

# LOS CAMBIOS DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL SOBRE LOS DERECHOS REALES

LILIANA ABREUT DE BEGHER<sup>1</sup>

## I. ANTECEDENTES

En el Código Civil y Comercial de la Nación se producen importantes cambios en el área correspondiente a los derechos reales. No solo se incorporan nuevos tipos legales, sino que se modifican los existentes antes de su sanción, como también se producen modificaciones en principios rectores de la materia. Se incorpora una teoría general de los derechos reales, y también se dan los lineamientos generales para los derechos reales de garantía.

Entre los nuevos derechos reales vemos: los conjuntos inmobiliarios, el tiempo compartido, los cementerios privados, y se reconoce la superficie en forma genérica (conf. art. 1887 C.C.yC.N.). En general se tomó como base el Proyecto de Código Civil y Comercial de 1998, pero se diferencia en cuanto desarrolló las propiedades especiales, tipificando los conjuntos inmobiliarios diferenciados del tiempo compartido y los cementerios privados<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Abogada. Adjunta por concurso de la Cátedra de Derechos Reales, Dra. HIGHTON. Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Investigadora de UBACyT. Juez Nacional en lo Civil de la Cámara Nacional de Apelaciones de la Capital Federal. Integrante de la comisión de asesores técnicos para la elaboración del Proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación de 2012, a cargo de los Dres. LORENZETTI; HIGHTON DE NOLASCO y KEMELMAJER DE CARLUCCI.

<sup>2</sup> El Libro IV que abarca desde el art. 1882 al art. 2276 regula en su Título I *La teoría general de los derechos reales*, sus principios (Capítulo 1) y la adquisición, transmisión, extinción y oponibilidad (Capítulo 2); en el Título II, se desarrolla *La teoría general de la posesión*, donde se explican las relaciones de poder que se reducen a la posesión y la tenencia, con explicación de las disposiciones comunes (capítulo 1), la adquisición, ejercicio, conservación y extinción (Capítulo 2) y sus efectos (Capítulo 3); mientras que a partir del

El Anteproyecto de 2012 propuesto por la Comisión Redactora integrada por los Dres. LORENZETTI, HIGHTON DE NOLASCO, y KEMELMAJER DE CARLUCCI además incorporaba como novedad a la propiedad comunitaria mediante su regulación en forma completa. Este nuevo instituto aún cuando no fue incorporado como derecho real en forma expresa, se lo recepta en el art. 18 C.C.yC.N., “Derecho de las comunidades indígenas”- donde se hace mención a la propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan de conformidad a lo dispuesto por el art. 75 inc. 17 Constitución nacional. Lamentablemente no se da respuesta a la problemática de la “Emergencia indígena” para las Comunidades indígenas que fuera declarada por la ley 26.160 y sus sucesivas prórrogas, en lo que respecta a la posesión y propiedad de las tierras tradicionalmente ocupadas por comunidades indígenas originarias, y la suspensión de los desalojos.

## II. PRESENTACIÓN DE LOS NUEVOS DERECHOS REALES: CONJUNTOS INMOBILIARIOS; TIEMPO COMPARTIDO; CEMENTERIO PRIVADO Y SUPERFICIE

Las figuras jurídicas conocidas hace unas décadas como las nuevas formas de dominio o propiedades especiales que estaban contenidas en el Proyecto de Código Civil 1998, ahora son receptadas en el Código Civil y Comercial<sup>3</sup>. También incorpora el derecho real de superficie en forma genérica, y abandona la especie de superficie forestal regulada en la ley 25.509, que es directamente derogada por el nuevo código.

### a) Conjuntos inmobiliarios

Bajo la órbita de los conjuntos inmobiliarios (art. 2073 C.C.yC.N.) se desarrolla este instituto que cubre un amplio aspecto que abarca a los clubes de campo, los barrios cerrados o privados, los parques industriales, empresariales o náuticos; y lo deja abierto a cualquier otro emprendimiento

---

Título III, se despliega *la regulación completa de cada uno de los derechos reales* enumerados en el art. 1887; y en el Título XIV se desarrollan las *acciones posesorias y reales*.

<sup>3</sup> ALTERINI, Jorge, *Nuevas formas de propiedad*, Revista del Notariado, n° 811, p. 1637 y ss. Sus propuestas están contenidas en el Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de 1987; el elaborado por la Comisión Federal de la Cámara de Diputados, sancionado en 1993 por dicho cuerpo, y el Proyecto de Código Civil Unificado con el Código de Comercio de 1998. Ver también HIGHTON, Elena - ALVAREZ JULIÁ, Luis - LAMBOIS, Susana, *Nuevas formas de dominio*, Ad-Hoc, 1987, ps. 153, 189 y 277.

urbanístico, ya sea con destino a vivienda permanente, temporaria, laboral, comercial o empresarial, inclusive de uso mixto.

Recepta esta figura no solo los clubes de campo o countries y los barrios cerrados, sino también los parques industriales, forma de desarrollo inmobiliario relacionado con los asentamientos industriales agrupados que actualmente tiene un gran auge para las zonas fabriles.

Los conjuntos inmobiliarios no tenían tipificación especial en el Código de VÉLEZ; ni existían como derecho real autónomo porque no había una ley nacional que regulara este instituto. Estas propiedades especiales, que fueron llamadas en sus comienzos “nuevas formas de dominio” agrupan a los countries o clubes de campo, barrios cerrados, y emprendimientos industriales, empresariales y náuticos, tenían únicamente regulación local, ya sea provincial o municipal.

En una retrospectiva histórica, vemos que algunos se organizaron como un derecho personal, mientras que otros los constituyeron como un derecho real, inclusive contrariando normas de orden público que no podían ser dejadas de lado. Se utilizó muchas veces el tipo legal de la propiedad horizontal para dar respuesta a estas nuevas realidades<sup>4</sup>.

Los clubes de campo encuentran su antecedente en el decr.-ley 8912/1977 de Ordenamiento Territorial y Uso del Suelo de la Provincia de Buenos Aires, los barrios cerrados en el decr. 27/1998 de la Provincia de Buenos Aires y los parques industriales en ley 13.744 de la Provincia de Buenos Aires. En otras jurisdicciones provinciales hay similares normas que regulan estas formas de propiedad.

El art. 64 decr.-ley 8912/1977 –reglamentado por decr. 9404/1986– entiende que conforman los clubes de campo los asentados en lugares que no conforman núcleos urbanos, localizados en áreas rurales, equipadas para la práctica de actividades deportivas, sociales o culturales en contacto con la naturaleza; que se encuentren acondicionadas con viviendas de uso transitorio; que haya partes comunes de esparcimiento y áreas de vivienda que guarden una relación funcional y jurídica indisoluble.

El decr. 947/2004 incorporó al decreto 2489/1963 dos nuevos preceptos para las urbanizaciones privadas: permitió la aplicación de la ley 13.512, aún en el caso de unidades funcionales a construir o en construcción de dichos complejos; y en el caso que se adoptara internamente el régimen

<sup>4</sup> GURFINKEL DE WENDY, Lilian, *Derechos Reales*, Abeledo-Perrot, 2010, T. I, p. 795; CAUSSE, Jorge, *Urbanizaciones privadas: barrios cerrados y clubes de campo*, Ad-Hoc, 2005, p. 33). DEL CASTILLO, Francisco, “Barrio cerrado y clubes de campo. Experiencia de su regulación y convivencia”, *Revista del notariado* n° 856, ps. 56/7.

de la ley de propiedad horizontal, calificó como partes necesariamente comunes las partes del terreno destinadas a las vías de comunicación y las instalaciones de uso común.

El barrio cerrado encontró su regulación en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires a través del decreto 27/1998 que lo definió como el emprendimiento urbanístico destino a uso residencial predominante con equipamiento comunitario cuyo perímetro podía materializarse mediante cerramiento” (antecedente Res.74/1997 de la Secretaría de Tierras y Urbanismo de la Provincia de Buenos Aires, que de manera equivalente utilizaba los términos barrios cerrados y barrios privados).

Los parques industriales tuvieron su reconocimiento en la ley 13.744 de la Provincia de Buenos Aires (reglamentación por decr. 3027/2007), al igual que en otras jurisdicciones provinciales, pero no alcanzaron a tener una regulación de alcance nacional.

En el Código Civil y Comercial los conjuntos inmobiliarios se tipifican como un nuevo derecho real (conf. art. 1887 C.C.yC.N.) sobre cosa propia (conf. art. 1888 C.C.yC.N.) con características específicas, debiéndose regular bajo la normativa del derecho real de propiedad horizontal, de modo que así queda establecido un derecho de propiedad horizontal especial (conf. art. 2075 C.C.yC.N.) que se rige por los normas del Título VI (Conjuntos inmobiliarios), y con aplicación supletoria del Título V (Propiedad horizontal) –conf. art. 2075 C.C.yC.N.–. Se fija que los conjuntos preexistentes o aquellos mixtos, donde se combinaba el derecho real con derechos personales, deben adecuarse a la nueva regulación.

Entre las características de estas urbanizaciones debemos citar la existencia de cerramiento, partes comunes y privativas, estado de indivisión forzosa y perpetua de las partes, lugares y bienes comunes, reglamento por el que se establecen órganos de funcionamiento, limitaciones y restricciones a los derechos particulares y régimen disciplinario, obligación de contribuir con los gastos y cargas comunes y entidad con personería jurídica que agrupe a los propietarios de las unidades funcionales<sup>5</sup>.

Se fija que las diversas partes comunes y privativas son interdependientes y conforman un todo no escindible, o sea indivisible (art. 2074 C.C.yC.N.).

Si bien se aplicación restricciones a la enajenabilidad de las unidades funcionales de acuerdo a los términos del reglamento de copropiedad,

<sup>5</sup> DE HOZ, Marcelo, “Conjuntos inmobiliarios, cementerios privados y tiempo compartido”, en *Comentarios al Proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación 2012*, p. 1039.

también se establece que no puede impedirse la libre transmisión (conf. art. 2085 C.C.yC.N.).

Cabe resaltar que se prevé la fijación por reglamento de un régimen disciplinario (conf. art. 2086 C.C.yC.N.), y un régimen para aplicar a los usuarios no propietarios e invitados (conf. art. 2083 C.C.yC.N.).

### *b) Tiempo compartido*

El tiempo compartido cuenta con un antecedente legislativo importante, como es la ley 26.356 denominada “Sistemas turísticos de tiempo compartido”<sup>6</sup>, llamado también “Tiempo compartido con destino turístico”, donde se aceptaba su regulación tanto como personal, o real<sup>7</sup>. Ahora con el Código actual ya no cabe duda de su consagración como derecho real autónomo.

Se deja de lado el aspecto únicamente turístico, para ampliar el uso periódico y por turnos, ya sea de cosas o bienes, a un destino que puede ser alojamiento, hospedaje, comercio, turismo, industria u otros fines y “para brindar las prestaciones compatibles con su destino” (art. 2087 C.C.yC.N.).

Se prevé su afectación por escritura pública que debe ser inscrita en el Registro de la Propiedad Inmueble y en el Registro de Prestadores y Establecimientos afectado a Sistemas de Tiempo compartido (conf. art. 2092 C.C.yC.N.), a partir de lo cual no se puede modificar el destino. La afectación determina también la oponibilidad de los derechos de los usuarios del tiempo compartido, que no pueden ser alterados o disminuidos por los sucesores particulares o universales. (art. 2093 C.C.yC.N.).

No hay reenvío específico a otro derecho real sino a la teoría general de los derechos reales (art. 2101 C.C.yC.N.); ello es consecuencia de sus características propias que no permite su asimilación a otro derecho real, como por ejemplo sería la propiedad horizontal, tal como se especifica para los conjuntos inmobiliarios.

El objeto de este derecho real pueden ser cosas muebles o inmuebles que integran el sistema (art. 2088 C.C.yC.N.). Se encuentra legitimado para afectarlo al sistema de tiempo compartido el propietario, o en su defecto el emprendedor, quien debe tener poder suficiente para realizarlo (v.gr. cesión de derechos o mandato suficiente).

<sup>6</sup> Se derogan los Capítulos III, IV, V, y IX de la ley 26.356.

<sup>7</sup> ABREUT, Liliana, *El derecho de tiempo compartido inmobiliario con destino turístico: un nuevo derecho real*. Revista La Ley del 23/3/2008, p. 1 y ss.

Es interesante dada su importancia que se establezca que el certificado de deuda por expensas expedido por administrador es título ejecutivo para accionar por cobro contra el usuario moroso (conf. art. 2098 C.C.yC.N.).

En su desarrollo se tiene en cuenta la relación de consumo entre el propietario, emprendedor, comercializador y el administrador del tiempo compartido con quien adquiere el derecho de uso periódico (conf. art. 2100 C.C.yC.N.), brindándole una protección más amplia bajo el instituto de los derechos del consumidor.

### *c) Cementerios privados*

Los cementerios privados adoptan un sistema similar a la propiedad horizontal, en tanto debe existir una escritura de afectación inscrita en el Registro de la Propiedad Inmueble, conjuntamente con su Reglamento de administración y uso del cementerio (conf. arts. 2104 y 2105 C.C.yC.N.).

A partir de su habilitación municipal no puede alterarse su destino, ni gravarse con derechos reales de garantía (conf. art. 2104 C.C.yC.N.). No hay reenvío específico a otro derecho real, sino a la teoría general de los derechos reales (art. 2112 C.C.yC.N.); por lo que al igual que el tiempo compartido se lo regula como un instituto diferente a los otros tipos legales. Sin embargo la circunstancia que ahora sea un derecho real contenido en el Código, no libera a su titular de cumplir con las normas tanto nacionales, provinciales o municipales relativas a la policía mortuoria.

Se dispone la inembargabilidad de las parcelas exclusivas destinadas a sepultura, excepto por créditos provenientes del saldo de precio de compra y construcción de sepulcros; como por las expensas, tasas, impuestos y contribuciones correspondientes a aquéllas (conf. art. 2110 C.C.yC.N.).

Existe un administrador del sistema que debe cumplir y hacer cumplir el Reglamento de administración y uso del cementerio. Este es quien tiene a su cargo asegurar el correcto funcionamiento de las instalaciones y servicios comunes para que se pueda ejercer el derecho de sepultura según lo pactado entre las partes.

Se enmarca la relación jurídica entre el propietario y el administrador con el usuario también como una relación de consumo (conf. art. 2111 C.C.yC.N.).

### *d) Superficie*

Se consagra el derecho real de superficie en forma genérica, ampliándose la categoría de superficie forestal regulada por la ley 25.506, e incluido en el Código de VÉLEZ en el art. 2503 inc. 8 C.Civ., ambos derogados.

Abarca el derecho de construir, plantar o forestar, como el derecho sobre los construido, plantado o forestado, previendo así dos modalidades, una sobre derechos y otra sobre cosas (art. 2115 C.C.yC.N.). Se dispone un plazo máximo de 70 años para el caso de construcciones y de 50 años para las forestaciones o plantaciones.

Puede ser constituida por el titular dominial, el de condominio y el de propiedad horizontal. Este último caso referido a la propiedad horizontal es una innovación por cuanto admite que puede constituirse sobre todo o parte del inmueble, con proyección en el espacio aéreo o en el subsuelo (art. 2116 C.C.yC.N.).

Permite su constitución por contrato gratuito u oneroso. No acepta la constitución por usucapión larga, y admite solo la breve como una forma de consolidar la superficie putativa (conf. art. 2119 C.C.yC.N.).

El titular del derecho de superficie puede gravar el derecho de construir, plantar o forestar como la propiedad superficiaria con derechos reales de garantía (conf. art. 2120 C.C.yC.N.), en tanto el objeto de los derechos reales son las cosas y también los bienes –vgr. derechos; conf. 1883 C.C.yC.N.–.

Producida la extinción de la superficie, debe ser indemnizado el superficiario, salvo pacto en contrario, según lo establecieron las partes en el acto constitutivo o en acuerdos posteriores; en subsidio se tomarán en cuenta los valores subsistentes incorporados por el superficiario durante los dos últimos años, descontada la amortización (conf. art. 2126 C.C.yC.N.).

Al derecho de superficiario se le aplican supletoriamente las normas del usufructo, y a la propiedad superficiaria cuando se ejerce sobre una construcción, plantación o forestación las del dominio revocable sobre cosas inmuebles en tanto sean compatibles y no estén modificadas por el Título VIII que regula a este derecho.

### III. CAMBIOS IMPORTANTES EN LOS DERECHOS REALES PREEXISTENTES

#### a) *Dominio*

Se establece que el aprovechamiento y uso del dominio sobre inmuebles debe efectuarse de conformidad con las normas administrativas de cada jurisdicción (conf. art. 1970 C.C.yC.N.).

Dentro de las restricciones al dominio –ya no se titula este instituto como “restricciones y límites” al dominio– el Código redefine el concepto de línea de ribera, y entiende que es la del promedio de las máximas crecidas ordinarias (conf. art. 1960 C.C.yC.N.), en vez de las crecidas medias.

El camino de sirga se redujo de 35m a 15m (art. 1974 C.C.yC.N.), y se cambió el régimen de luces y vistas bajo una resolución actual, al tomar en cuenta si la visión está obstaculizada por elementos fijos de material no transparente (ej. Translúcidos) que permite apartarse de las previsiones normales de los arts.1978 y 1979 C.C.yC.N.).

*b) Dominio fiduciario y contrato de fideicomiso*

En relación al dominio imperfecto hay varias novedades.

Se desarrolla el dominio revocable (conf. art. 1965, 1966 y ss. C.C.yC.N.), y se establece un plazo máximo de 10 años correspondiente a las condiciones resolutorias (conf. art. 1965 C.C.yC.N.), por lo que pasado ese tiempo, el dominio quedará perfeccionado en cabeza del titular interino, aunque el evento resolutorio no se hubiese producido. Las reglas del dominio revocable son aplicables subsidiariamente a la propiedad superficiaria en tanto no exista incompatibilidad (art. 2128 C.C.yC.N.).

Conforme la remisión del art. 1964 C.C.yC.N. el dominio fiduciario no es regulado dentro del Libro Cuarto (Derechos Reales), sino en el Libro Tercero (Derechos Personales), a continuación del contrato de fideicomiso en el Capítulo 31 (arts.1701/1707 C.C.yC.N.). Se establece un solo régimen para el fideicomiso (antes existía la posibilidad del régimen del Código Civil y de la ley 24.441).

Se aclara que las universalidades pueden ser objeto del fideicomiso, sin perjuicio de la persistencia de la prohibición respecto a herencias futuras. Se determina que el fiduciario puede ser beneficiario, con la prevención de que debe evitar cualquier conflicto de intereses y actuar privilegiando los de los restantes sujetos intervinientes. Se aclaran las facultades del fiduciario y la situación del beneficiario, si el fideicomiso se constituye con fines de garantía.

Se reconoce el fideicomiso en garantía y los convenios que habilitan la liquidación extrajudicial del bien fideicometido (art. 1680 C.C.yC.N.); se considera válida la cláusula por la que el fiduciario se obliga a no enajenar las cosas fideicometidas (arts. 1688 y 1703), y se fija que la liquidación del patrimonio separado, cuando es por insuficiencia de bienes –insolvenca– estará a cargo del juez competente (art. 1687 C.C.yC.N.)<sup>8</sup>.

<sup>8</sup> KIPER, Claudio, *Fideicomiso en el proyecto del Código Civil y Comercial*, Revista de Derecho Privado y Comunitario, en *Proyecto de Código Civil y Comercial-II*, 2012-3, Rubinzal-Culzoni, p. 356.



Se regula con más detalle el fideicomiso testamentario<sup>9</sup>, siguiendo el camino ya trazado por la ley 24.441, y se indica que debe respetar la porción legítima de los herederos forzosos.

### *c) Condominio*

Luego de fijar los principios generales bajo los cuales se organiza, establece las pautas para la administración de la cosa común al fijar un mecanismo de votación en asamblea en la que se decidirá por mayoría absoluta según el valor de las partes indivisas, aunque ello corresponde a una sola parte (conf. art. 1994 C.C.yC.N.); en su defecto indica que decidirá la suerte. La idea es no judicializar los conflictos según la solución del Código de Vélez contenida en el art. 2706 C.Civ.

Se regula el condominio sin indivisión forzosa, y el condominio con indivisión forzosa temporaria que la distingue de la perdurable. Dentro de esta última categoría desarrolla el condominio de muros, cercos y fosos.

Se recepta la figura de “partición nociva” en el supuesto que sea perjudicial a los intereses de los condóminos o al aprovechamiento de la cosa, supuesto en el que el juez puede disponer su postergación por un plazo de hasta 5 años (conf. art. 2001).

### *d) Propiedad horizontal*

Este derecho real estaba regulado por la ley 13.512, de modo que lo que se hizo en el nuevo Código fue recoger no solo la normativa de la ley nacional, sino también incorporar la copiosa doctrina y jurisprudencia que se fue desarrollando a partir de su promulgación en el año 1948.

En el art. 2037 C.C.yC.N. se define el concepto del derecho real de propiedad horizontal. Marca la necesidad de redactar por escritura pública el Reglamento de propiedad horizontal e inscribirlo en el Registro de la Propiedad inmueble, el que luego integrará el título suficiente de la unidad funcional (conf. art. 2038 C.C.yC.N.).

Si bien hace la división clásica de las cosas comunes y propias, luego desarrolla las primeras y las clasifica en cosas y partes comunes (art. 2040 C.C.yC.N.) y las necesariamente comunes (art. 2041 C.C.yC.N.), diferenciadas de aquellas comunes no indispensables (art. 2042 C.C.yC.N.).

<sup>9</sup> KIPER, Claudio y LISOPRAWSKI, *Fideicomiso testamentario en el Código Civil y Comercial*, La Ley del 3/2/2015, p. 1 y ss.

Como novedad prevé respecto de las Asambleas la posibilidad de autoconvocarse los copropietarios, y tomar decisiones si hay una mayoría de dos tercios de la totalidad de los propietarios así como también tomar decisiones por voluntad unánime del total de los propietarios aún cuando no lo hagan en asamblea (art. 2059 C.C.yC.N.).

Para el caso de reformas por obras nuevas, se establece como principio general que todo trabajo de mejora u obra nueva sobre partes comunes necesita del consentimiento de la mayoría de propietarios con un informe técnico previo de profesional autorizado. Si la propuesta fuera denegada o si la minoría estuviera afectada por la decisión tendrá derecho a una acción judicial, en cuyo caso, el juez deberá atender al costo excesivo, si los trabajos son contrarios al reglamento o la ley, si afectan la salubridad, seguridad, solidez, destino, aspecto arquitectónico exterior o interior del edificio. La decisión de la mayoría solo puede ser suspendida con resolución judicial expresa (art. 2051 C.C.yC.N.).

Se regula la personería jurídica del consorcio, despejando una antigua discusión doctrinaria y su relación con el antiguo art. 33 C.Civ. (art. 2044 C.C.yC.N.). Incorpora al Consejo de propietarios como órgano del Consorcio, con la interesante facultad de ejercer la administración en caso de vacancia o ausencia del administrador, y convocar a la asamblea si el cargo está vacante dentro de los 30 días de producida la vacancia (art. 2064 C.C.yC.N.)<sup>10</sup>.

Prevé la existencia de los subconsorcios, con posibilidad de celebrar subasambleas y designar subadministrador, pero frente a terceros indica que responde todo el consorcio sin tener en cuenta los diversos sectores que lo integran (art. 2068 C.C.yC.N.).

Y por último, se añade la prehorizontalidad como un capítulo aparte, donde incluye los contratos sobre unidades funcionales antes de la constitución de la propiedad horizontal (art. 2070 C.C.yC.N.), derogándose la ley 19.724.

#### *e) Derecho de habitación: reconocimiento para el conviviente supérstite*

Es novedosa la incorporación del derecho real de habitación a favor del conviviente supérstite dentro de los efectos de las uniones convivenciales.

El art. 527 C.C.yC.N. bajo el acápite “Atribución de la vivienda en caso de muerte de uno de los convivientes” reconoce el derecho de

<sup>10</sup> SMAYEVSKY, Miriam, “La propiedad horizontal”, en *Comentarios al Proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación 2012*, p. 1033).

habitación legal al conviviente supérstite por el plazo de 2 años, siempre que carezca de vivienda propia habitable o de bienes suficientes que aseguren el acceso a ésta, y que el inmueble sobre el que lo pide haya sido sede del hogar familiar y que a la apertura de la sucesión no se encuentre en condominio con otras personas.

Es un derecho que se extingue si el conviviente supérstite constituye una nueva unión convivencial, contrae matrimonio, o adquiere una vivienda propia habitable o bienes suficientes para acceder a ella.

#### *f) Supresión del usufructo legal de los padres*

Se suprime el usufructo legal de los padres sobre bienes de los hijos sujeto a patria potestad; sin embargo se coloca la administración de los bienes del hijo menor a cargo de ambos padres (conf. arts. 685; 694; 695; 696 C.C.yC.N.), y el derecho a la utilización de sus rentas sin autorización judicial, pero con obligación de rendir cuentas en determinados casos: *a*) cuando se refiera a los gastos de subsistencia y educación cuando los padres no pueden asumir esa obligación, ya sea por incapacidad o dificultad económica; *b*) enfermedad del hijo o de quien instituyó heredero al hijo, y *c*) en el supuesto de conservación del capital, devengado durante la minoridad del hijo.

#### *g) Derechos reales de garantía*

Contiene el C.C.yC.N. en el Título XV del Libro Cuarto una teoría general de los derechos reales de garantía; y luego trata cada uno de ellos con una mínima tipificación. Permite la aplicación del instituto de la convalidación (art. 1885 C.C.yC.N.), prohibido por el art. 3126 del Código de VÉLEZ.

En la hipoteca, respecto de la especialidad en cuanto al gravamen, deberá indicarse el monto máximo para cumplir con este requisito. Y en cuanto al plazo de 10 años al que la garantía queda sujeta parece entenderse que es para el nacimiento de créditos garantizables (art. 2189 C.C.yC.N.), dado que pueden garantizarse créditos futuros<sup>11</sup>.

En cuanto a la anticresis se permite que el objeto de este derecho no sea únicamente el inmueble, sino también las cosas muebles registrables (conf. arts. 2212/18), cuya posesión se entrega al acreedor quien puede

<sup>11</sup> ITURBIDE, Gabriela, “Los derechos reales de garantía”, en *Comentarios al Proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación 2012*, p. 1079.

cobrar los frutos e imputarlos a la deuda que se encuentra garantizada con este derecho real. Pueden constituirlos los titulares de dominio, condominio, propiedad horizontal, superficie y usufructo, fijándose un plazo máximo de 10 años para inmuebles y 5 para cosas muebles registrables.

En la prenda ya no habrá distinciones entre la prenda civil y la comercial, dado que estarán bajo el mismo régimen cuando se trate de cosas no registrables; sin perjuicio que cuando sea con registro se remite a la ley especial. Desaparece la prenda tácita y desarrolla la prenda de créditos que es aquella que tiene por objeto un crédito instrumentado que puede ser cedido (conf. art. 2232 C.C.yC.N.).

#### IV. MODIFICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE CONVERSIÓN Y DE CONVALIDACIÓN

El antiguo art. 2502 C.Civ. no tiene su exacta equivalencia en el art. 384 C.C.yC.N.

Disponía el Código de VÉLEZ que “Todo contrato o disposición de última voluntad que constituyese otros derechos reales, o modificase los que por este Código se reconocen, valdrá sólo como constitución de derechos personales, si como tal pudiese valer”.

El art. 384 C.C.yC.N. preceptúa que “Conversión. El acto nulo puede convertirse en otro diferente válido cuyos requisitos esenciales satisfaga, si el fin práctico perseguido por las partes permite suponer que ellas lo habrían querido si hubiesen previsto la nulidad”. Ahora no se reglan los efectos de tal creación, y se habilita al Juez a que establezca si carece de valor, si importa un derecho personal, o deviene en un derecho real próximo.

El principio de convalidación tiene su lugar en el art. 1885 C.C.yC.N. que dispone “Convalidación. Si quien tiene o transmite un derecho real que no tiene, lo adquiere posteriormente, la constitución o transmisión queda convalidada”. Se aleja del art. 3126 C.Civ. que lo impedía para la hipoteca, y era una excepción al art. 2504 C.Civ. Siempre se dijo que la diferenciación que justificaba esta diferenciación efectuada por Vélez para la hipoteca y el resto de los derechos reales podría entenderse por el hecho que la hipoteca es el único derecho real que no se ejerce por la posesión; y la tradición era necesaria para constituir otro derecho real (conf. arts. 577, 2609 y 2977 C.Civ.)<sup>12</sup>.

<sup>12</sup> HIGHTON, Elena, “Principios y disposiciones generales en materia de derechos reales”, en *Proyecto de Código Civil y Comercial-I*, Rubinzal-Culzoni, 2012-2, p. 591.

## **V. INCORPORACIÓN DEL PRINCIPIO DE BUENA FE REGISTRAL PARA COSAS MUEBLES REGISTRABLES EN EL CÓDIGO**

Respecto de las cosas muebles registrables, se estipula que no existe buena fe sin inscripción registral a favor de quien la invoca; lo cual resulta una consecuencia de los efectos de la publicidad registral que ya se consagraba en el régimen jurídico de los automotores conforme el decr. 12.962/58. Condiciona esa buena fe a la concordancia de los elementos identificatorios de la cosa con su respectivo asiento registral.

Se define a la buena fe en la relación posesoria como la circunstancia de no haber conocido o podido conocer la falta de su derecho; mientras que cuando se trata de cosas registrables, se requiere además el examen previo de la documentación y constancias registrales, y el cumplimiento de los actos de verificación pertinente que establecen los respectivos regímenes especiales (art. 1902 C.C.yC.N.).

## **VI. PRINCIPIO GENERAL DE TRANSMISIBILIDAD DE LOS DERECHOS REALES**

El Código Civil y Comercial cambió el principio que regía en el Código de VÉLEZ, al permitir en general la transmisibilidad de los derechos reales que pueden negociarse y transferirse a otra persona. Indica el art. 1906 C.C.yC.N.: “Transmisibilidad. Todos los derechos reales son transmisibles, excepto disposición legal en contrario”.

Esa situación de excepción se presenta en el derecho real de habitación, art. 2160 que establece que “La habitación no es transmisible por acto entre vivos ni por causa de muerte, y el habitador no puede constituir derechos reales o personales sobre la cosa...”. En cambio, en el usufructo, aún cuando sigue siendo intransmisible por causa de muerte, puede transferirse por acto entre vivos, sin que ello alargue la duración del derecho pues no se toma la vida del adquirente, sino que es siempre que queda fijada la duración en cabeza del usufructuario primitivo (art. 2142 C.C.yC.N.).

## **VII. SITUACIÓN JURÍDICA DE LA PROPIEDAD COMUNITARIA INDÍGENA**

Especifica el art. 18 C.C.yC.N.: “Derechos de las comunidades indígenas. Las comunidades indígenas reconocidas tienen derecho a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan y de aquellas otras aptas y suficientes para el desarrollo humano según lo

establezca la ley, de conformidad con lo dispuesto por el art. 75 inc. 17 de la Constitución nacional”.

Aparece aquí un gran interrogante sobre la naturaleza jurídica de este derecho cuando reenvía a un derecho constitucional, pero que en el nuevo sistema no logró una regulación completa. Resulta absolutamente necesaria su tipificación completa de acuerdo a los antecedentes jurisprudenciales de nuestros tribunales y los de la CIDH, según su consagración constitucional en la Carta Magna y en los Tratados internacionales con jerarquía constitucional<sup>13</sup>.

La gran novedad del Anteproyecto de 2012 fue la tipificación de la propiedad comunitaria indígena. En el Código Civil y Comercial se eliminó a la propiedad comunitaria indígena como derecho real contenido

<sup>13</sup> En las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, realizadas en la UBA, 2013, la Comisión 9 interdisciplinaria que trató los “Derechos de las comunidades indígenas, arribó a conclusiones relevantes en esta materia: Conclusiones: Por unanimidad se ha decidido: 1- Se ratifican las conclusiones de las XXII Jornadas de Derecho Civil de Córdoba, comisión n° 9 donde se dijo que “La propiedad comunitaria indígena es una propiedad especial de fuente constitucional (conf. art. 75 inc. 17 CN) cuya naturaleza real integra una compleja relación multidimensional de pertenencia de esos pueblos con su entorno físico, social y cultural”. 2- La propiedad comunitaria indígena en su aspecto exclusivamente patrimonial es un derecho real; sin perjuicio de su dimensión cultural. 3- Sujeto del derecho de propiedad comunitaria indígena: la o las comunidades indígenas como personas jurídicas. La inscripción registral de las comunidades indígenas es declarativa. La instrumentación del título debe otorgarse a favor de la comunidad indígena reconocida administrativa o judicialmente. 4- Objeto del derecho de propiedad comunitaria indígena: las tierras que tradicionalmente ocupan y las que adquieran aptas para su desarrollo en los términos del art. 75 inc. 17 CN, y los Convenios Internacionales vinculantes para la República Argentina. 5- Caracteres de la propiedad comunitaria indígena: no es una propiedad individual, sino comunitaria; perpetua; imprescriptible; indivisible; intransmisible; inejecutable; no sujeta a derechos reales de garantía. 6- Modos de adquisición de la propiedad comunitaria indígena: Por mayoría se ha decidido: a) reconocimiento del Estado Nacional, Provincial y/o Municipal de las tierras que tradicionalmente ocupan. Es responsabilidad del Estado la reparación de los derechos de terceros interesados de buena fe que pudieran resultar afectados (con un voto en disidencia). Por mayoría se ha decidido: b) actos entre vivos, actos de disposición de última voluntad y prescripción adquisitiva de otras tierras aptas para su desarrollo. Con 3 votos en disidencia. Por unanimidad se ha decidido: 7- La propiedad comunitaria subsiste mientras no se extinga la comunidad indígena. 8- Recomendación: En la gestión de los recursos naturales con incidencia en los hábitats de las comunidades indígenas deberá reglamentarse por ley especial la consulta previa, libre e informada. Conforme los objetivos del Milenio establecidos por la Naciones Unidas se recomienda la creación por ley especial de las Mesas Técnicas de Agua, Biodiversidad y Conocimiento Tradicional. Por mayoría se ha decidido. 9- Recomendación: Es conveniente su incorporación en el Código Civil (1 voto en disidencia).

en la enumeración del art. 1887 y su regulación en el título respectivo; sin embargo, se procedió a consagrarla en el art. 18 C.C.yC.N., con clara referencia al art. 75 *inc.* 17 CN que la reconoce como derecho colectivo de las comunidades indígenas. Este precepto constitucional en realidad consagra una nueva forma de propiedad diferente a la napoleónica que contenía el Código Civil de VÉLEZ, la propiedad colectiva<sup>14</sup>.

Su regulación específica en el Anteproyecto vino a llenar un vacío legal por cuanto el reconocimiento contenido en el art. 75 *inc.* 17 CN resultaba insuficiente para su desenvolvimiento, y muchas veces se debía recurrir a las normas del dominio y aplicar restricciones que lo desnaturalizaban<sup>15</sup>.

Los Tratados internacionales nos obligan a su reconocimiento<sup>16</sup>.

<sup>14</sup> ABREUT DE BEGHER, Liliانا, *La propiedad comunitaria indígena. Comentario del anteproyecto de Código*, La Ley, 7 de junio de 2012, p. 1 y ss.; misma autora “La propiedad comunitaria indígena” en Revista de Derecho Privado y Comunitario, en *Proyecto de código Civil y Comercial –II*, Rubinzal-Culzoni, 2012-3, p. 539 y ss.

<sup>15</sup> ABREUT DE BEGHER, Liliانا, en Highton-Bueres, *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*. Buenos Aires, 2012, T 9 A, comentario “Leyes 23.302 y 26.160. Propiedad de las tierras. Emergencia”, p. 237/459 donde se desarrolla el derecho real de propiedad comunitaria indígena de raíz constitucional.

<sup>16</sup> La Organización Internacional del Trabajo (OIT) se ocupó del tema indígena mediante el Convenio n° 107 del año 1957, relativo a la **Protección e integración de las Poblaciones Indígenas y de otra Poblaciones Tribales y Semitribales en los Países Independientes** (ratificado por Argentina el 18/1/1960, y aprobado por la ley nacional 14.932, B. O. 29/12/1959). La Oficina Internacional del Trabajo, en 1989, revió el Convenio de la OIT n° 107 a través del Convenio n° 169, denominado **Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes**, donde se adoptó el criterio de autoreconocimiento de la calidad de indígena, y su pertenencia a los grupos étnicos. (art. 2). Tuvo principalmente en consideración el derecho a gozar plenamente de los derechos humanos, y libertades fundamentales, sin obstáculos y discriminación; debiendo los Estados al aplicar la legislación nacional respetar a esos pueblos originarios, en esencia, sus costumbres o su derecho consuetudinario (arts. 3, 4, 5, 6 y 8). La ley 24.071 (1992) aprobó el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (n° 169) de 1989 en la 76ª Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo. Fue ratificado internacionalmente por nuestro país en julio de 2000. El *Convenio sobre pueblos indígenas y tribunales en países independientes*, en la Segunda Parte titulada “Tierras” establece no sólo la obligación de los gobiernos de respetar la “*importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras y territorios, o con ambos, que ocupan u utilizan de alguna otra manera, y en particular de los aspectos colectivos de esa relación*” (conf. art. 13.1), sino que se especifica que el término “**tierras**” debe **incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna manera**



No pueden obviarse los precedentes jurisprudenciales de tribunales supranacionales<sup>17</sup>, la jurisprudencia federal y la provincial<sup>18</sup>, como la doctrina

---

(conf. art. 13.2). El art. 14 expresa que: 1. ***Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes.*** 2. *Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión.* 3. *Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados* (la letra en negrita me pertenece). Este convenio fue ratificado por ley 24.071 (1992), y ratificado internacionalmente en 2000.

<sup>17</sup> Fallos que resultan *leading cases* de la CIDH en los que se reconoce el derecho a la titularidad de las comunidades aborígenes sobre sus tierras que tradicionalmente ocupen:

a) **Caso “Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni c/ Nicaragua”. Sentencia de 31 de agosto de 2001, Corte I.D.H., Serie C (No. 79) (2001).** Dispuso que el Gobierno debiera en su derecho interno adoptar las medias legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter para crear un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación de la propiedad de las comunidades indígenas, acorde con el derecho consuetudinario, los valores, usos y costumbres, de aquéllas (punto resolutivo 3).

b) **Caso “Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay” sentencia de 17 de junio de 2005 Corte I.D.H., Serie C No. 125 (2005) (Fondo, Reparaciones y Costas),** dispuso que “*el otorgamiento de personería jurídica sirve para hacer operativos los derechos ya existentes de las comunidades indígenas, que los vienen ejerciendo históricamente y no a partir de su nacimiento como personas jurídicas. ...*”. *La comunidad indígena, para la legislación paraguaya, ha dejado de ser una realidad fáctica para pasar a convertirse en sujeto pleno de derechos, que no se reducen al derecho de sus miembros individualmente considerados, sino se radican en la comunidad misma, dotada de singularidad propia. La personería jurídica, por su parte, es el mecanismo que les confiere el estatus necesario para gozar de ciertos derechos fundamentales, como por ejemplo la **propiedad comunal**, y exigir su protección cada vez que ellos sean vulnerados*”. (conf. párr. 82).

<sup>18</sup> Antecedentes jurisprudenciales relevantes:

a) **CSJN in re “Comunidad Indígena Eben Ezer c/ Provincia de Salta-Ministerio de Empleo y la Producción; s/ amparo, del 30/9/2008 (Fallos C 2124. XLI)** dijo que era improcedente el rechazo del amparo que tenía por objeto la defensa de derechos constitucionales lesionados de una comunidad indígena cuando estaba en ello comprometida su identidad cultural, desarrollada en esas tierras que iban a ser enajenadas. Adopta la Corte Suprema la doctrina del precedente de la Corte IDH “Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay” del 17/6/2005, Serie C n° 125, párr. 135, 154 y 95), y remarcó de acuerdo al art. 14.3 del Convenio de la OIT, la necesidad de instituir procedimientos adecuados en el



argentina sobre la materia<sup>19</sup>, que fueron elaborando una doctrina que reconoce la existencia del derecho de propiedad comunitaria indígena.

---

marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras de las comunidades indígenas.

b) Superior Tribunal de la Provincia de Río Negro, *in re* “**CO.DE.CI. de la Provincia de Río Negro; s/Amparo**” del 16/8/2005, se consagró el reconocimiento de los derechos de los indígenas, especialmente de su propiedad especial.

c) Juzgado de 1ª Instancia en lo Civil, Comercial y Minería n° 5 de Bariloche, Pcia. de Río Negro el 12/8/2004, “*Sede, Alfredo y otros c/ Vila, Hermida y otro; s/desalojo*” consideró operativa la cláusula constitucional, y tomó el Convenio n°169 de la OIT como su reglamentación actual, conforme la ratificación por ley 24.071. Aplicó normas del derecho real de dominio. Dijo “*El derecho reconocido por el constituyente es plenamente operativo... Debe respetarse no bien se detecta una comunidad que persiste en si ocupación tradicional, aunque la adecuación normativa no esté completa*”. “*...los demandados tienen título para poseer ya que la propia ley los legitima en tanto integrantes de la comunidad indígena*”.

d) Cámara Civil y Comercial de Jujuy, Sala 1ª. “*Comunidad aborígen de Quera y Aguas Calientes. Pueblo Cochino c/Pcia. de Jujuy*” del 14/11/2001, el Tribunal sostuvo también la plena operatividad de la normativa constitucional indígena. Interpretó que la CN incorporó un nuevo concepto de propiedad, el de la propiedad comunitaria indígena. Estableció que “*...la comunidad aborígen que ha obtenido recientemente su personería jurídica no se trata estrictamente de un sucesor universal o particular en los términos del derecho privado... debemos tener en cuenta que nos encontramos con que nuestro derecho positivo ha incorporado un concepto nuevo de propiedad, el de propiedad comunitaria, conforme el cual, el ejercicio de la posesión no se hace por una persona física determinada, sino por el grupo que forma esa comunidad*”, las cuales son siempre preexistentes al Estado Nacional.

e) Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería, con competencia en Familia de la V Circunscripción Judicial de la Provincia de Neuquén, *in re* “*Comunidad Mapuche Huayquillan c/Brescia Celso y otro s/prescripción adquisitiva*” sentencia del 18/8/2004, expte. 7250/1, sostuvo frente a la prescripción adquisitiva planteada por la Comunidad Mapuche de Huayquillan se hace lugar a la demanda por prescripción adquisitiva larga (conf. art. 4015 C.Civ.), disponiendo la inscripción de la titularidad del dominio de las tierras que ocupaban ancestralmente en cabeza de la comunidad actora. En la parte dispositiva el juez de la causa falló “*Haciendo lugar a la demanda promovida por la Comunidad Mapuche Hayquillan, y por los fundamentos considerados en los apartados I y II del presente, declaro adquirido el dominio por la actora respecto del inmueble denominado catastralmente ...inscripto en el Registro de la Propiedad Inmueble en la matrícula n°..., Loncopue. Todo ello según las medidas y linderos que constan en el plano de mensura, registrado ante la Dirección Provincial de Catastro con fecha*”.

<sup>19</sup> ABREUT DE BEGHER, Liliana en *Propiedad indígena*, La Ley y FEDYE, 2010, dijo que “El derecho de propiedad indígena puede ser analizado desde una doble perspectiva, desde el ámbito del derecho constitucional, como desde un punto de vista del derecho civil, de forma similar al derecho de propiedad contenido en el art. 17 de la Constitución nacional. Consideramos a la propiedad indígena como una “especie de propiedad” que puede ser analizada desde un punto de vista constitucional, como un derecho humano

En el Anteproyecto se regulaba esta propiedad colectiva en forma completa, al disponerse los modos de constitución, caracteres, facultades, prohibiciones, y reenvío subsidiariamente a las normas del dominio –por ser el derecho más cercano en cuanto a su contenido–, permitiendo su organicidad una adecuada protección de esta minoría, cuyo objetivo final es la protección de la cultura, usos y costumbres de las comunidades aborígenes de nuestro territorio.

---

que tienen las comunidades indígenas a sus tierras ancestrales, y también puede serlo desde un punto de vista del derecho civil, como un derecho subjetivo en cabeza de la comunidad indígena que reconoce el derecho de propiedad sobre sus tierras. Desde el punto de vista del derecho constitucional, entendemos que es un derecho plenamente operativo, no programático. Dentro del ámbito del Derecho privado, y como un derecho real, la propiedad indígena difiere del resto de los derechos reales, porque es el único que se encuentra mencionado expresamente en la Carta Magna”. Y de allí, nace la necesidad de legislarlo en toda su extensión; lo cual no obsta que por vía legislativa-administrativa se provea a los trámites de regularización predial de los fundos donde se encuentran asentadas las comunidades indígenas. Ver también Bidart Campos, Germán, *La descentralización política de las comunidades indígenas: ¿Qué nos aporta la ciencia política para el Derecho constitucional?*, Revista jurídica La Ley, del 1/6/2004, p. 1: dice: “Así como en nuestro federalismo tenemos pluralidad de derechos administrativos y procesales locales –no son los únicos ejemplos– en la descentralización política de base nacional los diversos grupos nacionales que componen la población sin invitados por el estado –dice Dabin– a regular ellos mismos las cuestiones de orden nacional propias de cada grupo. Cuando en lugar de grupos nacionales afrontamos la diversidad de pueblos indígenas, cuya preexistencia reconoce el art. 75 inc. 17 de la Constitución, quizá podemos imaginar algo muy parecido a la descentralización política de base nacional explicada por DABIN(1). ¿Por qué no sería viable que, sobre la base de la autonomía que al margen de la estructura del poder hemos descubierto en el espacio de la sociedad civil, esa misma estructura de poder hiciera ingresar al ordenamiento jurídico estatal el derecho consuetudinario indígena de cada una de las comunidades existentes en nuestra sociedad? ¿No sería un buen buceo en el rico espíritu del inc. 17 citado, el que nos hiciera detectar qué cuestiones y materias tienen una particular fisonomía que es propia de cada grupo y que, por ende, han de derivarse a la regulación pluralista del derecho indígena? ¿Se rompería la unidad igualitaria de la ley? Para nada, porque es hora de que a la igualdad coordinemos con el derecho a la identidad y el derecho a la diferencia, y que a la democracia le asignemos un contenido de pluralismo auténtico”. BRONSTEIN, Arturo, manifiesta que “**El derecho al territorio colectivo**, como una entidad distinta de la tierra, dentro del cual los pueblos indígenas pueden organizar su vida conforme a sus tradiciones y valores, también forma parte de las reivindicaciones de los pueblos indígenas. Antiguamente eran llamados “reservas” (término que los indígenas rechazan, por su connotación de encierro)” (ver este autor en *Hacia el reconocimiento de la identidad y de los derechos de los pueblos indígenas de América Latina: síntesis de una evolución y temas para la reflexión*, en “Memoria del Seminario Internacional de Justicia sobre la Administración de Justicia y Pueblos Indígenas”, San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1999, p. 14 y ss.).

En cuanto al reconocimiento de la personería jurídica de las comunidades indígenas, en atención a su consagración el art. 75 inc. 17 CN, ello hace que se encuentre comprendidas en la enumeración del art. 148, inc. 1) C.C.yC.N., al indicar que es persona jurídica privadas no solas las enumeradas en los apartados anteriores, sino también “toda otra contemplada en disposiciones de este Código o en otras leyes y cuyo carácter de tal se establece o resulta de la finalidad y normas de funcionamiento”.

Esta figura legal no es un condominio, como tampoco un dominio, por cuanto queda abstraída de las normas del derecho sucesorio de los integrantes de la comunidad. Tiene características propias, que no condice con la propiedad individual que consagra el dominio.

Las graves restricciones a las que se encuentra sometido este derecho lo alejan definitivamente del dominio, al ser esencialmente intransmisible. No es usucapible por un tercero, debido a que es intransmisible, inenajenable e inembargable (conf. art. 75 inc. 17 CN y ley 23.302). Al ser intransmisible, por ende es inejecutable, por lo que no podía ser gravado con derechos reales de garantía, tales como la hipoteca o la anticresis.

Debido a la íntima relación de las comunidades con sus hábitats, lugar donde se desarrolla su cultura, es necesaria la información y consulta a las comunidades cuando se debate el aprovechamiento de sus recursos naturales<sup>20</sup>. Consideramos que será conveniente que en un futuro cercano se proceda a la efectiva regulación por medio de una ley especial, debido a que la suspensión de los desalojos de las comunidades indígenas por medio de la declaración de su “Emergencia” según la ley 26.160 y sus prórrogas, no pueden serlo en forma permanente, debiéndose cumplir con la demarcación, registración y titulación de los predios a favor de las comunidades indígenas en relación a las tierras que tradicionalmente ocupan. La indicación de su regulación por medio de una ley especial se consagró en la art. 9 de la ley 26.994 de aprobación del C.C.yC.N., al indicar que “Los derechos de los pueblos indígenas, en particular la propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan y de aquellas otras aptas y suficientes para el desarrollo humano, serán objeto de una ley especial” (Corresponde al art. 18 del Código Civil y Comercial de la Nación”).

<sup>20</sup> CIDH *in re* “Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador”, del 27/6/2012. Allí en la sentencia condenatoria se establece que “El Estado debe consultar al pueblo Sarayaku de forma previa, adecuada, efectiva y de plena conformidad con los estándares internacionales aplicables a la materia, en el eventual caso que se pretenda realizar alguna actividad o proyecto de extracción de recursos naturales en su territorio, o plan de inversión o desarrollo de cualquier otra índole que implique potenciales afectaciones a su territorio, en los términos de los párrafos 299 y 300 de esta Sentencia”.

# ESTUDIOS DE DERECHO PRIVADO

## *su visión en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*

Dirección

**GRACIELA CRISTINA WÜST**

---

Autores

**VIRGINIA ABELENDA - LILIANA ABREUT DE BEGHER**

**JUAN M. ALTERINI - ALEJANDRA CHINCHILLA**

**JOSÉ M. GASTALDI - MAGDALENA B. GIAVARINO**

**MARTA DEL ROSARIO MATTERA - NORY B. MARTÍNEZ CHIALVO**

**JUAN A. STUPENENGO - BEATRIZ A. VERÓN - GRACIELA C. WÜST**



ASOCIACIÓN  
DE DOCENTES

UBA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

*1ª Edición: Abril de 2016*

Estudios de Derecho Privado : comentarios al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación / LILIANA ABREUT DE BEGHER ... [et al.] ; compilado por GRACIELA C. WÜST. - 1a ed adaptada. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 2016.

240 págs. ; 23x16 cm.

ISBN 978-987-97935-8-9

1. Derecho. 2. Código Civil y Comercial. I. ABREUT DE BEGHER, LILIANA II. WÜST, GRACIELA C., comp.

CDD 346

### **Edición:**

© Asociación de Docentes  
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales  
Universidad de Buenos Aires

Prohibida su reproducción total por cualquier medio, sin expresa autorización de la editora. Permitida su reproducción parcial con la indicación expresa y clara de la editora, artículo, autor y página. Todos los trabajos son de la responsabilidad exclusiva de los autores.

(Las opiniones vertidas en este trabajo son  
responsabilidad exclusiva del autor)

ASOCIACIÓN DE DOCENTES  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES  
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES  
Av. José Figueroa Alcorta 2263  
(C1425CKB) Buenos Aires - Argentina