

Audiencia Pública

Comisión Bicameral para la

Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación

Córdoba, 4 de octubre de 2012

Propiedad y vivienda en el nuevo Código:

su regulación según los principios constitucionales y los derechos humanos.

Horacio Javier Etchichury (*)

DNI 23.822.221

Pertinente a: Título Preliminar – Libro Primero – Libro Tercero

1. Regulación constitucional de la propiedad y la vivienda

La Constitución de 1853, como otras constituciones de la época, da gran importancia a la protección del derecho de propiedad. En el marco del liberalismo, este derecho se concibe como una garantía de la libertad personal: sólo puede sentirse libre frente al Estado quien tiene los recursos para sostenerse¹. A la vez, la defensa de la propiedad da la base para el progreso económico y el fomento de la inmigración y de la inversión extranjera, objetivos incluidos en el proyecto político del momento.

(*) Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba (UNC). Magíster en Leyes, Yale Law School. Profesor, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC. Investigador Asistente, CONICET.

¹ Ello no significaba, por supuesto, que el Estado garantizara el acceso de toda persona a la propiedad, sino sólo la protección de quienes ya eran propietarios; véase Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, 3a. ed., La Ley, Buenos Aires, 2005, pág. 84.

En primer lugar, la Constitución asegura en el art. 14 el derecho de todos los habitantes a “*usar y disponer de su propiedad*”. Se reconocen así atribuciones muy amplias al propietario respecto de la cosa. Se permite utilizarla de muchos modos, incluso destruyéndola.

Se incluyen protecciones especiales a este derecho en el art. 17. Según esta cláusula, la propiedad es “*inviolable*”: nadie puede quitarle a una persona sus propiedades. La pérdida de la propiedad se produce sólo por sentencia judicial debidamente fundada en ley, o bien por medio de la expropiación. Se prohíbe también la *confiscación*, que hoy también impide fijar impuestos demasiado altos sobre un objeto, que podrían significar, en los hechos, tener que entregar su valor al Estado (y así perder la propiedad)².

En síntesis, a través de los arts. 14 y 17 la Constitución de 1853 fija un amplio espectro de atribuciones para el propietario, y no establece límites sobre las cosas que pueden ser objeto del derecho de propiedad. Se incluyen también los inventos y obras culturales.

En las décadas siguientes, la CSJN amplía todavía más el alcance del concepto. Sostiene que el derecho de propiedad abarca “*todos los intereses apreciables que un hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad*”³. Se incluyen dentro del derecho de propiedad los derechos surgidos de la celebración de un contrato, de una sentencia definitiva, o de la vigencia de una determinada legislación (son los denominados “*derechos adquiridos*”)⁴.

La reforma de 1949 introduce el concepto de “*función social de la propiedad*”: el propietario sólo puede ejercer facultades que no perjudiquen al conjunto de la sociedad. No puede entonces

² Gelli, *op. cit.*, pág. 216.

³ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “*Bourdieu, Pedro E. c. Municipalidad de Buenos Aires*”. *Fallos*, 145:307. 16/12/1925.

⁴ Véase Gelli, *op. cit.*, pág. 85; Sagüés, Néstor, *Elementos de Derecho Constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1999, pp. 782-785.

destruir bienes valiosos, o mantener ociosos los que sean productivos (por ejemplo, tierras fértiles, o una planta industrial). La misma reforma establece que las personas particulares no pueden ser propietarias de yacimientos de petróleo, gas y carbón, y de cualquier otra fuente de energía; sólo el Estado tiene derecho de propiedad sobre ellos⁵. El golpe de Estado de 1955 deroga esta reforma y restaura el concepto original del derecho de propiedad.

La situación actual tras la reforma de 1994. En la Constitución hoy vigente, el derecho de propiedad se halla consagrado, como ya vimos, en los arts. 14 y 17. Sin embargo, a esas normas deben agregarse nuevos preceptos, contenidos en los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional (según el art. 75 inc. 22). Una interpretación sistémica, completa, del derecho de propiedad nos obliga a leer todas estas disposiciones en conjunto. Surge entonces un nuevo espectro de atribuciones reconocidas al propietario.

1) *Posibilidad de propiedad colectiva*: la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), en su art. 17, consagra no sólo el derecho a la propiedad individual, sino también “*colectiv[a]*”. Puede haber objetos cuyos propietarios sean un conjunto de personas, o la comunidad toda. Es diferente de la “*propiedad comunitaria*” reconocida a los pueblos indígenas argentinos en el art. 75 inc. 17.

2) *Propiedad subordinada al interés social*: en su art. 21, la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) establece que el “*uso y goce*” de los bienes puede “*subordinar[se]* [...] *al interés social*”. Algunas facultades del propietario quedan así limitadas por necesidades de la comunidad, siguiendo el planteo propio del constitucionalismo social.

3) *Propiedad sobre bienes esenciales*: la Declaración Americana de Derechos y Deberes

⁵ Véase Pisarello, Gerardo y Tedeschi, Sebastián, “Propiedad y constitución en la Argentina: del 'derecho terrible' a la democracia económica”, en Gargarella, Roberto (coord.), *La Constitución en 2020. 48 propuestas para una sociedad igualitaria*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2011, pág. 130.

del Hombre (DADDH), por su parte, establece en su art. 23: “*Toda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar*”. Aquí se redefine el ámbito del derecho humano de propiedad. No abarca toda clase de bienes, ni en cualquier cantidad. Se centra en los elementos que satisfacen “*necesidades esenciales*” con el fin de mantener la dignidad personal.

Una lectura integradora. ¿Cómo pueden armonizarse estas normas? Sin duda, el esfuerzo interpretativo todavía está en marcha, y muchas cuestiones siguen en debate. Aquí propongo, entonces, una manera posible.

Estamos ante un derecho “*inviolable*”; sólo excepcionalmente puede privarse a alguien de su propiedad, y ello a través de un procedimiento específico (judicial, o a través de la expropiación). El derecho incluye usar, gozar y disponer de los bienes, siempre según la reglamentación (como ocurre con todos los derechos), que ahora agrega al “*interés social*” como criterio adicional y específico para este derecho.

Tiene relevancia, además, el tipo de bienes de que se trate. La regulación del uso y goce puede basarse en el “*interés social*”, dándole prevalencia. Sin embargo, hay un conjunto de bienes cuyo uso, goce y disposición no puede subordinarse al interés social, ni alterarse por vía de reglamentación. Se trata de los “*bienes esenciales*” para defender la dignidad de la persona y el hogar.

Quedan así claros los límites del Estado al momento de reglamentar el derecho de propiedad. Puede hacerlo con mayor amplitud, incluso utilizando un criterio específico dotado de preeminencia (el interés social), cuando se trata de bienes que no satisfacen las necesidades esenciales de una vida decorosa ni contribuyen a la dignidad. Entre ellos, podrían incluirse las grandes extensiones de tierra fértil, las plantas industriales, las fuentes de energía. Sin embargo,

no puede quitarse la propiedad sobre ellos (porque es inviolable). Cuando se trata de la vivienda o los ahorros familiares, o los bienes de uso personal, además de no poder violentarse la propiedad, tampoco puede invocarse el interés social como elemento superior para recortar las atribuciones de uso y goce del propietario.

Con estos elementos a la vista, a continuación hago algunas observaciones sobre el proyecto de reforma enviado por el Poder Ejecutivo Nacional.

2. Omisión de un principio general

Sin duda, en el proyecto falta una clara asunción del principio de subordinación del uso y goce de la propiedad al interés social. Este criterio, aunque no tuviera mayor desarrollo en el texto del Código propuesto, serviría de base para numerosas defensas y reclamos en el ámbito del derecho privado.

3. No inclusión de la propiedad colectiva

Parece injustificada la omisión de esta forma de propiedad, garantizada como derecho en nuestra Constitución. Este régimen podría aplicarse a empresas públicas, a parques nacionales, a recursos naturales estratégicos.

Se trata de una modalidad *distinta* de la propiedad estatal. Puede referirse a colectivos más limitados que “la Nación”, y a la vez, puede habilitar modos de administración y disposición diferentes a los usuales en materia de propiedad estatal. Por ejemplo: la elección directa de administradores, el uso de mecanismos de consulta directa colectiva para la gestión, la distribución colectiva de dividendos.

4. Protección de la vivienda

Las obligaciones del Estado argentino en materia de vivienda acaban de ser recordadas

por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas. Este órgano, encargado de controlar la vigencia del PDESC, emitió el 14 de diciembre de 2011 sus Observaciones Finales sobre la Argentina⁶, evaluando el grado de cumplimiento que nuestro país muestra respecto de los derechos contenidos en aquel instrumento.

En el párrafo 21 de sus Observaciones, el Comité:

a) “reitera su preocupación por el persistente déficit de vivienda en el Estado parte”, expresado en el “desfase entre las necesidades de grandes sectores de la sociedad y la oferta de alojamiento adecuado y asequible”;

b) critica la “inexistencia de datos analíticos oficiales fiables a este respecto”;

c) subraya que “la especulación con la tierra, la propiedad inmobiliaria y la construcción” crea “dificultades de acceso a la vivienda para la población de ingresos medios y bajos”;

d) insiste en expresar “su preocupación por los desalojos forzados de personas y grupos marginados y desfavorecidos, en contravención de las obligaciones contraídas por el Estado parte en virtud del Pacto, situación que afecta en particular a los migrantes y a los pueblos indígenas (art. 11, párr. 1).”

Estas cuestiones deben tenerse en cuenta al momento de evaluar el proyecto presentado por el Poder Ejecutivo en materia de vivienda.

El proyecto contiene un capítulo (Cap. 3, Tít. III, Libro Primero) titulado “Vivienda” (arts. 244 - 256). Reemplaza a la regulación del bien de familia contenida en la ley 14.394.

El régimen propuesto, igual que el vigente, debe requerirse (art. 245), y protege contra ejecuciones sólo por deudas posteriores a la inscripción (art. 249).

⁶ Comité DESC (2011): “Observaciones Finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales – Argentina”, E/C.12/ARG/CO/3. Disponible en:

http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/co/E-C-12-ARG-CO-3_sp.doc

Sin embargo, la propuesta mantiene excepciones (art. 249): sí puede ejecutarse la vivienda por deudas originadas en expensas comunes, impuestos y tasas, y también si se ha constituido una hipoteca (art. 250), entre otros supuestos. El art. 2205 del proyecto habilita a constituir estas garantías sobre viviendas familiares, habilitando incluso “convenciones especiales” para la ejecución (art. 2211). Ello remite a modalidades extrajudiciales vigentes, tales como la del título V de la ley 24.441.

Por otra parte, la vivienda familiar no queda excluida de la “garantía común de los acreedores” (art. 744 del proyecto). Así, un acreedor no puede ejecutar “la ropa y los muebles de uso indispensable” o “los instrumentos necesarios para la profesión u oficio” del deudor, pero sí puede quitarle su casa (salvo que esté registrada bajo el sistema establecido en el art. 244 y siguientes). No parece haber razones que dividan a la vivienda de los muebles indispensables, si tomamos las pautas fijadas en el art. 23 de la DAADH.

Se mantienen los plazos de prescripción adquisitiva común para la vivienda (art. 1899).

Desde el punto de vista del derecho a la vivienda, parece corresponder una regulación diferente. En particular, cabe tener en cuenta las recomendaciones emitidas por el Comité de Naciones Unidas en el citado párrafo 21 de sus Observaciones Finales sobre nuestro país. En ese documento, el Comité insta al Estado argentino a “garantizar a todos el acceso a una vivienda adecuada y asequible, con seguridad jurídica de la tenencia”, a “luchar eficazmente contra la especulación en los mercados inmobiliario, de la tierra y de la construcción”, y a tomar las medidas para asegurar que las personas desalojadas puedan tener alojamiento alternativo o una indemnización justa y equitativa, según la Observación General 7 (1997) del mismo Comité.

Una regulación en esta materia coherente con la Constitución y los derechos humanos dotados de igual jerarquía debería incluir estos elementos:

- la inejecutabilidad fijada como principio, sin necesidad de solicitud, en beneficio de toda vivienda destinada a habitación de una persona (y su familia), excluyendo a ese inmueble de la “prenda común” de los acreedores, y mucho menos sujetándolo a ejecuciones por fuera del trámite judicial (tales como la prevista en la ley 24.441). Estos límites a la ejecutabilidad, por otra parte, hallan su base en la subordinación al interés social del derecho de propiedad del acreedor, conforme el art. 21 de la CADH.

- la posibilidad de constituir hipoteca sobre la vivienda familiar (o personal) parece inconveniente, si se toma en cuenta el contexto de negociación efectiva entre dadores y tomadores de crédito.

- el acortamiento de plazos para la prescripción adquisitiva en materia de vivienda (tal como recomienda la Relatora de Naciones Unidas para el derecho a la vivienda en su informe de misión a la Argentina, parág. 667).

- el mantenimiento del derecho al agua, previsto en el Proyecto de la Comisión, y que se funda también en la Observación General 15⁸, emitida en 2002, y que fija obligaciones para nuestro país, en virtud del art. 75 inc. 22 de la CN.

5. Locación de inmuebles destinados a vivienda

El proyecto presenta una regulación genérica de la locación de inmuebles (arts. 1187 en adelante). Sin embargo, distingue los casos “con destino a habitación” (art. 1196); la única diferencia es que en ellos no puede exigirse más de 1 mes de pago anticipado, no más de 1 mes por año como depósito de garantía, ni valor llave.

Parece una protección insuficiente. Corresponde, si nos basamos en el derecho a la vivienda, una regulación específica para la locación que permita el ejercicio de este derecho. En

⁷ Disponible en <http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&DS=A/HRC/19/53/Add.1&Lang=S>

⁸ Disponible en: <http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&DS=E/C.12/2002/11&Lang=S>

particular, no hay artículos que revisen el desigual poder de negociación (en general) de locadores y locatarios. Aun aceptando (más allá de nuestro desacuerdo) el carácter de “mercancía” de la vivienda alquilada, las imperfecciones del mercado ameritan una reglamentación similar a la vigente en las relaciones laborales.

Así, pueden pensarse en distintos mecanismos de regulación sobre los alquileres. Por ejemplo, la fijación del canon mensual puede establecerse por vías diferentes a la supuesta “autonomía de la voluntad”. Podría establecerse como fracción del valor del inmueble, o a través de una “paritaria” entre inquilinos y locadores; ambas propuestas son ya conocidas en el debate público.

Por otra parte, el código propuesto no incluye protecciones en caso de desalojo. Sólo se establece que la ejecución de la sentencia de lanzamiento no puede hacerse antes de 10 días (art. 1223). Además, con apenas dos meses sin pagar (art. 1219) el contrato ya puede darse por rescindido. Esto se agrava, además, por las normas procesales que hoy facilitan el desalojo como medida cautelar.

Aquí cabría retomar las propuestas de la Relatora de Naciones Unidas:

- Garantizar la defensa letrada gratuita para los demandados por desalojo (parág. 68);
- Establecer programas de subsidio a los alquileres (parág. 62)
- Eliminar las reglas de procedimiento que habilitan el desalojo sin participación de los ocupantes (parág. 69)

6. Regulación del mercado de viviendas y del suelo – Subordinación de la propiedad al interés social

Nada hay en el proyecto sobre este punto sugerido por ella Relatora en su informe (parág. 59), haciéndose eco de propuestas de organizaciones sociales.

La regulación del dominio y de los demás derechos reales (arts. 1882 y sig.) se hace sin

distinguir la situación de la vivienda. Sin embargo, hay reglas específicas (en rigor, un derecho real separado) para los “conjuntos inmobiliarios” (arts. 2073 y sig.), el “tiempo compartido” (arts. 2087 y sig.) y los “cementeros privados” (arts. 2103 y sig.). Esto muestra que la necesidad de una reglamentación general cede cuando se prefiere dar trato detallado y diferente a ciertos emprendimientos, mientras se sujeta a la vivienda familiar a las mismas reglas que al dominio sobre un latifundio o sobre una planta fabril. Esto contradice la diferencia reconocida en nuestra Constitución a la propiedad sobre distintos objetos.

7. Propiedad intelectual

No es, en este caso, objeto del proyecto enviado por el Ejecutivo. Sin embargo, quizá correspondería fijar en este Código nuevo los principios que rijan la propiedad intelectual (hoy regulada de modo disperso en varios instrumentos).

Tal regulación debe seguir el marco constitucional. En el art. 17, se reconoce el derecho de propiedad exclusiva del “*autor o inventor*” sobre “*su obra, invento o descubrimiento*”. Esta propiedad intelectual es temporaria: sólo rige durante “*el término que le acuerde la ley*”. En cambio, la propiedad sobre bienes físicos no tiene, en general, límites de tiempo⁹.

Abarca dos aspectos: el derecho moral, es decir, el derecho a que la obra se mantenga sin alteraciones o deformaciones, tal como la concibió el autor; y el derecho patrimonial, esto es, el derecho a recibir la parte debida de beneficios económicos que deriven de la obra. Esta segunda dimensión, a diferencia de la primera, es transmisible: el autor puede transferirla a otros (el editor, por ejemplo)¹⁰.

En general, se justifica este tipo de propiedad como una manera de estimular la tarea de autores e inventores. Según se afirma, la exclusividad en el aprovechamiento de sus creaciones

⁹ Gelli, *op. cit.*, pág. 215.

¹⁰ Sagüés, *op. cit.*, pág. 791; Gelli, *op. cit.*, pág. 215.

crea los incentivos para dedicarse a la tarea intelectual. Sin embargo, no hay estudios económicos que demuestren que la mayor protección de la propiedad intelectual genere efectivamente más innovaciones tecnológicas¹¹.

La cláusula sobre propiedad intelectual ha servido de base para diversas leyes que protegen el derecho de autor (ley 11.723 y sus modificatorias) y la llamada propiedad industrial, que abarca las patentes y las marcas comerciales, entre otros elementos.

En general, esta legislación reconoce numerosas atribuciones al autor, y limita al mínimo los derechos de los usuarios. Por ejemplo, quien compra un libro no puede reproducirlo o traducirlo, ni siquiera parcialmente¹², aunque lo haga con fines meramente educativos, y sin finalidad comercial.

La aparición de nuevas tecnologías, capaces de reproducir obras instantáneamente y a costo muy bajo, ha generado una importante crisis en el modelo vigente de propiedad intelectual. En particular, hay quienes señalan que ese modelo resulta contradictorio con el derecho de toda persona “*a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten*”, contenido en el art. 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Por otra parte, la propiedad intelectual en sí no halla reconocimiento en los tratados internacionales dotados de jerarquía constitucional. Pero sí está protegido el derecho de toda persona a “*la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora*”, tal como garantiza el citado art. 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Normas similares se encuentran en el

¹¹ Véase Shaver, Lea, “The right to science and culture”, *Wisconsin Law Review*, núm. 121, 2010, pp. 158-159.

¹² La ley 11.723 sólo autoriza (art. 10) a citar con fines didácticos o científicos hasta mil palabras de un texto (u ocho compases de una obra musical).

art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y en el art. 22 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. Sin embargo, este derecho asegura, en lo económico, sólo “un nivel de vida adecuado”, tal como ha señalado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación General número 17, emitida en 2005. No implica, necesariamente, el conjunto de restricciones que hoy caracterizan al sistema de propiedad intelectual adoptado, por ejemplo, en la ley 11.723.

De modo que el proyecto de Código debería incluir, al menos, una clara definición de que también aquí el derecho de propiedad intelectual debe quedar subordinado al “interés social” y, en particular, al derecho contenido en el art. 27 del PDESC.

Córdoba, 4 de octubre de 2012.