

REALES Comision "A" 28/3/18.
Prof. Dellamonica

16/5/17

**PARTE GENERAL DE LOS DERECHOS REALES EN EL CÓDIGO
CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN
(ANÁLISIS EXEGÉTICO DE LOS ARTÍCULOS 1882 A 1894)**

Por Gabriel B. Ventura*

Título I
Disposiciones generales

Capítulo 1
Principios comunes

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

- Concordancias con el Código derogado: Cód. Civil: No hay norma correlativa en el Código derogado

LA DEFINICIÓN DE DERECHO REAL

Comencemos por aclarar que, a pesar del título que encabeza la norma, no se trata de un concepto, sino de una definición. En efecto, sabemos que un

* Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Profesor Titular de Derechos Reales de la Universidad Nacional de Córdoba; Profesor Titular de Derecho Notarial de la Universidad Nacional de Córdoba; Profesor Titular de Derecho Notarial de la Universidad Católica de Córdoba.

"IUS PREFERENDI" y "IUS PERSEQUENDI"

Los derechos reales presentan dos prerrogativas genéricas: el "ius preferendi" y el "ius persequendi", que justamente por ser propias de la naturaleza real del derecho, se ponen de resalto ante los derechos personales, remarcando la diferencia entre ambas especies. En efecto, en materia de preferencias atendiendo a la naturaleza del derecho, un postulado universal determina que, en caso de conflicto entre un derecho real y uno de naturaleza personal, debe triunfar, como regla general, el derecho real.

Por ello en la norma tan clarificadora del art. 756 del CCCN en la que se regula la situación en la que concurren varios acreedores reclamando la entrega de la misma cosa, siempre triunfa quien tiene ya efectuada a su favor la tradición, aun cuando el título de otro acreedor tuviere fecha anterior. Ocurre que aquél a quien se ha hecho ya tradición de la cosa, por el típico mecanismo de constitución de los derechos reales, ya tiene el derecho de dominio constituido a su favor (Art. 750 CCCN), mientras que el acreedor anterior en el tiempo, a pesar de esta circunstancia, solo tiene un derecho personal a exigir la entrega.

En todos los casos la citada norma del art. 756 exige buena fe, de lo contrario triunfará el primer acreedor, en aplicación del proloquio ("malitatis omnium non est indulgendum" – la mala fe no debe ser disculpada). También en el Código de Vélez estaba la previsión de la buena o mala fe en quien recibió la cosa en conocimiento de que el deudor la había prometido a otro antes (art. 594 del Código derogado).

Pero lamentablemente, en la norma del art. 1886 que amplía el concepto de esta prerrogativa, a pesar de estar enmarcada en las disposiciones generales de los derechos reales, se nos habla de un "ius preferendi" que no aparece como elemento exclusivo de la naturaleza real del derecho, sino que se lo hace valer, según las expresiones de la norma, también "respecto de otro derecho real o personal". En nuestra opinión, sin que podamos expresar que sea errado el pronunciamiento legal, se confunde el verdadero sentido de esta característica, pues cuando la preferencia entra a jugar entre dos derechos reales, ya no se trataría del "ius preferendi", sino que entraríamos en el ámbito de la prioridad temporal, fenómeno que no responde ya a las naturalezas mismas de los derechos en juego, sino al momento en que obtienen oponibilidad. En efecto, la

prioridad existe tanto en los derechos reales como en los derechos personales, por lo que deja de ser elemento caracterizante de las respectivas naturalezas.

En cuanto al "ius persecuendi" o facultad de persecución, al que también alude la norma que estamos analizando, con esta atribución se quiere significar que el derecho real persigue a la cosa sobre la que recae, aun cuando sólo se refiere al poder jurídico, como sería el caso de la hipoteca en la que, por definición (art. 2205 CCCN), la cosa queda en poder del constituyente. Pues bien, si el propietario constituyente del derecho de hipoteca enajena la cosa, el acreedor puede seguirla y hacerla ejecutar en manos de quien se encuentre.

En el Código derogado esta característica aparecía didácticamente expresada en su art. 3162 que describía literalmente el efecto del "ius persecuendi" en los siguientes términos: *"Si el deudor enajena, sea por título oneroso o lucrativo, el todo o una parte de la cosa o una desmembración de ella, que por sí sea susceptible de hipoteca, el acreedor podrá seguirla en poder del adquirente, y pedir su ejecución y venta, como podría hacerlo contra el deudor..."*. Si bien no con la misma contundencia, pero aparecen en el nuevo CCCN los artículos 2199 y 2200, que son consecuencia directa de este natural efecto del derecho real.

También podemos ejemplificar sobre la facultad de persecución del derecho real, con bastante claridad, acudiendo a la figura de la servidumbre predial. El llamado "principio de inherencia" aplicado a las servidumbres no es ni más ni menos que el efecto del "ius persecuendi". En efecto, en el viejo Código el art. 3006, contundentemente determinaba que *"Las servidumbres reales consideradas activa y pasivamente son inherentes al fundo dominante y al fundo sirviente, y siguen con ellos a cualquier poder que pasen; y no pueden ser separadas del fundo, ni formar el objeto de una convención, ni ser sometidas a gravamen alguno"*.

En el CCCN el art. 2178, en escueta norma, de manera similar al Código de Vélez establece el mismo efecto y prohibición.

Art. 1883.- Objeto. El derecho real se ejerce sobre la totalidad o una parte material de la cosa que constituye su objeto, por el todo o por una parte indivisa.

El objeto también puede consistir en un bien taxativamente señalado por la ley.