

Por un Código Civil y Comercial que proteja el derecho a la vivienda y a la tierra y habilite la mediación estatal en las relaciones privadas en el país

Propuestas para la Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial

CONTACTO: agustin.algorta@techo.org

www.techo.org/argentina

1) Introducción

Como Organización de la Sociedad Civil desde TECHO Argentina decidimos participar del debate por la reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación porque consideramos que como parte de la sociedad civil organizada tenemos el deber de contribuir a la reforma propiciada por el Poder Ejecutivo Nacional.

TECHO ES UNA ORGANIZACIÓN PRESENTE EN LATINOAMÉRICA Y EL CARIBE, QUE BUSCA SUPERAR LA SITUACIÓN DE POBREZA QUE VIVEN MILES DE PERSONAS EN LOS ASENTAMIENTOS PRECARIOS, A TRAVÉS DE LA ACCIÓN CONJUNTA DE VECINOS Y VOLUNTARIOS.

Con la implementación de un modelo de intervención enfocado en el desarrollo comunitario, TECHO busca, a través de la ejecución de diferentes planes, construir una sociedad justa y sin pobreza, donde todas las personas tengan la oportunidad desarrollar sus capacidades, ejercer y gozar plenamente de sus derechos.

Los planes en los que trabajamos, son: la construcción de viviendas de emergencia y la organización de mesas vecinales que solicitan y lideran distintos programas como capacitaciones en oficios, microcréditos para fomento productivo, salud, educación y huertas.

TECHO PERSIGUE 3 OBJETIVOS ESTRATÉGICOS:

1. PROMOVER EL DESARROLLO COMUNITARIO
2. INCIDIR EN POLÍTICA
3. FOMENTAR LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA

En Argentina estamos presentes en Buenos Aires, La Plata, Córdoba (capital y Rio Cuarto), Misiones (Posadas y Oberá), Neuquén, Rio Negro (Cipoletti), Salta y Santa Fe (Rosario). Hemos realizado intervenciones puntuales en: Tucumán, Charata, Mar del Plata, Paraná, Santiago del Estero, Bariloche, Catamarca y Tartagal.

Hemos construido más de 4500 viviendas de emergencia, intervenido 98 asentamientos, entregado 630 microcréditos, graduado más de 1000 vecinos en oficios, acompañando a más de 700 niños en espacios educativos y movilizado a más de 40.000 jóvenes voluntarios.

En 2011 realizamos un estudio donde relevamos los asentamientos informales de la provincia de Córdoba y del conurbano bonaerense. Relevamos, visitamos y registramos 238 asentamientos en la provincia de Córdoba [1] y 864 en el conurbano de Buenos Aires [2] . Es por ello que

¹ Raffo, M. et al. "Relevamiento de Asentamientos informales de la provincia de Córdoba". Córdoba, 2011. Disponible electrónicamente en www.techo.org/argentina

consideramos urgente que como sociedad avancemos en poner en agenda pública la realidad y necesidad de las familias más marginadas y vulneradas de nuestro país: aquellas que viven sin acceso a servicios básicos y con una situación irregular de tenencia de la tierra.

Vamos a desarrollar parcialmente las propuestas generadas desde el espacio Habitar Argentina con relación al Proyecto de Código Civil y Comercial, para que este no excluya la situación de millones de personas que no acceden a la vivienda o pueden quedar en situación de calle.

HABITAR ARGENTINA es un espacio conformado por organizaciones, instituciones académicas, movimientos sociales y legisladores, que desde el 2010 están trabajando para generar un marco normativo que garantice el derecho a la vivienda, la tierra y al hábitat para todos.

Los proyectos presentados por Habitar Argentina apuntan a consolidar un modelo de país, en dónde el Estado cumple una función activa en las relaciones de mercado, procurando garantizar la redistribución de la riqueza, conforme lo establece el art. 34 de la Carta de la OEA.

Las propuestas de modificación al proyecto de Código Civil y Comercial guardan coherencia con las propuestas de políticas y leyes de vivienda que se vienen proponiendo desde ese espacio. Los cambios que se proponen son formulados para artículos puntuales, sin comprometer el trabajo de sistematización hecho por los autores del proyecto y se fundamentan en el conjunto de instrumentos internacionales de derechos humanos.

Coincidimos en considerar que a pesar de que en el texto de presentación del proyecto y en los fundamentos se refiere a los tratados de derechos humanos y al principio de función social de la propiedad, las instituciones jurídicas que establece el articulado no reflejan esos valores. En los temas vinculados con la vivienda y la propiedad, en gran medida el proyecto repite las propuestas de los proyectos anteriores elaborados en contextos neoliberales.

Si bien se puede vislumbrar en la regulación del derecho de familia una modernización progresista de las instituciones del derecho privado, esto no se refleja en otras áreas como los derechos reales, en donde se regulan las relaciones de propiedad.

Aunque el Código Civil solo regula las relaciones privadas, no se debe perder de vista que el Código puede, en determinados conflictos ser un obstáculo para las políticas de intervención del Estado en la distribución de los bienes para defender a las personas más pobres. Por ello, las propuestas que aquí se presentan pretenden apuntalar esta perspectiva.

² Raffo, M. et al. "Relevamiento de Asentamientos informales del conurbano de Buenos Aires". Buenos Aires, 2011. Disponible electrónicamente en www.techo.org/argentina

2) OBSERVACIONES AL PROYECTO

Por cuestiones de tiempo de exposición vamos a detallar, entre otros, algunos de los puntos trabajados por el Espacio Habitar Argentina. Si bien hoy no formamos parte del Espacio Habitar Argentina, si trabajamos articuladamente con varios de los actores que la componen y constantemente buscamos analizar y apoyar los proyectos que surgen desde este espacio.

2.1 LIBRO PRIMERO: de la parte general

TITULO III BIENES. Capítulo 1. Bienes con relación a las personas y los derechos de incidencia colectiva. SECCION 3ª

1. Principio de Función social de la Propiedad y protección a comunidades que tienen una especial relación con la tierra.

Hay una serie de principios que vienen del Derecho Internacional de Derechos Humanos y del derecho constitucional que están ausentes en el proyecto y resultan claves a la hora de pensar un rol activo del Estado en materia de garantizar el acceso al suelo y la creación de bancos sociales de tierra, además de posibilitar una política de ordenamiento territorial.

El principio de *función social de la propiedad* no ha sido incorporado en el articulado pese a tener jerarquía constitucional a través de la inclusión de la Convención Americana de Derechos Humanos, en cuyo art. 21 se establece que toda persona tiene derecho al uso y goce de los bienes, pero que la ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. Precisamente es el Código Civil la ley adecuada para establecer esa subordinación que ha sido omitida en el proyecto.

Sería pertinente entonces incluir el principio de **Función Social de la Propiedad** y los derechos específicos de comunidades que tienen especial relación con la tierra, conforme el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y tribales, en el artículo 240 límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes.

2. Principios Generales para los procesos judiciales en los que se discuten derechos sociales en las relaciones privadas

El proyecto reconoce una serie de principios generales para los procesos judiciales en donde se tratan cuestiones de derecho de familia, admitiendo mayor participación de los grupos vulnerables y activismo del juez, en los arts. 706 y ss. (Tutela judicial efectiva, intermediación, buena fe y lealtad procesal, oficiosidad y oralidad). Estos principios también deberían incluirse en todos los demás procesos judiciales en los que están en juego derechos de personas en situación de vulnerabilidad en los que la decisión pueda afectar derechos sociales, como por ejemplo el derecho a la vivienda, procurándose soluciones conciliatorias, conforme la Observación General N° 7 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la ONU.

3. Garantía de acceso a servicios básicos y condiciones adecuadas de vivienda sin perjuicio de la situación de titularidad del dominio de un inmueble

Muy frecuentemente, la falta de reconocimiento jurídico de situaciones de posesión en asentamientos informales impide el ejercicio de muchos otros derechos, como el acceso a servicios de agua, saneamiento, electricidad, entre otros. No reconocer al menos algunos efectos de la posesión informal es avanzar muy poco en la protección de los derechos humanos en el nivel infra constitucional. El silencio en relación a la situación jurídica de los asentamientos informales contrasta con el tratamiento dado por el proyecto a los barrios cerrados o privados y clubes de campo, que son regulados en el Título VII del Libro IV, "conjuntos inmobiliarios", en 40 artículos. Por otro lado, es necesario que el Código incluya el avance de la jurisprudencia en ese campo, que viene reconociendo que la inexistencia del título de dominio no obsta el acceso a los servicios públicos básicos. Con esa propuesta no se busca aquí reconocer derechos reales, sino garantizar que el Derecho Civil no sea un elemento de limitación al ejercicio de los derechos humanos, materia que debe ser tratada en este Código.

TÍTULO III. BIENES. CAPÍTULO 3 VIVIENDA

4. Régimen de afectación de la vivienda

Los artículos 244/250 del proyecto prevén el régimen de afectación de la vivienda. El régimen es superador en algunos aspectos de nuestro actual régimen de bien de familia en cuanto permite la protección de la vivienda de una persona y posibilita mejores protecciones en las provincias, en tanto habilita que "la afectación se inscribe en el registro de la propiedad inmueble según las formas previstas en las reglas locales" (art.244). Ello, permitirá que no puedan ser declaradas inconstitucionales normas locales que mejoran la forma de protección de la vivienda, cambiando así la suerte de casos como el que resolvió en 2002 la CSJN en el fallo Banco de Suquia.

Sin embargo, el proyecto abandona la descripción que hacía el art. 34 de la ley 14394 en cuanto a que limitaba la protección a inmuebles cuyo valor no exceda las necesidades de sustento y vivienda de su familia. Ello quiere decir que el texto propuesto permitirá la protección de viviendas suntuarias a elección del propietario, lo que significa una malversación de los objetivos buscados por el art. 14 bis de nuestra Constitución Nacional.

Por otro lado, el régimen de afectación propuesto, en tanto exige la inscripción, no protege suficientemente la vivienda única familiar. El derecho a la vivienda es universal e imponer requisitos para su ejercicio significa anular este carácter. En este sentido, el acreedor de una posible deuda es el que debe tener la carga de asegurarse que el potencial deudor posee más de un inmueble, además del destinado a la vivienda, para garantizar el pago de la deuda. Entonces proponemos establecer la inscripción automática para la vivienda única de modo de mejorar el estándar de protección y equilibrar en este piso mínimo a todo el país.

2.3 LIBRO CUARTO: DERECHOS REALES

En este capítulo el proyecto contempla solamente formas jurídicas que permiten regularizar las actuales formas de vivir (barrios privado) y morir (Cementerios privados) de los sectores altos y medio-altos de nuestra población, a través de la figura de conjuntos inmobiliarios. Sin embargo no hay nuevos instrumentos que permitan la regularización de las formas de vivir (villas y asentamientos urbanos) y producir (tierras rurales para los campesinos) de los sectores más pobres y vulnerables, mas allá de la tradicional usucapión (prescripción adquisitiva de 20 años).

Por ello proponemos incluir nuevos instrumentos de adquisición del dominio y modificar algunos atributos de los derechos reales, de tal manera de ofrecer alternativas de regularización para las formas de habitar popular y no impedir la utilización de instrumentos de gestión de suelos desde los municipios.

TÍTULO I. Disposiciones generales. CAPÍTULO 1. Principios comunes

1. Aplicación del principio de función social de la propiedad específico a los derechos reales

Para concretizar el principio de la función social de la propiedad ya mencionado, incluyendo la dimensión ambiental y cultural, es necesario incluir un artículo específico en el campo de los derechos reales, en el que se describa su contenido. Esta prescripción servirá como pauta de interpretación en conflictos en los cuales se enfrenta un derecho real con derechos vinculados al interés público, que suelen ser claves para la implementación de políticas de redistribución de la riqueza, incentivos para el uso social de la propiedad o gravámenes contra los usos antisociales de la propiedad, protección del medio ambiente humanos, del patrimonio histórico y diversidad cultural, que pueden implicar limitarlos.

2. La inscripción registral y la adquisición de los derechos reales

Según el régimen actual la inscripción registral tiene carácter declarativo y no constitutivo (art. 2505). De esta manera, continúa siendo indispensable la tradición para constituir un derecho real. Sin embargo en los fundamentos del proyecto se indica la intención primigenia de modificar el sistema, sobre el criterio de sustituir la tradición posesoria por la inscripción registral. Se advierte que posteriormente, a pedido de escribanos y registradores, quienes explicaron la falta de preparación de los registros para tal modificación, el Anteproyecto decidió mantener el sistema vigente en el cual la inscripción constitutiva solamente se incluye como excepción para la adquisición, transmisión de ciertos objetos (por ejemplo, automotores), más no para todas las cosas cuyo dominio es registrable, especialmente los inmuebles, para los cuales mantiene la tradición posesoria como modo suficiente.

No obstante ello, la redacción del artículo 1892 que regula este punto es confusa y puede llevar a interpretaciones que resulten en situaciones contradictorias, en las cuales la jurisprudencia podría considerar que la inscripción constitutiva también rige para los inmuebles. Ello tendría muy

negativas consecuencias para comunidades rurales que desde hace décadas viven en lugares del territorio sin tener escrituras inscriptas pero sí la posesión. En aquellos casos, algunas tendencias jurisprudenciales podrían privilegiar operaciones de compraventa debidamente inscriptas en las que nunca hubo posesión.

Las históricas dificultades de los sectores más pobres de nuestro país para acceder a títulos de propiedad y el aprovechamiento de esta situación por las personas más influyentes y poderosas que han utilizado el sistema notarial y registral para hacerse de tierras en las cuales nunca estuvieron, ha sido una causa de las dificultades de acceso a la seguridad de la tenencia de la tierra en el campo y en la ciudad, al desconocerse la realidad de la ocupación. En casi todas las provincias del NOA, NEA y en algunas del centro del país se presentan estos problemas que arrastran conflictos de tierras desde el siglo XIX.

Así, si bien el proyecto en su art. 1892, reconoce a la tradición como modo suficiente para constituir el derecho real, le da también esa capacidad a la inscripción registral “en los casos legalmente previstos”. La referencia a los casos legalmente previstos podría referirse a las leyes especiales que reconocen a la inscripción la capacidad de constituir derechos reales, como es el caso de los automotores, sin embargo, la redacción resulta confusa y ambigua, con lo cual podría interpretarse que dicha disposición también se aplique a los inmuebles.

Las consecuencias negativas de dar a la inscripción la posibilidad de ser el modo suficiente, permitirá seguir contribuyendo a un sistema de especulación inmobiliaria, en el cual, simplemente registrando las tierras, sin importar si se encuentran ocupadas o no, quedaría constituido y perfeccionado el dominio. Entendemos que el lugar de la inscripción registral debe continuar siendo, el de la publicidad y la oponibilidad del derecho real.

3. Usucapión

Las formas de prescripción adquisitiva previstas en el proyecto de Código Civil no contemplan la diferencia entre la posesión para fines de habitación y trabajo de la posesión general, por ejemplo con fines especulativos, en relación a los requisitos y plazos para la obtención del dominio por medio de la prescripción adquisitiva. Los plazos previstos (diez y veinte años) son incompatibles con la dinámica de la sociedad moderna y con el crecimiento acelerado de la informalidad urbana y rural, representan un sacrificio muy alto para los más pobres en la seguridad de la tenencia y la exposición al peligro de desalojo.

Por otra parte la usucapión tal cual esta hoy legislada no contempla las dificultades de probar por e invocar la prescripción adquisitiva cuando no está hecha la subdivisión del terreno. El proyecto no modifica la ley 14159 (Ley de prescripción de inmuebles) que continuaría vigente y no admite en estos juicios la prueba exclusivamente de testigos y da especial consideración al pago de impuestos. De no contemplar este aspecto regulado fuera del proyecto, se restaría operatividad a los instrumentos jurídicos para regularizar los asentamientos informales y villas de emergencia a

nivel nacional. Se debe tener en cuenta que las compraventas son realizada en la mayoría de los casos casi exclusivamente de forma verbal, situación que solo puede acreditarse a través de testigos. Por otra parte la especial consideración al pago de impuestos, conlleva una carga económica extra a los costos que ya tiene el trámite del juicio para estos grupos vulnerables.

TÍTULO II. Posesión y tenencia. CAPÍTULO 1. Disposiciones generales

4. Regulación de la buena fe en la posesión

La regulación de la posesión es un elemento fundamental para los procesos de regularización de barrios informales. Una regulación muy restrictiva de los requisitos impide en los hechos la utilización de instrumentos de regularización de actuales ocupantes. Es prueba de ello la poca utilización de este instrumento para garantizar la seguridad de la tenencia de los sectores populares en nuestro país. En este sentido el requisito de la buena fe resulta ser un calificativo aplicable a la persona y su comportamiento, es decir es una cualidad de la conducta, exigible en todo actuar jurídico, y más aún en toda actividad del sujeto frente a los demás, y por ello resulta ser un principio de derecho. Desde esta perspectiva la buena fe es la creencia de haber adquirido legítimamente la posesión. La caracterización que incluye en este principio el error de hecho esencial y excusable, no reúne a todas las situaciones en las cuales se tiene dicha creencia. Entonces se propone que se deje reservada la mala fe, sólo para los casos que se aplican para la posesión viciosa, y que los demás casos sean de buena fe.

TÍTULO III. Dominio. CAPÍTULO 1. Disposiciones generales

5. Favorecer la recuperación estatal de bienes inmuebles abandonados

Una cuestión clave para la constitución de bancos de tierras pública y facilitar la gestión de una política de tierras a nivel local es la posibilidad de fortalecer la recuperación de inmuebles abandonados. Ello es fundamental para combatir la especulación y tiene un efecto multiplicador, pues además de agrandar la reserva de inmuebles del Estado para fines de política habitacional, incentiva a los propietarios a darle un uso a sus bienes, es decir a cumplir su función social.

Como política complementaria a la usucapión se propone la institución de presunción de abandono de inmuebles que presentaremos mas adelante en la propuesta 13. A diferencia de la prescripción el foco de este instrumento no es probar la posesión durante un tiempo del poseedor, sino probar que el propietario no ejerció su posesión durante un tiempo, para justificar la transferencia del dominio a favor del Estado. Uno de los obstáculos para esta institución es el carácter perpetuo del dominio, propio de una concepción absolutista del derecho a la propiedad, que no se compadece con la concepción social de este derecho que consagra el nuevo régimen constitucional con la incorporación de los tratados de derechos humanos.

TÍTULO III. Dominio. CAPÍTULO 4. Límites al dominio

6. Definición de interés público vinculada a derechos humanos.

El proyecto mantiene la regulación de los límites al dominio en el interés público que permiten al Estado, a través del derecho administrativo, imponer restricciones. Si bien es positiva la delegación a las reglamentaciones locales, el proyecto omite prescribir un criterio mínimo fundado en derechos humanos que oriente esta actividad de injerencia estatal en las relaciones privadas. Uno de esos objetivos es sin duda garantizar el derecho a la vivienda de todos los habitantes y el derecho a un ambiente y hábitat adecuado. Se han dado casos en que Jueces no han considerado de utilidad pública la expropiación de inmuebles con el objeto de destinarlos a la construcción de vivienda social. Garantizar los derechos humanos de cada habitante es el principal fin de la conformación del Estado y de la Constitución Nacional. Formulamos esta propuesta para reforzar este objetivo estructural del ordenamiento jurídico argentino y evitar interpretaciones equívocas.

TÍTULO XIV. Acciones posesorias y acciones reales. CAPÍTULO 1. Defensas de la posesión y la tenencia

7. Prevenir la justicia por mano propia en los conflictos por tierras urbanas y rurales

Resulta alarmante que el Art. 2240 del proyecto continúe como el Código vigente permitiendo la defensa extrajudicial para mantener y recuperar la posesión, habilitando vías de hecho sin la intervención del poder judicial, aún cuando este recurso es autorizado como excepción. Esta institución tal vez podría haberse justificado, -con fuertes reservas- en períodos de conformación constitucional del Estado en donde no estaban constituidos los organismos de seguridad pública regular, pero carecen de todo fundamento en el período actual en donde el Estado tiene el monopolio de la fuerza y las fuerzas de seguridad cubren la totalidad del territorio. Por otra parte, en nuestro país hemos tenido casos graves de asesinatos en el ámbito rural de líderes campesinos perpetrados por cuerpos de seguridad privada al servicio de terratenientes. Por esa razón resultaría un retroceso legal brindar una causa de justificación a ese tipo de actos, sin perjuicio de las defensas en el ámbito penal que puedan oponerse.

Conclusiones

Dado que por cuestiones de tiempo de exposición solo hemos detallado algunos de los puntos trabajados por el Espacio Habitar Argentina. Para facilitar la lectura de estas propuestas y comentarios estamos haciendo llegar en papel a cada uno de los legisladores la propuesta completa.

Finalizando, agradecemos la posibilidad de manifestar nuestras visiones sobre esta reforma, las cuales esperamos sean tenidas en cuenta. Muchas gracias,