

LOS DERECHOS REALES INCORPORADOS EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN Y LA PUBLICIDAD REGISTRAL

Por Gabriel B. Ventura*

SUMARIO: I- INTRODUCCIÓN. II- MODIFICACIONES A LA LEY REGISTRAL 17.801. III- LA APARICIÓN DE LAS NUEVAS FIGURAS JURIDICO-REALES. IV- DERECHOS REALES SOBRE INMUEBLES. V- INCIDENCIA REGISTRAL DE LA CLASIFICACIÓN ENTRE DERECHOS REALES SOBRE COSA PROPIA O SOBRE COSA AJENA. VI- ASPECTOS A ANALIZAR EN MATERIA DE REGISTRACIÓN DE LOS NUEVOS DERECHOS REALES. A) PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD. B) PRINCIPIO DE LEGALIDAD. 1- LÍMITES A LA FUNCIÓN CALIFICADORA EN EL ÁMBITO DE LOS NUEVOS DERECHOS REALES INCORPORADOS. 2- LO QUE EL REGISTRADOR DEBE VERIFICAR. 3- LO QUE EL REGISTRADOR NO PUEDE CALIFICAR. 4- EL CUMPLIMIENTO DE CIERTOS RECAUDOS ADMINISTRATIVOS PREVIOS A LA ESCRITURA. 5- LA VERIFICACIÓN DE LA SUPERVIVENCIA DEL USUFRUCTUARIO EN LAS TRANSFERENCIAS SUCESIVAS. 6- LA SUPERVIVENCIA DEL DONANTE EN LAS ACEPTACIONES POSTERIORES A LA VIGENCIA DEL NUEVO CÓDIGO. VII- CONTENIDO DE LOS ASIENTOS Y SU UBICACIÓN. A) LA PROPIEDAD HORIZONTAL COMÚN Y LOS CONJUNTOS INMOBILIARIOS. 1- INSCRIPCIÓN REGISTRAL DE LA AFECTACIÓN. 2- APERTURA DE UNA MATRÍCULA PARA CADA PARCELA. 3- EL CONTENIDO DE LOS ASIENTOS. B) EL DERECHO REAL DE TIEMPO COMPARTIDO. 1- INSCRIPCIÓN DE LA AFECTACIÓN A TIEMPO COMPARTIDO. 2- APERTURA DE NUEVAS MATRÍCULAS PARA LAS UNIDADES DE TIEMPO. 3- LA CALIFICACIÓN DE LOS TÍTULOS DE AFECTACIÓN Y DE TRANSMISIONES SUCESIVAS. MEDIDAS PRECAUTORIAS. C) CEMENTERIOS PRIVADOS. 1- INSCRIPCIÓN DE LA AFECTACIÓN. 2- APERTURA DE NUEVAS MATRÍCULAS PARA CADA DERECHO REAL DE SEPULTURA. 3- LA CALIFICACIÓN DE LOS TÍTULOS DE AFECTACIÓN Y TRANSMISIÓN. MEDIDAS PRECAUTORIAS. D) EL DERECHO REAL DE SUPERFICIE. 1- LA CONSTITUCIÓN DE LA SUPERFICIE. 2- APERTURA DE NUEVA MATRÍCULA PARA LA SUPERFICIE. 3- LA CALIFICACIÓN DE LOS TÍTULOS DE CONSTITUCIÓN DE SUPERFICIE Y DE TRANSMISIÓN POSTERIOR DE LA SUPERFICIE O DEL SUELO - MEDIDAS PRECAUTORIAS.

* Académico de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales. 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. Director de la Carrera de Notariado en la Universidad Nacional de Córdoba.

I- INTRODUCCIÓN

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, crea y regula una serie de derechos reales, que si bien ya estaban perfilados por la costumbre, que les había dado una suerte de “tipicidad consuetudinaria”, no habían encontrado todavía cabida en la legislación civil; pues sabemos que por exigencia legal, los derechos reales solo pueden ser creados por el legislador (art. 2502 del Código derogado y art. 1882 y 1884 del C.C.C.N.). De manera tal que esta gama de situaciones jurídicas, “enganchadas” entre los derechos personales, pero con una neta vocación de derecho real, no nos resultan del todo novedosas.

Pero, a pesar de estar ya relativamente familiarizados con estas figuras, debemos reconocer que el C.C.C.N. no dejó de sorprendernos por la solución “facilista”, si se nos permite la expresión, con que abordó algunos problemas bien complicados. Sirve de ejemplo para lo que acabamos de expresar, la norma del art. 2075 del CCCN, tercer párrafo, que directamente aplica la reglamentación prevista para la propiedad horizontal, sin más, a todas las manifestaciones de conjuntos inmobiliarios enumeradas en el art. 2073; es decir a los clubes de campo, barrios cerrados o privados, parques industriales, empresariales o náuticos, o cualquier otro emprendimiento urbanístico independiente del destino de vivienda. No vemos atinada la supuesta solución prevista, pues la variedad de los problemas que en cada figura se plantean no podrán jamás verse regulados mediante la propiedad horizontal, o por lo menos esta figura no solucionará la totalidad de ellos.

Más aún nos sorprendió, el último párrafo del mismo art. 2075 citado, cuando expresa que los conjuntos inmobiliarios actualmente existentes “...se deben adecuar a las previsiones normativas que regulan

este derecho real”. La caótica situación en que se encuentran hoy los propietarios de parcelas en barrios cerrados resulta sin precedentes. Es obvio que deberá reglamentarse de manera expresa esta situación, pues tal adecuación, en el sentido literal de la expresión, no podrá llevarse a cabo en todos los casos. En efecto, piénsese nomás la gran cantidad de parcelas que suelen existir en estos barrios, que deberán ser relevadas en un plano especial para propiedad horizontal. Ello sin tener en cuenta que cada propietario ha podido efectuar las construcciones con total libertad y sin atenerse a ninguna reglamentación.

II- MODIFICACIONES A LA LEY REGISTRAL 17.801

Antes de adentrarnos en las nuevas figuras de derechos reales incorporadas por el nuevo CCCN, corresponde aclarar que la ley nacional 17.801, no ha sufrido modificación estructural. En efecto, solo tres normas fueron tocadas por la ley 26.994, los artículos 1, 2 y 17, más para adecuarlos a la nueva numeración, que para modificarlos en su contenido.

Así el Artículo 1 quedó redactado de la siguiente forma: *“Quedarán sujetos al régimen de la presente ley los registros de la propiedad existentes en cada provincia y en la Capital Federal.”*

Recordemos que la vieja norma de la ley 17801 aludía también a los registros existentes en “...Territorio Nacional de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur”. La modificación, con buen criterio, sólo actualiza la norma conforme a la provincialización de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, conforme a la ley 23775; por eso desaparecen las alusiones a dichos territorios. Sin embargo no podemos dejar de remarcar el error que advertimos en la nueva norma, pues por la reforma constitucional de 1994, art. 129, la Capital Federal

ha pasado a ser la “*Ciudad Autónoma de Buenos Aires*”. En cumplimiento del citado artículo de la Carta Magna, Buenos Aires se ha dictado su propia constitución, que en su art. 2 dispone: “La Ciudad de Buenos Aires se denomina de este modo o como *Ciudad Autónoma de Buenos Aires*”. Por ello advertíamos el error: El nuevo artículo debería aludir a “Ciudad de Buenos Aires” o “Ciudad Autónoma de Buenos Aires” y no a Capital Federal.

En cuanto al art. 2 de la ley 17.801, quedó redactado de la siguiente forma:

“De acuerdo con lo dispuesto por los artículos 1890, 1892, 1893 y concordantes del Código Civil y Comercial de la Nación, para su publicidad, oponibilidad a terceros y demás previsiones de esta ley, en los mencionados registros se inscribirán o anotarán, según corresponda, los siguientes documentos:

- a) Los que constituyan, transmitan, declaren, modifiquen o extingan derechos reales sobre inmuebles;*
- b) Los que dispongan embargos, inhibiciones y demás providencias cautelares;*
- c) Los establecidos por otras leyes nacionales o provinciales.”*

Como puede advertirse la modificación del dispositivo, solo procura armonizar con las nuevas normas del CCCN. Tanto el art. 2505 como el 3135 del Código derogado, aludían a la necesidad de registrar los derechos reales a los fines de la oponibilidad. El art. 2505 se refería a todos los derechos reales sobre inmuebles, y el 3135 sólo apuntaba al derecho real de hipoteca.

Ahora, con la nueva redacción del art. 2 de la ley 17.801, las normas aludidas en el nuevo dispositivo corresponden sólo parcialmente a los modificados del código derogado, ya que únicamente el art. 1893 equivale a los dispositivos referidos en el viejo artículo 2 de la ley

registral inmobiliaria. Los demás (arts. 1890 y 1892), en nuestra opinión, estarían mal citados. En efecto, en el Código derogado no había norma similar al 1890 que clasifica los derechos reales según recaigan sobre cosas registrables o no registrables. A pesar de que la doctrina había destacado la importancia de esta clasificación, que supera en trascendencia a la que distingue muebles de inmuebles, no fue sino hasta la sanción del nuevo CCCN que esta característica diferenciadora adquirió respaldo legal.

En cuanto a la norma del art. 1892 aludida también en el nuevo dispositivo, se refiere a la constitución de los derechos reales por el mecanismo del título y del modo, por lo que decíamos que no debería haber sido incluida, ya que en nuestra opinión, en materia inmobiliaria, la registración no integra ni el título ni el modo¹. En efecto, si bien es cierto que del tercer párrafo del art. 1892 surge que “La inscripción registral es modo suficiente para transmitir o constituir derechos reales sobre cosas registrables en los casos legalmente previstos...”, la norma se está refiriendo a los supuestos de inscripciones constitutivas, como las que rigen el registro automotor y el de caballos pura sangre de carrera (Dto. Ley 6582/58 y Ley 20.378, respectivamente); y, como sabemos, el registro inmobiliario argentino, regido por ley 17.801, es un registro meramente declarativo. Creemos por todo ello que la remisión al art. 1892 es impertinente.

La referencia al dispositivo del art. 1893 sí la creemos atinada, puesto que es la única norma citada por el art. 2 de la ley 17.801 modificado, que responde realmente al artículo 2505 del Viejo Código, y que había sido ya sustituido por ley 17.711.

En cuanto al art. 17 de la ley 17.801, ahora expresa: “Inscripto o anotado un documento, no podrá registrarse otro de igual o anterior

¹ VENTURA, Gabriel B. “La ley 17.801. Registro de la Propiedad Inmueble. Comentada. Anotada”, Ed. Hammurabi, Bs.As. 2009, nota al art. 2, pág. 47

fecha que se le oponga o sea incompatible, salvo que el presentado en segundo término se hubiere instrumentado durante el plazo de vigencia de la certificación a que se refieren los artículos 22 y concordantes y se presente dentro del plazo establecido en el art. 5.”

La única modificación efectuada por el nuevo código a este artículo, radica en la eliminación de la alusión al art. 3137 del viejo código derogado. Recordemos que este dispositivo en su redacción originaria determinaba un plazo especial para la inscripción de las hipotecas; ello porque, como sabemos, Vélez, en el Código derogado, sólo había previsto la registración del derecho real de hipoteca y no los otros derechos reales aunque recayeran sobre inmuebles. Cuando se sanciona la ley 17.801 y se modifica el art. 2505 del Código de Vélez en el año 1968, obligando a la registración de los derechos reales sobre inmuebles para su oponibilidad, se omitió adecuar el 3137 que otorgaba un plazo de registración para las hipotecas diferente al que se preveía para el resto de los derechos reales. Ello recién se subsanó en 1973, mediante ley 20.089, que unificó los plazos pero no modificó el art. 17 de la ley 17801. Hoy frente a un nuevo ordenamiento, se ha aprovechado directamente para suprimir la remisión histórica a una norma diferente, ya que todos los derechos reales sobre inmuebles se encuentran regidos por las mismas normas y plazos registrales.

III- LA APARICIÓN DE LAS NUEVAS FIGURAS JURIDICO-REALES

En verdad venimos advirtiendo desde la década de los ochenta del siglo pasado, que la idea de asignar naturaleza jurídico real a todas las nuevas figuras, obedece a considerar que los derechos reales brindan mayor seguridad que los derechos personales.

Ahora bien, debe aclararse que el solo rotular a una determinada figura jurídica como de carácter real, no nos va a dar la seguridad que buscamos. Es necesario pues, que la institución participe de aquellos elementos y características esenciales del derecho real.

¿Por qué el derecho real brinda más seguridad que el derecho personal? Hay varios principios que campean para dar a este interrogante una respuesta acabada. En primer lugar el “*numerus clausus*” imperante en nuestro derecho es una de las formas de lograrla. En efecto, el hecho de que un derecho real únicamente pueda ser creado por ley, según sustentaba el art. 2502 del código derogado, resulta un complemento de esa seguridad buscada, pues implica que el legislador le va a dar nacimiento, garantizándose por esto el estudio acabado y la conveniencia social de su incorporación.

En segundo lugar, la naturaleza jurídica de derecho real brinda más seguridad, porque conlleva la idea de que la misma ley va a establecer la regulación adecuada para evitar las lesiones y abusos que pueden presentarse en el marco de los derechos personales. Dicha regulación deberá contener una básica estructura de la figura (en los términos del propio art. 1884 del CCCN) que por ser de orden público (art. 12 CCCN) determinará la imposibilidad de que los pactos particulares puedan alterarla. Es la aplicación de la máxima de Papiniano “*ius publicum privatorum pactis non potest*” (Las normas de orden público no pueden ser alteradas por pactos particulares), que se encontraba en el art. 21 del Código derogado y hoy en el art. 12 del CCCN².

² HIGHTON, Elena I.; ALVAREZ JULIÁ, Luis y LAMBOIS, Susana; “Nuevas Formas de Dominio”, Ed. Ad-Hoc, Bs.As. 1987, pág. 21. ALLENDE, Guillermo L.; “Panorama de Derechos Reales”, Ed. La Ley, Bs.As. 1967, pág. 66. ADROGUÉ, Manuel I. y ROMANELLI, Horacio I. “Reflexiones en torno a la ley de propiedad horizontal”, en “Temas de Derechos Reales”, Ed. Plus Ultra, Bs.As. 1979, pág. 148 y 149. SALVAT, Raymundo M.; “Tratado de Derecho Civil Argentino. Derechos Reales”, 3º Edición La Ley, Bs.As. 1946, Tomo I, pág. 4. PEÑA GUZMÁN, Luis A.; “Derechos Reales”, Ed. TEA, Bs.As., 1973, Tomo I, pág. 35. MARIANI de VIDAL, Marina; “Curso de Derechos Reales”, Ed. Zavallá, Bs.As. 1986, Tomo I, pág. 49. MUSTO, Néstor J. “Derechos Reales”, Ed. Rubinzal y Culzoni, Santa Fe, 1981, Tomo I, pág. 101 a 106.

También coadyuva a la seguridad buscada, la existencia de otras consecuencias inherentes a su naturaleza real, como son el “ius persecuendi” y el “ius preferendi”, que le brindan oponibilidad “erga omnes”, y preferencia frente a los derechos personales (art. 1986 del CCCN)³.

Obviamente el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, en un reflejo fiel de las inquietudes mayoritarias en doctrina y jurisprudencia, no permaneció ajeno a la natural tendencia que hemos esbozado; y así generó cuatro nuevas figuras jurídico-reales, amén de haber modificado sustancialmente algunas de las ya existentes, como ocurre con el usufructo que resulta ahora transferible (art. 2142 CCCN), o con la Propiedad Horizontal que resulta ahora el marco de otras “subfiguras” si se nos permite la expresión, como todas las incorporadas dentro de los “conjuntos inmobiliarios” (clubes de campo, barrios cerrados o privados, parques industriales, empresariales o náuticos, etc.).

Los nuevos derechos que necesariamente entrarán en nuestro análisis son: Los conjuntos inmobiliarios; el tiempo compartido; los cementerios privados y la superficie. Pero no podremos dejar de referirnos brevemente a algunos problemas registrales que generarán las más importantes modificaciones a los derechos ya existentes.

³ Tenemos expresado que el art. 1886 del CCCN, al referirse al “ius preferendi”, no atina a su verdadera entidad, pues al hacer jugar este carácter tipificante de los derechos reales, no pone el acento en la preferencia con que el legislador mira a la figura jurídica de naturaleza real frente a una situación de derecho personal, sino que asigna al fenómeno el carácter de prioridad temporal, tanto respecto de los derechos personales como de los derechos reales. Ello ocurre por la extensión del efecto “...a otro derecho real...” que hace la norma, con lo cual le atribuye otro sentido al efecto. Ver al respecto VENTURA, Gabriel B.; nuestra nota al art. 1986, “Código Civil y Comercial de la Nación – Analizado, comparado y concordado”, Ed. Hammurabi, Bs. As. 2014; Tomo II, pág. 243.

IV- DERECHOS REALES SOBRE INMUEBLES

Respecto del tema que aquí abordaremos cabe aclarar que toda reforma en materia de derechos reales sobre inmuebles, necesariamente repercute en el ámbito de la registración; pues la norma genérica del art. 2505 del Código derogado, y ahora la del art. 1893 del C.C.C.N. exigen la registración, a los fines de la plena oponibilidad de los derechos reales.

Adviértase que, como derechos absolutos, los derechos reales deben poder oponerse respecto de todos o “erga omnes”. Esta oponibilidad “erga omnes” cuya frase latina parte de la doctrina ha traducido incorrectamente como “contra todos”, es esencial en materia de derechos absolutos; por oposición a los derechos relativos que solo se ejercen respecto de algunos determinados sujetos de derecho; es decir “erga aliquis” o respecto de algunos⁴.

En verdad, como el derecho nace justamente por la interrelación intersubjetiva, todo derecho es oponible; ello al punto tal que podríamos expresar como si escucháramos un proloquio de alguno de los grandes jurisconsultos romanos: “*omnia iura opossitum est*” (todo derecho es oponible); porque se trata en realidad de una cuestión de grados; pero, reiteramos, todo derecho tiene siempre, con mayor o menor intensidad, un cierto nivel de alteridad.

Es necesario resaltar que la nueva norma que se refiere a la oponibilidad, el art. 1893, resulta bastante más amplia en su pronunciamiento que el viejo dispositivo de la ley 17.711, dado que regula la

⁴ En efecto, algunos autores asignan a la expresión latina “erga omnes” el significado “contra todos”, lo que constituye a nuestro juicio un error de traducción de la vieja lengua. La expresión “erga” debe traducirse como “con respecto de” o, simplemente “respecto de”. Esta aclaración resulta útil a la hora de comparar la ejecución del derecho real, frente al desconocimiento o ataque de un tercero, con su ejercicio normal y respetado por toda la comunidad. El derecho no se está ejerciendo contra todos sino respecto de todos, y solo se hará contra una persona determinada, cuando ésta lo desconozca o ataque.

publicidad de todos los derechos reales y no solo de los que recaen sobre inmuebles; en razón de lo cual en la misma norma se involucran tanto la publicidad por la exteriorización posesoria, la llamada “*possessio naturalis*”, la tradición del art. 1924 del CCCN, como la publicidad registral en los casos en que los derechos reales la exija, por las cualidades especiales del derecho o por la naturaleza de las cosas sobre las que recae.

Es así que, en principio todos los derechos reales sobre inmuebles, así como los derechos reales sobre cosas muebles registrables: automotores, buques, aeronaves, caballos pura sangre de carrera, y hasta los curiosos registros de palomas de carrera mensajera⁵, se encuentran involucrados en el tema que nos proponemos abordar. Obviamente nos circunscribiremos con énfasis solo a la materia inmobiliaria.

V- INCIDENCIA DE LA CLASIFICACIÓN ENTRE DERECHOS REALES SOBRE COSA PROPIA O SOBRE COSA AJENA

La categorización de derecho real sobre cosa propia o sobre cosa ajena, que efectúa el art. 1888 del CCCN., es importantísima a la hora de analizar la repercusión registral de cada nueva figura. Ello lo es al punto tal que, si la nueva figura es un derecho real sobre cosa ajena,

⁵ La llamada “paloma de carrera mensajera” es la que tiene la costumbre de volver a su lugar de origen. Su registración se encuentra regulada por el decreto 17160/43, del Ministerio de Guerra, que establece la necesidad de la inscripción no sólo para acreditar el dominio del animal, sino también su posesión o tenencia. Según dispone en el art. 6, la inscripción tiene efectos constitutivos. Decreto 17160/1943: **Art. 6°**- Todas las palomas comprendidas en la precitada reglamentación, deberán llevar las señales de identificación que se determinen. Los poseedores o tenedores de dichas palomas deberán inscribirlas en un registro que se creará a tal efecto, quedando aquellos sometidos a todas las obligaciones que se establezcan, a los fines del cumplimiento del presente decreto. **Todo acto jurídico**, por el cual se transfiera la propiedad o tenencia de esas palomas, **sólo producirá tal efecto** una vez inscripto en el mencionado registro.

deberá registrarse en la columna de gravámenes o restricciones, pues respecto del derecho real que grava o restringe resulta esa su verdadera naturaleza. Hasta lo dice expresamente el segundo párrafo de la misma norma del art. 1888: *“Con relación al dueño de la cosa, los derechos reales sobre cosa ajena constituyen cargas o gravámenes reales”*.

En cambio, si el derecho real es sobre cosa propia, en los términos del citado art. 1888, corresponderá la apertura de una nueva matrícula.

A estos fines, y dado que no surge muy claramente de la norma, corresponde aclarar que el “fundamentum divisionis” utilizado para esta categorización no es que el derecho real se constituya sobre un “inmueble propio o ajeno”. En realidad la norma apunta a determinar la legitimación o grado de legitimación dispositiva de su titular.

Si el derecho real es sobre cosa propia, como regla general el titular tendrá plena disposición jurídica de la cosa: podrá transferirla, gravarla, le podrá ser embargada y hasta subastada por sus acreedores; mientras que si se trata de un derecho real sobre cosa ajena, salvo algunos supuestos como el usufructo⁶, la cosa que constituya su objeto no podrá ser enajenada ni gravada.

Como surge del precedente párrafo, nada tiene que ver la propiedad del inmueble sobre el que el derecho se asienta, sino la intensidad de sus facultades dispositivas, las que constituyen las prerrogativas brindadas por el “ius abutendi” dentro del haz de facultades que genera el dominio.

Por ello sostenemos que cuando una ley establece que una determinada nueva figura será un derecho real sobre cosa propia o sobre

⁶ Nos referimos al usufructo, que ahora por imperio del art. 2142 CCCN puede transferirse y consecuentemente puede embargarse y subastarse.

cosa ajena, tal declaración no es vana; apunta nada menos que a las facultades que generará para su titular.

A este respecto corresponde señalar que, en general la doctrina nacional, ha confundido el fundamento de la distinción y ha interpretado que cuando el legislador califica un derecho real como “sobre cosa propia” alude a la propiedad del inmueble sobre el que se ha constituido⁷.

Otra situación que corresponde aclarar apunta a la última parte del art. 1888 que es objeto ahora de nuestro análisis; pues adviértase que de ella surge la errada consideración respecto del derecho de superficie, que lo califica de derecho sobre cosa propia solo cuando la cosa ya está edificada, sembrada o plantada. El fundamento de esta desatinada distinción radicaría en que antes de estar sembrado o edificado el inmueble, no habría cosa sobre la que aplicar derecho real alguno. Decimos que es desatinada esta distinción porque el legislador olvida que, por expresa disposición legal, tanto en el Código derogado, arts. 2518, como en el nuevo CCCN, art. 1945, con solo aplicar el texto literal, el dominio se extiende también al “espacio aéreo”; y es justamente sobre éste que recae el derecho del superficiario, aun en su versión “ius aedificandi” (derecho a edificar) o “ius serendi” (derecho a sembrar o plantar) esté edificado, plantado o sembrado el fundo, o no lo esté. Por ello estimamos que no corresponde el distingo.

Sin embargo, a la hora de las consecuencias, no dudaremos de nuestra parte, en adjudicarle facultad para hipotecar, por ejemplo, al titular de una superficie aún no sembrada ni plantada. Creemos que por

⁷ DE REINA TARTIÈRE, Gabriel; “Derecho Real de Superficie Forestal”, Ed. Ábaco, Bs.As. 2003, pág. 50. Este autor expresa que hay una contradicción manifiesta al referirse la norma del art. 2 de la ley 25509 a “derecho real sobre cosa propia, constituido sobre inmueble ajeno”. Igualmente puede advertirse ese desconcierto en Andorno, Luis; “Superficie Forestal” en Lexis Nexis, Jurisprudencia Argentina, Número Especial, Bs.As. 2003, pág. 3 y 4, que sólo tolera hablar de derecho real sobre cosa propia en el segundo supuesto previsto en el art. 2 de la ley 25509, “hacer suyo lo plantado”. Ver al respecto nuestro “Ley 17.801...” ob.cit, pág. 11, nota 3.

ello, a la hora de las facultades asignadas al superficiario aparece la de transferir su derecho (art. 2119); otro tanto surge de la legitimación para hipotecar, en cuya norma el legislador no exige que se halle edificado o plantado el inmueble afectado a superficie (art. 2206 CCCN).

Quizás estos errores, respecto del fundamentum para efectuar la clasificación, provengan del propio Salvat que suele ser uno de los más importantes referentes a los que acudimos primero para analizar alguna situación. En efecto el Maestro correntino, a cambio de explicar el fundamento de la clasificación de los derechos reales “sobre cosa propia o sobre cosa ajena”, prefirió acudir a la enumeración encasillando cada uno de los derechos regulados, tal como lo hace el nuevo Código Civil y Comercial. Pero ese método explicativo no permite acomodar en sus conceptos las nuevas figuras que puedan presentarse, tal como hoy ha ocurrido⁸.

De nuestra parte reiteramos que el “fundamentum divitionis” de la clasificación apunta a las facultades que se generarán para su titular. La facultad de ejercer actos de disposición, el “ius abutendi” es lo que marca la diferencia. Así, por ejemplo, el usufructuario no podrá constituir hipoteca sobre el bien dado en usufructo (art. 2206 “a contrario sensu”), facultad ésta que sí tiene el titular de una parcela horizontal o de cualquier conjunto inmobiliario. Ello ocurre porque el primero es un derecho real sobre cosa ajena, mientras que el segundo es titular de un derecho real sobre cosa propia.

Remarcamos de lo dicho, que cuando el derecho real es sobre cosa propia, aun cuando se trate de una desmembración, corresponderá la apertura de una nueva matrícula registral. Ello será de gran importancia a la hora de abordar el tratamiento registral del derecho real de superficie (art. 2114 y ss. del CCCN).

⁸ SALVAT, Raymundo M. “Tratado de Derecho Civil Argentino – Derechos Reales”, Anotado por Manuel J. Argañarás, Ed. TEA, Bs.As. 1961, Tomo I, pág. 5 y 6.

VI- ASPECTOS A ANALIZAR EN MATERIA DE REGISTRACIÓN DE LOS NUEVOS DERECHOS REALES

Desde el punto de vista registral, se advierten varias repercusiones ante la aparición de las nuevas figuras jurídico-reales: Unas relacionadas al principio de especialidad, otras con el principio de legalidad, y otras referidas al contenido de los asientos registrales y a la ubicación concreta de éstos, dentro de la matrícula. En este último punto se ubicaría, por ejemplo, el problema que ya hemos enunciado respecto a la apertura de una nueva matrícula cuando el derecho real es “sobre cosa propia”, conforme a la clasificación sentada en el art. 1888 del CCCN.

A) PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD:

En primer lugar corresponde recordar que el principio de legalidad puede sintetizarse como la necesidad de la perfecta determinación de todos los elementos de la relación jurídica: sujetos, objeto y causa. En los derechos reales de garantía y en las medidas precautorias con monto, como el embargo, también se exigirá, sobre todo aquí, en materia registral, la determinación de dicho importe, el crédito garantizado o la suma dineraria cuya tutela se persigue mediante la precautoria.

El artículo 12 de la ley 17.801, es el que determina esta exigencia de los derechos registrables, así como el contenido básico de los asientos. Obviamente esta norma debe adaptarse armónicamente en su esencia, a cada una de las figuras a registrar.

Como puede fácilmente advertirse y ya habíamos expresado, el principio de legalidad no podrá permanecer ajeno a las modificaciones introducidas por el nuevo Código Civil y Comercial. Este requisito está presente pues, en toda relación jurídica tal como pone de resalto Moisset de Espanés; y esta circunstancia repercute directamente en la registración de los nuevos derechos. En efecto, el hecho de tener que cumplir con la especialidad, nos obligará a tener presente los elementos esenciales de las nuevas figuras⁹; y ello a su vez nos facilitará la exposición sobre dichos elementos en relación con los asientos registrales concretos.

Respecto de cada uno de los nuevos derechos, el CCCN se ha encargado de establecer una enumeración, no siempre muy clara, de los requisitos esenciales o necesarios para la validez de su constitución o afectación; y en esas enumeraciones se alude a veces tangencialmente, a la especialidad. A manera de ejemplo citamos el derecho real de sepultura, nacido en el marco del cementerio privado (art. 2103 y 2112 del CCCN), respecto del cual surgen normas expresas que prevén la necesidad de la afectación (art. 2104), la necesidad de la descripción precisa del inmueble sobre el cual se constituye el cementerio, sus partes, lugares, instalaciones y servicios comunes (art. 2105, inc. a; 1333, etc.).

También puede citarse para ejemplificar el art. 2115, en materia de superficie, que exigirá la determinación no sólo del inmueble sobre el que se constituye, sino la entidad, dimensión y configuración de las construcciones ya realizadas sobre las que recae el derecho, en el caso de que no se trate de un “ius edificandi”. Otro tanto para el caso del

⁹ MOISSET DE ESPANÉS, Luis; “Publicidad Registral”, Ed. Advocatus, Córdoba, 1997, pág. 111. “[...] jamás pueden faltar, en ninguna relación jurídica, ciertos elementos que por eso se denominan *esenciales*, a saber: a) el sujeto titular del derecho; b) el objeto del derecho, que podrá ser una cosa –como sucede en los derechos reales–, o la actividad del sujeto pasivo, llamada técnicamente prestación, como acontece en los personales; y c) el elemento dinámico, que dio vida a la relación, es decir la causa”.

constituido sobre plantaciones, forestaciones o sembrados, que exigirá la descripción de tales mejoras, a diferencia del que se refiera solo al “ius serendi” o derecho a plantar, forestar o sembrar. Recordemos que este derecho coexiste con el del titular del suelo, conforme a lo dispuesto en la última parte del artículo citado, lo que exige una determinación concreta para delimitar la desmembración.

Otro aspecto a resaltar es que en casi todos los derechos reales que surgen de sistemas que afectan un inmueble general y del que surgen parcelas individuales, será menester la confección de planos específicos y vinculados directamente a ese efecto. Así veremos planos de afectación a cementerio privado, de afectación a propiedad horizontal especial, de constitución de superficie, etc.

Para más, en algunos casos se harán menester planos volumétricos; es decir que describan la figura desde ciertas alturas y delimiten contornos de volumen; ya que bien puede ocurrir que frente a una edificación de diferentes alturas en sus techos, se dé nacimiento a un derecho de superficie con la variada altura de la parte sobre la que se asienta; o que sin estar construida aún la parte de abajo (los primeros pisos de un edificio) el titular superficiario desde determinada altura, pueda ejercer su “ius edificandi” antes de que el dueño del suelo (“dominus soli”) y su altura reservada, edifique lo suyo.

Las breves notas a las que se refiere el artículo 12 de la ley 17.801 resultan quizás lo más criticable del sistema de folio real, sobre todo en relación a algunas de las nuevas formas de derechos reales. Nos referimos a aquellas que tienen un mayor contenido convencional, como los tiempos compartidos o la superficie, pues en ocasiones las citadas “breves notas” resultarán manifiestamente insuficientes para brindar un verdadero efecto publicitario y preventivo respecto de los terceros. Imaginemos por ejemplo un contrato de tiempo compartido, con todas las cláusulas que involucran el uso y goce de las partes co-

munes, así como los servicios que el sistema presta al titular del derecho que, sin dudas, darán mayor o menor valor a las unidades de tiempo. Obviamente no podremos pretender que aparezcan todas esas prerrogativas en un breve asiento registral. Ello exigiría casi la transcripción íntegra del contrato y la ocupación de varias fichas registrales para cada cláusula.

Ya habíamos puesto de resalto este inconveniente respecto de las cláusulas contenidas en los mutuos con garantía hipotecaria, en el código derogado. Pero siempre nos queda la tranquilidad de que los terceros pueden acudir, en caso de requerir mayor precisión sobre los derechos personales asignados en el sistema, a los títulos constitutivos, que serán escrituras públicas (art. 1017 del CCCN), cuyo contenido o copia deberán quedar archivadas también en los registros inmobiliarios para una completa publicidad, y que a su vez referencian los planos y demás reglamentaciones aplicables al sistema¹⁰.

También deberemos tener presente a todos los sujetos involucrados en algunos sistemas, pues estábamos acostumbrados a referir normalmente a uno, el adquirente, el constituyente, el afectante, etc. Ahora, con las nuevas figuras, surgen otros muchos sujetos involucrados en algunos derechos reales; así, a manera de ejemplo, en el derecho de tiempo compartido pueden estar implicados varios: el usuario, el propietario, el emprendedor, etc. (art. 3 de la ley 26.356; art. 2090 del CCCN); y en algunos casos ellos deberán figurar también en los asientos generados.

B) PRINCIPIO DE LEGALIDAD:

¹⁰ VENTURA, Gabriel B. "Ley 17.801. Registro de la Propiedad Inmueble. Comentada. Anotada", Ed. Hammurabi, Bs.As. 2009, pág. 189. Decíamos ahí: "Por otra parte siempre queda al tercero interesado la posibilidad de ampliar la información acudiendo directamente al instrumento que generó la inscripción o anotación".

En primer lugar, corresponde advertir que la legalidad, por involucrar el marco en el que se desenvuelve el nuevo derecho, será uno de los puntos más novedosos en lo registral, de las figuras reales incorporadas.

El principio de legalidad se garantiza mediante la función calificadora del registrador; es decir el necesario y obligatorio análisis que debe efectuar el inscriptor, para registrar definitivamente un título, observarlo, o rechazarlo, según cumpla o no con las exigencias legales.

La legalidad registral puede definirse como la necesidad de que todo documento inscripto o anotado cumpla, tanto en lo sustancial como en lo formal, con las exigencias que las leyes imponen como requisito de validez. Cuando aludimos a "las leyes", lo hacemos en el sentido más general de la expresión; es decir leyes nacionales, provinciales, reglamentarias, resoluciones administrativas que rigen para ese documento y hasta las disposiciones técnico registrales que, dentro del marco de competencia del registro, pueden determinar también exigencias particulares para ese acto o documento¹¹. Entran pues en este concepto, tanto las disposiciones del nuevo Código Civil y Comercial, como las resoluciones técnico-registrales que, necesariamente, deberán dictarse para su concreta aplicación.

Como siempre hemos expresado, la mejor definición del principio de legalidad, por lo sencilla y completa, nos la proporciona Coghlan cuando dice que legalidad es "(...) la necesidad de subordinación de la actividad humana, genéricamente entendida, a pautas legales prefijadas (...)"¹².

¹¹ VENTURA, Gabriel B.; "Ley 17.801. Registro de la Propiedad Inmueble. Comentada. Anotada", Ed. Hammurabi, Bs. As. 2009, pág. 145.

¹² COGHLAN, Antonio R. "Teoría General del Derecho Inmobiliario Registral", Ed. Abeledo-Perrot, Bs.As. 1991, pág. 127.

Pues bien, cada figura nueva de derecho real incorporada, determina una serie de requisitos que pueden resultar también novedosos, tanto en lo sustancial como en lo instrumental.

1- LÍMITES A LA FUNCIÓN CALIFICADORA EN EL ÁMBITO DE LOS NUEVOS DERECHOS REALES INCORPORADOS

El tema de los límites a la función calificadora del registrador ha ocupado desde hace tiempo a la más encumbrada doctrina, tanto nacional como extranjera.

Comencemos por recordar que “la calificación de los títulos presentados a inscripción constituye el medio o instrumento para hacer efectivo el principio de legalidad”¹³. En efecto, la función calificadora es solo una herramienta que brinda el derecho positivo, para asegurar en alguna medida la legalidad de los actos que ingresan al registro¹⁴. Expresamente aclaramos “en alguna medida”, porque la verdadera lega-

¹³ ROCA SASTRE, Ramón M. y Luis ROCA SASTRE MUNCUNILL, “Derecho Hipotecario”, Ed. Bosch, Barcelona, 1979, Tomo II, pág. 255. En contra de esta idea de la función calificadora como medio de lograr el cumplimiento del principio de legalidad ver VILLARÓ, Felipe P. “Elementos de Derecho Registral Inmobiliario”, Fundación Editora Notarial, La Plata, 1980, pág. 59, dice: “No es tampoco exacto que la calificación sea *el medio o instrumento para hacer efectivo el principio de legalidad* como afirma Roca Sastre, pues a través de la calificación se hacen efectivos otros principios como el de tracto sucesivo, el de prioridad, el de especialidad, ya que en el momento en que se califica un documento se concentran en su análisis todos los requisitos registrales exigibles, estén consagrados o no bajo la forma de principios”.

¹⁴ Corresponde aclarar que un sector importante de la doctrina registralista, encaran la función calificadora al referirse al principio de legalidad; lo que en nuestra opinión no es correcto. Nos resulta de especial interés dejar plasmado que la legalidad, sobre todo la sustancial, corresponde y es responsabilidad exclusiva del funcionario instrumentador. Por ello hacemos expresamente el distinguo. Consideran prácticamente sinónimos “legalidad” y “función calificadora”: LACRUZ BERDEJO, José L. y SANCHO REBULLIDA, Francisco de A. “Derecho Inmobiliario Registral”, Ed. Bosch, Barcelona, 1977, pág. 353 y 354. MOISSET DE ESPANÉS, Luis. “Publicidad Registral”, Advocatus, Córdoba, 1997, pág. 91 y 153 y ss. SERRANO ALONSO, Eduardo. “Conceptos Fundamentales del Derecho Hipotecario”, Ed. Forum, Oviedo, 1993, pág. 22. Este último autor directamente dice: “También denominado de *calificación* en referencia a la actividad que efectúa el Registrador”.

alidad del acto, la que repercute directamente sobre su validez sustancial, sea resolución judicial, acto administrativo o escritura notarial (art. 3 de la ley 17.801), la garantiza y asegura cada uno de los funcionarios autorizantes de los actos, situaciones o afectaciones registrables.

El principio de legalidad será siempre el primero en invocarse, en cumplimiento del art. 9 de la ley 17.801, a la hora de observar o rechazar un documento por parte del registrador aun cuando otro principio también se halle involucrado en el obstáculo registral. Al calificar el documento pues, merced al principio de legalidad, el registrador deberá verificar el cumplimiento de todos los principios registrales implicados en el proceso, razón por la cual puede válidamente concluirse que el principio de legalidad es base de exigencia de todos los otros. Aunque por fines didácticos le asignemos existencia autónoma, este principio involucra necesariamente a los demás; por ello aclara García Coni que el principio de legalidad "(...) es también la suma de las legalidades correspondientes a los otros principios(...)"¹⁵.

Ya podemos afirmar, entonces, que la función calificadora es la atribución y el deber del registrador de verificar el cumplimiento de los recaudos legales de toda documentación cuya registración se pretende¹⁶. El art. 2 y 3 de la ley 17.801, cuando aluden a la forma y los efectos o el contenido del acto, aparecerán involucrados a la hora de determinar la admisión o no de todo documento que se arrime al registro con pretensión de inscripción.

Tal como puede apreciarse en nuestro concepto, la función calificadora no se detiene sólo en la necesidad de cumplir las exigencias

¹⁵ GARCÍA CONI, Raúl. "El Contencioso Registral", Ed. Depalma, Bs.As. 1978, pág. 101.

¹⁶ GARCÍA CONI, Raúl. Ob.Cit. pág. 124, expresa: "Si la calificación es una responsabilidad inexcusable del registrador, la descalificación, conforme a su leal saber y entender, constituye un derecho capaz de justificar su intervención". COGHLAN, Antonio R. Ob.Cit. pág. 134, 135. dice: "[...]se entiende que configura un auténtico deber del registrador y, como tal, que ella es compulsiva u obligatoria dentro del ámbito de su procedencia".

que las leyes imponen a cada acto para su validez, sino que también es menester analizar su registrabilidad; es decir su pertinencia en el registro inmobiliario.

El art. 8 de la ley 17.801 es la primera norma que nos acerca a uno de los más arduos debates que se han dado en materia registral: el límite de la función calificadora. Este problema que ya nos ha ocupado anteriormente¹⁷ resulta de lo más importante a la hora de verificar los elementos de las nuevas figuras jurídico reales que podrán ser objeto de la calificación.

El hecho de que el registrador tenga atribución por ley de revisar y controlar la forma y el contenido de los documentos que pretenden acceder a los asientos, nos obliga a analizar los recaudos que, a los fines registrales, deberán surgir de los actos que los constituyen, transmiten o extinguen.

2- LO QUE EL REGISTRADOR DEBE VERIFICAR

Sabemos ya que, el examen del registrador no se limita a las “formalidades extrínsecas” del documento; lo que surgía de una mala interpretación del art. 8 de la ley 17.801¹⁸. Como bien sostiene Moisset

¹⁷ VENTURA, Gabriel B.; “Extensión y límites de la función calificadora en los documentos notariales”, en “Diario Jurídico” del Comercio y Justicia, Córdoba, Diario N° 279, del 07/6/1983, “Tracto Abreviado Registral”, Ed. Hammurabi, Bs. As. 2005. Pág. 104. También en nuestro “Ley 17.801 ...” ob.cit, pág. 146 y ss,

¹⁸ Debemos tener en cuenta que la forma parece aludir exclusivamente a elementos externos, sin embargo ellas pueden resultar intrínsecas o extrínsecas. Sobre todo cuando analizamos la audiencia notarial o judicial que constituye el ámbito espacial y temporal en el que se desarrolla el acto que se instrumenta; allí surge patente que lo intrínseco resultará de lo que allí ocurra, de todos los elementos exigidos para la validez del acto en cuanto a que se cumplan realmente, de lo que deberá dejarse constancia necesariamente en el instrumento. Nuestra experiencia como instrumentador nos permite apreciar claramente el concepto. Por otra parte, entre nosotros, la idea de una formalidad intrínseca aparecía manifiesta en los conceptos del propio Codificador, ya que en la nota al art. 4012 del código derogado, Vélez Sarsfield expresamente se refería a ella cuando decía: “Debemos distinguir las formas intrínsecas de las ex-

de Espanés, la calificación documental no sólo recaerá sobre las llamadas “formas extrínsecas” a las que alude el art. 8 de la ley 17.801. Expresa el citado autor que “(...) el registrador deberá tener en cuenta, por una parte, la capacidad del constituyente del derecho, de acuerdo con las constancias existentes en el Registro de Anotaciones Personales (...) y por otra, la legitimación para obrar de quien aparece como otorgante del acto, en cuanto se vincula con el cumplimiento del requisito del tracto sucesivo, como dispone el art. 15 de la misma ley.”¹⁹

En suma, tanto el documento cuya registración se peticiona, como la forma de la petición y la legitimación del solicitante, así como la documentación accesoria: Planos, autorizaciones administrativas de los municipios (por ejemplo en el caso de los cementerios privados), deberán estar conforme a las normas que regulan el caso.

La finalidad sustantiva que da sentido al principio de legalidad, según vimos en el punto precedente, involucra al sujeto, al objeto y a la causa de la relación jurídico real; pero también, como quedó enunciado, debemos considerar incluidos dentro del principio, todas las normas y exigencias previstas para el desempeño del usuario, en cuanto a plazos y formas de solicitud; así como la legitimación, directa o indirecta, para peticionar las afectaciones o ciertas modificaciones de los nuevos derechos reales objeto de nuestro estudio²⁰.

trínsecas. La nulidad del acto puede proceder de sus formas intrínsecas, por ejemplo, sobre las condiciones esenciales del contrato, o de la forma extrínseca, el escrito que lo comprueba, cuando el escrito está sujeto a ciertas formas solemnes”.

¹⁹ MOISSET DE ESPANÉS, Luis; “Publicidad...” Ob.Cit. pág. 159. Sin embargo GARCIA CONI, Raúl R. y FRONTINI, Angel A. en su “Derecho Registral Aplicado”, Ed. Depalma, Bs.As. 1993, pág. 235, expresan que “Parecería que la segunda parte del art. 8 [...] refuerza el concepto de que el examen del registrador debe circunscribirse a las formas extrínsecas [...]”.

²⁰ CHICO Y ORTIZ, José M. Ob.Cit, Tomo I, pág. 483 - 484, explica que se denomina legitimación directa cuando hay “(...) plena identidad o coincidencia entre el autor del acto y el titular de la esfera jurídica en la que éste produce sus efectos jurídicos y deriva de la titularidad de un derecho subjetivo o de una facultad jurídica autónoma, de los cuales el acto es ejercicio”. “(...) La legitimación indirecta (...) supone el reconocimiento de la posibilidad de realizar, en nombre propio o ajeno, un acto jurídico eficaz sobre una esfera jurídica de la que no es titular, respetando la titularidad”. Esta

De nuestra parte, somos partidarios de una competencia registral amplia en cuanto a función calificadora, para asegurar que lo ingresado y publicitario, se acerque lo más posible a la realidad jurídica. De nada sirve un sistema de publicidad si no podemos fiarnos en algún grado de su contenido.

Moisset de Espanés, contundentemente expresa que el registrador tendrá atribución para verificar en el acto y en el documento mismo presentado para su registración, todo lo que resulte ostensible²¹.

3- LO QUE EL REGISTRADOR NO PUEDE CALIFICAR

A pesar de la regla general que posibilita la verificación y observación de todo lo que resulte manifiesto del acto y del documento, es dable, sin embargo, formular también una regla general negativa; es decir pronunciarnos respecto de lo que el registrador no puede analizar, ni por ende, formular observación alguna.

Así, decimos que el registrador no podrá verificar hechos externos al registro, cuyo cumplimiento aparezca satisfecho en el texto documental.

4- EL CUMPLIMIENTO DE CIERTOS RECAUDOS ADMINISTRATIVOS PREVIOS A LA ESCRITURA

aclaración del Maestro Español, encaja justo en la posibilidad de ciertas actuaciones del emprendedor en materia de tiempo compartido (Art. 2089 del CCCN).

²¹ MOISSET DE ESPANÉS, Luis; "Publicidad Registral", Ob.Cit. pág. 160. Dice: "En resumen, el registrador solamente formulará observaciones al documento cuando existan defectos *manifiestos*".

Solo a los fines de brindar algunos ejemplos, nos pronunciaremos sobre nuevas circunstancias que campean en torno a algunos contratos y derechos reales.

Así, diremos que el registrador no podrá exigir al notario autorizante que acompañe a la rogatoria del documento de afectación a cementerio privado, la autorización administrativa municipal para funcionar como tal (art. 2113 CCCN). Bastará pues con la relación que formule el instrumentador en el texto del documento para que se considere cumplido dicho recaudo en sede registral.

Es cierto que, a la hora de recomendar y analizar las nuevas obligaciones pre escriturarias que tendrá a su cargo el notario antes de cada otorgamiento, aparecerán si, las citadas autorizaciones, cuyo bastateo minucioso será de su exclusiva responsabilidad; pero ello no es competencia del funcionario registrador, que solo deberá contentarse con la mención documental del cumplimiento de la expresada exigencia.

5- LA VERIFICACIÓN DE LA SUPERVIVENCIA DEL USUFRUCTUARIO EN LAS TRANSFERENCIAS SUCESIVAS

Quedan inmersas en las lucubraciones del párrafo precedente, la exigencia de la sobre vida del usufructuario, por ejemplo, a la hora de transferirse un usufructo sucesivo. Recordemos que el usufructo, dentro de la nueva regulación del CCCN, es un derecho transmisible; pero, como dice expresamente la norma que lo admite (el art. 2142), es la vida del primer usufructuario la que determina la existencia del usufructo.

Por ello, sin ninguna duda nos atrevemos a exigir al notario instrumentador de un usufructo sucesivo (nos referimos con esta expre-

sión a la segunda o ulterior transferencia) la corroboración de la sobrevida del primitivo usufructuario. Consideramos de mala praxis no hacerlo y no dejarlo acreditado en las sucesivas transferencias. Pero, en aplicación de lo que venimos expresando, por ser solo responsabilidad del notario, al registrador le estará vedada dicha verificación, y su calificación solo apuntará a que el contenido del documento deje plasmado su cumplimiento.

6- LA SUPERVIVENCIA DEL DONANTE EN LAS ACEPTACIONES POSTERIORES A LA VIGENCIA DEL NUEVO CÓDIGO

Otro tanto ocurrirá respecto de las promesas de donación que pudieren aceptarse luego de la vigencia del nuevo Código. Téngase presente que Vélez Sarsfield había previsto expresamente la posibilidad de aceptación de las mismas aún después de la muerte del donante (art. 1795 del Código derogado), y hasta possibilitaba exigir a los herederos, por vía compulsiva, la entrega de los objetos donados, una vez fallecido aquél. Hoy estos casos están expresamente prohibidos, en el nuevo artículo 1545 del CCCN que dice: *“La aceptación puede ser expresa o tácita, pero es de interpretación restrictiva y está sujeta a las reglas establecidas respecto de la forma de las donaciones. Debe producirse en vida del donante y del donatario”*.

Más allá de cuál será la solución del conflicto sustancial generado con la nueva norma, por aplicación de la norma transitoria del art. 7 del CCCN, creemos que tal verificación, por los argumentos que hemos vertido en los precedentes párrafos, escapa por completo a la calificación registral. Si bien podríamos exigir al notario, tal como lo hemos dicho respecto del usufructo sucesivo y de ciertas afectaciones, la verificación de la circunstancia de la supervivencia del donante al momento

de la aceptación, ello no puede ser exigencia registral para dar o no cabida al acto de la aceptación en los asientos respectivos.

Por otra parte, aunque exceda la finalidad de estas lucubraciones, no nos quedan dudas de la injusticia generada por la aplicación de la nueva norma a las promesas celebradas con anterioridad a la vigencia. En efecto, creemos que la muerte del donante, no debería, en nuestra opinión, ser obstáculo a una válida aceptación posterior, a pesar de la impecable lógica aplicada al supuesto por Moisset de Espanés²², quien expresa todo lo contrario. La oferta sola, explicó el Maestro cordobés en su conferencia pronunciada en las V^o Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil (San Juan, 13, 14 y 15 de mayo de 2015) no llegó a ser contrato, por lo que, considerando el pronunciamiento del art. 7 del CCCN, que en su primera parte es una transcripción del art. 3 del Código derogado, corresponderá aplicar el nuevo artículo 1545 que exige la aceptación en vida del donante. Si la aceptación se produce luego de la muerte del donante y ya está en vigencia la nueva ley, la donación no generará ningún efecto traslativo.

Creemos que, más allá del mandato legal, el hombre de derecho solo debe contentarse con un resolutive justo; y en nuestra opinión, no habría justicia en negar efecto a una aceptación posterior a la muerte del donante, cuando justamente éste tomó especialmente en cuenta el mantenimiento de la expectativa generada por el viejo art. 1795 del Código derogado. Obviamente el donante hubiera acudido a otra figura si se hubiese percatado de la posibilidad de la desaparición de la norma en un futuro. La aplicación literal de los nuevos dispositivos (art. 7 y art. 1545 del CCCN) afectaría la justicia de la situación generada.

Por otra parte tampoco vemos muy honorable ni ajustada a derecho la actitud que pudieran adoptar los herederos negando la entrega

²² MOISSET DE ESPANÉS, Luis; "Irretroactividad de la Ley y el Nuevo Art. 3 (Código Civil) (Derecho Transitorio), pág. 26 y 27.

de los bienes prometidos en donación. El principio rector de buena fe (adoptado autónomamente ahora en el art. 9 del CCCN) y el abuso del derecho (art. 12 del CCCN) impiden considerar ajustado a derecho su proceder; en razón de lo cual estimamos que, un juez valeroso, aplicando la sabia frase de Eduardo Couture, en su “Decálogo del Abogado”, Punto IV (“Tu deber es luchar por el derecho, pero el día que encuentres en conflicto el Derecho con la justicia, luchar por la justicia”), deberá pronunciarse por la plena validez de la aceptación posterior a la muerte del donante, aun ante la vigencia de las nuevas normas.

Pero, como habíamos expresado, aun considerando negada la posibilidad de aceptación de la donación por el donatario luego de fallecido el donante, según lo sentado en el citado art. 1545 del CCCN, tenemos la certeza de que la circunstancia de la sobrevivencia del donante, escapa a la función calificadora del registrador y sólo resulta ser responsabilidad del instrumentador su cierta corroboración.

VI- CONTENIDO DE LOS ASIENTOS Y SU UBICACIÓN

También será necesario pronunciarse frente a los nuevos derechos reales incorporados, acerca del contenido de los asientos, y la ubicación de los mismos, sea generando nueva matrícula, sea en la cadena de transmisiones ya existentes (la llamada “columna de titularidad dominial”, sea en la que corresponda a los gravámenes o restricciones. En este último caso deberemos también pronunciarnos sobre las posibles anotaciones de embargos y demás medidas que pudieran a su respecto solicitarse, puesto que, como veremos no todos los nuevos derechos resultan embargables. En efecto, a pesar de existir el principio rector de la transmisibilidad de todos los derechos reales (art. 1906 CCCN) y a que éstos integran el patrimonio que, como tal se en-

cuenta sujeto a su función de garantía (arts. 242 y 743 del CCCN), cada figura puede presentar características propias que la apartan de los mismos. Sirve de ilustrativo ejemplo a este respecto, el derecho real de sepultura, que por expresa disposición del art. 2110 CCCN, no admite embargos, salvo por créditos provenientes de saldo de precio de compra o de construcción de sepulcro, así como por expensas, tasas, impuestos y contribuciones, casos en los que, entendemos, se debe admitir no solo el embargo, sino la consecuente subasta para afrontar dichos rubros, tal como surge del art. 743 del C.C.C.N. (“... *El acreedor puede exigir la venta judicial de los bienes del deudor...*”).

A su vez, cada uno de estos puntos tendrá distinta repercusión según cuál sea la nueva figura jurídico real analizada; lo que nos obligará a analizar cada aspecto y cada figura separadamente.

A) LA PROPIEDAD HORIZONTAL COMÚN Y LOS CONJUNTOS INMOBILIARIOS

En la propiedad horizontal común, puesto que se trata de una figura ya existente entre nosotros, la única novedad en relación a la registración, es su aplicación a los conjuntos inmobiliarios.

1- INSCRIPCIÓN REGISTRAL DE LA AFECTACION

Se da nacimiento registral a la propiedad horizontal mediante la inscripción de la escritura de afectación y el reglamento de copropiedad y administración, según exigencia expresa del art. 2038 del CCCN. Nada se dice del plano especial que deberá acompañar la pretensión inscriptoria, pero tal como ocurría con la vieja Ley 13.512, ello deberá ser

objeto de una reglamentación adecuada que deberá dictarse a la brevedad (así lo hacía la vieja ley reglamentaria 18734, en su art. 4).

Sin dudas la reglamentación a dictarse deberá determinar idénticos recaudos que los exigidos en la ley 18.734, a los que deberán incluirse los aspectos reglamentarios particulares de las propiedades horizontales especiales, nominadas así en el artículo 2075 del CCCN; es decir para los clubes de campo, barrios cerrados o privados, parques industriales, empresariales o náuticos, etc.

2- APERTURA DE UNA MATRÍCULA PARA CADA PARCELA

Puesto que se tratan, todas las figuras de propiedad horizontales especiales, de derechos reales sobre cosa propia (Art. 1888), como habíamos dicho más arriba, no nos quedan dudas que en todas ellas, cada parcela privativa y sus prerrogativas inherentes deberán surgir de nuevas matrículas asignadas a cada una en particular.

La designación según planos, la descripción física de la misma, con referencia a la ubicación, destino, incidencias y proporciones aparecerán en relación al objeto del derecho en cada una de las nuevas matrículas asignada a cada parcela privativa; con las demás leyendas que exige el art. 12 de la ley registral 17.801.

3- EL CONTENIDO DE LOS ASIENTOS

En lo referente al contenido de los asientos, las propiedades horizontales especiales, generadas por el nuevo Código, presentan una mayor complejidad que la propiedad horizontal común; pues están más impregnadas de la autonomía de la voluntad y plenas de prerrogativas

cuasi personales. Ello obligará, a los fines de una correcta oponibilidad, a dejar reflejadas en los asientos cada una de las cláusulas, que aunque aparezcan como puramente de servicios y prerrogativas personales, tengan sin embargo vocación de aplicación “erga omnes”; es decir que posean trascendencia real.

El art. 2080 del CCCN, por ejemplo, resulta ilustrativo para resaltar la necesidad de publicitar ciertas cuestiones. Determina que el reglamento puede establecer limitaciones edilicias o de otra índole, crear servidumbres y restricciones a los dominios particulares, y fijar reglas de convivencia, en miras al beneficio de la comunidad urbanística. La norma exige finalmente la transcripción de tales circunstancias en las escrituras sucesivas; pero probablemente, según su naturaleza, dichas constancias también deberían surgir de los propios asientos. Pues si bien merced a la exigencia de la transcripción se generará una oponibilidad indiscutible entre las partes, los terceros en cambio, podrían invocar desconocimiento si no surgieran de las constancias registrales. No nos referimos a los terceros adquirentes de alguna parcela, pues para éstos funcionará la publicidad generada por el contenido del título que, como se vio, ha debido contener la transcripción de las mismas²³.

A esos efectos una futura reglamentación y el propio registrador deberán tener en cuenta qué cláusulas tienen trascendencia real y cuáles no.

Por otra parte corresponde destacar que las “breves notas” a las que alude el art. 12 de la ley 17.801, no deberían ser tan breves en estos casos como para dejar sin publicidad aquellos aspectos salientes

²³ La sola inclusión de la cláusula a las que alude la norma del art. 2080, implica publicidad para todo futuro contratante de la parcela. Sostenemos que hay un principio de publicidad merced a la dicha transcripción. Ver nuestro “Algunas consideraciones respecto del derecho de sobre elevación”, en *Semanario Jurídico* de Comercio y Justicia de Córdoba, 1987. Trabajo efectuado en base a la ponencia presentada al Congreso de Derecho Registral, Posadas - 1986.

del sistema que hacen a su naturaleza real, y que por ende, deben conocer los terceros que no tengan acceso a la escritura de afectación.

Los embargos y demás medidas precautorias no merecen especial acotación por no presentar diferencias frente a lo que hemos venido viendo con la vieja ley y el Código derogado. Los terceros acreedores pues, en aplicación de las normas de los arts. 242 que se refiere a la “función de garantía” del patrimonio, y 743 que hace otro tanto y da fundamento a la subasta para lograr el cobro de créditos, podrán solicitar judicialmente dichas medidas para garantizar procesalmente el cobro de sus acreencias.

B) EL DERECHO REAL DE TIEMPO COMPARTIDO

Esta nueva figura de derecho real, sin dudas es la que más dudas genera a la hora de considerar su verdadera naturaleza. Téngase presente que hasta la ley que dio regulación a los contratos de tiempo compartido, la ley 26.356 del año 2008, de la que se derogaron por ley 26.994 los capítulos 3, 4, 5 y 9, evita pronunciarse sobre la naturaleza del derecho que nace merced a la afectación y comercialización de las distintas unidades. En efecto, el artículo 1 de la ley 26.356, expresamente se desentiende del asunto al proclamar que *“La presente ley regula los Sistemas Turísticos de Tiempo Compartido (STTC), con independencia de la naturaleza de los derechos que se constituyan o transmitan y del régimen legal al que se encuentren sometidos los bienes que los integran”*. Esta disposición concuerda con el art. 2088 del CCCN que prevé expresamente la posibilidad de constituirse como derecho real o personal.

De nuestra parte entendemos que el tiempo compartido, en cuanto a su verdadera naturaleza no es de derecho real, a pesar de

que la ley pretenda forzarla. En efecto, no aparece aquí la cosa perfectamente determinada, ni la relación directa e inmediata con ella de la que tan didácticamente nos habla Demolombe, citado por Vélez Sársfield en el Título 4 del libro tercero, cuando expresa: “(...) diremos con Demolombe, que derecho real, es el que crea entre la persona y la cosa una relación directa e inmediata, de tal manera que no se encuentran en ella sino dos elementos, la persona que es el sujeto activo del derecho, y la cosa que es el objeto”.

En esta pretendida relación jurídico-real, hay una cosa y un sujeto titular del derecho; pero no “la cosa” que justifique la naturaleza asignada. Prueba de ello es que se generan obligaciones directamente relacionadas con el disfrute del titular y que estarán a cargo del administrador. Así, a manera de ejemplo, aparece en el art. 2097, inc. a) la obligación de conservar los establecimientos, las unidades y los espacios y cosas de uso común en condiciones adecuadas para facilitar a los usuarios el ejercicio de sus derechos. Ahora bien, ¿Qué clase de derecho real puede obligar a terceros a ciertas conductas y actitudes “para facilitar el uso” de los mismos? ¿Qué relación directa e inmediata puede haber en un derecho real, ejercido de manera regular, en el que el titular deba dirigirse a un tercero para lograr o exigir la utilización de su objeto?

A estos efectos, siempre hemos sostenido mediante poético pronunciamiento, que el legislador no puede ordenar al mar que deje de agitar sus olas, ni al viento que deje de soplar; pero debemos aceptar que aquí lo ha hecho; o, al menos, ha pretendido hacerlo. Obviamente ni el viento ni el mar, aplicando la metáfora, los sujetos involucrados en la relación jurídica y la comunidad, dejarán de agitar sus olas ni de soplar. Todo se traducirá en una gran conflictividad de la figura, cuyos protagonistas, una y otra vez, aun con la mejor buena fe, deberán acudir a los estrados judiciales.

Avocándonos ahora a nuestro tema, la implicancia registral de la incorporación de la figura, corresponde, tal como habíamos anunciado al comienzo, dejar fuera de nuestro análisis las cosas muebles registrables, pues el amplio concepto legal de tiempo compartido consagrado en el art. 2087 del CCCN, permite sin dudas aplicar el sistema también a tales cosas, y hasta a los derechos inmateriales, como las marcas, patentes y sus derechos conexos²⁴.

1- INSCRIPCIÓN DE LA AFECTACIÓN A TIEMPO COMPARTIDO

En primer lugar hay que dejar establecido que, si la cosa afectada a tiempo compartido es inmueble, esa sola circunstancia, en aplicación de dos normas generales, como son el art. 1017 y el art. 1893 del CCCN, determina la forma obligada escritura pública y la inscripción en el registro inmobiliario para su plena oponibilidad. Pues bien, estas exigencias se reiteran en materia de tiempo compartido sobre inmuebles en el arts. 2089, cuando dice que "...en caso de tratarse de inmuebles, debe formalizarse por escritura pública..."; y en el art. 2092 que determina que el instrumento de afectación debe ser inscripto en el respectivo registro de la propiedad. Este último dispositivo no alude solo al registro inmobiliario, puesto que la norma también se está refiriendo a otras cosas registrables, como los automotores o las aeronaves por ejemplo.

Remarcamos que la registración de la afectación, conforme al art. 2093, determina la indisponibilidad del propietario afectante para otros fines, y la oponibilidad de los derechos de los adquirentes a los

²⁴ A este respecto adviértase que, acorde a lo que hemos expresado, el art. 2087 no se refiere a cosas, sino a bienes ("uno o más bienes"), expresión que atendiendo al concepto legal establecido en el art. 16 del CCCN, al igual que lo hacía el código derogado, involucra tanto los bienes (objetos inmateriales) como a las cosas mismas.

terceros acreedores del propietario o emprendedor. A este respecto el legislador ha querido enfatizar especialmente la garantía de los usuarios, cuando en la norma citada, inc. b) determina que el derecho del usuario no podrá ser alterado ni disminuido por sucesores particulares o universales, ni por terceros acreedores del propietario o del emprendedor, ni siquiera en caso de concurso o quiebra.

2- APERTURA DE NUEVAS MATRÍCULAS PARA LAS UNIDADES DE TIEMPO

No surge con claridad de los dispositivos involucrados, la forma de registración de los derechos individuales de los futuros adquirentes del tiempo compartido, cuando se adopte la naturaleza de derecho real. Pero si aplicamos la idea rectora que fundamenta la asignación de derecho real sobre cosa propia al tiempo compartido (art. 1888 CCCN), a la que nos referíamos al comienzo, por tratarse de un derecho real de esa categoría, conforme a la asignación que el propio código le otorga a esta especie de derechos en el primer párrafo del art. 1888, deberíamos concluir que a cada unidad debería abrirse una nueva matrícula.

Recordemos que un derecho real sobre cosa propia, justamente lo es porque se permite su disposición en mayor o menor grado, pero esa posibilidad es, al menos, la regla general para entrar en dicha categoría.

Cada titular de tiempo compartido tendrá a su vez la posibilidad de transferir su derecho a terceras personas; en razón de lo cual resultaría demasiado engorroso e impropio, pretender asentar todo ese movimiento jurídico tan solo como una restricción o gravamen en la columna respectiva.

Téngase presente que el mismo art. 1888, en su segundo párrafo aclara que, respecto del dueño, los derechos reales sobre cosa ajena constituyen cargas o gravámenes reales. Pues bien, a contrario sensu, los derechos reales sobre cosa propia, como lo es el tiempo compartido, no deberían ser registrados como cargas o gravámenes, sino como derechos autónomos sobre cosa propia. Por ello sostenemos que, cuando el derecho de tiempo compartido asuma la naturaleza real, deberán crearse tantas matrículas como derechos hayan nacido. Esa será la única forma de mantener un tracto sucesivo claro y completo respecto de cada titularidad.

Es importante destacar que este procedimiento permite registrar adecuadamente, en la columna de gravámenes y restricciones de cada matrícula, los embargos y demás medidas que puedan disponerse sobre una unidad de tiempo compartido; ya que, si este derecho es transmisible sucesivamente, como surge de su propia regulación y de la norma general del art. 1906 CCCN, obvio es que también los acreedores de su titular pueden embargarlo y hasta subastarlo (arg. de los art. 242 y 743 CCCN)²⁵.

Resta remarcar que para la correcta determinación de cada unidad, deberá también surgir del asiento que la describa, el período de uso, junto a las demás previsiones de derechos y obligaciones que le correspondan a su titular.

Descripción de los lugares e instalaciones comunes, muebles que complementen la utilización o disfrute de cada período de uso. Así como las prerrogativas y deberes tanto de usuarios como del administrador; sobre todo aquellas que tengan trascendencia real y que exigen,

²⁵ Tenemos expresada una regla general en materia de patrimonio, embargabilidad y subasta: Todo lo que está en el patrimonio de los sujetos puede enajenarse; todo lo que puede enajenarse puede embargarse; y todo lo que puede embargarse puede subastarse". Se trata de una regla general que, como toda regla, presenta excepciones en cada paso. Ver VENTURA, Gabriel B. "Tracto Abreviado Registral", Ed. Hammurabi, Bs. As. 2005, pág. 279.

como tales, ser conocidas no sólo por las partes de los contratos respectivos, sino por los terceros que se relacionen con las cosas objeto de este derecho. En definitiva, la oponibilidad de tales prerrogativas respecto de terceros, depende en una buena medida, o en mejor medida, de su oportuna registración.

Así, por ejemplo, cuando un tercero pretenda ejecutar un período de tiempo compartido para cobrar un crédito, en la traba del embargo quedarán comprendidas y publicitadas no solo la materialidad de los objetos implicados en la unidad, sino también todas las prerrogativas que le son inherentes, lo que aumenta respecto de terceros el valor venal del derecho en caso de subasta. Es a estas circunstancias a las que apunta el art. 2088 cuando expresa que “Con independencia de la naturaleza de los derechos que se constituyen o transmiten, y del régimen legal al que los bienes se encuentren sometidos, el tiempo compartido se integra con los inmuebles y muebles, en tanto la naturaleza de estos sea compatible con los fines mencionados.

Como se puede apreciar, esta norma hasta permite concebir un tiempo compartido que garantiza, amén de una vivienda apropiada para una zona de turismo en las cercanías de una playa, todos los elementos apropiados para el disfrute integral de la vivienda: Televisor, aparatos de audio, esquíes en zonas de práctica de esos deportes, y hasta podría involucrar elementos de navegación, o un automotor de paseo, cuyo registro constitutivo obligará asimismo a la afectación complementaria con la unidad de tiempo del inmueble.

Estimamos pues que, aunque en la base de breves notas a las que hemos aludido párrafos más arriba, no podrían dejar de aparecer en los asientos estas importantes prerrogativas que, a no dudarlo, determinan la calidad y valor de estos derechos.

3- LA CALIFICACIÓN DE LOS TÍTULOS DE AFECTACIÓN Y DE TRANSMISIONES SUCESIVAS – MEDIDAS PRECAUTORIAS

A los fines de la legalidad, el registrador deberá verificar el cumplimiento de los recaudos administrativos y jurídicos exigidos para la validez de la afectación y del derecho de tiempo compartido que se constituye.

Para ello el notario autorizante del acto dejará constancia en la escritura de los elementos que ha solicitado como recaudos pre escriturales; es decir, los planos aprobados por la oficina catastral, y las habilitaciones exigidas por las normas de policía y demás reglamentaciones, sean éstas nacionales, provinciales o municipales, conforme a lo establecido en el art. 2102 del CCCN.

El artículo 2091 nos merece una aclaración especial, pues cuando expresa que los bienes deben estar libres de gravámenes y restricciones, aparece como incluyendo también entre los derechos prohibidos las servidumbres de paso; y creemos, sin embargo, que estos derechos reales no deberían impedir la afectación en tanto no entorpezcan el uso normal del predio afectado a tiempo compartido. Por otra parte no se advierte el diferente tratamiento para esta figura, respecto de lo previsto para el cementerio privado, ya que en el art. 2104 del CCCN, expresamente se aclara que lo prohibido son los derechos reales de garantía, sin mencionar otro gravamen. Esperemos que una reglamentación oportuna aclare la situación.

Los títulos de transmisión y las medidas precautorias que pudieran irse generando durante la vida jurídica de cada unidad temporal, no difieren en nada de los asientos de transmisión y embargo, con los que estamos ya familiarizados respecto de los derechos reales que ya existían en el código derogado; por lo que no se nos hace necesario referirnos a ellos.

C) CEMENTERIOS PRIVADOS

Recordemos que los cementerios, por nuestra tradición romana, siempre estuvieron vinculados a las cosas sagradas y relacionadas con los cultos religiosos. Tradicionalmente, en nuestro País, se trataba de cosas del dominio público por aplicación del art. 2340 inc. 7, bajo el concepto de "...obra construida para utilidad o comodidad común;..." como rezaba la norma del código derogado. Durante la primera mitad del siglo XX, no podíamos ni tan siquiera imaginar un cementerio en inmueble privado, menos aún como un emprendimiento con fines netamente comerciales como hoy se lo concibe. La ordenanza de la ciudad de Buenos Aires del 16 de diciembre de 1925, que prohibía la construcción de cementerios privados en esa ciudad, fue tomada como modelo por casi todas las ciudades argentinas en las diversas provincias.

Fue recién a partir de mediados del siglo XX, como dijimos, que comenzaron los primeros intentos por establecer cementerios privados que no fueran en los establecimientos eclesiásticos, conventos o monasterios, que por estar dentro del culto fueron aceptados sin demasiados argumentos jurídicos.

Ya la jurisprudencia, al resolver mayoritariamente la inembargabilidad de los sepulcros, había advertido tácitamente lo conflictivo de un cementerio privado. El propio Bielsa, al pronunciarse sobre la naturaleza jurídica de los sepulcros dejaba sentado el carácter de dominio público comunal de los cementerios, lo que resultará, expresaba el prestigioso administrativista, de la afectación al uso general, tal como lo previsto en el art. 2340 inc. 7 del Código Civil; habría una concesión admi-

nistrativa del Estado municipal, combinado con un dominio sobre el sepulcro²⁶.

Sin embargo, como suele pasar con los fenómenos jurídicos que cubren una necesidad, los cementerios privados han venido existiendo aunque el derecho civil no les haya dado cabida como derecho real autónomo. Se advirtió su proliferación, ante el mal servicio que los cementerios públicos comenzaron a brindar, al igual que la falta de espacio dentro de los mismos. Ello se vio sobre todo durante la década de los ochenta del siglo pasado.

La creación por ley, impuesta en el régimen de los derechos reales, determinante del “*numerus clausus*”, por imperio del art. 2502 del Código derogado, imposibilitó la configuración de los cementerios privados con naturaleza de derecho real; y motivó una tortuosa regulación como derecho personal con la más variada gama de posibilidades. Hasta llegaron en algunas oportunidades, a establecerse usufructos vitalicios, con obligación del fundador de constituir a favor de los deudos del titular, un nuevo derecho de usufructo en caso de fallecimiento de éste. Para ello se elaboraban listas de los parientes más cercanos que serían los nuevos titulares en caso de fallecimiento del usufructuario; pues como sabemos, el usufructo se extingue, aún hoy, por imperio del nuevo Código, con el fallecimiento del titular (art. 2920 del código derogado y 2152 CCCN). Más allá del acierto o desacierto de las figuras implementadas tratando de cubrir el vacío; tanto la doctrina como los fallos judiciales relacionados con los cementerios privados, clamaban su configuración legal; y, concretamente, su naturaleza jurídico real.

²⁶ BIELSA, Rafael; “Tratado de Derecho Administrativo”, Ed. Depalma, Bs.As. 1955, Tomo III, pág. 444.

Es así que el art. 2103 del nuevo CCCN, no ha hecho más que receptar el fenómeno y su tipicidad consuetudinaria: "...inmuebles de propiedad privada afectados a la inhumación de los muertos".

Esta figura tiene vinculación con el llamado poder de policía mortuorio, que es de competencia municipal; por ello aparece de manera expresa esta vinculación en el artículo 2113: "El administrador, los titulares de sepulturas y los visitantes deben cumplir con las leyes, reglamentos y demás normativas de índole nacional, provincial y municipal relativas a la policía mortuoria". El cumplimiento de estas exigencias resultarán calificados con la aprobación de los planos respectivos y demás visaciones administrativas, al igual que como elementos habilitantes de las escrituras notariales respectivas. Entre los documentos habilitantes que deberá bastantear el notario autorizante de la afectación, aparecerá en primer lugar la habilitación municipal para funcionar como cementerio (art. 2104 "in fine").

1- INSCRIPCIÓN DE LA AFECTACIÓN

Tal como lo vimos para el tiempo compartido, la primera aparición del cementerio privado en el ámbito registral, es a partir de la afectación, la que debe efectivizarse en escritura pública, conforme a la norma general del art. 1017, y la norma específica del art. 2104 del CCCN. Debe igualmente conforme a éste último artículo y el 1893, inscribirse en el registro inmobiliario, para su oponibilidad a terceros. Esta inscripción garantizará al mismo tiempo la imposibilidad de alterar su destino de cementerio por parte del titular, así como de constituir derechos reales de garantía sobre el inmueble afectado.

2- APERTURA DE NUEVAS MATRÍCULAS PARA CADA DERECHO REAL DE SEPULTURA

Comenzamos por advertir la diferente denominación que aplica el CCCN al sistema general de cementerio privado, y a la unidad privativa que resulta del mismo, que se designa como derecho real de sepultura. Esta diferencia no debe alarmarnos ni debería ser objeto de reproche alguno a la nueva ley; ya algo similar ocurría y ocurre respecto de la propiedad horizontal, cuando hablamos de sistema de propiedad horizontal y la parcela o unidad de propiedad horizontal. En definitiva la expresión “cementerio privado” designa la totalidad del predio afectado, reservándose la expresión “sepultura” para calificar el objeto sobre el que recae el derecho real de cada titular.

Pues bien, hecha esta aclaración, diremos que corresponderá luego de la afectación, registrar cada una de las sepulturas previstas en el sistema; y conforme a lo que hemos sentado a manera de regla general respecto de los derechos reales sobre cosa propia, como la sepultura lo es, deberán asignarse sendas matrículas a cada sepultura.

Si bien el derecho real de sepultura, en general es inembargable y por ende inejecutable, conforme a lo sentado en el art. 2110 CCCN, hay créditos por los que sí se admite la citada medida precautoria, como los provenientes de saldo de precio de compra, los que surgieren por la construcción o mantenimiento de los sepulcros y las expensas, tasas, impuestos y contribuciones.

Estas posibilidades que la misma ley admite, nos permiten colegir la potencialidad de una venta forzosa por vía de ejecución judicial; en razón de lo cual debe preverse la registración de embargos, subastas. Recordemos también que la regla general que campea en materia de derechos reales, es la transmisibilidad de los mismos, salvo excepción expresamente prevista en las normas que regulan cada uno de

ellos. Pues bien, al no haber norma que prohíba su transmisión, podemos colegir que la sepultura podrá ser objeto de ventas convenidas y ventas forzosas²⁷.

3- LA CALIFICACIÓN DE LOS TÍTULOS DE AFECTACIÓN Y TRANSMISIÓN – MEDIDAS PRECAUTORIAS

Obviamente en su función calificadora el registrador tendrá a su cargo la verificación de los recaudos legales exigidos por la figura en lo sustancial; pero siempre limitando su accionar al ámbito puramente registral. Es así como, en cumplimiento de la especialidad, deberá verificar la identidad de la parcela afectada, con la ya registrada; los planos aprobados por la entidad catastral y los demás recaudos administrativos, entre los que deberán figurar la expresa autorización del municipio para funcionar como cementerio.

En otro sentido, y referido a la correspondencia de los sujetos y sus derechos, deberá verificar la legitimación para obrar del afectante; es decir su calidad de propietario del predio, con todos los datos individualizantes exigidos en el art. 305 del CCCN.

Solo una vez corroborados estos elementos documentales y sus coincidencias con los asientos existentes, se admitirá la registración de la afectación. Obviamente, si el inmueble afectado no puede gravarse con hipoteca ni ningún otro derecho real de garantía, conforme lo determina el art. 2104 del CCCN, tampoco podrán existir dichos gravá-

²⁷ Creemos que es así, a pesar de no encontrarse la sepultura entre los derechos reales enumerados en el absurdo artículo 1124, inc. a) del CCCN. Calificamos de absurdo el dispositivo porque pretende aplicar “supletoriamente” la regulación del contrato de compraventa a los que transmitan derechos reales de condominio, propiedad horizontal, superficie, usufructo y otros, como si al involucrarse un derecho que no sea el dominio se saca a este acto jurídico del ámbito normal de las compraventas por propia naturaleza. No podemos admitir ni comprender qué motivó al legislador a semejante desatino.

menes en la matrícula implicada al momento de la inscripción de la afectación.

En cuanto a las transmisiones sucesivas y posibles embargos y demás medidas precautorias, en los casos en que se admiten (art. 2101), no presentan ninguna particularidad que merezca su especial tratamiento.

D) EL DERECHO REAL DE SUPERFICIE

El derecho real de superficie implica una división horizontal del inmueble, sea que se constituya sobre el ras del suelo, sobre una parte elevada del inmueble o bajo el subsuelo. Una persona será propietaria del suelo y otra de la superficie.

Advertimos gran diferencia entre las aspiraciones del CCCN y hasta de los proyectos que le han precedido, así como de la ley 25.509 de 2001 que generó la superficie forestal o de silvicultura, en relación a los fundamentos que le dieron origen en la antigua Roma. En efecto, en el derecho romano, la superficie nace como una solución transaccional que efectúa el Estado ante la ocupación de las tierras públicas por los particulares²⁸, que han edificado en ellas y las están usufructuando. El Estado, a cambio de reclamar y desposeer completamente al particular, decide, por así decir, alquilarle el inmueble y permitirle que usufructúe la construcción que ese mismo particular ha realizado. Nace así la “locatio ad edificandum”; figura contractual por la que el Estado alquila y permite edificar; pero permaneciendo siempre en el Estado, aun con las mejoras, la titularidad dominial del inmueble. No olvidemos que, en el derecho romano y en prácticamente todas las legislaciones que han

²⁸ ARGÜELLO, Luis R.; “Manual de Derecho Romano”, 2da. Ed. Astrea, Bs.As. 1987, pág. 36. GUILLARTE ZAPATERO, Vicente; “El derecho de superficie”, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1996, pág. 36.

seguido sus lineamientos, la verticalidad es un principio natural del dominio²⁹, según la regla sentada en el proloquio de Gallo: “...*superficie solo cedit*” (la superficie cede al suelo) que destaca didácticamente el carácter accesorio de la superficie que persigue inexorablemente a lo principal: el suelo³⁰.

En verdad la figura no resulta novedosa, en nuestro derecho, dado que desde el año 2001 había adquirido carta de ciudadanía el derecho real de superficie forestal y silvicultura, mediante la sanción de la ley 25.509. Tal como habíamos expresado en oportunidad de la XIX^o Jornada Nacional de Derecho Civil, reunida en Rosario, lo que se había procurado con esa incorporación era más un derecho real de enfiteusis que un derecho de superficie. En efecto, en el encuentro citado, presentamos ponencia, en cuyo segundo punto habíamos expresado que: *“El Derecho real nacido con motivo de la sanción de la ley 25.509 no constituye en rigor de verdad un derecho de superficie, sino que es un derecho real de enfiteusis, ya que si utilizamos las expresiones técnicas del derecho romano es necesario destacar que aquél consistía en la cesión del derecho a edificar, mientras que éste radicaba fundamentalmente en conceder el derecho a sembrar o plantar, motivo de la ley en cuestión”*.

Por otra parte destacábamos que en realidad solo se aprovechaba de la figura su característica temporalidad, dado que era virtualmente imposible utilizar el subsuelo de una plantación, tanto más si se trataba de forestación con árboles de gran porte. Téngase presente que, según las reglas de la botánica, la raíz de un árbol es casi tan

²⁹ GUTIÉRREZ ZALDIVAR, Alvaro; “La venta de ‘aire’, del ‘espacio aéreo’ del derecho de superficie. Los derechos reales suprimidos”, en “Temas de Derechos Reales”, Ed. Plus Ultra, Bs.As. 1979, pág.161.

³⁰ VENTURA, Gabriel B.; “Algunas propuestas del proyecto de reforma a los Códigos Civil y Comercial en torno al régimen de los derechos reales” en JA, Diario del 15/6/1988, Nº 5572, pág. 3 y 4.

grande como su copa, luego ¿qué emprendimiento podía utilizar lo que quedase debajo de aquellas raíces?

En verdad creemos que aún hoy, con el nuevo derecho de superficie en su amplia versión, art. 2114 del CCCN (edificar o plantar al ras del suelo, en el subsuelo, o a partir de cierta altura), su aprovechamiento apuntará más a la temporalidad de la figura, cuyo plazo no podrá exceder de cincuenta años para las construcciones, ni setenta años para las forestaciones y plantaciones, que a la posibilidad de explotación diferenciada de la superficie y el suelo.

1- LA CONSTITUCIÓN DE LA SUPERFICIE

Respecto de la superficie, no hay necesidad de preparar un estado para su aparición, como sí veíamos que ocurría en el cementerio privado o el tiempo compartido, en los que resulta menester una previa afectación. En este caso, directamente el propietario enajena la superficie, sea por donación, venta, permuta o cualquier otra causa de adquisición, o enajena el suelo y se reserva la superficie.

Como se trata de un derecho real sobre cosa propia, según resulta del artículo 1888 del CCCN, admite sin dudas su enajenación³¹. Lo dice expresamente el art. 2119 del CCCN, que permite actos onerosos o gratuitos para su constitución y transmisión posterior, y hasta remarca la posibilidad de ser transmitido por causa de muerte.

Recordemos igualmente que el absurdo art. 1124 del CCCN, que ya ha sido objeto de nuestra crítica, aplica “supletoriamente” (sic) el contrato de compraventa cuando su objeto sea la transmisión onero-

³¹ Constituye un error de la norma del 1888, considerar que el derecho real de superficie es “sobre cosa propia” solo cuando recae sobre construcciones o plantaciones ya efectivizadas. Por ello, aun cuando vayamos en contra de la letra de la ley, creemos que la enajenación será factible también ante el “ius edificandi” y el “ius serendi”.

sa de otros derechos reales que no sean el dominio. Pues bien, la superficie figura expresamente en la enumeración del dispositivo citado.

Debemos remarcar que no se admite, por pura decisión legal, ya que no responde a ninguna razón ontológica real, la adquisición por usucapión. En efecto el mismo artículo 2119 veda esta posibilidad cuando expresa “No puede adquirirse por usucapión. La prescripción breve es admisible a los efectos del saneamiento del justo título”.

A propósito de la usucapión breve, prevista aquí a los fines del saneamiento, corresponde resaltar, aunque nos apartemos brevemente del tema central, un lamentable error en la determinación del plazo de prescripción decenal, que no coincide con el que se aplica a los supuestos de nulidades relativas. En el Código derogado, el artículo 4023 preveía una prescripción de diez años para la acción de nulidad, lo armonizaba con el plazo de diez años para la usucapión decenal. Por ello resultaba coherente señalar que el título por el que adquiría el adquirente era el mismo justo título, que resultaba saneado o consolidado, en las expresiones de Vélez en la nota al art. 3999, por la prescripción de la acción de nulidad a que estaba sometido. En el CCCN, en cambio, no existe esa armonía; lo que, sin dudas generará conflicto en materia de saneamiento por usucapión. En efecto, adviértase que el plazo de usucapión breve previsto en el art. 1898 del CCCN es también como en el viejo código, de diez años; pero la acción de nulidad por adolecer el acto de nulidad relativa, que es el supuesto de justo título (art. 1902) se produce a los dos años según lo sentado en el art. 2562 o, a lo sumo, a los cinco años que corresponden al plazo general del art. 2560. Siendo así ¿en qué situación queda el adquirente por un título con nulidad relativa respecto del transmitente una vez transcurrido estos últimos plazos, pero aún no cumplidos los diez años de posesión?

2- APERTURA DE NUEVA MATRÍCULA PARA LA SUPERFICIE

Al tratarse de un derecho real sobre cosa propia, como ya expresamos, este derecho podrá ser objeto de transferencias a cualquier título, así como de hipotecas (art. 2206) y servidumbres (art. 2168 CCCN). Esta sola circunstancia nos libera de mayores fundamentación respecto a la necesidad de la apertura de nueva matrícula para la superficie constituida. Sería virtualmente imposible determinar un camino de gravámenes sobre la columna de gravámenes y restricciones en la que se hubiera consignado la servidumbre.

La vieja ley 25.509, en su artículo 5: “... *Deberá ser inscripto, a los efectos de su oponibilidad a terceros interesados en el Registro de la Propiedad Inmueble de la jurisdicción correspondiente, el que abrirá un nuevo folio correlacionado con la inscripción dominial antecedente*”.

Como el propietario o “dominus soli” conserva también las facultades de disposición material y jurídica de su derecho, según lo sentado en el art. 2121 del CCCN, la matrícula original gravada con la superficie, continúa en actividad; no se conserva solo a los fines históricos o para que retorne a ella el dominio pleno una vez extinguida la superficie, sino que estará preparada para receptar nuevos asientos, ya que ese suelo puede ser transferido, gravado y los acreedores del propietario lo pueden embargar para garantizar el cobro de las deudas del titular del suelo. Obviamente nada de eso puede perturbar el derecho del superficiario, puesto que se trata de una propiedad separada.

3- LA CALIFICACIÓN DE LOS TÍTULOS CONSTITUTIVOS Y DE TRANSMISIÓN POSTERIOR DE LA SUPERFICIE O DEL SUELO – MEDIDAS PRECAUTORIAS

A los fines de admitir el título constitutivo del derecho de superficie, el registrador verificará, como en cualquier caso, la legitimación del disponente.

Según el art. 2118 del CCCN, el constituyente podría ser el titular del dominio, del condominio y de propiedad horizontal. Pero, como puede apreciarse fácilmente se ha incurrido en un error en la redacción de la norma. Sin dudas un condómino no podrá constituir superficie si no cuenta con la conformidad del resto de los comuneros; otro tanto ocurre en materia de propiedad horizontal, pues la superficie constituida sobre una parcela horizontal, o debajo de la misma, en el subsuelo, solo podrá constituirse por la totalidad de los consorcistas ya que, tanto el espacio aéreo, como el subsuelo, constituyen cosas comunes (art. 2041 del CCCN) y por ello la legitimación corresponde al consorcio en pleno, y por unanimidad (art. 2052 CCCN).

El reflejo registral de las transmisiones posteriores que se hicieren de la superficie, sus gravámenes y los embargos que los acreedores puedan trabar sobre el derecho, tanto sobre el derecho del superficiario y su respectiva matrícula, como del “dominus soli” y la vieja matrícula en donde aparece la superficie como gravamen, no presentan ninguna particularidad respecto de las situaciones comunes que ya conocemos.

BIBLIOGRAFÍA

ADROGUÉ, Manuel I. y ROMANELLI, Horacio I. “Reflexiones en torno a la ley de propiedad horizontal”, en “Temas de Derechos Reales”, Ed. Plus Ultra, Bs.As. 1979.

ALLENDE, Guillermo L.; “Panorama de Derechos Reales”, Ed. La Ley, Bs.As. 1967

ANDORNO, Luis; “Superficie Forestal” en Lexis Nexis, Jurisprudencia Argentina, Número Especial, Bs.As. 2003.

ARGÜELLO, Luis R.; “Manual de Derecho Romano”, 2da. Ed. Astrea, Bs.As. 1987.

BIELSA, Rafael; “Tratado de Derecho Administrativo”, Ed. Depalma, Bs.As. 1955, Tomo III.

CHICO Y ORTIZ, José M.; “Estudios sobre Derecho Hipotecario”, Tomo I.

COGLAN, Antonio R. “Teoría General del Derecho Inmobiliario Registral”, Ed. Abeledo-Perrot, Bs.As. 1991.

DE REINA TARTIÈRE, Gabriel; “Derecho Real de Superficie Forestal”, Ed. Ábaco, Bs.As. 2003.

GARCIA CONI, Raúl R. y FRONTINI, Angel A.; “Derecho Registral Aplicado”, Ed. Depalma, Bs.As. 1993.

GARCÍA CONI, Raúl; “El Contencioso Registral”, Ed. Depalma, Bs.As. 1978.

GUILLARTE ZAPATERO, Vicente; “El derecho de superficie”, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1996.

GUTIÉRREZ ZALDIVAR, Alvaro; “La venta de ‘aire’, del ‘espacio aéreo’ del derecho de superficie. Los derechos reales suprimidos”, en “Temas de Derechos Reales”, Ed. Plus Ultra, Bs.As. 1979.

HIGHTON, Elena I.; ALVAREZ JULIÁ, Luis y LAMBOIS, Susana; “Nuevas Formas de Dominio”, Ed. Ad-Hoc, Bs.As. 1987.

LACRUZ BERDEJO, José L. y SANCHO REBULLIDA, Francisco de A. “Derecho Inmobiliario Registral”, Ed. Bosch, Barcelona, 1977.

MARIANI de VIDAL, Marina; “Curso de Derechos Reales”, Ed. Zavalía, Bs.As. 1986, Tomo I.

MOISSET DE ESPANÉS, Luis; “Publicidad Registral”, Advocatus, Córdoba, 1997.

MOISSET DE ESPANÉS, Luis; “Irretroactividad de la Ley y el Nuevo Art. 3 (Código Civil) (Derecho Transitorio), pág. 26 y 27.

MUSTO, Néstor J.; “Derechos Reales”, Ed. Rubinzal y Culzoni, Santa Fe, 1981, Tomo I.

PEÑA GUZMÁN, Luis A.; “Derechos Reales”, Ed. TEA, Bs.As., 1973, Tomo I.

ROCA SASTRE, Ramón M. y Luis ROCA SASTRE MUNCUNILL, “Derecho Hipotecario”, Ed. Bosch, Barcelona, 1979, Tomo II.

SALVAT, Raymundo M.; “Tratado de Derecho Civil Argentino – Derechos Reales”, Anotado por Manuel J. Argañarás, Ed. TEA, Bs.As. 1961, Tomo I.

SALVAT, Raymundo M.; “Tratado de Derecho Civil Argentino. Derechos Reales”, 3º Edición La Ley, Bs.As. 1946, Tomo I.

SERRANO ALONSO, Eduardo. “Conceptos Fundamentales del Derecho Hipotecario”, Ed. Forum, Oviedo, 1993.

VENTURA, Gabriel B.; “Ley 17.801. Registro de la Propiedad Inmueble. Comentada. Anotada”, Ed. Hammurabi, Bs.As. 2009.

VENTURA, Gabriel B.; “Tracto Abreviado Registral”, Ed. Hammurabi, Bs. As. 2005.

VENTURA, Gabriel B.; “Algunas consideraciones respecto del derecho de sobre elevación”, en Semanario Jurídico” de Comercio y Justicia de Córdoba, 1987. Trabajo efectuado en base a la ponencia presentada al Congreso de Derecho Registral, Posadas - 1986.

VENTURA, Gabriel B.; “Algunas propuestas del proyecto de reforma a los Códigos Civil y Comercial en torno al régimen de los derechos reales” en JA, Diario del 15/6/1988, Nº 5572.

VENTURA, Gabriel B.; “Extensión y límites de la función calificadora en los documentos notariales”, en “Diario Jurídico” del Comercio y Justicia, Córdoba, Diario Nº 279, del 07/6/1983.

VENTURA, Gabriel B.; “Tracto Abreviado Registral”, Ed. Hammurabi, Bs. As. 2005.

VENTURA, Gabriel B.; nota al art. 1986, “Código Civil y Comercial de la Nación – Analizado, comparado y concordado”, Ed. Hammurabi, Bs. As. 2014; Tomo II.

VILLARÓ, Felipe P.; “Elementos de Derecho Registral Inmobiliario”, Fundación Editora Notarial, La Plata, 1980.