño no ejerza sus facultades, o las ejerza otro, excepto que éste adquiriera el dominio por prescripción adquisitiva.

Concordancias y Antecedentes: Código Civil subrogado 2510; 2606; 4015 y 4016.

La perpetuidad del dominio no significa que necesariamente el dominio permanece eternamente, sino que no se pierde por el no uso; o, dicho en otras palabras, no caduca por no ejercerse. No obstante, es menester destacar que la perpetuidad no constituye un carácter esencial (Gatti, Edmundo; “Propiedad y dominio”, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As. Pág. 76-77). Perfectamente podría determinarse su caducidad por el no uso, en un lapso determinado, tal como lo hemos propuesto en alguna oportunidad (Ver Ventura, Gabriel B. y Moisset de Espanés, Luis; “El dominio caducable: Solución al problema del saneamiento de títulos”, JA, 2001, Fasc 6257).

El Código Civil Peruano de 1984, en su art. 968, inc. 4, prevé el supuesto de la caducidad dominial; pero esta norma ha sido declarada inconstitucional en diversos pronunciamientos, por lo que, a pesar de la trascendencia del pronunciamiento legal y de no haber sido derogada, podemos concluir que ha caído en desuso.

1943. Exclusividad. El dominio es exclusivo y no puede tener más de un titular. Quien adquiere la cosa por un título, no puede en adelante adquirirla por otro, si no es por lo que falta al título.

Concordancias y Antecedentes: Código Civil subrogado Art. 2508; 2509 y 2516.

Aunque no se advierta fácilmente, el nuevo Código adopta la postura de considerar que el dominio y el condominio son figuras jurídico reales diferentes. La cuestión ya había suscitado debate doctrinario entre quienes sostenían que el condominio constituía un derecho real autónomo y no podía ser una manifestación particular del dominio, dado que la esencial exclusividad de éste, impedía la titularidad compartida (Véanse, entre otros, Lafaille, Héctor; “Tratado de los Derechos Reales”, Ed. Ediar, Bs.As. 1944, Tomo II, pág. 202. Musto, Néstor J; “Derechos Reales”, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1983, Tomo II, pág. 377-378); mientras que para otro sector de la doctrina, entre quienes nos encontramos, el hecho de compartir la titularidad activa de un derecho no necesariamente altera su naturaleza jurídica (Salvat, Raymundo M. “Tratado de Derecho Civil Argentino, 5ta. Ed. TEA, Bs.As. 1959, T III, pág. 9. Mariani de Vidal, Marina; “Curso de Derechos Reales”, 4ta. Ed. Zavalía, Bs.As. 1997, Tomo 2, pág. 115-116). Así podremos ver cotitularidad en el usufructo, en el uso y habitación, en las servidumbres activas; pero a nadie se le podría ocurrir asignar diferente régimen a cada figura por el sólo hecho de la pluralidad de sujetos activos.

En el nuevo Código puede advertirse sutilmente la adopción de la primera postura, por la mención que se hace del derecho de dominio y del condominio, separada en dos incisos, a y b, al enumerar los derechos reales en el art. 1887. El viejo Código de Vélez, en cambio, se refería a ambas figuras de manera conjunta en el inc. 1 del art. 2503.

La adopción de esa tesitura repercute en la norma anotada, pues ya no se expresa en el concepto de exclusividad, como lo hacía el art. 2508 del Código de Vélez, la posibilidad de haber varios titulares por partes alícuotas.

La segunda parte de la norma, que reitera el pronunciamiento del art. 2509 del viejo Código, impide la adquisición más de una vez de un mismo derecho por un mismo sujeto. Aunque parezca extraña la posibilidad del planteo real que se pretende evitar con el dispositivo, hemos visto reiteradas veces su aplicación; sobre todo en el ámbito registral. En efecto cuando a uno de los herederos se le ha adjudicado en sede

judicial, dentro del proceso sucesorio, un inmueble del acervo, no podrá luego mediante una adjudicación extrajudicial, en sede notarial (Viejo art. 3462 de C. de Vélez y nuevo art. 2369), adjudicarse nuevamente el bien.

Distinto sería el supuesto en que el propietario de una parte material de un inmueble, complete el dominio sobre la totalidad de la parcela mediante usucapión; pues en tal caso, como reza la norma, no se readquiere el mismo objeto, sino sólo la porción que faltaba en el primer título.

1944. Facultad de exclusión. El dominio es excluyente. El dueño puede excluir a extraños del uso, goce o disposición de la cosa, remover por propia autoridad los objetos puestos en ella, y encerrar sus inmuebles con muros, cercos o fosos, sujetándose a las normas locales.

Concordancias y Antecedentes: Código Civil subrogado Arts. 2516 y 2517.

Consecuencia de la exclusividad determinada en la norma anterior, tal como lo hacía el viejo Código de Vélez en el art. 2516, la nueva ley genera al propietario la facultad correlativa de exclusión, para el eventual supuesto del desconocimiento del derecho por otras personas. Por ello el titular del derecho puede, de manera preventiva encerrar sus inmuebles a los fines de impedir el ingreso de extraños; colocar vallas y defensas de todo tipo, mientras resulten jurídicamente permitidas. Igualmente, en los casos en que la invasión ya se haya producido, puede remover *motu proprio* los objetos que se hayan introducido en sus inmuebles.

1945. **Extensión.** El dominio de una cosa comprende los objetos que forman un todo con ella o son sus accesorios.

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

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

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

Concordancias y Antecedentes: Código Civil subrogado 2518; 2519 y 2520.

El primer párrafo de este artículo genera todos los efectos que le siguen. En efecto, por aplicación del proloquio romano *“accessorium sequitur sum principale”* (Lo accesorio sigue la suerte de lo principal), la norma consagra en materia de dominio el llamado principio de accesoriedad, por el cual todo lo que sea accesorio del objeto del derecho de dominio, un complemento por adherencia natural o artificial, acompañará la titularidad de este. La misma norma exceptúa de este principio lo que sea objeto de los derechos reales de propiedad horizontal y superficie que forman una propiedad diferente a la que corresponde al suelo.

La norma no hace más que una coherente aplicación del principio rector consagrado en el mismo Código en el art. 230 (copia textual del art. 2328 del Código de Vélez) que define como cosas accesorias a *“...aquellas cuya existencia y naturaleza son determinadas por otra cosa de la cual dependen o a la cual están adheridas...”*.

Corresponde aclarar que no es un pronunciamiento trivial, pues tendrá un importante efecto práctico; por ejemplo en cualquier transferencia del dominio por el contrato que fuere, la descripción de la cosa objeto del derecho, aun sin referencia expresa, incluirá también los accesorios de ésta.

Consecuencia de lo expresado en el primer párrafo, aparece en la misma norma el llamado principio de verticalidad típico del dominio de inmuebles. Este derecho se extiende, en líneas perpendiculares, desde el subsuelo hasta el espacio aéreo en lo que fuere utilizable. A este respecto los glosadores enseñaban que el dominio de inmuebles abarcaba *“desde los cielos hasta los infiernos”*, utopía que obviamente cede ante el más superficial análisis, por ello el acotamiento lógico de la norma: *“en la medida en que su aprovechamiento sea posible”*.

Las normas especiales mencionadas por el dispositivo y que plantean excepción al sentado principio de verticalidad, pueden provenir tanto del mismo Código Civil Unificado, por ejemplo el tesoro descubierto casualmente en predio ajeno, que pertenecerá en mitades iguales al dueño del inmueble y al descubridor (art. 1952 de

este mismo Código Civil y Comercial); o de otras leyes como el art. 11 del Código de Minería que expresamente determina que “*Las minas forman una propiedad distinta de la del terreno en que se encuentran...*”. En el Código de Vélez se ejemplificaba con estas dos excepciones que se encontraban expresamente mencionadas en el art. 2518 que preveía la verticalidad.

En cuanto a la presunción *iuris tantum* de haber sido hechas por el propietario todas las construcciones, siembras o plantaciones existentes en el inmueble, se ha mejorado la norma de Vélez (art. 2519); pues éste presumía también la propiedad, lo que no es correcto, ya que la propiedad lisa y llanamente corresponde al propietario del terreno y no hay en tal sentido presunción alguna. Lo que sí se presume es que fueron realizadas por el dueño del suelo, que no es lo mismo. Luego si alguno quisiera utilizar la figura de la edificación, siembra o plantación en suelo ajeno para exigir el reintegro de gastos o la indemnización del mayor valor, prevista en el art. 1962, deberá probar que él ha realizado las tales mejoras.

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

Concordancias y Antecedentes: Código Civil subrogado Arts. 2507 y 2661.

Cuando se encuentran limitadas algunas de las facultades típicas del dominio (*ius utendi, fruendi o abutendi*) o se encuentra sometido a una causal de revocación, el dominio pasa a ser menos pleno o imperfecto. En esta primera norma se anuncia la distinción entre el dominio perfecto y el imperfecto, tal como lo hacía el Código de Vélez en el art. 2507, y luego se dedica expresamente a ella a partir del art. 1964.

Esta modalidad del dominio se encuentra prevista al reglamentarse los derechos reales desmembrados y los de garantía: superficie (art. 2141); usufructo (art. 2129); uso (art. 2154); habitación (art. 2158); servidumbres (art. 2162); superficie; hipoteca (art. 2205); anticresis (art. 2212) y prenda (art. 2219). Igualmente aparece esta clase de dominio frente a alguna previsión contractual de revocabilidad o ante el dominio fiduciario; todo lo que se regula, como habíamos expresado, salvo el domi-

nio fiduciario, a partir del art. 1964, por lo que nos ocuparemos de esas normas en su oportunidad.

Corresponde aclarar que lamentablemente, por una mala metodología usada en el nuevo Código, el dominio fiduciario fue a parar junto a la regulación del contrato de fideicomiso, lo que constituye un reprochable error que resiste todo argumento defensivo. Así es, en efecto, con total desparpajo, el legislador bajo el título “Dominio fiduciario”, se refiere al derecho real en siete normas que aparecen asombrosamente desubicadas entre los contratos que lo generan. Es como si el derecho real de dominio pleno apareciese regulado luego del contrato de compraventa; que sería en la gran mayoría de los casos, su causa generadora.

Capítulo 2: **Modos especiales de adquisición del dominio**

Sección 1: **Apropiación**

1947. Apropiación. El dominio de las cosas muebles no registrables sin dueño, se adquiere por apropiación.

a) son susceptibles de apropiación:

i) las cosas abandonadas;

ii) los animales que son el objeto de la caza y de la pesca;

iii) el agua pluvial que caiga en lugares públicos o corra por ellos;

b) no son susceptibles de apropiación:

i) las cosas perdidas. Si la cosa es de algún valor, se presume que es perdida, excepto prueba en contrario;

ii) los animales domésticos, aunque escapen e ingresen en inmueble ajeno;

iii) los animales domesticados, mientras el dueño no desista de perseguirlos. Si emigran y se habitúan a vivir en otro inmueble, pertenecen al dueño de éste, si no empleó artificios para atraerlos;

iv) los tesoros.

Concordancias y Antecedentes: Código Civil subrogado Art. 2343; 2527; 2528; 2530; 2541; 2544; 2545; 2551; 2607 y 2636.

La norma efectúa primero una apreciación técnica general sobre la apropiación y de los objetos que son susceptibles de apropiarse: Cosas no registrables, sin dueño. Si la cosa fuera registrable aparecería en la constancia el supuesto dueño, por lo que la obviedad de la norma resulta clara. Sin embargo no aparece así la situación en la que, siendo la cosa registrable, no se halle aún registrada. Estimamos que en tales supuestos, la literalidad de la norma nos da la respuesta. Bastará pues con que la cosa admita esa potencialidad para que resulte no apropiable, puesto que el fundamento del legislador ha sido impedir que la sola situación de hecho arraigue un dominio que exige otra formalidad más que la simple aprehensión.

En cuanto a las cosas sin dueño, se incluirán en el concepto, tanto las sin dueño propiamente dichas (*res nullius*), como las cosas abandonadas (*res derelictae*). Estas últimas habrán tenido un dominio anterior, pero su propietario desistió de su derecho voluntariamente e hizo abandono de la misma.

Lamentablemente la nueva norma no aclara que el abandono debe ser hecho por su dueño, tal como lo hacía el Código de Vélez en los artículos 2526 y 2529 del viejo Código; pues bien puede ocurrir, y de hecho ocurre con frecuencia, que el ladrón perseguido abandona la cosa robada o hurtada. Es menester distinguir esta situación de la del verdadero abandono que exige, si se nos permite la expresión, una cierta legitimación: debe ser el propietario quien la abandone, de lo contrario, si lo es por un simple poseedor no propietario, la cosa será perdida no abandonada y, como tal, quedará inmersa en la regulación de los artículos 1955 y 1956.

La nueva norma, tal como ocurría con las derogadas, al referirse a las cosas abandonadas, genera la presunción "*iuris tantum*" de ser perdidas y no abandonadas cuando fueren de "algún valor"; pero no se dan precisiones respecto a qué valor deberían tener para presumirse perdidas, dejando así su determinación a la subjetividad del hallador o, en su caso, a la decisión judicial. A este respecto recordamos la lógica del Maestro Díaz Reyna (Díaz Reyna, Emilio; en sus clases) cuando buscando precisar el monto aludido tan lacónicamente por la norma, sostenía que el valor de la cosa para presumirse perdida y no abandonada, debía ser tal que tolerara los gastos que la ley obliga a efectuar a su hallador, incluida la debida recompensa referida en el art. 1956.

En atención a estos principios rectores, la enumeración del dispositivo no es más que el resultado de su lógica aplicación, procurando perfilar y ajustar el modo de adquirir mediante ejemplos y algunos casos puntuales.

No puede negarse que se ha mejorado la metodología de Vélez en este punto, ya que puede advertirse, correlacionando la nueva norma con las anteriores, que se ha hecho un especial esfuerzo para unificar en un solo dispositivo todos los artículos dispersos que dificultaban en alguna medida su estudio sistemático.

1948. **Caza.** El animal salvaje o el domesticado que recupera su libertad natural, pertenece al cazador cuando lo toma o cae en su trampa. Mientras el cazador no desista de perseguir al animal que hirió tiene derecho a la presa, aunque otro la tome o caiga en su trampa.

Pertenece al dueño del inmueble el animal cazado en él sin su autorización expresa o tácita.

Concordancias y Antecedentes: Código Civil subrogado 2540; 2541; 2542; 2543; 2544 y 2549.

La norma regula la caza como modo originario de adquirir el dominio de muebles sin dueño; y lo hace con idéntico criterio que lo hacía el Código de Vélez, con la diferencia de que en vez de referirse a los animales objeto de la caza como bravíos o salvajes, lo hace como salvajes o domesticados, lo que denota que se toma la clasificación que a estos fines efectuaba Freitas que distinguía animales salvajes, domésticos y domesticados asignándoles a cada uno un régimen especial y diferenciado. (Ver Mariani de Vidal, Marina; “Curso de Derechos Reales”, 4ta. Ed. Zavalía, Bs. As. 1997, Tomo 1, pág. 303 a 305). El domesticado es el animal salvaje que se ha acostumbrado a vivir en compañía de los hombres. Éste, una vez que recupera su antigua libertad vuelve al estado de bravío o salvaje, en razón de lo cual, tal como reza la norma analizada, recupera su carácter apropiable (Lafaille, Héctor; “Tratado de los Derechos Reales”, Ed. Ediar, Bs.As. 1943, Tomo I, pág. 458).

Se han conservado, en lo básico, los principios del Código derogado. Así, cuando el animal ha sido herido por el cazador se ha producido ya la apropiación del

mismo, siempre que vaya en su persecución y no desista de ello, pues si lo hace el animal vuelve a ser apropiable. En cuanto a los lugares en donde es factible la caza, aunque la norma no lo diga expresamente, surge del dispositivo que sólo puede cazarse en inmueble propio, o en inmueble ajeno con autorización del dueño; si el cazador no hubiere estado autorizado, la presa pertenecerá al dueño del inmueble. Lo que no queda precisado en la norma, aspecto que regulaba expresamente el Código de Vélez (art. 2542), es que también estaría permitida la caza en inmueble ajeno cuando éste no estuviere cercado, plantado o cultivado. Estimamos que la permisión continúa a pesar de la supresión de la norma, y ello por una cuestión puramente fáctica: la imposibilidad de percibir *prima facie* la propiedad ajena. Si el dueño del inmueble no lo ha cercado, cultivado o plantado, da pie a suponer, al menos de momento, el abandono del mismo. Imaginamos que no es lo mismo para el cazador, en el entusiasmo de su afición, ir en pos de su presa a campo traviesa en total libertad, que toparse con un cerco que limita su paso, o advertir que está sembrado o plantado el suelo que pisa.

Corresponde precisar que en la doctrina elaborada en torno al Código derogado, Lafaille parecía exigir siempre la autorización del dueño, aun cuando el inmueble no estuviere cercado, sembrado ni plantado. (Lafaille, Héctor; “Tratado de los Derechos Reales”, Ed. Ediar, Bs.As. 1943, Tomo I, pág. 458, 459). De nuestra parte advertimos sin embargo, que el dispositivo derogado (2542) jamás pudo referirse a la autorización, ya que sería absurdo pensar que el dueño permitiría tal actividad en su terreno sembrado o plantado. Evidentemente el dispositivo del viejo Código, en combinación con el art. 2543, sólo exige autorización cuando está cercado, sembrado o plantado, razón por la que el cazador hace suya la presa, si el inmueble no estuviere en tal estado, aun cuando no contare con la referida autorización.

1949.- Pesca. Quien pesca en aguas de uso público, o está autorizado para pescar en otras aguas, adquiere el dominio de la especie acuática que captura o extrae de su medio natural.

Concordancias y Antecedentes: Código Civil subrogado 2343; 2527; 2547; 2548; 2549 y Ley 24922.

El único aporte que efectúa esta norma, frente al pronunciamiento general que ya efectúa el art. 1947, es el lugar apto para la pesca y el instante en que se produce la adquisición, tal como lo hacía el Código de Vélez en los arts. 2547 y 2548. Sólo que las viejas normas aludían, como el momento de adquisición, al acto de “tomar el pez” o cuando éste hubiere “caído en sus redes”. El nuevo dispositivo, en cambio, se refiere al instante adquisitivo como “captura” o “extracción del medio natural”. Destacamos también la expresión “especie acuática” con la que se intenta abarcar también los demás animales que pueden ser objeto de la pesca y que habrían quedado fuera en las normas de Vélez. Ya Lafaille aclaraba que aunque las normas aludían a peces, el concepto se extendía también a otros animales: los moluscos, crustáceos y hasta a ciertos mamíferos acuáticos como las ballenas, cachalotes y los cetáceos en general. (Lafaille, Héctor; “Tratado de los Derechos Reales”, Ed. Ediar, Bs.As. 1943, Tomo I, pág. 462). Pero no podemos dejar de resaltar, como bien aclara Areán, que la nueva expresión (“especie acuática”) incluiría también, sin quererlo, las plantas acuáticas o hidrófilas, por lo que los términos legales no serían adecuados a la verdadera pesca en sentido técnico. (Areán, Beatriz; “Código Civil y Comercial de la Nación”, Ed. Hammurabi, Bs.As. 2014, nota al art. 1949).

1950.- Enjambres. El dueño de un enjambre puede seguirlo a través de inmuebles ajenos, pero debe indemnizar el daño que cause. Si no lo persigue o cesa en su intento, el enjambre pertenece a quien lo tome. Cuando se incorpora a otro enjambre, es del dueño de éste.

Concordancias y Antecedentes: Código Civil subrogado 2343; 2545 y 2546.

Los enjambres, como conjunto de animales salvajes, son también susceptibles de apropiación, tal como lo expresaba directamente el viejo Código en su art. 2343 inc. 2º. Se considerarán domesticados cuando adquieren el hábito de volver al lugar en que el dueño había emplazado la colmena. En el nuevo Código si bien no hay alusión expresa, aparece sí la mención genérica de la posibilidad de apropiación de los

enjambres en el art. 1947, y también surge de la segunda parte de esta norma la imposibilidad de apropiársela cuando el dueño vaya en seguimiento. Como en el intento de recuperar su enjambre el dueño podría llegar a ocasionar daños a los propietarios de los inmuebles por donde pasare, la norma obliga a su reparación. En el viejo Código, en cambio, el dueño del enjambre, cuando el inmueble en donde se hubiere posado estuviere cultivado, sólo podía ingresar mediante previa autorización del propietario.

Sección 2: Adquisición de un tesoro

1951.- Tesoro. Es tesoro toda cosa mueble de valor, sin dueño conocido, oculta en otra cosa mueble o inmueble. No lo es la cosa de dominio público, ni la que se encuentra en una sepultura de restos humanos mientras subsiste esa afectación.

Concordancias y Antecedentes: Código Civil subrogado 2343, inc.5; 2551; 2565 y Ley 25.743 de 2003.

En el nuevo Código no hay un pronunciamiento expreso que califique el tesoro como modo de adquirir, como sí lo contenía el Código de Vélez en el art. 2550 (“El que hallare un tesoro ocultado o enterrado, en casa o fundo propio, adquiere el dominio de él”) y en el art. 2343 inc.5°, pero surge con claridad esa naturaleza de las cuatro normas que lo regulan. Por otra parte, debe remarcarse que el tesoro, tanto en las viejas normas, como en el nuevo Código, aparece como una excepción al principio de verticalidad típico del derecho real de dominio, sentado en el art. 1945 del Código Civil y Comercial de la Nación (2518 del Código de Vélez). Por ello sólo será propiedad del dueño del inmueble en tanto él mismo sea su descubridor, caso contrario deberá compartir con éste, la mitad del tesoro.

Se reiteran en el nuevo dispositivo las características generales del tesoro: 1) recae sobre cosa mueble; 2) debe estar oculto; 3) no debe tener dueño conocido.

Hay sin embargo tres novedades en su concepto que merecen ser apreciados particularmente: 1) Para ser tesoro la cosa debe ser de valor; 2) No sólo podrá estar

oculta en un inmueble, sino que también se prevé que pueda estarlo en un mueble; 3) Por último, quedan fuera del concepto las cosas muebles del dominio público.

La vieja norma del Código de Vélez no aludía al valor, aunque la doctrina en unanimidad consideraba necesaria esta característica, puesto que si carece de valor su hallazgo no generará conflicto jurídico alguno.

En cuanto a la eventualidad de que el tesoro pueda descubrirse también en una cosa mueble, el viejo Código vedaba esta posibilidad, pues la norma del 2551 expresamente aludía sólo a “oculto o enterrado en un inmueble”. Como curiosidad de la imprevisión normativa de la vieja ley, el Maestro Lafaille, en su tratado, menciona el especial caso producido en 1937, cuando “(...) un obrero encontró en un mueble perteneciente a la Universidad Nacional de Córdoba, valores considerables en efectivo, que entregó a las autoridades de aquella. No han faltado pordioseros que dejasen una fortuna en las costuras de sus ropas o en el interior de un colchón; todo lo cual puede pasar inadvertido y convertirse en *tesoro*, dentro de la exégesis legal. No es diversa la condición jurídica de los billetes de banco, dejados en el interior de los libros”. Atendiendo pues a estas posibilidades, la nueva norma, estimamos que con todo acierto, contempla la posibilidad del tesoro oculto en cosa mueble.

Otra novedad del nuevo dispositivo, como adelantamos, es que encaja más armónicamente con el resto de la normativa; pues niega la posibilidad de considerar tesoro las cosas muebles del dominio público, razón por la cual no entran en su objeto los documentos oficiales del Estado, ni las ruinas o yacimientos arqueológicos y paleontológicos, previstas ambas categorías como bienes muebles del dominio público en el art. 235, incisos g y h. Téngase presente que ya al viejo art. 2340 del Código de Vélez se le habían agregado los dos idénticos incisos que aparecen ahora en el nuevo 235, y en los cuales se contemplaban también los documentos oficiales del Estado y los yacimiento arqueológicos, en razón de lo cual resultaba incoherente la regulación del tesoro cuando lo descubierto encajara en esas categorías. Pues en tales casos no debía considerarse tesoro.

Debemos tener en cuenta además que una ley especial, la 25.743 de 2003, que no ha sido derogada por la sanción del nuevo Código, llamada de “Protección del patrimonio arqueológico y paleontológico”, amén de brindar protección expresa a

esta especie de dominio público, limita y restringe el dominio particular de los inmuebles en los que se hallaren (art. 35 a 37 de la ley 25.743).

El nuevo concepto legal de tesoro, con una mejora técnica en su redacción, evita pronunciarse sobre su creación antigua o reciente, con lo cual, al no hacerse el distingo en la nueva norma, el sentido sigue siendo el mismo. En definitiva, tanto en el viejo Código como en la norma comentada, no importa a los fines de atribuir el carácter de tesoro, que haya sido emplazado u ocultado antigua o recientemente.

Corresponde destacar, a propósito de la intrascendencia legal del momento del ocultamiento del tesoro, que también desaparece del nuevo Código la presunción de propiedad a favor del dueño del predio, de los objetos de reciente origen, sentada en el viejo art. 2565, cuando el propietario hubiere fallecido en la casa que hacía parte del inmueble en que se hallaren. En cierta forma este dispositivo constituía una excepción a la posibilidad de considerar tesoro a los que fueren de creación reciente. No obstante no creemos que el caso escape ahora a la posibilidad de reivindicación de cosa mueble prevista en el art. 2252 del nuevo Código.

La última parte de la norma analizada procura desincentivar la profanación de tumbas, pues, tal como estaba en el Código de Vélez (art. 2551), no son tesoro los elementos que se encuentren en una sepultura de restos humanos mientras subsiste esa afectación.

1952.- Descubrimiento de un tesoro. Es descubridor del tesoro el primero que lo hace visible, aunque no sepa que es un tesoro. El hallazgo debe ser casual. Sólo tienen derecho a buscar tesoro en objeto ajeno los titulares de derechos reales que se ejercen por la posesión, con excepción de la prenda.

Concordancias y Antecedentes: Código Civil subrogado 2552; 2554 y 2561.

Tal como lo hacía el Código de Vélez, será descubridor de tesoro “el primero que lo haga visible”, aun cuando no se hubiere dado cuenta de su hallazgo.

En general, tal como ocurría con las normas derogadas, no hay una metodología clara en la regulación respecto al hallazgo. Adviértase que en el afán de la nue-

va ley por dejar sentados los principios básicos de la figura en una sola norma, aparece un pronunciamiento general: el “hallazgo casual” como aplicable en todos los casos, cuando en realidad esta exigencia lo es sólo para los terceros ajenos a la propiedad de la cosa en la que se encuentra el tesoro. El propietario del inmueble pues, y ahora también del mueble, en que se hallare el objeto de valor, puede encaminarse expresamente a la búsqueda del tesoro, tal como reza la misma norma en su parte final.

La norma sólo adjudica derecho a búsqueda de tesoro a los titulares de derechos reales que se ejercen por la posesión, expresión que nos remite al art. 1891 de este Código, en la que el legislador clasifica con ese fundamento a los derechos reales. Se sienta la regla general que determina que todos los derechos reales se ejercen por la posesión, con excepción de la hipoteca y algunas servidumbres.

Con este criterio decimos que podrán buscar tesoro los titulares de los derechos reales de dominio, condominio, usufructo, servidumbres, propiedad horizontal, conjuntos inmobiliarios y todos los demás enumerados en el art. 1887, salvo la hipoteca. La confusa redacción del art. 1891 podría inducirnos a creer excluidos a los titulares de las servidumbres activas, pero creemos que, mientras éstos se encuentren en contacto con la cosa y con facultades para poseer (ejercer actos posesorios según el art. 1928 de este Código) tendrán igualmente derecho a buscar tesoro en la fracción afectada. Obviamente cuando adjudicamos el derecho a la búsqueda en las figuras más complejas, como la propiedad horizontal o los conjuntos inmobiliarios, nos referimos a las partes privativas de sus respectivos titulares y no a los sectores o cosas comunes. Respecto de éstas, habrá que estarse a las circunstancias concretas de cada caso; por ejemplo, ningún copropietario podría sentirse con derecho a romper el revoque del palier de entrada del edificio, o socavar en el parque de un conjunto inmobiliario en la búsqueda de un tesoro. Pero en algunas circunstancias concretas, como patios comunes anexados a las viviendas, en los que el acceso sea relativamente privativo del titular, no creemos que pueda privársele de ese derecho.

La exclusión de la prenda aparecida al final de la norma nos merece un especial comentario. En primer lugar porque sólo se debe estar aludiendo a la prenda sin registro, en la que hay entrega de la cosa al acreedor, ya que en la prenda con registro prevista en el art. 2220 del Código Civil y Comercial, el acreedor titular del derecho

ni siquiera tiene acceso físico a la cosa como para encarar la búsqueda de tesoro alguno; no se trata pues de derecho que se ejerce por la posesión. Pero en la prenda sin registro, en la que el acreedor sí tiene acceso o contacto con la cosa (relación real, o relación de poder conforme a la nueva terminología exigida en el nuevo Código en los arts. 1908 y ss), perfectamente podría darse la aparición de un tesoro. Es a ese respecto que la norma le veda la posibilidad de búsqueda al acreedor; él no puede dedicarse a manipular ni tocar ni usar la cosa. Sólo puede acceder a su contacto físico en tanto ello fuera consecuencia del cuidado y mantenimiento del objeto dado en prenda.

Sin embargo el intérprete desprevenido puede llegar a concluir que el titular del derecho de prenda sin registro no puede resultar descubridor de tesoro en el mismo objeto dado en prenda. Por eso es necesario destacar que la norma sólo veda la búsqueda expresa, pero no impide el hallazgo casual. Podría ocurrir que al manipular la cosa prendada, tan sólo para su depósito o cuidado, al efectuarse esos movimientos quedara al descubierto o cayere un objeto de valor que podría haber sido allí ocultado. Como puede apreciarse es perfectamente factible el hallazgo casual de un tesoro oculto en una cosa dada en prenda.

Finalmente advertimos que ni en el viejo ni en el nuevo Código, está contemplado el supuesto en que alguien halla un tesoro pero sin que de su parte haya habido actividad alguna, ni casual ni expresa. Imaginemos que por erosión eólica o pluvial un viejo cofre que contiene valiosas joyas queda parcialmente descubierto. Un transeúnte lo descubre, o más propiamente, lo advierte. Él no ha realizado actividad alguna para “hacerlo visible”, como exige la norma para ser “descubridor”; en razón de lo cual el supuesto puede confundirse fácilmente con la cosa perdida (art. 1955 y 1956 C.C. y C.). Estimamos que esta situación debería tener una contemplación expresa.

1953.- Derechos del descubridor. Si el tesoro es descubierto en una cosa propia, el tesoro pertenece al dueño en su totalidad. Si es parcialmente propia, le corresponde la mitad como descubridor y, sobre la otra mitad, la proporción que tiene en la titularidad sobre la cosa.

Si el tesoro es descubierto casualmente en una cosa ajena, pertenece por mitades al descubridor y al dueño de la cosa donde se halló.

Los derechos del descubridor no pueden invocarse por la persona a la cual el dueño de la cosa le encarga buscar un tesoro determinado, ni por quien busca sin su autorización. Pueden ser invocados si al hallador simplemente se le advierte sobre la mera posibilidad de encontrar un tesoro.

Concordancias y Antecedentes: Código Civil subrogado 2550; 2556; 2557; 2561; 2562 y 2563.

El tesoro pertenecerá en un cincuenta por ciento al dueño del suelo y el otro cincuenta por ciento será propiedad del descubridor. Ello obliga a una conducta expresamente reglamentada por las normas que estamos analizando; y si alguna de las partes no siguiere sus mandatos cometerá estafa, pues si bien las normas civiles no califican la actitud de quien toma para sí la parte que no le corresponde del tesoro, si lo hace en cambio el art. 175 del Código Penal, inc.1 que así la tipifica.

El tesoro sólo puede buscarse en cosa total o parcialmente propia, pues si se hallare en cosa ajena, sólo se concederá derecho a la mitad del mismo si hubiere sido casual. Esta solución se aplicará aun en los casos en que el hallador fuere un intruso, tal como estaba previsto de manera más directa en el art. 2563 del viejo Código.

Asimismo, tal como en las normas derogadas, aparece la utópica posibilidad de que el descubridor haya requerido autorización del propietario para buscar un tesoro en la cosa. Esta situación es absolutamente ilusoria. En efecto, no creemos que el propietario de la cosa resigne graciosamente la mitad del tesoro a favor del solicitante, accediendo a la mentada autorización. Es de imaginar que el dueño de la cosa, enterado de la posibilidad de la existencia del tesoro, preferirá encarar el mismo su búsqueda, sea de manera directa, sea encargándosela a otros, como se prevé en el tercer párrafo del art. 1953 de este Código. De esta manera tomaría para sí también la parte del tesoro que hubiera correspondido al descubridor.

Si bien las nuevas normas sancionan a quien busca tesoro en cosa ajena sin autorización del dueño, negándole derecho al tesoro (art. 1953, 3º párrafo), no se determina en cambio de manera expresa, como sí lo hacía el viejo art. 2561 del Có-

digo derogado, que en tal caso el tesoro pertenecerá en su totalidad al dueño de la cosa en que se hallare. Sin dudas a esta solución se llegará igualmente, sea por aplicación del principio de accesión (art. 1945, 2º párrafo), sea apelando a las fuentes de las normas, entre las que aparecerá el viejo art. 2561 del Código de Vélez que así lo expresaba. No podemos extendernos demasiado en el análisis de esta situación; pero la verdad es que dudamos de la justicia de ese pronunciamiento. Adviértase que quien conoce de la posibilidad de existencia de un tesoro en predio ajeno, se encuentra sin oportunidad de obtener alguna prerrogativa por el aporte, económico o cultural, que implica la incorporación al mundo consciente del objeto descubierto. En efecto, si solicita la autorización, tal como lo expresamos más arriba, lo más probable es que el dueño se la niegue; y si se empeña en una búsqueda sin su autorización, perderá luego todo derecho sobre el tesoro, lográndose sólo un enriquecimiento gracioso del propietario de la cosa. Debería regularse más adecuadamente el supuesto; que por otra parte estimamos era el verdadero propósito de la vieja norma del 2553 del Código de Vélez. En efecto, siempre hemos sostenido en nuestras clases, que la vieja norma del art. 2553 del viejo Código, ha sido mal interpretada por la doctrina como reivindicación de tesoro, cuando en realidad apuntaba a lo que desarrollamos en el texto. La reivindicación mal vista en la norma, no dejaba de ser una simple reivindicación de cosa mueble contemplada así en las partes pertinentes de ambos cuerpos legales (art. 2759 del Código de Vélez y 2252 del nuevo Código), no tenía pues sentido otra aparición del supuesto en la regulación de tesoro. Como es obvio esa mala interpretación repercutió en la nueva norma del 1954 de este Código, alejándola aún más de una correcta contemplación del supuesto. (Ver sobre la que consideramos incorrecta interpretación Lafaille, Héctor; “Tratado de los Derechos Reales”, Ed. Ediar, Bs.As. 1943, Tomo I, pág. 474. Salvat, Raymundo M. “Tratado de Derecho Civil Argentino – Derechos Reales”, Ed. TEA, Bs.As. 1962, Tomo II, pág. 132).

Ni en el viejo Código, ni en el nuevo, está contemplado el supuesto en que alguien halla un tesoro pero sin que de su parte haya habido actividad alguna, ni casual ni expresa. Imaginemos que por erosión eólica o pluvial un viejo cofre que contiene valiosas joyas queda parcialmente descubierto. Un transeúnte lo descubre, o más propiamente, lo advierte. Él no ha realizado actividad alguna para “hacerlo visi-

ble”, como exige la norma para ser “descubridor”. Pues bien este supuesto que no está contemplado, difiere parcialmente del previsto por el legislador, y puede llegar a producir algunos conflictos. Estimamos que en tal caso el “descubridor” sería el primero que lo vio.

1954.- Búsqueda por el propietario de un tesoro. Cuando alguien pretende que tiene un tesoro que dice haber guardado en predio ajeno y quiere buscarlo, puede hacerlo sin consentimiento del dueño del predio; debe designar el lugar en que se encuentra, y garantizar la indemnización de todo daño al propietario. Si prueba su propiedad, le pertenece. Si no se acredita, el tesoro pertenece íntegramente al dueño del inmueble.

Concordancias y Antecedentes: Código Civil subrogado 2553.

Esta norma destruye toda la terminología técnica acuñada en las precedentes. Pero con la interpretación que hacía la doctrina del art. 2553 del Código de Vélez ocurría lo mismo. En efecto, el tesoro por definición no tiene dueño conocido; de manera que quien pretenda que tiene un tesoro en predio ajeno, en realidad está diciendo que tiene una cosa de su propiedad en inmueble ajeno. De nuestra parte, como lo hemos expresado en la nota al artículo anterior, creemos que la norma del viejo Código (2553), supuestamente correlativa de ésta, apuntaba en realidad al caso en que alguien conocía la existencia de un tesoro en predio ajeno; no se trataba pues de una cosa de su propiedad, sino que él denunciaba la existencia de un tesoro. Pues bien, en la norma que analizamos, dicha posibilidad desaparece por completo ya que, estimamos que por la influencia de la mala interpretación que explicábamos, se aclaró de manera expresa que quien pretende la búsqueda ha sido él mismo quien guardó allí el objeto.

El supuesto regulado en el artículo comentado no deja de ser una reivindicación de cosa mueble en los términos del art. 2252 del Código Civil y Comercial, afectada sí, como en casi todos los casos, por la difícil comprobación de la propiedad de muebles.

Sección 3ª: Régimen de cosas perdidas

1955.- Hallazgo. El que encuentra una cosa perdida no está obligado a tomarla, pero si lo hace asume las obligaciones del depositario a título oneroso. Debe restituirla inmediatamente a quien tenga derecho a reclamarla, y si no lo individualiza, debe entregarla a la policía del lugar del hallazgo, quien debe dar intervención al juez.

Concordancias y Antecedentes: Código Civil subrogado Arts. 2531; 2532 y 2534.

Las cosas perdidas, son aquellas que salen del ámbito de custodia del dueño sin su voluntad, sea por quedar olvidadas en los transportes públicos, en la vía pública, o sea por caer inadvertidamente de sus bolsillos o de entre los elementos que se transportan; en fin, lo esencial es que el dueño no haya querido desprenderse de ellas y que queden de alguna manera expuestas a la vista de cualquiera que pueda tomarlas. Así, bajo este esquemático concepto, puede advertirse que también quedarían en esta situación las cosas que han sido abandonadas por poseedores que no son dueños, tal como lo adelantáramos al anotar el art. 1947, respecto del que habíamos criticado que al mencionar las cosas abandonadas, no había añadido la exigencia que debían haberlo sido "...por su dueño", como lo hacía Vélez en las viejas normas. Tal sería el caso del ladrón que toma de los elementos robados sólo lo que le interesa y abandona lo demás en la vía pública; o cuando el ladrón perseguido por la policía, para evitar la evidencia de su delito, abandona la cosa robada.

También quedarían fuera del ámbito de esta regulación las cosas que se han extraviado sólo para el dueño, puesto que él puede no recordar dónde las guardó. Si bien el supuesto no estaba contemplado en la regulación de las cosas perdidas, ni aun en el viejo Código, sí aparecía el supuesto al regularse la pérdida de la posesión. En efecto, en el art. 2457 del Código de Vélez, expresamente se determinaba que no se pierde la posesión mientras la cosa no es sacada del lugar en que el poseedor la guardó, aunque él no recuerde dónde la puso.

Las cosas perdidas expresamente resultan excluidas de la norma general del art. 1947 inc. i. puesto que la regla general para determinar las cosas apropiables es que sean muebles sin dueño o abandonadas por su dueño. Las cosas perdidas no integran ni una ni otra categoría. Sin embargo están tratadas en el capítulo titulado “Modos especiales de adquisición del dominio”. Aun cuando pareciera desubicada su aparición en este lugar, consideramos adecuada esta metodología. En efecto, el legislador, no sólo en el nuevo Código sino también en el derogado, ha querido diferenciar sustancialmente la situación jurídica de la cosa perdida frente a la abandonada, pues mientras aquella continúa en el patrimonio del dueño, ésta en cambio es susceptible de apropiación luego del abandono. Por ello se aprovecha el capítulo para brindar la regulación de las perdidas, ocupándose sobretudo en determinar los derechos y obligaciones que caben al hallador. (Lafaille, Héctor; “Tratado de los Derechos Reales”, Ed. Ediar, Bs.As. 1943, Tomo I, pág. 475).

Tal como en la vieja regulación (art. 1531 del viejo Código), el hallador no tiene obligación de tomar la cosa, pero si lo hace carga con las obligaciones del depositario oneroso (art. 1356, 1358 y 1360 del C. C. y C.). Es importante destacar que una vez que la tomó, ya no puede desistir de haberlo hecho, pues en tal caso sería responsable ante el dueño por el incumplimiento de las obligaciones ya asumidas; es decir custodiar la cosa dada en depósito; restituirla a su dueño (art. 1356), poniendo en ello la misma diligencia que usa para sus propias cosas o su profesión (art. 1358).

1956.- Recompensa y subasta. La restitución de la cosa a quien tiene derecho a reclamarla debe hacerse previo pago de los gastos y de la recompensa. Si se ofrece recompensa, el hallador puede aceptar la ofrecida o reclamar su fijación por el juez. Sin perjuicio de la recompensa, el dueño de la cosa puede liberarse de todo otro reclamo del hallador transmitiéndole su dominio.

Transcurridos seis meses sin que se presente quien tiene derecho a reclamarla, la cosa debe venderse en subasta pública. La venta puede anticiparse si la cosa es perecedera o de conservación costosa. Deducidos los gastos y el importe de la recompensa, el remanente pertenece a la ciudad o municipio del lugar en que se halló.

Concordancias y Antecedentes: Código Civil subrogado Arts. 2533; 2535; 2536 y 2538.

Respecto de la recompensa al hallador, y la subasta de la cosa cuando no puede encontrarse a su propietario, se ha mantenido en lo básico el mismo esquema previsto en el Código de Vélez. Así se prevé el derecho del hallador a ser reembolsado de los gastos y a la recompensa ofrecida o la que fije el juez; el derecho del propietario a entregar el dominio de la cosa al hallador y no pagar los gastos. Pero si nadie reclama la cosa hallada pasados los seis meses, se procede a la subasta. El monto de su realización, previa deducción de la recompensa y los gastos, queda en propiedad para la ciudad o municipio en que se halló.

Debemos destacar, sin embargo, algunas omisiones comparando las nuevas normas con las derogadas. Así vemos que no hay previsión legal respecto del procedimiento a seguir para hallar al dueño de la cosa. En efecto, no aparecen en el nuevo dispositivo la publicación de avisos “de treinta en treinta” a que se refería el art. 2534 del viejo Código, cuya obligación pesaba sobre el juez o la policía del lugar en que se hubiere encontrado la cosa una vez denunciado el hallazgo. Para más adviértase que era recién luego de los seis meses de la última publicación, que se procedía a la venta en pública subasta. La nueva norma en cambio no tiene previsión respecto a desde cuándo comenzarán a computarse los seis meses a los que alude. Creemos que, en la práctica, se está delegando el proceso, conforme al art. 121 de la Constitución Nacional, a la regulación prevista en los Códigos Procesales Provinciales, pero esta omisión no dejará de generar incertidumbre.

Otro aspecto que merece destacarse es que ya la ley civil no considera, al menos no de manera expresa, que cometa hurto quien se apropia de una cosa perdida, como lo hacía el viejo art. 2539 del Código de Vélez. No significa que no lo sea, pero ello ya no surge de la norma civil. En el artículo 175 del Código Penal se califica y tipifica el ilícito como estafa, junto con la apropiación del tesoro sin haber seguido las reglas que hemos analizado precedentemente.

Igualmente corresponde elogiar del nuevo dispositivo, que no contempla la posibilidad del recupero por parte del dueño de la cosa hallada una vez que se ha operado la subasta. En la vieja norma del art. 2537, en cambio, aparecía y sin plazo

de caducidad, la prerrogativa del dueño anterior de la cosa hallada para que le fuera entregada abonando los gastos y el importe del remate. Ello generaba gran inseguridad para el adquirente en subasta.

Sección 4ª. Transformación y accesión de cosas muebles

1957.- Transformación. Hay adquisición del dominio por transformación si alguien de buena fe con una cosa ajena, mediante su sola actividad o la incorporación de otra cosa, hace una nueva con intención de adquirirla, sin que sea posible volverla al estado anterior. En tal caso, sólo debe el valor de la primera.

Si la transformación se hace de mala fe, el dueño de la materia tiene derecho a ser indemnizado de todo daño, si no prefiere tener la cosa en su nueva forma; en este caso debe pagar al transformador su trabajo o el mayor valor que haya adquirido la cosa, a su elección.

Si el transformador es de buena fe y la cosa transformada es reversible a su estado anterior, el dueño de la materia es dueño de la nueva especie; en este caso debe pagar al transformador su trabajo; pero puede optar por exigir el valor de los gastos de la reversión.

Si el transformador es de mala fe, y la cosa transformada es reversible a su estado anterior, el dueño de la cosa puede optar por reclamar la cosa nueva sin pagar nada al que la hizo; o abdicarla con indemnización del valor de la materia y del daño.

Concordancias y Antecedentes: Código Civil subrogado 2567; 2568; 2569 y 2570.

Metodológicamente, el legislador ha dispuesto regular de manera conjunta, en la misma sección, la llamada “transformación o especificación” y la accesión de muebles. La proximidad ontológica de los supuestos justifica plenamente la decisión; pues en ambos supuestos nace una nueva especie; pero mientras en la primera se exige un obrar humano, o conducta encaminada a transformar y la intención de hacerse propietario el transformador, en la accesión de muebles, en cambio, ha habido

un hecho casual o accidental, sea de la naturaleza o de un tercero ajeno al dominio de las cosas accedidas.

Hay transformación o especificación cuando alguien con materiales ajenos, mediante su trabajo o arte, o incorporándole otra cosa, realiza un objeto nuevo. Lo esencial de este modo de adquirir es que nace un nuevo objeto, que puede o no tener mayor importancia que la materia o las cosas cuando estaban en su primitivo estado.

Así pues, frente al conflicto dominial que necesariamente se generará entre el dueño de la materia o cosa incorporada y el autor del nuevo objeto, el legislador debe brindar una solución; y lo hace con el mismo criterio que lo hacía ya el Código derogado. Se tienen en cuenta las distintas variantes o situaciones que pueden presentarse: si el transformador o especificador realizó su trabajo de mala o buena fe, es decir sabiendo o no que la materia era ajena; y si pueden o no volverse las cosas a su estado originario; es decir si la cosa es o no reversible, utilizando las expresiones de la nueva norma.

La regla general para brindar solución a este conflicto debería ser procurar la conservación de la nueva especie, ya que resulta antieconómica la destrucción de una obra ya realizada retornándola a materia prima; sólo en excepcionales situaciones esta solución puede convenir. Pero, lamentablemente, no ha sido esa la idea del legislador ya que, en algunos casos el dueño de la materia podría revertirla si ello resulta posible.

Si la transformación se operó de buena fe y no es posible volverla a su estado anterior, el transformador es propietario de su creación, y hace suya la nueva especie abonando el valor de la materia. Es el único caso (buena fe e imposibilidad de reversión) en que la ley concede directamente la propiedad al transformador, con independencia de la voluntad del dueño de la materia. Idéntica solución brindaba ya el Código de Vélez en el art. 2568, y es atinada si consideramos que se protege así el valor de la industria, el trabajo, esfuerzo y progreso, por sobre la materia, más allá del valor social, artístico o cultural que en sí pueda tener la nueva especie. La buena fe del transformador justifica la tolerancia legal de su actitud y la asignación de su dominio al autor de la transformación. Así, por ejemplo, si un artista realiza una escultura con un trozo de mármol ajeno creyéndolo propio, la escultura será propiedad del escultor; obviamente éste deberá abonar el valor de la materia a su dueño.

Si de buena fe se hubiere operado la transformación, pero fuere posible revertir la cosa a su estado anterior, se concede prioridad al dueño de la materia, quien tiene dos opciones: o se queda con la nueva especie pagando su trabajo al especificador, o exige el valor de los gastos de la reversión. Frente a la segunda opción, la expresión de la norma no nos parece adecuada, en seguimiento del principio rector que según expresáramos más arriba, debería primar en todos los casos. Se desprecia lisa y llanamente el trabajo, la industria, el arte y el aporte cultural que significa la nueva especie. En efecto, al referirse la nueva norma a los gastos de la reversión a los que tiene derecho el dueño de la materia, sin dudas apunta a la posibilidad de exigir que ella se realice; es decir que se vuelva la materia a su forma originaria. Adviértase que en este supuesto, también como el anterior, el transformador es de buena fe, por lo que no se justifica el diferente trato tan solo por la factibilidad de volver la cosa a su estado anterior. En la vieja norma de Vélez, en cambio (art. 2570 del Código derogado), vedándose la posibilidad de la reversión, se concedía al propietario el valor de la materia si no quería adquirir la nueva especie, quedando ésta en propiedad del transformador. Creemos que es preferible la pérdida del dominio de la materia y la propiedad asignada al transformador, antes que la destrucción de la obra. Esta solución parece más adecuada a los fines económicos y culturales que deben primar en el orden jurídico.

Cuando no sea posible volverla a su estado anterior, y la transformación o especificación se hubiere realizado de mala fe, es decir sabiendo que la materia era ajena, se dará primacía al dueño de ésta; por lo que se le concederá el derecho a ser indemnizado de todo daño, no sólo del valor de la materia. Pero también el legislador prevé la posibilidad de que al dueño de la materia le interese quedarse con la nueva especie, abonando su trabajo al transformador y el mayor valor adquirido; pues ya no es el mismo objeto, y la transformación pudo haberle agregado mucho más valor. Siguiendo con el mismo ejemplo anterior, la escultura podría ser más valiosa que el mármol, tanto más si se trata de una gran obra o el especificador fuere de prestigio en su arte u oficio. La solución brindada aparece justa, como una merecida sanción al especificador ya que, aunque compensado su esfuerzo, pierde su obra por haber aprovechado materia ajena de mala fe.

Para esta situación no aparece en la nueva norma, como sí ocurría en el viejo art. 2569, la posibilidad de la acción criminal, pues obviamente si la conducta resulta atrapada por un tipo penal no es menester que la ley civil conceda la posibilidad de la dicha acción. (Lafaille, Héctor; “Tratado de los Derechos Reales”, Ed. Ediar, Bs.As. 1943, Tomo I, pág. 487).

En el último párrafo de la norma que estamos analizando, se prevé el supuesto de transformación de mala fe siendo factible la reversión; pero la solución asignada contiene una grave incoherencia, pues se concede la opción al dueño de la materia de reclamar la nueva especie sin pagar nada al transformador, o abandonar la cosa en poder del transformador con indemnización del valor de la materia y del daño ocasionado. En efecto, vemos incoherencia en la resolución pues una vez en su poder, nada obligará al propietario de la materia a devolver la cosa a su estado original, con lo cual puede adquirir el dominio de la nueva especie sin abonar nada al transformador, ello aun si la cosa hubiere adquirido mayor valor merced a su trabajo. Se opera así un enriquecimiento sin causa por parte del dueño de la materia, en contra del transformador.

En definitiva, cuando la cosa sea reversible, el transformador resultará más perdedor que cuando sea irreversible, siendo que en realidad la gravedad del daño ocasionado al dueño de la materia sería mayor en este último supuesto, ya que no resulta posible volver al estado anterior. La incoherencia resulta manifiesta, y se ha producido por haberse agregado en la nueva norma la posibilidad del dueño de la materia de quedarse con la cosa sin abonar nada al transformador. No es lo correcto, pues sea reversible o irreversible, siempre que el dueño de la materia decida quedarse con la especie, debería abonar al transformador su trabajo, tal como se prevé en el segundo párrafo de la norma analizada para cuando no es posible revertir la situación.

1958.- Accesión de cosas muebles. Si cosas muebles de distintos dueños acceden entre sí sin que medie hecho del hombre y no es posible separarlas sin deteriorarlas o sin gastos excesivos, la cosa nueva pertenece al dueño de la que tenía mayor valor económico al tiempo de la accesión. Si es imposible determinar qué cosa tenía mayor valor, los propietarios adquieren la nueva por partes iguales.

Concordancias y Antecedentes: Código Civil subrogado 2571; 2594; 2600.

Similar al supuesto de la norma anterior (lo que justifica su tratamiento en la misma sección) dos cosas muebles se juntan y forman una nueva especie. Pero el hecho que ha motivado la accesión ha sido casual, accidental, de la naturaleza o de un tercero ajeno a la propiedad de las cosas que accedieron. El artículo expresa que la accesión se debe haber producido “sin que medie el hecho del hombre”; por lo que, por exclusión, quedan la naturaleza, el accidente involuntario, o los terceros a los que nos referíamos, ya que “el hecho del hombre” al que apunta el dispositivo procura descartar la voluntad de los propietarios de las cosas accedidas.

Para que se configure el supuesto obviamente, tal como reza el dispositivo anotado, es menester que no sea posible la separación de las cosas accedidas, o que hacerlo resulte muy gravoso; pues de lo contrario, la solución pasa simplemente por separarlas de común acuerdo, afrontando los gastos en proporción a los valores de las cosas accedidas.

Se ha mejorado la regulación contenida en el Código de Vélez, pues amén de clarificarse los supuestos, se ha disminuido considerablemente el número de artículos que regulan el supuesto, dejando la casuística para la lógica del sistema.

Sección 5ª: Accesión de cosas inmuebles

1959.- Aluvión. El acrecentamiento paulatino e insensible del inmueble confinante con aguas durmientes o corrientes que se produce por sedimentación, pertenece al dueño del inmueble. No hay acrecentamiento del dominio de los particulares por aluvión si se provoca por obra del hombre, a menos que tenga fines meramente defensivos.

No existe aluvión si no hay adherencia de la sedimentación al inmueble. No obsta a la adherencia el curso de agua intermitente.

El acrecentamiento aluvional a lo largo de varios inmuebles se divide entre los dueños, en proporción al frente de cada uno de ellos sobre la antigua ribera.

Se aplican las normas sobre aluvión tanto a los acrecentamientos producidos por el retiro natural de las aguas, como por el abandono de su cauce.

Concordancias y Antecedentes: Código Civil subrogado 2572; 2573; 2577; 2578; 2579; 2580; 2581 y 2582.

En el nuevo Código se han introducido importantes innovaciones a este modo de adquirir. Amén de haberse reducido a una sola norma su regulación, que antes se hacía en once, se incluyen los terrenos confinantes con aguas durmientes; marcando así una sustancial diferencia con el de Vélez, que sólo posibilitaba el aluvión en las riveras de los ríos o arroyos (arts. 2572 y 2574). En efecto, respecto a los lagos y lagunas el viejo Código, art. 2578, vedaba expresamente la posibilidad de adquirir lo que las aguas durmientes dejaren al descubierto por disminución de su volumen, y recíprocamente, tampoco perdían los terrenos los propietarios ribereños cuando las aguas los cubrieran.

Tampoco aparece en la nueva norma la limitación a los ríos no navegables que hacía el viejo Código. Hoy pues, la adquisición por aluvión puede operarse por los propietarios ribereños tanto de ríos, arroyos, lagos o lagunas, sean navegables o no; Siempre que, tal como ya estaba previsto en la vieja ley (art. 2579 del Código de Vélez), la accesión de las tierras se produjere por hecho natural y paulatino. Si ha habido intervención humana en su producción no se configura este modo de adquirir.

Corresponde destacar, respecto de lo dicho al final del párrafo anterior, que lamentablemente se ha deslizado un error en la norma analizada, pues en su afán por permitir que los ribereños realicen obras defensivas en sus riberas, ha quedado como admitiendo que se puede adquirir por aluvión no sólo las obras (que obviamente ya son del ribereño pues él las ha colocado) sino las tierras de aluvión que se formaren a consecuencia de aquellas. Recordemos que en el viejo Código, art. 2580, aparecía como una prerrogativa del ribereño la realización de obras defensivas; pero dicha norma no apuntaba a hacer propietario al autor de las mismas de las tierras que se formarían por aluvión por su consecuencia; sólo admitía su construcción que había sido negada en forma general en la norma anterior, art. 2579. Este artículo expresaba que: “El aumento de tierra no se reputará efecto espontáneo de las aguas, cuando

fuere a consecuencia de obras hechas por los ribereños en perjuicio de otros ribereños. Estos tienen derecho a pedir el restablecimiento de las aguas en su lecho, y si no fuere posible conseguirlo, pueden demandar la destrucción de las obras”. En el artículo siguiente, 2580, morigerando la prohibición del anterior, se permitía indirectamente realizar solo obras defensivas; pero esta permisión no tenía relación con la posibilidad de adquirir dominio alguno, sólo procuraba tolerar las obras cuando fueren defensivas. En definitiva lo que la norma expresaba era que a pesar de estar permitidas, estas obras no generaban aluvión válido. Éste debe ser consecuencia del devenir paulatino de la naturaleza. Ahora, con la incorporación de la expresión “...a menos que tengan fines meramente defensivos” en el primer párrafo de la norma analizada, pareciera pues permitir la adquisición por aluvión. Estimamos que no es lo que se ha querido decir y deberá quedar aclarado en una futura reforma.

Por otra parte las dichas obras defensivas se encuentran ya expresamente contempladas y permitidas a los propietarios ribereños en el art. 1975 de este Código.

El segundo párrafo de la norma en análisis, tal como lo exigía el viejo art. 2576 del Código derogado, requiere para que haya aluvión que exista adherencia a la tierra sin separación por curso de agua continuo. Si la separación es por un curso de agua intermitente o discontinuo debe considerarse igualmente que ya se ha producido el aluvión.

En cuanto al tercer párrafo, es transcripción casi textual del viejo art. 2582. Cuando el aluvión se produce a lo largo de varias heredades la distribución se hará conforme a los frentes de cada inmueble. Corresponde a este respecto efectuar la crítica que ya hacíamos a la vieja norma de Vélez, pues no siempre es justo prolongar las líneas separativas perpendicularmente al río. En efecto, cuando el curso del río forma vueltas o recodos, tal pronunciamiento puede aparecer arbitrario si no es acompañado por un necesario cálculo matemático determinando el ángulo en que deben trazarse las líneas separativas entre los ribereños. (Ver sobre el punto Peña Guzmán, Luis A.; “Derechos Reales”, Ed. TEA, Bs.As. 1973, Tomo II, pág. 153 a 155).

El último párrafo del artículo analizado, mejora las normas de Vélez, pues deja claro que también debe considerarse aluvión el abandono definitivo del cauce, supuesto que no aparecía contemplado en el viejo Código. En definitiva, ahora queda

debidamente aclarado que se configura el supuesto, tanto cuando el río arrastra paulatinamente tierra, piedras o arena susceptibles de adherencia natural (“lais” del francés), como cuando se recuesta sobre una de sus márgenes (“relais”), y aun cuando abandona definitivamente su cauce (“alveus derelictus”). (Lafaille, Héctor; “Tratado de los Derechos Reales”, Ed. Ediar, Bs.As. 1943, Tomo I, pág. 542).

1960.- Cauce del río. No constituye aluvión lo depositado por las aguas que se encuentran comprendidas en los límites del cauce del río determinado por la línea de ribera que fija el promedio de las máximas crecidas ordinarias.

Concordancias y Antecedentes: Código Civil subrogado 2577.

La norma en análisis, tal como lo hacía el Código derogado, sólo permite el aluvión respecto a las formaciones por acumulación o adherencia natural que excedan del promedio de las máximas crecidas ordinarias. La vieja norma del 2577, en idéntico sentido, se refería al límite como “...la línea a que llegan las más altas aguas en su estado normal”. En definitiva lo que se acumule dentro del cauce del río, no es aluvión; y el cauce estará determinado por la línea de las crecidas máximas ordinarias. Probablemente hubiera resultado más apropiado efectuar esta limitación en el concepto mismo de aluvión del art. 1959, además con el aporte beneficioso de suprimir una norma que sólo termina de perfilar en concepto.

1961.- Avulsión. El acrecentamiento del inmueble por la fuerza súbita de las aguas que produce una adherencia natural pertenece al dueño del inmueble. También le pertenece si ese acrecentamiento se origina en otra fuerza natural.

Si se desplaza parte de un inmueble hacia otro, su dueño puede reivindicarlo mientras no se adhiera naturalmente. El dueño del otro inmueble no tiene derecho para exigir su remoción, mas pasado el término de seis meses, las adquiere por prescripción.

Cuando la avulsión es de cosa no susceptible de adherencia natural, se aplica lo dispuesto sobre las cosas perdidas.

Concordancias y Antecedentes: Código Civil subrogado arts. 2583; 2584; 2585 y 2586.

Sin dudas la principal innovación de la nueva norma respecto al Código derogado, radica en la posibilidad de considerar avulsión el acrecentamiento súbito producido por otra fuerza natural, que no sea del agua corriente de ríos o arroyos. La expresión del nuevo artículo que estamos analizando: “También le pertenece si ese acrecentamiento se origina en otra fuerza natural”, resulta de una claridad incontestable. Así, luego de esta novedad legislativa, el acrecentamiento producido por terremotos, tornados o huracanes, puede igualmente dar lugar a la adquisición de las cosas arrastradas o movidas de su lugar de origen, con tal de que sean susceptibles de adherencia natural. Remarquemos que, en estos nuevos supuestos ni siquiera sería exigible que los inmuebles implicados fueren confinantes con ríos o arroyos.

Como se trata de un fenómeno natural, el propietario del inmueble que acrece no puede exigir al dueño de los elementos arrastrados que los retire de su predio, ni que repare los daños que el arrastre pudo ocasionarle; pero éste sí tiene derecho a reivindicarlos durante seis meses, pues luego de ese lapso se opera una prescripción adquisitiva breve a favor del poseedor. Una vez que se opera la adherencia natural se produce la adquisición del dominio por el dueño del predio, sin necesidad del transcurso de los seis meses de prescripción.

Cuando las cosas arrastradas no fueren susceptibles de adherencia natural, se aplicará el régimen de las cosas perdidas (art. 1955 y 1956). En realidad, salvo la novedad de posibilitar este modo de adquisición cuando las cosas son arrastradas por otra fuerza natural que no sea la corriente de ríos o arroyos, en lo demás la regulación es idéntica a la ya establecida por el Código derogado.

1962.- Construcción, siembra y plantación. Si el dueño de un inmueble construye, siembra o planta con materiales ajenos, los adquiere, pero debe su valor. Si es de mala fe también debe los daños.

Si la construcción, siembra o plantación es realizada por un tercero, los materiales pertenecen al dueño del inmueble, quien debe indemnizar el mayor va-

lor adquirido. Si el tercero es de mala fe, el dueño del inmueble puede exigirle que reponga la cosa al estado anterior a su costa, a menos que la diferencia de valor sea importante, en cuyo caso debe el valor de los materiales y el trabajo, si no prefiere abdicar su derecho con indemnización del valor del inmueble y del daño.

Si la construcción, siembra o plantación es realizada por un tercero con trabajo o materiales ajenos en inmueble ajeno, quien efectúa el trabajo o quien provee los materiales no tiene acción directa contra el dueño del inmueble, pero puede exigirle lo que deba al tercero.

Concordancias y Antecedentes: Código Civil subrogado arts. 2587; 2588; 2589; 2590 y 2591.

Antes de referirnos al contenido de la norma debemos efectuar una crítica a la terminología empleada, pues no es correcto referirse a “tercero” para aludir al sujeto que construye, planta o siembra en inmueble ajeno. En efecto, el primer sujeto es el propietario del terreno y el que edifica sólo puede ser segundo, no tercero. En el ámbito de los derechos reales, en los que hay una relación directa entre un sujeto y una cosa, la aparición de un otro sujeto le hará ser segundo y no tercero como aparece en el dispositivo. Pero más allá de la imprecisión terminológica, en la que no incurría Vélez, la solución intenta ser la misma que había pergeñado el Código derogado.

La regla general surgida del principio de verticalidad y de accesión, sentado en el art. 1945 de este Código, es que todo lo que está por encima o debajo del suelo pertenece al dueño del terreno. Pues bien ese es el criterio que prima para resolver los problemas suscitados con motivo de la construcción, siembra o plantación con materia ajena, o viceversa, construcción, siembra o plantación con materia propia en fundo ajeno.

Cuando se construye, siembra o planta en terreno propio, con materia prima ajena, tanto sea de buena fe como de mala fe, el propietario del terreno hace suyo lo construido, sembrado o plantado, ya que a él le pertenece todo lo que está por encima y debajo del suelo, según habíamos expresado. Si es de buena fe, deberá abonar el valor de los materiales empleados en la construcción, siembra o plantación; si es de mala fe, deberá además, los daños y perjuicios ocasionados.

El supuesto inverso debería tener solución partiendo también del principio de verticalidad y accesión; pero atendiendo al proceder de mala fe del que construyó, sembró o plantó, no se ha respetado totalmente. Forzosamente hay que tratar de compatibilizar los intereses en juego: la propiedad del terreno y la facultad de disposición del dueño, frente al proceder malicioso del constructor, sembrador o plantador. Así, cuando hay buena fe, la norma aplica la verticalidad y accesión a rajatabla: el dueño del terreno hace suyas las construcciones, siembras y plantaciones. Pero habiendo mala fe del constructor, plantador o sembrador, el dueño del terreno podrá pedir la demolición, o el retiro de las plantas o siembras, en su caso, salvo cuando la diferencia de valores sea importante; en cuyo supuesto el dueño del suelo deberá abonar los materiales empleados y el trabajo realizado. Un principio de economía básica procura evitar el desprecio del trabajo o industria de la persona; pero ello no debe impedir que el dueño del terreno decida qué uso dará a su propiedad. Es pues, compatibilizando los intereses diversos de las partes implicadas que el legislador prevé esta facultad del dueño del terreno.

Sin embargo no podemos dejar de criticar la mayor reparación que se hace al constructor de mala fe que al de buena fe. En efecto, creemos que por inadvertencia del legislador, al que construye, siembra o planta de buena fe en terreno ajeno sólo se le abonarán los materiales; mientras que ante la misma situación pero siendo el autor de la construcción, siembra o plantación de mala fe, amén del valor de los materiales, semillas o plantas, se le deberá también el trabajo realizado. No estaba así regulado en el viejo Código de Vélez (art. 2588), pues al de buena fe se le debían “las indemnizaciones correspondientes”; expresión amplia entre las que obviamente figuraba el trabajo realizado. En cuanto al de mala fe, expresamente la vieja norma del 2589, antes de la reforma de la ley 17711, asignaba derecho a percibir el valor de los materiales y “de la obra de mano”, en expresiones de la vieja norma. Se trata de un error del nuevo dispositivo que deberá ser salvado en una futura reforma.

Un caso especial aparece en el tercer párrafo de la norma comentada. Se trata de la construcción, siembra o plantación en terreno ajeno, con material, semillas o plantas, también ajenas. En este supuesto sí puede hablarse de tercero, conforme a la aclaración que hicimos al comienzo de este comentario, ya que los protagonistas son aquí tres: el constructor, sembrador o plantador; el dueño del terreno; y finalmente el

dueño de los materiales, semillas o plantas. En estos supuestos no hay acción en contra del dueño del inmueble, sino sólo la posibilidad, por parte del que realizó el trabajo o quien proveyó los materiales, de exigir lo que deba el titular del terreno al tercero. Obviamente la norma hace aplicable los principios rectores sentados en los primeros párrafos del artículo; así, según haya habido buena o mala fe, corresponderá abonar el trabajo, o el trabajo y los materiales, o hasta la reparación de los daños y perjuicios.

En el Código de Vélez, si bien estaba contemplado el supuesto en el art. 2591, lo hacía con expresiones bastante confusas, pues al tercero le llamaba “dueño de la obra”; pero la solución era idéntica a la que aquí se brinda. (Ver Peña Guzmán, Luis A.; “Derechos Reales”, Ed. TEA, Bs.As. 1973, Tomo II, pág. 175 a 176).

1963.- Invasión de inmueble colindante. Quien construye en su inmueble, pero de buena fe invade el inmueble colindante, puede obligar a su dueño a respetar lo construido, si éste no se opuso inmediatamente de conocida la invasión.

El dueño del inmueble colindante puede exigir la indemnización del valor de la parte invadida del inmueble. Puede reclamar su adquisición total si se menoscaba significativamente el aprovechamiento normal del inmueble y, en su caso, la disminución del valor de la parte no invadida. Si el invasor no indemniza, puede ser obligado a demoler lo construido.

Si el invasor es de mala fe y el dueño del fundo invadido se opuso inmediatamente de conocida la invasión, éste puede pedir la demolición de lo construido. Sin embargo, si resulta manifiestamente abusiva, el juez puede rechazar la petición y ordenar la indemnización.

Concordancias y Antecedentes: No hay norma correlativa en el Código derogado.

Lo contemplado en la norma constituía un vacío de nuestra legislación, criticado por la doctrina, dado que es bastante frecuente que se produzca. Cuando una persona construye en su terreno, puede ocurrir efectivamente que, aun de buena fe, asiente parte su edificio en el terreno colindante. Normalmente la fracción invadida

es sólo una pequeña porción y lo edificado se complementa con el resto de lo construido, que en su mayor parte se asienta sobre terreno propio del que efectúa el trabajo. Si fuera sobre todo el lote ajeno estaríamos en los supuestos comunes de construcción previstos en las normas precedentes.

Adviértase que se excluye de este supuesto todo lo referido a siembras o plantaciones; pues como se ve, la norma sólo alude a construcciones. El legislador ha omitido expresamente referirse a invasiones producidas por siembras o plantaciones porque ellas se resolverán aplicando los principios de los artículos precedentes. La situación de la invasión con construcciones, en cambio, escapa a la casuística mencionada. En efecto, en general la construcción se halla integrada al resto de una vivienda, por lo que no es posible apreciarla aisladamente en la porción construida sobre el terreno vecino. Para ejemplificar lo expresado digamos que la construcción de una parte del living, o de la cocina del inmueble vecino, no resulta ni tan siquiera susceptible de apreciarse por el dueño del terreno invadido. En cambio si se tratare de tierra sembrada, obviamente dicha siembra podrá ser objeto apreciado también por el dueño del inmueble.

El principio de accesión y verticalidad, (art. 1945 CCCN) tan típicos del dominio de inmuebles, que obligaría a considerar “prima facie” lo construido como propiedad del dueño del terreno, resultaría aquí injusto y arbitrario, frente a la integración de lo construido con la vivienda vecina; sobre todo en los supuestos en que hay buena fe del constructor. Es obvio así que, aunque en principio aparezcan como similares, estos supuestos de invasión son bien diferentes a los tratados en las normas precedentes. Por ello, si bien no en todos los casos, la solución legal tiende a enervar una reivindicación y conferir la propiedad del terreno al constructor, evitando la destrucción de las obras; naturalmente indemnizando al propietario por la parte del terreno invadido. Hasta se prevé la adquisición de todo el inmueble cuando la invasión impidiere el aprovechamiento normal del terreno. Pero este criterio es sólo un principio rector, que atiende sobre todo a la buena fe del constructor.

Cuando el invasor es de mala fe, el criterio es bien diferente, ya que el propietario del terreno puede exigir la demolición de las obras. Salvo que la solicitud de demolición fuera manifiestamente abusiva.

Un punto que merece nuestra crítica es la necesidad de oposición del dueño del terreno frente a la realización de las obras invasoras. No es correcto, atendiendo a la perpetuidad del dominio, regulada en el art. 1942, y conforme a los principios que rigen la llamada “seguridad estática” o del derecho subjetivo, exigir al propietario la custodia constante y permanente de sus bienes para evitar una invasión que puede significar la pérdida parcial de su inmueble. Esta arbitrariedad llega a su máxima expresión en el último párrafo de la norma, pues ni en el supuesto en que el constructor hubiere invadido de mala fe, podrá el propietario exigir la demolición de lo construido, si no se opuso “inmediatamente”, según reza el dispositivo. La mala fe del constructor podría también procurar que la invasión se lleve a cabo durante una ausencia prolongada del dueño, haciéndole perder la prerrogativa legal de exigir la demolición, logrando así la adquisición forzosa de la parcela invadida.

La imprecisión del tiempo expresada en la norma “inmediatamente” carece totalmente de técnica legal, pues será la jurisprudencia y la doctrina quien deba determinarla, y ello no es correcto. Nos preguntamos cuándo caduca el derecho al reclamo del propietario invadido para que no se configure la adquisición del dominio. Esta imprecisión se acrecienta sobremanera y se torna manifiestamente injusta, cuando tenemos en cuenta que el invasor puede ser de mala fe, tal como hemos expresado en el precedente párrafo.

En cuanto a las indemnizaciones debidas por el constructor al propietario del inmueble, en los casos en que corresponda, ésta debería contemplar también los gastos relacionados con el saneamiento del título, ya que merced a esta adquisición parcial se ha modificado la configuración originaria del fondo afectado. Habrá que formalizar un nuevo plano, para dar cabida a la nueva parcela, a la par que actualizar los asientos registrales adecuándolos a la nueva realidad extrarregistral. Estimamos pues, en aras a la justicia de un pronunciamiento, que todos los gastos que ello irrogare deberán ser afrontados por el invasor, sea éste de buena o de mala fe.

Capítulo 3: Dominio imperfecto

1964.- Supuestos de dominio imperfecto. Son dominios imperfectos el revocable, el fiduciario y el desmembrado. El dominio revocable se rige por los artícu-

los de este Capítulo, el fiduciario por lo previsto en las normas del Capítulo 31, Título 4 del Libro Tercero, y el desmembrado queda sujeto al régimen de la respectiva carga real que lo grava.

Concordancias y Antecedentes: Código Civil subrogado 2507 y 2661.

Recordemos que esta modalidad de dominio menos pleno o imperfecto, ya había sido presentada legalmente, en forma genérica en el art. 1946; quizás debió incorporarse el contenido de esta norma a aquella, o a la inversa; pero sin dudas no era menester la previa introducción que efectúa el dispositivo respecto de una figura que ha aparecido ya en norma anterior. Esta situación ya la habíamos advertido en el Código derogado, pues en el art. 2507 se presentaba el dominio imperfecto que luego era desarrollado a partir del 2661. En el caso del nuevo Código, para más destacamos que no se ha usado el mismo criterio clasificatorio del 1946; pues en esta norma se habla del dominio gravado (cuando hay hipoteca, prenda o anticresis) mientras que en el artículo que estamos analizando se le denomina desmembrado; sin dudas cuando hay hipoteca también hay una suerte de desmembración; pero en general esta expresión se usa para los derechos reales de usufructo, uso y habitación.

Se trata pues de un dominio con una mengua en algunas de sus características fundamentales. Corresponde aclarar sin embargo, que las especies de dominio imperfecto que realmente tienen autonomía, si se nos permite la expresión, son el dominio revocable y el fiduciario. Las otras manifestaciones: el dominio gravado y el desmembrado, son en realidad la contrapartida directa del gravamen y la desmembración respectiva. Por ello, con un criterio ordenador que nos parece correcto, para analizar las prerrogativas subsistentes de los titulares dominiales en estos casos, la norma remite a la regulación de cada carga o gravamen. Aparecerán allí los derechos y obligaciones del propietario del fundo hipotecado, del titular del dominio prendado y del titular que ha dado su inmueble en anticresis (art. 2195); los derechos y obligaciones que corresponden al nudo propietario en los casos de usufructo, uso y habitación (art. 2151). Estos sujetos enunciados son propiamente los titulares “menos plenos” del dominio.

En el presente capítulo que se inicia con la norma analizada, sólo se regula el dominio revocable; dado que el fiduciario, sorprendentemente fue a parar tal como criticáramos al referirnos al art. 1946, junto al contrato de fideicomiso (art. 1701 y ss.).

1965.- Dominio revocable. Dominio revocable es el sometido a condición o plazo resolutorios a cuyo cumplimiento el dueño debe restituir la cosa a quien se la transmitió.

La condición o el plazo deben ser impuestos por disposición voluntaria expresa o por la ley.

Las condiciones resolutorias impuestas al dominio se deben entender limitadas al término de diez años, aunque no pueda realizarse el hecho previsto dentro de aquel plazo o éste sea mayor o incierto. Si los diez años transcurren sin haberse producido la resolución, el dominio debe quedar definitivamente establecido. El plazo se computa desde la fecha del título constitutivo del dominio imperfecto.

Concordancias y Antecedentes: Código Civil subrogado art. 2663.

La característica perpetuidad del dominio, sentada en el art. 1942, desaparece en esta figura menos plena que deja supeditada su duración al cumplimiento de una condición o plazo resolutorios. Estas modalidades de los actos jurídicos, la condición o el plazo, se encuentran reguladas en el nuevo Código como modalidades de los actos jurídicos en los artículos 343 y 350 respectivamente; concretamente, en nuestro caso, aparecerán en el título constitutivo del derecho real, cuando la condición o plazo sea por disposición voluntaria; por ejemplo la que obra en un testamento, o en un contrato de donación con cargo. Otro ejemplo válido sería la cláusula de reversión de una donación admitida legalmente en el art. 1566 del nuevo Código. En cuanto a la previsión legal de revocabilidad podríamos ejemplificar con cualquiera de las causas de ingratitud previstas en el art. 1571, cuando el donatario hubiere atentado contra la vida del donante, o le hubiere injuriado gravemente, etc.; o cuando el legatario hubiere injuriado gravemente la memoria del testador, según la previsión del art. 2520 inc. a.

Obviamente también hay causales de revocación en los actos onerosos, por ejemplo cuando se pacta la retroventa, condición resolutoria que obliga a la restitución de la cosa, si el vendedor se ha reservado expresamente el derecho a recuperarla con devolución del precio, según lo sentado en el art. 1163 del C.C. y C.

Como puede fácilmente advertirse, la condición resolutoria no cumplida dificulta sobremanera la circulación económica de los dominios así afectados. El tema había sido discutido y criticado por la doctrina, sobre todo en los bienes donados con cargos, cuando estos se cumplían al comienzo, pero luego de un cierto lapso dejaban de cumplirse. La norma hoy en vigencia, respondiendo a esa inseguridad, prevé un plazo de diez años como caducidad del condicionamiento. Nunca la condición resolutoria puede durar más de diez años. Por ejemplo la donación de una casa a un municipio con el cargo de hacer funcionar un establecimiento educacional determinado, o un dispensario, etc. La municipalidad acepta la donación pero no cumple el cargo que condicionaba el dominio. Ese dominio revocable dejará de ser tal, merced al dispositivo que analizamos, pues transcurridos diez años computados desde la celebración del título adquisitivo, ya el dominio deja de estar supeditado a la condición de su cumplimiento.

Otra situación perfectamente factible es la de quien cumple con el cargo en un primer momento, pero luego cesa de hacerlo porque considera que el bien sería más útil sirviendo a otros fines. Transcurridos los diez años previstos en la norma, no habrá reclamo por el donante.

1966.- Facultades. El titular del dominio revocable tiene las mismas facultades que el dueño perfecto, pero los actos jurídicos que realiza están sujetos a las consecuencias de la extinción de su derecho.

Concordancias y Antecedentes: Código Civil subrogado: No hay concordancia.

El dominio no sería tal si no confiriera las típicas facultades de la figura; es decir el derecho a usar, gozar y disponer de la cosa; pero en este caso, por tratarse de un dominio imperfecto o menos pleno, tendrá la propia limitación que le imperfec-

ciona; concretamente en este caso los actos jurídicos de disposición que otorgue su titular, quedarán supeditados a las consecuencias de la menor plenitud del derecho; es decir su revocabilidad. Esta característica de este dominio tiene trascendencia real; por ello persigue a la cosa (*reipersecutio*). Imaginemos por ejemplo, que el titular de un dominio revocable decide constituir una servidumbre pasiva sobre el fundo; o un usufructo, etc.; pues bien tales constituciones quedarían sin ningún efecto una vez operada la condición resolutoria que hacía revocable su dominio. No debemos descartar que ese es el natural efecto del principio sentado en el proloquio latino “*nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*” sentado en el art. 399 del nuevo C.C. y C. La particularidad del caso reside en la retroactividad que le asigna la norma siguiente. En efecto, este efecto retroactivo o, como solemos expresar siguiendo nuestra tradición continental o romanista: efecto “ex tunc”, que en latín quiere decir “desde entonces”, por oposición a “ex nunc”, “desde ahora”, está sentado como regla general, en la norma del art. 1967 del C.C. y C. por lo que completamos la explicación en la nota a la norma siguiente.

1967.- Efecto de la revocación. La revocación del dominio de cosa registrable tiene efecto retroactivo, excepto que lo contrario surja del título de adquisición o de la ley.

Cuando se trata de cosas no registrables, la revocación no tiene efecto respecto de terceros sino en cuanto ellos, por razón de su mala fe, tengan una obligación personal de restituir la cosa.

Concordancias y Antecedentes: Código Civil subrogado: Art. 2669; 2670; 2671 y 2672.

El efecto retroactivo de toda institución siempre resulta un tema espinoso; pues se ven involucrados en dicha derivación, la apreciación de la buena o mala fe de los terceros respecto de la relación jurídico real, el tipo de acto o negocio realizado por el propietario, sea de administración o de disposición, etc. El desafío del legislador, y del juez en su caso, es conciliar los distintos intereses en juego, para lograr un

pronunciamiento armónico y justo. Si el sujeto que tiene un dominio revocable, por ejemplo, constituye un derecho real desmembrado o realiza un acto de administración, y el sujeto que adquiere la desmembración o contrata el acto de administración desconocía la imperfección del derecho del constituyente, aparece como injusto hacerle cargar con las consecuencias de la revocación. Nos estamos refiriendo concretamente, a que en tales supuestos se atentaría contra el principio general de buena fe, establecido en el artículo 9 del nuevo Código Civil y Comercial.

Por ello el legislador, asumiendo dicho desafío, comienza por sentar la regla general de la retroactividad, tal como lo hacía ya la correlativa norma del Código de Vélez (art. 2670); dejando a salvo que pueda surgir lo contrario del título constitutivo del dominio revocable, o de una disposición legal. Ello significa que al producirse la revocación, caerán todos los actos de disposición que hubiere efectuado el titular del dominio revocable; pero deberán respetarse siempre los actos de administración.

En el viejo Código la permanencia de los actos de administración surgía expresa de la norma que regulaba el efecto retroactivo (2670); en cambio, en el nuevo Código esta excepción no aparece en el artículo; por lo que para apreciar este distinto efecto según se trate de actos dispositivos o administrativos, debemos acudir a las normas que regulan la condición en los actos jurídicos (arts. 343 a 349). En efecto, puesto que el dominio revocable implica una propiedad afectada o sometida a una condición resolutoria, no nos quedan dudas en cuanto a que se hacen aplicables a la citada figura jurídico real las normas atinentes a las condiciones resolutorias. Así acudimos al art. 348 que, en su parte pertinente, dice: “Si se hubiere determinado el efecto retroactivo de la condición, el cumplimiento de ésta obliga a la entrega recíproca de lo que a las partes habría correspondido al tiempo de la celebración del acto. No obstante, subsisten los actos de administración y los frutos quedan a favor de la parte que los ha percibido”.

Coincidimos con la idea de dar permanencia a los actos de administración, tal como lo hacía ya el Código derogado, y no a los de disposición. Privar de firmeza y solidez hasta los actos de administración implicaría vaciar totalmente de contenido el dominio imperfecto; constituiría una ceguera legal respecto de la función social de la propiedad. En efecto ¿Quién querría alquilar por ejemplo un local comercial a un *dominus* imperfecto, en conocimiento de que podría revocarse su derecho y caer

también por esa causa el emprendimiento del locatario? Carecería de sentido prever una figura que, en la práctica no brindara utilidad alguna. Por otra parte recordemos que los actos de administración son transitorios, por lo general son causa de obligaciones o derechos de crédito; y como expresaba el Profesor y Maestro Cordobés Dr. Pedro León en sus clases: “las obligaciones nacen para morir”; en razón de lo cual será mínimo el daño que podría sufrir el propietario pleno tolerando la administración generada por el *dominus* imperfecto. Además debemos tener presente que, en el ejemplo brindado, del local alquilado para un emprendimiento comercial, el monto de los alquileres le serán debidos al propietario pleno, sobre el que revirtió el dominio acaecida la condición; éste no sólo no sufrirá daño, sino que hasta puede resultarle beneficioso adquirir la propiedad ya alquilada. Los actos de disposición, en cambio, por lo general son causa de derechos reales, cuya natural permanencia (salvo supuesto de excepción) implicarían la pérdida total del derecho o la disminución de sus facultades de manera definitiva.

Lafaille, respecto a la necesidad de mantener con vida los actos de administración, expresaba que el propietario, aun siendo imperfecto, “(...) procedió como dueño, si bien bajo la amenaza de una condición de cumplimiento posible: al quitársele toda iniciativa, fuera de esa consideración, se habría olvidado el interés social y convertido estas modalidades – ya peligrosas por la inseguridad que determinan – en rémora para la producción y el desenvolvimiento de los inmuebles”. (Lafaille, Héctor; “Tratado de los Derechos Reales”, Ed. Ediar, Bs.As. 1943, Tomo II, pág. 140)

El último párrafo de la norma anotada, con la misma tortuosa redacción que reprochábamos a Vélez, en el art. 2671, plantea la excepción a la retroacción en materia de muebles. La norma quiere expresar que “Los efectos de la revocabilidad retroactiva, propia de este tipo de dominio imperfecto, no es aplicable al poseedor de cosa mueble no registrable, que la haya adquirido de buena fe y a título oneroso, conforme a lo previsto en el art. 1895 de este Código”.

Recordemos que el principio “la posesión vale título” establecido en materia de muebles (art. 1895 C.C. y C.), sólo se hace aplicable en los casos en que el poseedor sea de buena fe, situación en que éste adquiere lisa y llanamente el dominio pleno de la cosa. Sería una contradicción hacerle cargar con la revocabilidad del derecho que tenía el *dominus* anterior; sobre todo atendiendo a que no ha sido éste

quien se lo ha transmitido al nuevo dueño, sino que ha sido la ley (causa legal) la que lo hizo nacer a su favor por cumplirse el supuesto fáctico, con todas las características previstas: Posesión, buena fe, onerosidad y desapoderamiento voluntario del anterior propietario. (Ventura, Gabriel B. “El artículo 2412 del Código Civil: Modo de adquirir el dominio de muebles” JA, 1985-II-802).

Obviamente las cosas muebles registrables, quedan fuera de la excepción, tal como lo prevé la norma; puesto que ya la publicidad registral impide que no puede haber buena fe en el adquirente que no ha consultado las constancias registrales. Por otra parte el nuevo Código, no solo clasifica los derechos reales sobre cosas registrables y no registrables, sino que consagra expresamente ese natural efecto de la inscripción en las normas de los arts. 1890, 1892, 1893 y, en especial en la misma norma ya citada (1895) segundo párrafo, en donde especifica que: “Respecto de las cosas muebles registrables no existe buena fe sin inscripción respecto de quien la invoca”.

1968.- Readquisición del dominio perfecto. Al cumplirse el plazo o condición, el dueño revocable de una cosa queda inmediatamente constituido en poseedor a nombre del dueño perfecto. Si la cosa es registrable y el modo suficiente consiste en la inscripción constitutiva, se requiere inscribir la readquisición; si la inscripción no es constitutiva, se requiere a efecto de su oponibilidad.

Concordancias y Antecedentes: Código Civil subrogado: 2668;

El tema de la readquisición del dominio por el propietario anterior, en los casos de revocabilidad, tiene un enfoque teórico y otro práctico. En efecto, la norma que regulaba la situación en el viejo Código de Vélez, determinaba la readquisición automática del dominio cuando se hubiere cumplido ya la condición resolutoria. Pero esta determinación es puramente teórica de la situación; dentro de la dinámica adquisitiva se hace referencia aquí sólo al título; no hay alusión alguna al modo que igualmente resulta exigido a los fines de la readquisición del derecho real. Se hace menester pues, la entrega de la cosa: *la traditio*, expresamente contemplada en el artículo 1892 del C.C. y C. Pero, además de esta exigencia sustancial, se requerirá igualmente, a los fines de la oponibilidad del derecho, la inscripción en los registros

que correspondan según la naturaleza del bien sobre el que recaiga el dominio revocable. Obviamente, en los casos de inscripciones constitutivas, la *traditio* resulta virtualmente sustituida por la inscripción.

En la norma que estamos analizando, para evitar el despropósito que se generaría cuando el titular del dominio revocable ya hubiere dejado de serlo por haber acaecido la condición resolutoria, permaneciera en la posesión de la cosa, el legislador, con buen criterio, concluye en que éste se ha transformado en tenedor; para ello hace aplicable la figura de la tradición abreviada, en su modalidad “constituto posesorio”, contemplada en el art. 1923 “in fine”. La consecuencia práctica de esta solución legal, es facilitar el desahucio de este tenedor mediante una simple acción de desalojo, que es la que procede en casi todos los códigos procesales cuando se trata de excluir a simples tenedores de la cosa que ya no tienen derecho a ocuparla. (Art. 680 del C.P.C. y C. de la Nación).

1969.- Efectos de la retroactividad. Si la revocación es retroactiva el dueño perfecto readquiere el dominio libre de todos los actos jurídicos realizados por el titular del dominio resuelto; si no es retroactiva, los actos son oponibles al dueño.

Concordancias y Antecedentes: Código Civil subrogado: 2670 y 2672.

Remitimos para este comentario a lo expresado en la nota a los arts. 1966 y 1967 de este C.C. y C.; remarcando lo ya expresado, para acotar la última parte de la norma analizada, respecto a la permanencia de los actos de administración, conforme a lo establecido en el art. 348 “in fine”.

Capítulo 4: Límites al dominio

1970.- **Normas administrativas.** Las limitaciones impuestas al dominio privado sólo en el interés público están regidas por el derecho administrativo. El aprovechamiento y uso del dominio de inmuebles debe ejercerse de conformidad con las normas administrativas aplicables en cada jurisdicción.

Los límites impuestos al dominio en este Capítulo en materia de relaciones de vecindad, rigen en subsidio de las normas administrativas aplicables en cada jurisdicción.

Concordancias y Antecedentes: Código Civil subrogado: Art. 2611.

Tal como ocurría en el Código de Vélez, la nueva ley pretende deslindar las competencias legislativas entre el derecho administrativo y el derecho civil; pero al igual que ocurría en la vieja ley, lo dicho no guardaría relación con lo hecho; en efecto, aparece también en este nuevo Código, por ejemplo el camino de sirga que era uno de los principales reproches que se hacía al artículo 2611 del viejo Código que decía: *“Las restricciones impuestas al dominio privado sólo en el interés público, son regidas por el derecho administrativo”*. Pero es dable señalar que la crítica debe apuntar más al error de considerar que las restricciones impuestas en interés público sólo puedan nacer del derecho administrativo, que al hecho de que las normas civiles las regulen. En definitiva, afirmamos que no es cierto que sólo las normas administrativas puedan prever limitaciones en interés público. La doctrina venía señalando ya que toda limitación impuesta a la disponibilidad de los bienes (art. 1972 del C.C. y C.) por ejemplo, o el camino de sirga (art. 1974 C.C. y C.), son cuestiones civiles que deben estar en este Código, y que sin embargo, representan una restricción en el interés público. (ver Lafaille, Héctor; “Tratado de los Derechos Reales”, Ed. Ediar, Bs.As. 1943, Tomo II, pág. 9 y 10. Musto, Néstor J. “Derechos Reales”, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1983, Tomo II, pág. 393, 304).

Las nuevas normas, amén de afianzar esta doctrina al repetir el mandato de Vélez del artículo 2611 del viejo Código, respecto de las limitaciones en interés de los vecinos, consagran una expresa remisión a las reglamentaciones administrativas locales de cada jurisdicción (arts. 1970, 1978 y 1979), lo que significa un ejercicio y aplicación prudentes de la ley nacional frente a las atribuciones legales provinciales y sobre todo municipales, en las que priman las costumbres y adecuación al entorno geográfico y social. Hay zonas de terremotos, otras azotadas por vientos, etc. que pueden exigir técnicas constructivas especiales o ciertos recaudos que en otras no serían necesarios. Piénsese, a manera de ejemplo, en la repercusión directa que tiene

en este tema de las limitaciones administrativas, todo lo referido a las facultades que surgen del poder de policía municipal en cuanto a seguridad, tranquilidad, edificación y salubridad. Por ello vemos con agrado, tal como ya dijimos, la remisión que hacen algunas normas del Código a las reglamentaciones locales.

Así los municipios podrán válidamente determinar qué zonas serán residenciales y cuáles estarán destinadas a fábricas o parques industriales; igualmente proteger los estilos constructivos e impedir las modificaciones o demoliciones de inmuebles con referencias históricas, etc.

Un pronunciamiento contundente, en relación a lo que venimos expresando, aparece en el último párrafo del artículo analizado. Se determina directamente que las normas de este capítulo del Código son de aplicación subsidiaria; ello equivale a expresar que las reglas aplicables son las del lugar, y si no hubiera en la zona previsión alguna, sólo en ese caso, se aplicarán las previstas en este Código.

1971.- Daño no indemnizable. Los deberes impuestos por los límites al dominio no generan indemnización de daños, a menos que por la actividad del hombre se agrave el perjuicio.

Concordancias y Antecedentes: Código Civil subrogado: 2620.

Los límites al dominio deben ser concebidos como un encauzamiento al ejercicio normal del derecho, tal como bien enseña Lafaille; pues más que limitar el dominio, garantizan las condiciones de su existencia y su pleno ejercicio. (Lafaille, Héctor; “Tratado de los Derechos Reales”, Ed. Ediar, Bs.As. 1943, Tomo II, pág. 6; también en el Tomo I, pág. 879, al desarrollar el carácter absoluto del dominio). En efecto cuando se estudia la limitación atendiendo a los miembros de la comunidad, antes que al titular limitado, se advierte fácilmente lo que venimos exponiendo. Nadie puede usar plenamente su inmueble si su vecino constantemente realiza ruidos molestos o vibraciones intolerables, o efectúa construcción que le generan perjuicio. Por ello sostenemos que los llamados límites, limitaciones o restricciones al dominio, sólo perfilan la figura, garantizando a su vez, a la comunidad toda, la posibilidad de su uso, goce y disposición.

En razón de ello creemos que la norma ni tan siquiera debería referir a “daños”, como lo pregona desde su título. Nadie puede pretender estar sufriendo un daño tan sólo porque se le vede realizar una actividad que perjudique al vecino o al interés público. Vélez, aun refiriéndose en tales casos a la no indemnización de daños, distinguía claramente el daño de la “privación de ventajas”. Así, el art. 2620 del Código derogado expresaba que “Los trabajos o las obras que sin causar a los vecinos un perjuicio positivo, o un ataque a su derecho de propiedad, tuviesen simplemente por resultado privarles de ventajas que gozaban hasta entonces, no les dan derecho para una indemnización de daños y perjuicios”.

Por último cabe referirse a la parte final de la norma, en la que se regula la situación en que, a pesar de la obligación de tolerar ciertas molestias que impone la limitación al dominio, la acción del hombre pueda agravar dicha carga; tal sería el caso por ejemplo, del vecino que debe soportar las aguas pluviales que naturalmente provienen del terreno colindante, cuando por obras que el dueño de éste realizara en su predio, las mismas se volvieran más turbulentas o impetuosas, o pasaran por un solo punto del terreno generando una erosión a la que no estaba sometida normalmente el bien (arts. 1975 y 1976 C.C. y C.). En tales casos pues, aceptada la situación por el perjudicado, podrá reclamar sí la indemnización correspondiente en aplicación del artículo que estamos anotando.

1972.- Cláusulas de inenajenabilidad. 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. Estas cláusulas son válidas si se refieren a persona o personas determinadas.

En los actos a título gratuito todas las cláusulas señaladas en el primer párrafo son válidas si su plazo no excede de diez años.

Si la convención no fija plazo, o establece un plazo incierto o superior a diez años, se considera celebrada por ese tiempo. Es renovable de manera expresa por un lapso que no exceda de diez años contados desde que se estableció.

En los actos por causa de muerte son inválidas las cláusulas que afectan las porciones legítimas, o implican una sustitución fideicomisaria.

Concordancias y Antecedentes: Código Civil subrogado: 1364; 2612; 2613; 3477; 3591; 3601 y 3724.

Este artículo significa una garantía a la libre disponibilidad de los bienes, y busca facilitar la circulación de la riqueza. Desde el punto de vista económico, es sabida la importancia que tiene lograr que los bienes puedan transferirse sin dificultades. Pues bien si una persona pudiera, por la inserción en una cláusula contractual o testamentaria impedir la transferencia de los bienes, se generaría el correlativo estancamiento de la economía. Continuando la ideología de Vélez, sentada en varias normas y notas del viejo Código, se procura evitar que las propiedades, sobre todo los inmuebles, resulten de engorrosa o imposible transferencia. Por ello el dispositivo anotado directamente niega validez a la cláusula contractual que prohíba la transferencia; la que sólo podría ser eficaz cuando el acto traslativo fuere gratuito; es decir cuando se tratare de donaciones o testamentos disponiendo legados. Pero aún en estos casos el legislador impone una limitación temporal a la prohibición; sólo tendrán validez por el término de diez años; plazo que podrá renovarse por otros diez, computados desde la fecha del pacto que lo renueva.

Con buen criterio, el legislador ha previsto que, cuando no se haya determinado el plazo, o éste sea excesivo respecto de la prohibición legal, valdrá por el plazo máximo previsto.

En el último párrafo de la norma, se incurre en un grave error al consignar la nulidad de las cláusulas testamentarias que afecten las porciones legítimas, asignadas por ley a los descendientes, ascendientes y cónyuge del causante (art. 2444 Código Civil y Comercial). En efecto, por la ubicación de la norma, el legislador debería haberse ceñido a regular lo referido a la inenajenabilidad, y no a toda afectación de las porciones legítimas. Con la redacción dada nos preguntamos, ¿el legislador ha querido prohibir las cláusulas de inenajenabilidad en los actos gratuitos que afecten porciones legítimas, aunque cumplan con el máximo legal? ¿o simplemente se ha referido a toda cláusula que las afecte, como lo sería una que dispusiera en mayor porcentaje que la porción disponible del testador? No encontramos claridad en el dispositivo. Por otra parte, de ser este el caso, no se advierte porqué no se han inclui-

do las donaciones que afecten la mentada porción, y cuyo efecto sería exactamente el mismo a tenor del art. 1565 del C.C. y C.

En cuanto a la sanción aplicada, la nulidad, en general la doctrina respecto del Código de Vélez (art. 3591 y ss.), siempre consideró que los actos que vulneran las porciones legítimas de los herederos forzosos o con llamamiento imperativo, serían inoponibles y no nulos; lo que significa una ineficacia funcional relativa; pues sólo los herederos podrán impugnar el legado; pero si ellos no lo hacen, el acto es inobjetable. (Alterini, Jorge H.; “Resolución de los Contratos y Dominio Revocable”, en *El Derecho*, 50 - 639 – 40).

Por nuestra parte consideramos importante en estos casos, reafirmar el carácter de inoponibilidad y no de nulidad, porque de ello deviene, como lógica consecuencia la legitimidad y validez del acto que sólo podría ser impugnado por el heredero preterido. Recordemos que la inoponibilidad genera una causal de ineficacia por la cual el acto vale respecto de todos, menos en relación a aquél a quien la ley quiere tutelar en un derecho y que la hace valer en un proceso impugnativo. En este caso, el legitimado para accionar (por reducción), sería el heredero a quien se hubiera vulnerado su porción legítima (art. 2452 C.C. y C.); y sólo a su respecto el legado como título de adquisición sería ineficaz. (Ver sobre acción de reducción, inoponibilidad y reipersecución: Lafaille, Héctor; “Curso de Contratos - Compilado por Argüello y Frutos”, Tomo III, pág. 55, 65, Ed. Biblioteca Jurídica Argentina, Bs.As. 1928. López de Zavalía, Fernando; “Teoría de los Contratos” Parte Especial, Tomo I, pág. 526: “¿(...) la de reducción es una acción reivindicatoria en nuestro derecho? Estimamos que no (...)”. Di Castelnuovo, Gastón; “Donación a Terceros”, Ed. FEN, La Plata, pág. 16 y 17. Ventura, Gabriel B. “Donaciones. Distracto como medio subsanatorio”, en *Revista Notarial de La Plata*, Nro. 954, pág. 751 y ss. Ventura, Gabriel B. “La desprotección de la legítima en el Código Civil y en el Proyecto 2012”, en *JA*, Fascículo 7-2013, pág. 3 y ss).

1973.- Inmisiones. Las molestias que ocasionan el humo, calor, olores, luminosidad, ruidos, vibraciones o inmisiones similares por el ejercicio de actividades en inmuebles vecinos, no deben exceder la normal tolerancia teniendo en

cuenta las condiciones del lugar y aunque medie autorización administrativa para aquéllas.

Según las circunstancias del caso, los jueces pueden disponer la remoción de la causa de la molestia o su cesación y la indemnización de los daños. Para disponer el cese de la inmisión, el juez debe ponderar especialmente el respeto debido al uso regular de la propiedad, la prioridad en el uso, el interés general y las exigencias de la producción.

Concordancias y Antecedentes: Código Civil subrogado: Art. 2618.

El primer párrafo de la norma es una reiteración del viejo art. 2618 del Código de Vélez. Hay unos pequeños cambios actualizando la terminología y aclarando algunos aspectos, pero en lo sustancial en esta parte no hay modificación. Así vemos que se han reemplazado las palabras “daños similares” por “inmisiones similares” expresión más adecuada, ya que daño alude a la consecuencia no a la fuente. Por otra parte la expresión “inmisión” es más técnica y apunta concretamente al objetivo de la norma, que la doctrina especializada define como cualquier penetración en un inmueble de agentes contaminantes como humo, calor, radiación, vibraciones, polvo, etc. proveniente de actividades que se desarrollan en el fundo vecino, y que resultan nocivos para la salud física o psíquica de las personas. Quizás hubiera sido útil también agregarle el calificativo de “indirectas”, que son las inmisiones reguladas en la norma, ya que las “directas”, aquellas que se generan por penetración o invasión física en el inmueble vecino, sea en el espacio aéreo, en el suelo o en el subsuelo, por ramas de árboles, salientes en los balcones, desagües o raíces de plantas, etc. hacen aplicables otras normativas. (Cossari, Nelson; “Daños por molestias intolerables entre vecinos”, Ed. Hammurabi, Bs.As. 2006, pág. 21, 33 a 35).

Se reitera igualmente la necesidad de que la inmisión consista en una molestia objetivamente valorada, cuando se alude a la “normal tolerancia”, tal como lo hacía la vieja norma. Se procura evitar así la desmedida reacción frente a los desequilibrios psíquicos como la acústico fobia, fotofobia y cualquier otra patología que haga que

un sujeto tenga un desmedido rechazo por los ruidos, vibraciones y demás inmisiones.

La segunda parte del artículo sufrió sí una modificación importante, si la comparamos con la norma correlativa existente en el Código derogado (art. 2618). En efecto, el viejo dispositivo determinaba que el juez podía ordenar la indemnización o la cesación de las molestias; y ello daba pié a sostener, tal como de nuestra parte lo hemos hecho, que estaba en la posibilidad decisoria del juez proponer una indemnización y la continuación de las inmisiones, cuando la actividad desarrollada en el fundo que las generaba fuera de entidad superior a la molestia ocasionada. La norma preveía, en definitiva, la posibilidad de seleccionar el mal menor. Esta conclusión se generaba por haber colocado, en la vieja norma, la conjunción disyuntiva “o” entre la indemnización o la cesación. El tema fue analizado en un interesante debate producido en Setiembre de 2013, con motivo de las XXIV^o Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Comisión 5), llevadas a cabo en la Ciudad de Buenos Aires.

El nuevo artículo anotado elimina en principio la disyuntiva, pues se prevén ahora las siguientes alternativas: 1) la remoción de la causa de la molestia o 2) su cesación y la indemnización de los daños. El juez podrá ordenar la remoción de la causa y con ello se producirá la cesación de las molestias, o la cesación de las molestias y la indemnización del daño causado; obviamente esta última alternativa será atinada sólo cuando se haya ya producido un daño. No se contempla, como se ve, la posibilidad de que las inmisiones continúen contra el pago de una indemnización.

Sin embargo, estimamos que el debate continuará, ya que en la parte final del artículo analizado se exige al juez para disponer el cese de la inmisión, ponderar el respeto debido al uso regular de la propiedad, la prioridad en el uso, el interés general y las exigencias de la producción. Pues bien, si de tal ponderación surgiere conveniente mantener las inmisiones nos preguntamos: ¿no corresponderá en tales casos disponer una indemnización aunque la posibilidad no esté expresamente contemplada? Por cuestión de justicia se impone la respuesta afirmativa; y para lograr que la disposición judicial tenga efecto real; es decir que “reipersiga” tanto al fundo que genera la inmisión, como al que la tolera, no hallamos más solución que imponer una servidumbre, aun cuando la naturaleza de las limitaciones se contradiga en los supuestos normales con la de las servidumbres; caso contrario cuando el titular damni-

ficado enajene el fundo, el adquirente deberá pasar nuevamente por el reclamo, ya que el pronunciamiento judicial anterior fue sólo personal y entre distintas partes. Otro tanto ocurrirá cuando el transmitente sea el propietario del fundo autorizado a continuar las inmisiones. (Ver sobre el punto Ventura, Gabriel B.; “La continuación de las inmisiones excesivas en el art. 2618 del Código Civil constituye una servidumbre real” en la página de la Academia Nacional de Derecho y C. Sociales de Córdoba <http://www.acaderc.org.ar/la-continuacion-de-las-inmisiones-excesivas-en-el-art.-2618-del-codigo-civil-constituyen-una-servidumbre-real>).

Entre las modificaciones efectuadas a la nueva norma, respecto del viejo 2618 del Código derogado, debemos remarcar que se suprime la asignación de trámite sumario al juicio en el que el damnificado reclama la cesión de las inmisiones. Ello no significa que no se le deba dar ese trámite, sólo que la atribución del tipo de trámite es de incumbencia provincial.

1974.- Camino de sirga. El dueño de un inmueble colindante con cualquiera de las orillas de los cauces o sus riberas, aptos para el transporte por agua, debe dejar libre una franja de terreno de quince metros de ancho en toda la extensión del curso, en la que no puede hacer ningún acto que menoscabe aquella actividad. Todo perjudicado puede pedir que se remuevan los efectos de los actos violatorios de este artículo.

Concordancias y Antecedentes: Código Civil subrogado: Arts. 2639 y 2640.

La doctrina clásica sostenía que la idea del camino de sirga servía a la navegación por agua, sobre todo cuando la embarcación debía remontarse río arriba, para lo cual se acudía a la ayuda de caballos que mediante sirgas (cuerdas) tiraban de las embarcaciones. Luego comenzaron a advertirse otras utilidades, como las actividades de pesca, punto de embarque, y hasta actividades recreativas náuticas y de playas balnearias.

La nueva norma varía ligeramente las expresiones usadas, puesto que no se mencionan ríos o canales, sino cauces o riveras, que harían ingresar no sólo las márgenes de ríos o canales, sino también la de lagos o lagunas. Tampoco se requiere que

las aguas a las que se aplique sirvan para la comunicación, sino que se exige aptitud para el transporte. Quedan incluidas, entonces, como ya se sostenía, las aguas aptas para navegación y flotación, como así también para las actividades pesqueras. No creemos que estas diferencias de expresiones repercutan demasiado en la aplicación de la norma.

Se disminuye la dimensión del camino o senda de treinta y cinco metros a quince metros. Recordemos que la vieja norma del 2640 permitía achicar a esa dimensión, los quince metros, cuando el río cruzara por ciudades o pueblos; ahora, en cambio, ese es el ancho del camino en cualquier lugar, sin distinguir por dónde pase.

En la calle destinada a camino de sirga no pueden colocarse obstáculos ni realizarse actividades que la desmejoren a esos fines. Obviamente no podría exigirse la construcción del camino, aun si el mismo no fuere transitable en el estado natural del terreno; ya que puede ocurrir que la margen del río o canal fuera un acantilado inutilizable a los fines de la sirga. La ley no impone la carga de la construcción de la senda, sólo prohíbe obstaculizarla o desmejorarla en su natural estado.

Si el propietario coloca obstáculos, los perjudicados tendrán las acciones que correspondan para exigir su remoción.

1975.- Obstáculo al curso de las aguas. Los dueños de inmuebles linderos a un cauce no pueden realizar ninguna obra que altere el curso natural de las aguas, o modifique su dirección o velocidad, a menos que sea meramente defensiva. Si alguno de ellos resulta perjudicado por trabajos del ribereño o de un tercero, puede remover el obstáculo, construir obras defensivas o reparar las destruidas, con el fin de restablecer las aguas a su estado anterior, y reclamar del autor el valor de los gastos necesarios y la indemnización de los demás daños.

Si el obstáculo se origina en un caso fortuito, el Estado sólo debe restablecer las aguas a su estado anterior o pagar el valor de los gastos necesarios para hacerlo.

Concordancias y Antecedentes: Código Civil subrogado: 2641; 2643 y 2644.

Recordemos que, tanto en el Código de Vélez (art. 2341), como en el nuevo Código (art. 240), los particulares tienen el uso y goce de los bienes públicos, pero siempre ateniéndose a las reglamentaciones nacionales o locales. El nuevo Código, concretamente en su art. 240, redactado en “clave ambiental” (tan celebrada en estos tiempos) da una especial relevancia a la necesidad de compatibilizar ese uso y goce con los derechos de incidencia colectiva; es decir aquellos mencionados en el segundo párrafo del art. 43 de la Constitución Nacional. En especial nos estamos refiriendo a los que hacen a la protección del medio ambiente, mediante la aplicación de las normas administrativas, tanto nacionales como locales, que tutelan la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales y el paisaje, entre otros.

Por ello existe la posibilidad a la que alude la norma; es decir que los propietarios ribereños realicen obras tendientes a utilizar el agua o la energía de los ríos. Pues bien, en tal empeño el ribereño tiene vedada toda obra que pueda alterar el curso natural del río, hacer que las aguas se estanquen, o que su curso sea más violento o torrencioso. Si ello ocurriera, la ley autoriza a quien resulte perjudicado a remover los obstáculos, así como a desplegar cualquier actividad para volver el curso del agua a su ritmo y cauce natural, construir obras defensivas, reparar las destruidas; y también se le confiere la facultad de reclamar los gastos y los daños a quien hubiere efectuado tales modificaciones.

No deja de sorprendernos el distinto tratamiento para esta situación, concediendo facultades al particular para proceder “motu proprio” a la devolución al estado natural de las cosas, por oposición a lo reglamentado respecto del camino de sirga en el artículo 1974. Sin dudas las situaciones son análogas; pues mientras en este caso se ha obstruido el camino, en aquel en cambio, se altera u obstruye el curso de agua. No se advierte porqué en el caso del camino debe accionarse por vía administrativa o judicial, mientras que en el caso del curso alterado el sujeto perjudicado puede actuar por sí, sin intervención del Estado. Este manifiesto error, probablemente ha ocurrido por la transcripción de parte del viejo art. 2643, sin advertirse que en esta vieja norma el cambio de estado del río, tanto cuando se estanca, corre más lento o impetuoso o tuerce su curso, se ha producido naturalmente, sin la intervención de la mano del hombre. En el nuevo precepto, el citado art. 1974 del nuevo Código, en

cambio, el curso del agua se ha modificado por trabajos del ribereño o de un tercero, según reza textualmente la norma. Este caso es bien diferente pues al que estaba previsto en el 2643 del viejo Código que le ha servido de fuente. No creemos atinada una norma que conciba una acción por mano propia sin la intervención del órgano estatal; sin dudas su aplicación literal generará violencia y sinrazón en muchos casos. La norma deberá corregirse en una futura reforma.

El último párrafo de la norma bajo estudio, también nos merece observación, tal como la hemos efectuado respecto del Código derogado en su norma correlativa: el art. 2644 del Código de Vélez. En efecto, tanto en ésta, como en el nuevo 1976 del C.C. y C. segundo párrafo, se obliga al Estado a realizar obras que vuelvan el río a su cauce y características naturales, cuando las modificaciones se han producido por accidentes naturales.

Argumenta Salvat que tal disposición encuentra su lógica en la justicia de que si el Estado es propietario de los ríos y sus cauces, a él le corresponde cargar con los gastos que demande el volver las cosas a su estado anterior (Salvat, Raymundo M. “Tratado de Derecho Civil – Derechos Reales”, Ed. TEA, Bs.As. 1957, Tomo II, pág. 415 y 416. Peña Guzmán, Luis A. “Derechos Reales”, Ed. TEA, Bs.As. 1973, Tomo II, pág. 282).

Por nuestra parte advertimos que tanto esta norma, como la anterior del Código derogado (art. 2644) requieren un detenido análisis, tanto más en atención a los efectos o consecuencias concretas que puedan tener por ejemplo, obras que realice el Estado para sistematizar los cursos de los ríos o arroyos en zonas de anegamientos. Si es dable admitir que responda por las variaciones en el cauce del río, aún en las hipótesis de casos fortuitos, más ha de exigirse cuando tales alteraciones sean consecuencia de una acción expresamente encaminada a ello.

Hay que tener en cuenta que todo río o arroyo está sujeto a modificaciones naturales, a las que el propio Código Civil y Comercial asigna efectos jurídicos. Así, en el art. 1959 se adjudica expresamente el dominio por aluvión al propietario ribereño cuando el río se recuesta sobre la otra margen, dejando parte de su antiguo lecho anexado a tierra. En efecto dice el último párrafo del art. 1959 que “Se aplican las normas sobre aluvión tanto a los acrecentamientos producidos por el retiro natural de las aguas, como por el abandono de su cauce”. Esta forma de aluvión, que los france-

ses denominan “relais” implica la admisión dentro de nuestro derecho de un régimen aleatorio del dominio de riberas por parte de los particulares.

Estimamos que de aplicarse siempre la norma bajo análisis, en su sentido literal, jamás podría producirse la adquisición del dominio por aluvión prevista en el art. 1959 del C.C. y C., ni la generada por avulsión contemplada en el art. 1961. Por otra parte nos preguntamos qué ocurrirá en los supuestos en que no fuere posible restituir el río a su cauce anterior. No creemos que ello genere obligación del Estado de indemnizar a los propietarios ribereños.

En definitiva, interpretando la norma en su entorno, debe surgir que es responsabilidad del Estado velar por los intereses públicos relativos al agua, proveyendo de obras necesarias para evitar el deterioro de las propiedades ribereñas particulares, así como la más segura explotación de las mismas. (Ventura, Gabriel B. “El agua en el Código Civil”, en “Derecho Civil y Comercial - Cuestiones actuales”, Ed. Advocatus, Córdoba, 1990, pág. 342 y 343).

1976.- Recepción de agua, arena y piedras. Debe recibirse el agua, la arena o las piedras que se desplazan desde otro fundo si no han sido degradadas ni hubo interferencia del hombre en su desplazamiento. Sin embargo, puede derivarse el agua extraída artificialmente, la arena o las piedras que arrastra el agua, si se prueba que no causan perjuicio a los inmuebles que las reciben.

Concordancias y Antecedentes: Código Civil subrogado: Art. 2638; 2647; 2648; 2649 y 2650.

Este artículo no merece mayores comentarios puesto que la reglamentación del supuesto es casi idéntica a la que estaba prevista en el Código derogado. Sólo que, al no efectuarse una casuística en exceso detallada en cuanto al origen del agua, piedra o arena, se posibilita su regulación en un solo precepto. Los propietarios de los terrenos inferiores están obligados a dejar entrar en sus fundos las aguas, las arenas y piedras que naturalmente fluyan desde los superiores, cuando no han sido degradadas ni servidas; va de suyo que se incluyen en la expresión las aguas corrientes cualquiera fuere su procedencia, de vertientes, arroyos, pluviales o surgentes. Pero no

lo estarán si dichos fluidos y sólidos son desplazados artificialmente por la mano del hombre. Sólo se permite la derivación de estas extracciones artificiales, cuando no se causa perjuicio a los inmuebles que deban receptorlas.

Remarquemos que la vieja norma del 2650 determinaba que si se generaba daño debía indemnizarse. La nueva norma, en cambio, exige directamente que no se cause daño, lo que deberá probarse; este es el cambio más sustancial que advertimos en el nuevo dispositivo. Se entiende que la corroboración exigida deberá efectuarse antes de admitir la derivación

1977.- Instalaciones provisionales y paso de personas que trabajan en una obra. Si es indispensable poner andamios u otras instalaciones provisionales en el inmueble lindero, o dejar pasar a las personas que trabajan en la obra, el dueño del inmueble no puede impedirlo, pero quien construye la obra debe reparar los daños causados.

Concordancias y Antecedentes: Código Civil subrogado: Art. 2627 y 3077.

Tal como en el viejo Código, el nuevo, en la norma que estamos analizando, prevé el ejercicio de una prerrogativa indispensable para el dueño de un inmueble: el derecho a construir. Para ello, generalmente deben invadirse transitoriamente las propiedades vecinas, colocando elementos e instalaciones necesarios para encarar la construcción de la obra o la demolición de la existente, así como hacer ingresar a los ingenieros, técnicos y obreros para efectuar los cálculos y demás tareas de ejecución. Basta para advertir lo insoslayable de esa prerrogativa, pensar en el revoque de los muros separativos por el lado del vecino; jamás podría dárseles el acabado estético que el mismo propietario desearía en sus muros de cerramiento; tampoco podría efectuarse la limpieza de los elementos, restos de mampostería, pinturas, etc.

La expresión de la norma “el dueño no puede impedirlo”, no debe interpretarse como la posibilidad de una ejecución compulsiva del derecho a colocar elementos provisionales. En la norma también correlativa del viejo Código, el art. 3077, se regula el mismo supuesto, y allí se expresa más adecuadamente que el constructor “puede obligar” al propietario del inmueble vecino a tolerar el paso de los obreros. Hay una

elemental regla social de convivencia que obliga, aunque no surja del dispositivo, a solicitar la autorización para hacerlo; pero si el vecino arbitrariamente negase el permiso, puede exigirse la autorización judicialmente; nunca “motu proprio” podrá el constructor ingresar al predio ajeno sin autorización del dueño u ocupante.

Obviamente, tal como está previsto en la norma, se deberán los daños y perjuicios que se ocasionaren; y sirve de interpretación a estos efectos lo previsto para la reconstrucción del muro medianero, en el art. 2026 del C.C. y C., en tanto esta norma advierte que no son indemnizables las meras molestias si la construcción se hace con la diligencia apropiada.

En los Códigos de edificación, que son de incumbencia municipal, se prevén los recaudos mínimos de seguridad a tener en cuenta cuando se demuelen las obras ya realizadas o cuando se realizan nuevas. No sólo para evitar los daños entre vecinos colindantes o próximos, sino para impedir también los daños a cualquier transeúnte o a instalaciones públicas. En efecto, las citadas normas administrativas de cada jurisdicción, hacen lo suyo en materia de seguridad, complementando así la norma anotada.

Sólo a manera de ejemplo citamos el Código de Edificación de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que dispone que antes de demoler un muro entre predios y paralelo a éste, quien encare la demolición está obligado a colocar, en correspondencia con las habitaciones o locales del predio lindero, mamparas que suplan la ausencia transitoria de ese muro. Igualmente en los patios se colocará un vallado de alto no menor que dos metros con cincuenta centímetros; y para eso tanto el propietario como el ocupante del predio lindero están obligados a facilitar el espacio para colocar las dichas mamparas o vallados, que pueden estar distantes hasta un metro de la línea divisoria de los predios. Cuando se realizan trabajos sobre los techos se colocarán protecciones para resguardar de eventuales caídas de materiales a la vía pública y a las fincas linderas.

En fin, estas normas administrativas obligan al responsable de una obra o demolición, a tomar las medidas de protección necesarias, que aseguren la continuidad del uso normal en todo predio adyacente adecuándose a las circunstancias del caso. Así, por ejemplo, se extremará la protección en caso de existir claraboyas, cubiertas

de cerámica, pizarra, vidrio u otro material frágil análogo, desagües de techos, conductos, deshollinadores, etc.

1978.- Vistas. Excepto que una ley local disponga otras dimensiones, en los muros linderos no pueden tenerse vistas que permitan la visión frontal a menor distancia que la de tres metros; ni vistas laterales a menor distancia que la de sesenta centímetros, medida perpendicularmente. En ambos casos la distancia se mide desde el límite exterior de la zona de visión más cercana al inmueble colindante.

Concordancias y Antecedentes: Código Civil subrogado: Arts. 2654; 2656; 2658; 2659 y 2660.

Este dispositivo merece un justo reproche, pues utiliza mal la expresión “muro lindero”. En efecto, expresamente la norma del art. 2006 del C.C. y C. genera terminología técnica para distinguir los distintos tipos de muros en los casos de medianería; y la terminología técnica justamente busca facilitar la comprensión de cada norma, restringiendo el sentido de cada palabra y expresión para perfilar el sentido del mandato legal; pues bien, en el presente artículo se hace gala del uso vulgar de la expresión “muro lindero”.

Si acudimos al art. 2006 del C.C. y C. vemos que se han efectuado distintas clasificaciones de los muros, enumeradas en una sola serie, sin tener en cuenta que todas ellas responden a distintos “fundamentum divisionis”. En efecto, en el inciso a se genera una terminología genérica “muro lindero”, que no debió ir en un inciso, ya que luego este género de muro será el que a su vez se divida, atendiendo a distintos fundamentos. Así, al distinguir los linderos en muros encaballados y contiguos en los incisos b y c, se tiene en cuenta el lugar físico del asiento del muro, según si está justo sobre el límite divisorio de las heredades, o sobre el filo pero íntegramente en una de ellas; al clasificar los linderos en medianero o privativo en los incisos d y e, el legislador tomó en cuenta la titularidad, es decir si el muro está en condominio o sólo pertenece a uno de los propietarios colindantes; y luego en los incisos f, g y h, basán-

dose en las alturas del muro, los clasifica en tres tipos: de cerramiento, de altura o enterrado.

Como es fácil advertir, cada uno de estos grupos debió tener un inciso separado, y no estar todos agrupados en la misma serie de letras. El legislador debió partir del muro lindero, que como puede verse es la categoría que está presente en todas las clases, y en tres incisos posteriores aludir a cada clasificación según los fundamentos expresados.

Ahora bien, todas estas especies de muros, se diferencian esencialmente de otra que no aparece en el art. 2006 y que hubiera sido menester que se mencionara. Faltó contemplar una de las especies de muros que menciona la doctrina, y es justamente a la única que se puede hacer aplicable la norma en análisis: la categoría de “muros interiores”; es decir aquellos que no están ni encaballados ni contiguos, sino lisa y llanamente dentro de uno de los terrenos, sin tocar el límite separativo. (Ver sobre el punto Mundet, Eduardo R.; “Medianería” en “Cuestiones Esenciales en Derechos Reales”, Ed. Lexis-Nexis, Abeledo Perrot, Bs.As. 2002, pág. 79 y 80. En definitiva, interpretando la norma con la terminología técnica sentada por el mismo legislador, jamás un muro lindero podría estar a tres metros del límite separativo de los terrenos como exige el artículo analizado para que pueda existir una ventana en él, puesto que la característica de estos muros es justamente estar construido sobre el límite, o contiguo a éste, coincidiendo con la línea divisoria.

Sintetizando, el artículo ha querido expresar que las ventanas existentes en los muros interiores no deben permitir una visión frontal a menor distancia que la de tres metros del inmueble colindante; ni vistas laterales a menor distancia que la de sesenta centímetros, medida perpendicularmente. En ambos casos la distancia se mide desde el límite exterior de la zona de visión más cercana al inmueble colindante. Más allá del cambio de terminología empleada en el viejo Código (“vista oblicua o de costado”) y la doctrina elaborada en su torno (“de frente, directa o derecha”), la regulación en el nuevo Código, en cuanto a medidas y formas de medición, es idéntica: tres metros y sesenta centímetros respectivamente. (Salvat, Raymundo M. “Tratado de Derecho Civil – Derechos Reales”, Ed. TEA, Bs.As. 1962, Tomo II, pág. 398 y 399. Peña Guzmán, Luis A. “Derechos Reales”, Ed. TEA, Bs.As. 1973, Tomo II, pág. 340 y 341).

Remarcamos como bondad del nuevo dispositivo, tal como lo hemos hecho respecto de normas anteriores, la remisión a las normas y reglamentaciones administrativas locales que pueden aumentar o disminuir las medidas establecidas. Se cumple así con la idea general sentada ya en el art. 1970 del C.C. y C. que determina que los límites impuestos al dominio en materia de relaciones de vecindad, rigen en subsidio de las normas administrativas aplicables en cada jurisdicción.

Este dispositivo debe complementarse con el art. 1980, que receptando la mayoritaria corriente jurisprudencial y doctrinaria, no hace aplicables estas medidas cuando la vista se encuentra impedida por elementos sólidos cercanos a la ventana.

1979.- Luces. Excepto que una ley local disponga otras dimensiones, en el muro lindero no pueden tenerse luces a menor altura que la de un metro ochenta centímetros, medida desde la superficie más elevada del suelo frente a la abertura.

Concordancias y Antecedentes: Código Civil subrogado: 2655; 2656

En el viejo Código existía la misma prohibición que aparece en este artículo, pero ceñida sólo a los muros medianeros. En efecto, en el art. 2655 del Código de Vélez, se vedaba tener “ventanas o troneras” en los muros medianeros, sin el consentimiento del otro condómino; y en el artículo siguiente, el 2656, sólo se permitía abrir ventanas para luz en los muros privativos, siempre que estuvieran a tres metros del piso de la habitación a la que iluminaba. Igualmente exigía que la ventana estuviera enrejada con barras de hierro que no dejen claro mayor a tres pulgadas (poco más de 7,60 cm.).

La nueva norma, en cambio, no se limita a los muros medianeros sino que utiliza la genérica expresión “lindero” (acuñada en el art. 2006 del C.C. y C.); la prohibición rige ahora para cualquier muro que sea demarcatorio, tanto el contiguo como el encaballado, el medianero o el privativo. Al mismo tiempo desaparecen las rejas de hierro, y se modifica la altura a la que pueden abrirse las ventanas, que se reduce a un metro ochenta centímetros desde el piso de la habitación, en cualquier tipo de muro. Es una actualización lógica que se sujeta a los estilos constructivos actuales,

pues en las edificaciones modernas las habitaciones raras veces tienen más de tres metros de altura; la vieja norma ya no tenía aplicación.

Tal como se determina ya en el art. 1970, las normas de este Código tienen sólo aplicación supletoria ante el silencio de las normas y reglamentaciones locales en materia de edificación. Éstas pueden modificar las medidas y alturas.

En cuanto a la “ratio” del dispositivo, tal como en el Código de Vélez, es impedir que el propietario pueda mirar sin ayuda de escaleras o medios análogos de manera constante y sencilla hacia el fundo vecino (Salvat, Raymundo M. “Tratado de Derecho Civil – Derechos Reales”, Ed. TEA, Bs.As. 1962, Tomo II, pág. 397. Peña Guzmán, Luis A. “Derechos Reales”, Ed. TEA, Bs.As. 1973, Tomo II, pág. 339)

1980.- Excepción a distancias mínimas. Las distancias mínimas indicadas en los artículos 1978 y 1979 no se aplican si la visión está impedida por elementos fijos de material no transparente.

Concordancias y Antecedentes: Código Civil subrogado: No hay concordancias.

Al igual que había ocurrido respecto del tema de la separación de árboles y arbustos, en relación al viejo art. 2628 del Código de Vélez, la jurisprudencia y la doctrina interpretando con justicia las normas del viejo Código ya habían determinado que no es sólo cuestión de que las distancias no se cumplan, sino que tienen que darse las consecuencias dañosas que constituyen la “ratio legis” de los dispositivos; es decir que se vulnere la privacidad e intimidad de los propietarios, y que se generen daños por la proximidad de los árboles o arbustos.

Por ello el nuevo Código en la norma que analizamos, determina que la existencia de obstáculos a la visión, como por ejemplo árboles o cualquier tipo de construcciones que no permitan tener un acceso visual directo al inmueble vecino, podrán ser motivo de contemplación por los jueces para eludir la rigidez de las distancias.

1981.- Privación de luces o vistas. Quien tiene luces o vistas permitidas en un muro privativo no puede impedir que el colindante ejerza regularmente su derecho de elevar otro muro, aunque lo prive de la luz o de la vista.

Concordancias y Antecedentes: Código Civil subrogado Art. 2656 y 2657.

Todo propietario de un inmueble tiene derecho a edificar ocupando el espacio aéreo, puesto que esa es la extensión de su dominio, según lo deja expresamente sentado el art. 1945 del C.C. y C. Por ello resulta natural y lógico que aunque el vecino haya usado la facultad conferida en el art. 1979, abriendo una ventana a la altura permitida de un metro ochenta desde el suelo, esa circunstancia no puede entorpecer, a la manera de un derecho adquirido, el ejercicio normal del dominio de quien debe soportarla. Por ello, salvo que se tratase de un acto de emulación mediante ejercicio abusivo de la facultad de elevar sólo para causar daño al colindante, supuesto expresamente condenado por la institución del abuso del derecho (art. 10 C.C. y C.), nada ni nadie puede impedir al dueño del terreno elevar su edificio cerrando las ventanas que daban al lote vecino.

El viejo Código, justamente para impedir que se pudiera pretender una servidumbre adquirida por el uso (usucapión), declaraba en la norma del art. 2656 que “esas luces no constituyen una servidumbre”.

1982.- Árboles, arbustos u otras plantas. El dueño de un inmueble no puede tener árboles, arbustos u otras plantas que causan molestias que exceden de la normal tolerancia. En tal caso, el dueño afectado puede exigir que sean retirados, a menos que el corte de ramas sea suficiente para evitar las molestias. Si las raíces penetran en su inmueble, el propietario puede cortarlas por sí mismo.

Concordancias y Antecedentes: Código Civil subrogado: 2628 y 2629.

Tal como lo adelantáramos en nuestro comentario al art. 1978, ya la doctrina y la jurisprudencia habían expresado que lo importante de la norma del viejo Código, en su artículo 2628, no era necesariamente el cumplimiento de las distancias estable-

cidas, sino la generación de los daños. Ha habido supuestos en que cumpliéndose con las distancias mínimas el daño se generaba igual; y a la inversa, casos en los que no respetándose las distancias mínimas no había perjuicio alguno para el vecino. Por ello vemos con agrado que el nuevo dispositivo no mencione distancia alguna, sino que se refiera a la prohibición de tener árboles, arbustos y plantas en general que causen molestias a los vecinos, que excedan de la normal tolerancia. Vuelve a acudirse aquí a la expresión técnica acuñada por el artículo 1973: “la normal tolerancia”. Se procura con ella evitar los supuestos de patologías y fobias de naturaleza puramente subjetiva, que podrían motivar reclamos abusivos por parte de los supuestos damnificados. (Ver nuestro comentario al art. 1973).