

INCIDENCIA DEL CONTRATO Y LA CONVENCION EN LOS DERECHOS REALES

Incidence of the contract and the convention in real rights

Dr. Luis F. P. Leiva Fernández

Profesor Titular Consulto de Derecho Civil
Universidad de Buenos Aires (Argentina)
luis@leivafernandez.com.ar

Resumen

En este ensayo se demuestra que existe una conexión entre los contratos y los derechos reales más amplia que solo proporcionar el título de derecho real, que junto con el modo, es necesario para su existencia dentro de un tipo legal pre-establecido. Y esto se aplica incluso a algunos derechos reales con fuente es la ley, no el contrato. En la mayoría de los derechos reales se autoriza a modificar su alcance mediante un contrato o una mera convención, que aun siendo un acto jurídico bilateral, no configura un contrato.

Palabras claves: derecho real; título; modo; convención; contrato; condominio; propiedad horizontal; tiempo compartido; cementerio privado; derecho real de superficie; usufructo; derecho real de servidumbre; derecho real de garantía; hipoteca; prenda; anticresis.

Abstract

In this essay it is shown that there is a connection between contracts and real rights that is broader than just providing the real right title, which together with the mode, is necessary for its existence within a pre-established legal type. And this applies even to some real rights whose source is the law, not the contract. In most real rights, it is authorized to modify its scope by means of a contract or a mere convention, which, even though it is a bilateral legal act, does not configure a contract.

Keywords: real right; qualification; mode; convention; contract; condominium; horizontal property; shared time; private cemetery; real right of surface; usufruct; right of easement; real right of guarantee; mortgage; garment; antichresis.

Sumario

1. Alcance de estas líneas. 2. La convención jurídica. 3. La autonomía de la voluntad en el ámbito de los derechos reales. El título y el modo. 4. La autonomía de la voluntad y la regulación supletoria de los derechos reales. 5. En el derecho real de condominio. 6. En la propiedad horizontal, y conjuntos inmobiliarios, tiempo compartido y cementerios privados. 7. En el derecho real de superficie. 8. En el derecho real de usufructo. 9. En el derecho real de servidumbre. 10. En los derechos reales de garantía, hipoteca prenda y anticresis. 11. Sistemas imbricados. **Referencias bibliográficas.**

1. ALCANCE DE ESTAS LÍNEAS

El Código argentino que obtuvo vigencia en 1870 tuvo el gran mérito de organizarse sobre la base de la clasificación de derechos reales y personales, metodología que conserva el Código civil y comercial de la Nación, vigente desde 2015.

Pero ambas categorías se retroalimentan y cooperan imbricadas. Los contratos no solo inciden en los derechos reales para crear el título que les da origen.

A demostrar eso se dedican estas líneas.

2. LA CONVENCION JURIDICA

El concepto de contrato al que adhiero se restringe a los supuestos en los que existe colisión de intereses contrapuestos.¹

De allí, entonces, que innumerables convenciones no lleguen a ser contrato. Sin embargo, todo ámbito en el que lo estipulado por dos o más sujetos de derecho atribuye consecuencias jurídicas a las relaciones entre ambos, es propio de la autonomía de la voluntad.

En el Código civil de Vélez Sársfield, derogado en 2015, y a guisa de ejemplo, puede mencionarse el precepto del artículo 2654, por el que se requería la conformidad del restante comunero, en el condominio de muros, cercos y fosos, para abrir ventanas en la pared medianera. Este supuesto hoy ha sido suprimido, pues el artículo 2011 del Código civil y comercial, sin exigir conformidad alguna, solo requiere que no se afecte la solidez del muro.

¹ LEIVA FERNÁNDEZ, LUIS F.P., *Tratado de los Contratos*, t. I, §13.

También puede referirse –y este es un ejemplo clásico– la norma del artículo 1993 del Código civil y comercial de la Nación, que autoriza a los condóminos a disponer sobre el destino que se dará a la cosa objeto del condominio, a efectos de su administración. Adviértase que el Código bien podría haber establecido que inexorablemente, *v.gr.*, la cosa se deba dar en locación. No hacerlo importa que la legislación ha reconocido un ámbito a la autonomía de la voluntad. Rige al respecto lo que los comuneros acuerden, bien que dicho acuerdo sólo es una convención, no un contrato desde que falta entre ambos sujetos los intereses contrapuestos que caracterizan al contrato.

3. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL ÁMBITO DE LOS DERECHOS REALES. EL TÍTULO Y EL MODO

“Los derechos personales están gobernados por el principio de la autonomía de la voluntad, con el único límite de no afectar el orden público, la moral y las buenas costumbres (arts. 12y 958, Código Civil Comercial). Inversamente, en la regulación de los derechos reales impera la idea de orden público, con una mínima participación de la autonomía de la voluntad (art. 1884 Código Civil y Comercial)”²

Las categorías o tipos de derechos reales enumerados en el artículo 1887 del Código civil y comercial sólo pueden crearse por la ley, conforme lo dispone el artículo 1884 del mismo cuerpo legal. Es un sistema de *numerus clausus*, tal como lo fue el de Vélez Sársfield.

Así las cosas, pareciera que el ámbito de autonomía de la voluntad se encuentra hartamente restringido en el Libro Cuarto del Código civil y comercial, pues los sujetos de derecho no pueden insertar en el campo jurídico ningún derecho real atípico.

Pero hay más. No sólo el tipo de derecho real no puede ser creado por los sujetos de derecho, sino que algunos tipos de los ya creados no pueden originarse en la mera voluntad de las partes, sino que nacen con prescindencia de tal voluntad y –en algún supuesto– contra dicha voluntad.³

Es que en Derecho argentino –heredero del romano– los derechos reales se constituyen con título y modo.

² ALTERINI, Jorge H., Ignacio E. ALTERINI y María Eugenia ALTERINI, con la colaboración de Francisco J. ALTERINI, *Tratado de los derechos reales*, t. I, §43, p. 52.

³ A mi entender, este último es el caso del condominio por confusión de límites.

El título, las más de las veces, es un contrato. Así el contrato de prenda puede dar lugar a la constitución del derecho real de prenda, el contrato de hipoteca puede dar lugar al derecho real de hipoteca, el de compraventa o el de donación al de dominio, y así sucesivamente.

Pero aunque casi todos los derechos reales admiten como título al contrato, algunos de ellos sólo pueden tener por título a la ley, v.g., el derecho real de habitación del cónyuge supérstite (artículo 2383 del Código civil y comercial de la Nación⁴ o el derecho real de habitación del conviviente supérstite (artículo 527),⁵ o el condominio de muros, cercos y fosos en los casos de cerramiento forzoso (artículos 2008 y 2009).⁶ Tal es lo dispuesto en el artículo 1884.⁷

De modo que, por un lado, se excluye a la autonomía de la voluntad como fuente de derecho, al establecer tipos de creación legal, y al disponer que alguno de ellos sólo encuentra su título en la ley, pero por otro se aumenta la incidencia jurígena de la voluntad en cuanto el nacimiento de cada derecho

⁴ “Art. 2383.- Derecho real de habitación del cónyuge supérstite. El cónyuge supérstite tiene derecho real de habitación vitalicio y gratuito de pleno derecho sobre el inmueble de propiedad del causante, que constituyó el último hogar conyugal, y que a la apertura de la sucesión no se encuentra en condominio con otras personas. Este derecho es inoponible a los acreedores del causante”.

⁵ “Art. 527.- Atribución de la vivienda en caso de muerte de uno de los convivientes. El conviviente supérstite que carece de vivienda propia habitable o de bienes suficientes que aseguren el acceso a ésta, puede invocar el derecho real de habitación gratuito por un plazo máximo de dos años sobre el inmueble de propiedad del causante que constituyó el último hogar familiar y que a la apertura de la sucesión no se encuentra en condominio con otras personas. Este derecho es inoponible a los acreedores del causante.
“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 ésta”.

⁶ “Art. 2008.- Muro de cerramiento forzoso. El muro de cerramiento forzoso debe ser estable, aislante y de altura no menor a tres metros contados desde la intersección del límite con la superficie de los inmuebles. Esta medida es subsidiaria de las que disponen las reglamentaciones locales”.
“Art. 2009.- Adquisición de la medianería. El muro construido conforme a lo dispuesto en el artículo 2008 es medianero hasta la altura de tres metros.
“También es medianero el muro de elevación, si el titular colindante de un derecho real sobre cosa total o parcialmente propia, adquiere la copropiedad por contrato con quien lo construye, o por prescripción adquisitiva”.

⁷ “Art. 1894.- Adquisición legal. Se adquieren por mero efecto de la ley, los condominios con indivisión forzosa perdurable de accesorios indispensables al uso común de varios inmuebles y de muros, cercos y fosos cuando el cerramiento es forzoso, y el que se origina en la accesión de cosas muebles inseparables; la habitación del cónyuge y del conviviente supérstite, y los derechos de los adquirentes y subadquirentes de buena fe”.

real conforme al tipo legal, autoriza la celebración de un contrato en calidad de título de ese derecho real.⁸

Por su parte, *“se entiende por título suficiente el acto jurídico revestido de las formas establecidas por la ley, que tiene por finalidad transmitir o constituir el derecho real”*⁹

Pero de ninguna manera la autonomía de la voluntad en el campo de los derechos reales se reduce a lo expuesto precedentemente. Debe sumarse al temario el punto referente a la extinción de los derechos reales y sobre todo lo atinente a la reglamentación del poder de usar, gozar y disponer de poderes y facultades, que excede la regulación del artículo 1884 del Código civil y comercial de la Nación, cuya literalidad parece excluir toda incidencia de la autonomía de la voluntad.¹⁰

Es que *“la presencia del orden público es dominante en los derechos reales, pero no exclusiva.*

“Coexisten dos planos normativos que es menester distinguir.

*“Por un lado las ‘normas estatutarias’, que son exclusivamente de orden público, precisan cuáles son los derechos reales y cómo son. El referente inicial de esas cuestiones es el básico artículo 1884 ya transcripto. Por otro lado, las ‘normas reglamentarias’, que pueden ser dejadas de lado por una manifestación de voluntad en contrario expresada en el título constitutivo del derecho real respectivo; por tanto, no son de orden público”*¹¹

Y ambas categorías, lejos de excluirse, concurren.

⁸ LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., *“La autonomía de la voluntad oculta en el Código Civil (En los derechos reales)”*, LA LEY 1996-E, p. 882; AR/DOC/15847/200.

⁹ Del artículo 1892 del Código civil y comercial de la nación.

¹⁰ *“Art. 1884.- Estructura. La regulación de los derechos reales en cuanto a sus elementos, contenido, adquisición, constitución, modificación, transmisión, duración y extinción es establecida sólo por la ley. Es nula la configuración de un derecho real no previsto en la ley, o la modificación de su estructura”*.

¹¹ ALTERINI, Jorge H., Ignacio E. ALTERINI y María Eugenia ALTERINI, con la colaboración de Francisco J. ALTERINI, *Tratado de los derechos reales*, t. I, cit., §82, p. 85 y ss.

4. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y LA REGULACIÓN SUPLETORIA DE LOS DERECHOS REALES

La regulación en el Código civil y comercial de la Nación, de casi todos los derechos reales, contiene previsiones de carácter subsidiario que dan cabida a la autonomía de la voluntad.

Así, en el derecho real de condominio, de propiedad horizontal, de superficie, en el usufructo, en las servidumbres reales, en la hipoteca y la anticresis. No así en el dominio pleno, toda vez que por su estructura es un derecho real que no admite la participación jurídica de otro sujeto más que un titular único.¹²

La autonomía que el Código civil reconoce a la voluntad en el ámbito de los derechos reales se manifiesta más como autorregulación que como autodecisión.

Corresponde señalar ahora en qué preceptos se advierte el reconocimiento de la voluntad como factor jurígeno en los derechos reales del Libro Cuarto del Código civil y comercial de la Nación en la República Argentina.

5. EN EL DERECHO REAL DE CONDOMINIO

Donde más se advierte la incidencia de la autonomía de la voluntad es en la regulación del condominio en los diversos casos en los que la indivisión es forzosa.

En orden a su constitución cabe destacar que el artículo 1997 del Código civil y comercial,¹³ si bien, por un lado, recorta las consecuencias de la voluntad de las partes en cuanto prohíbe a los condóminos renunciar de una manera indefinida a pedir la partición, por otro, en el artículo 2000 autoriza los acuerdos de suspensión de la división por un plazo que no exceda de diez años; y más importante aún, es que dicho pacto se puede renovar tantas veces como las partes lo juzguen conveniente.

¹² Y en este caso también resulta controvertible la incidencia de la autonomía de la voluntad como instrumento para extinguir el derecho real de dominio, ya que sólo serviría para cambiar de titular, puesto que el nuevo adquirente recibe el mismo derecho del *tradens*, y no uno derivado de este.

¹³ "Art. 1997.- Derecho a pedir la partición. Excepto que se haya convenido la indivisión, todo condómino puede, en cualquier tiempo, pedir la partición de la cosa. La acción es imprescriptible".

Respecto al ejercicio del derecho real de condominio, si no es posible el uso y goce en común de la cosa en condominio, las previsiones del artículo 1993 del Código civil y comercial autorizan recurrir a la autonomía de la voluntad instrumentada a través de una asamblea.¹⁴ Se trata, entonces, de atribuir eficacia a la voluntad de los comuneros al margen de contratación alguna.

El Código vigente, por su omisión, parece excluir la regla de otorgar prelación normativa a lo estipulado y al acto de disposición de última voluntad que pueda haber dado origen al condominio. Es cierto que tal estipulación en contrario, de existir, puede estar contenida en el “título” mismo del condominio, pero nada obsta a que no sea así, sino que resulte de una convención posterior de los ya condóminos.

También la autonomía de la voluntad se manifiesta en el artículo 1985 del Código Civil y Comercial¹⁵ (artículo 2713 del Código de Vélez), que deja en un último lugar de prelación normativa a efectos de determinar el destino de la cosa común, al que resulte de su naturaleza y al uso al cual haya sido afectada la cosa. Ambos parámetros ceden frente a lo convenido por los condóminos.

Por fin, respecto a la extinción del derecho real de condominio, sin entrar a considerar el acuerdo de partes que atribuye carácter de indivisión forzosa al condominio (artículo 2000 del Código civil y comercial de la Nación), la autonomía de la voluntad se manifiesta al concluir este derecho cuando el artículo 1996 del Código remite a las normas sobre partición en el derecho sucesorio, que autoriza la división convencional en el artículo 2369.

6. EN LA PROPIEDAD HORIZONTAL, Y CONJUNTOS INMOBILIARIOS, TIEMPO COMPARTIDO Y CEMENTERIOS PRIVADOS

Probablemente sea en estas figuras donde más incide la autonomía de la voluntad.

Aquí el título es un acto jurídico de margen generoso, pues “junto al régimen jurídico del nuevo derecho real de propiedad horizontal existe en el sistema

¹⁴ “Art. 1993.- Imposibilidad de uso y goce en común. Si no es posible el uso y goce en común por razones atinentes a la propia cosa o por la oposición de alguno de los condóminos, éstos reunidos en asamblea deben decidir sobre su administración”.

¹⁵ “Art. 1985.- Destino de la cosa. El destino de la cosa común se determina por la convención, por la naturaleza de la cosa o por el uso al cual estaba afectada de hecho”.

legal una serie de regulaciones de derecho corporativo atinentes a la representación del consorcio, al régimen de convocatorias y mayorías necesarias para tomar decisiones sobre diversos aspectos de la vida consorcial”.¹⁶

Más que en otros supuestos, en la propiedad horizontal, el título se conforma por disposiciones de incorporación imperativa, como el contenido que debe tener el reglamento (artículo 2056 del Código civil y comercial de la Nación) y otras añadidas por el o los constituyentes que lo modelan y particularizan en grado sumo. Basta advertir la transcendencia que le otorga el artículo 2037 del Código civil y comercial de la Nación al contenido convencional.¹⁷

No importa aquí si el reglamento es un estatuto normativo,¹⁸ un contrato¹⁹ o lo que se conocía en doctrina como cuasicontrato, figura que ha sido suprimida en la legislación argentina vigente.

ALTERINI sostiene a este respecto que “en la formación del reglamento existe una manifestación de voluntad, pero esa expresión dista del esquema clásico del contrato, pues normalmente es el titular del inmueble quien redacta el reglamento y sus disposiciones obligan a los nuevos adquirentes de las unidades.

“En verdad el reglamento es uno de los contratos normativos, o actos regla, o actos constitutivos de un derecho estatutario caracterizaciones que implican conceptos más ajustados a la singularidad de su verdadera esencia.

“El reglamento está ubicado en la misma zona del contrato, la de las decisiones lícitas. Pero el contrato es, por definición, un acto jurídico bilateral o plurilateral (art. 957, Código Civil y Comercial) y como regularmente todo conduce

¹⁶ LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., “Propiedad Horizontal”, en Héctor Lafaille y Jorge H. Alterini, *Derecho Civil. Tratado de los Derechos Reales*, t. V, §2221, p. 65.

¹⁷ “Art. 2037.- *Concepto. La propiedad horizontal es el derecho real que se ejerce sobre un inmueble propio que otorga a su titular facultades de uso, goce y disposición material y jurídica que se ejercen sobre partes privativas y sobre partes comunes de un edificio, de conformidad con lo que establece este Título y el respectivo reglamento de propiedad horizontal.* “*Las diversas partes del inmueble, así como las facultades que sobre ellas se tienen son interdependientes y conforman un todo no escindible*”.

¹⁸ LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., “Naturaleza jurídica del proyecto de reglamento de copropiedad en la ley de prehorizontalidad”, LA LEY 1984-B, p. 716; LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., “Propiedad Horizontal”, *cit.*, p. 122 y ss.; ALTERINI, Jorge H., Ignacio E. ALTERINI y María Eugenia ALTERINI, con la colaboración de Francisco J. ALTERINI, *Tratado de los derechos reales*, t. II, p. 311 y ss.

¹⁹ LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., “Naturaleza jurídica del proyecto...”, *cit.*, p. 716; LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., “Propiedad Horizontal”, *cit.*, p. 123 y ss.

a que lo redacte la sola persona del dueño, para hallar un concepto de base omnicompreensiva, hay que admitir que los adquirentes de unidades brindan su consentimiento *a posteriori* en una suerte de adhesión a lo redactado por el otorgante.

El reglamento, aunque de origen comúnmente unilateral, se convertirá en contrato plurilateral por adhesión.²⁰ Bien que como no relega su eficacia hasta entonces, hasta que llega a ese estado de plurilateralidad convencional, ostenta una naturaleza jurídica algo difusa.

En conclusión, el derecho real de propiedad horizontal y los que le resultan análogos –conjuntos inmobiliarios, tiempo compartido y cementerios privados– contienen en su título previsiones con sustento en la autonomía de la voluntad que modelan no sólo su creación, sino su ejercicio; sin perjuicio de que aun posteriormente vuelva a mudar su contenido y previsiones mediante la voluntad expresada de dos tercios de los copropietarios, porcentaje necesario para modificar el reglamento de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2057.

Finalmente, vuelve a incidir la voluntad de los copropietarios en la extinción del derecho de propiedad horizontal (artículo 2055);²¹ pero adviértase que a diferencia del dominio, aquí realmente se extingue el derecho, pues no sólo cambia el titular.

7. EN EL DERECHO REAL DE SUPERFICIE

Es definido en la doctrina como “derecho real de construir, plantar o forestar sobre inmueble ajeno y hacer propio lo incorporado, o de adquirir una construcción, plantación o forestación existente separada de la titularidad de su emplazamiento, dentro de los límites aplicables”.²²

²⁰ ALTERINI, Jorge H., Ignacio E. ALTERINI y María Eugenia ALTERINI, con la colaboración de Francisco J. ALTERINI, *Tratado...*, t. II, *cit.*, p. 312 y ss.

²¹ “Art. 2055.- Grave deterioro o destrucción del edificio. En caso de grave deterioro o destrucción del edificio, la asamblea por mayoría que represente más de la mitad del valor, puede resolver su demolición y la venta del terreno y de los materiales, la reparación o la reconstrucción. “Si resuelve la reconstrucción, la minoría no puede ser obligada a contribuir a ella, y puede liberarse por transmisión de sus derechos a terceros dispuestos a emprender la obra. Ante la ausencia de interesados, la mayoría puede adquirir la parte de los disconformes, según valuación judicial”.

²² ALTERINI, Jorge H., Ignacio E. ALTERINI y María Eugenia ALTERINI, con la colaboración de Francisco J. ALTERINI, *Tratado...*, t. II, *cit.*, §1599. Agregan: “Debe advertirse acerca de dos planos perfec-

Por su parte, el artículo 2114 estatuye la siguiente definición legal: *“Concepto. El derecho de superficie es un derecho real temporario, que se constituye sobre un inmueble ajeno, que otorga a su titular la facultad de uso, goce y disposición material y jurídica del derecho de plantar, forestar o construir, o sobre lo plantado, forestado o construido en el terreno, el vuelo o el subsuelo, según las modalidades de su ejercicio y plazo de duración establecidos en el título suficiente para su constitución y dentro de lo previsto en este Título y las leyes especiales”*.

La duración del derecho real puede ser acordada por las partes del contrato que sirve de título y puede ser renovada libremente teniendo como límites temporales, 70 años para las construcciones, y 50 para la superficie forestal y plantaciones (artículo 2117).

El título del derecho real puede ser oneroso o gratuito y el derecho ya constituido puede transmitirse tanto entre vivos como *mortis causae* (artículo 2119). También puede constituir garantías reales sobre el derecho de superficie; y el superficiario, salvo pacto en contrario, puede afectar la construcción al régimen de propiedad horizontal (artículo 2120).

Por regla, la destrucción de la cosa objeto de la superficie, no acarrea la extinción del derecho real, pero aun esto es salvo pacto en contrario (artículo 2122). Es decir, la extinción del derecho real de superficie puede verse afectada por la convención. Esto se advierte con nitidez cuando la ley admite como causa de extinción las que surgen del título contractual del derecho de superficie, que son el vencimiento del plazo, el cumplimiento de la condición resolutoria (artículo 2124).

La incidencia de la convención vuelve a manifestarse al autorizar que, *“Producida la extinción del derecho de superficie, el titular del derecho real sobre el suelo debe indemnizar al superficiario, excepto pacto en contrario. El monto de la indemnización es fijado por las partes en el acto constitutivo del derecho real de superficie, o en acuerdos posteriores”* (artículo 2126).

tamente diferenciados en el derecho de superficie; por un lado, el que atañe al ‘derecho de construir, plantar o forestar’ y, por otro, el relativo al ‘derecho sobre lo construido, plantado o forestado’, el que se designa como ‘propiedad superficiaria’. Y en el §1584: “Hasta la entrada en vigencia del Código Civil derogado, el derecho real de superficie fue admitido en nuestro país, pero fue explícitamente descartado para el futuro por el art. 2614 de ese Código, actitud de repulsa que subsistió hasta la sanción en 2001 de la ley 25.509, que lo autorizó únicamente en su manifestación agraria”.

Es que, en síntesis, además de las reglas sobre la limitación del uso y goce del derecho de usufructo, se aplican a la superficie lo que las partes hayan pactado al respecto en el acto constitutivo (cfr. artículo 2127).

8. EN EL DERECHO REAL DE USUFRUCTO

Cabe recordar que las reglas sobre usufructo se aplican en subsidio al derecho real de uso (artículo 2155); y al derecho real de habitación las correspondientes al derecho real de uso (artículo 2159).

El artículo 2137 prescribe que el usufructuario tiene la facultad de realizar inventario, es decir, que puede hacerlo o no hacerlo.

En el artículo 2139 del Código civil y comercial se dispone que el constituyente en el acto de constitución puede establecer *“la obligación previa al ingreso en el uso y goce, de otorgar garantía suficiente, por la conservación y restitución de los bienes, una vez extinguido el usufructo”*.

Solo en el usufructo de origen convencional entre adultos es facultativo el inventario, pues si la constitución es testamentaria, o aun siendo convencional hay menores, hacer inventario es de orden público.²³

Finalmente, en el caso del usufructo vitalicio, la muerte del usufructuario extingue el usufructo (artículos 2142 y 2152 del Código civil y comercial) y consolida el dominio en cabeza del nudo propietario.²⁴ Adviértase que no se trata de transmisión *mortis causae*, sino de extinción del derecho real.

²³ ALTERINI, Jorge H., Ignacio E. ALTERINI y María Eugenia ALTERINI, con la colaboración de Francisco J. ALTERINI, *Tratado...*, t. II, *cit.*, §1673, p. 635 y ss.

²⁴ La muerte como hecho humano no siempre es involuntaria. Sin detenerme sobre este punto –hecho o acto jurídico–, es claro que en este último concurre un supuesto de autonomía de la voluntad por cuanto el sujeto decide realizar producir un evento que, efectuado, desencadena una consecuencia jurídica prevista por la ley. Ese es el caso más simple de aplicación de la autonomía de la voluntad: producir un hecho al que el Derecho asigna una consecuencia. A modo de ejemplo va el caso de extinción del usufructo vitalicio (artículos 2142 y 2152 del Código civil y comercial) en el que la muerte del usufructuario extingue el derecho real de usufructo y consolida el dominio en cabeza del nudo propietario.

9. EN EL DERECHO REAL DE SERVIDUMBRE

Me refiero tanto al derecho real de servidumbre real como al derecho real de servidumbre personal (artículo 2165 del Código Civil y Comercial).²⁵

La regulación legal de este derecho real principia con un serio límite a la autonomía de la voluntad en el ámbito de la servidumbre real, al establecer que: *“La servidumbre real considerada activa y pasivamente es inherente al fundo dominante y al fundo sirviente, sigue con ellos a cualquier poder que pasen y no puede ser separada del fundo, ni formar el objeto de una convención, ni ser sometida a gravamen alguno”* (artículo 2165). Sin embargo, a continuación, se admite la posibilidad de sujetarla a cualquier modalidad, bien que debe entenderse tal facultad circunscripta a las servidumbres constituidas voluntariamente, sean reales o personales, positivas o negativas; de suerte que solo se excluye a las reales y forzosas (artículo 2166).²⁶ Y no me imagino cómo sujetarlo a una modalidad –condición, plazo y cargo– sino a través de un contrato o, al menos, una convención.

“Las servidumbres pueden sujetarse a condición o plazo suspensivos o resolutorios, y a cargos. Se aprecia una diferencia con los derechos de usufructo, uso y habitación, pues para ellos no rige la posibilidad de someter el derecho real a condición o plazo suspensivos (arts. 2136, 2155 y 2159, Código Civil y Comercial)”.²⁷

²⁵ *“Art. 2165.- Servidumbre real y personal. Servidumbre personal es la constituida en favor de persona determinada sin inherencia al inmueble dominante. Si se constituye a favor de una persona humana se presume vitalicia, si del título no resulta una duración menor.*

“Servidumbre real es la inherente al inmueble dominante. Se presume perpetua excepto pacto en contrario. La carga de la servidumbre real debe asegurar una ventaja real a la heredad dominante, y la situación de los predios debe permitir el ejercicio de ella sin ser indispensable que se toquen. La servidumbre real considerada activa y pasivamente es inherente al fundo dominante y al fundo sirviente, sigue con ellos a cualquier poder que pasen y no puede ser separada del fundo, ni formar el objeto de una convención, ni ser sometida a gravamen alguno. En caso de duda, la servidumbre se presume personal”.

²⁶ Del artículo 2166: *“... Son servidumbres forzosas y reales la servidumbre de tránsito a favor de un inmueble sin comunicación suficiente con la vía pública, la de acueducto cuando resulta necesaria para la explotación económica establecida en el inmueble dominante, o para la población, y la de recibir agua extraída o degradada artificialmente de la que no resulta perjuicio grave para el fundo sirviente o, de existir, es canalizada subterráneamente o en cañerías [...]”*.

²⁷ ALTERINI, Jorge H., Ignacio E. ALTERINI y María Eugenia ALTERINI, con la colaboración de Francisco J. ALTERINI, *Tratado...*, t. II, cit., §1789. Vid. también, COSSARI, Nelson G. (dir. del tomo X), “Comentarios al art. 2171”, en Jorge H. Alterini (dir. gral.), Ignacio Alterini (coord.), *Código Civil y Comercial Comentado*, t. X – *Tratado Exegético*, p. 421.

También concurre entre los derechos del titular sirviente la posibilidad –unilateral– de establecer las circunstancias de tiempo y lugar dentro de las que el titular dominante puede ejercer la servidumbre (artículo 2181).

La transmisión de las servidumbres es permitida, excepto para las personales (siempre convencionales), con la salvedad de que las reales solo pueden transferirse como accesorias del predio dominante, pero nunca separadas de este,²⁸ incluso si la enajenación es compulsiva (artículo 2178).

10. EN LOS DERECHOS REALES DE GARANTÍA, HIPOTECA PRENDA Y ANTICRESIS

Todo el derecho hipotecario se encuentra fuertemente influido por los pactos anejos al contrato de hipoteca.

La idea resulta común a todos los derechos reales de garantía, según lo dispone el artículo 2185 del Código civil y comercial,²⁹ que sólo permite la creación convencional y que –aunque se ha suprimido el artículo 3116 del Código civil histórico– claramente deja abierta la posibilidad de sujetar el derecho real a cualquier condición o plazo a modo de autorregulación del derecho.

El artículo 2191 del Código Civil y Comercial autoriza al acreedor hipotecario a elegir el inmueble a ejecutar cuando hay varios objetos de la garantía. Se trata de una decisión unilateral, tomada luego de constituido el derecho real y, por tanto, ajena a su título.

El mismo artículo admite convenir sobre la divisibilidad de la garantía respecto del crédito y de los bienes afectados.

La garantía puede abarcar los intereses, daños y costas anteriores a la constitución si así se acuerda en el título (artículo 2193).

Tanto en materia hipotecaria (artículo 2221) como en la prenda de cosas (artículo 2229, incisos a y b), las partes pueden acordar el modo de liquidación del asiento en caso de falta de pago.

²⁸ Vid. ALTERINI, Jorge H., Ignacio E. ALTERINI y María Eugenia ALTERINI, con la colaboración de Francisco J. ALTERINI, *Tratado...*, t. II, *cit.*, §1796.

²⁹ “Art. 2185.- Convencionalidad. Los derechos reales de garantía sólo pueden ser constituidos por contrato, celebrado por los legitimados y con las formas que la ley indica para cada tipo”.

También queda sujeto a lo acordado por las partes el destino que se asigne a la cosa dada en anticresis, afectando incluso la posterior utilidad de la cosa, ya cesada la garantía.

Pero es en el artículo 2223, referido a la prenda de cosas, y en su análogo, el artículo 19 de la ley nacional Registral 17.801,³⁰ donde mejor se advierte el campo normativo que el Código delega en la voluntad de las partes. En este artículo se prescribe que mediando acuerdo entre partes se puede reservar por el constituyente el derecho de constituir otra prenda ulterior de grado preferente, como excepción al principio de “rango de avance”.

11. SISTEMAS IMBRICADOS

Como espero que a esta altura resulte evidente, el alcance de estas líneas apunta a demostrar que la división entre derechos reales y personales –gran mérito científico de VÉLEZ SÁRSFIELD al trasladarlo al ámbito legislativo–, sobre cuya estructura también se elaboró el Código civil y comercial de la Nación, no es tan marcada como suele creerse, y que las normas de orden público que conforman el plexo normativo de los derechos reales ceden aspectos trascendentes en la constitución, ejercicio y extinción de los tipos reales en beneficio de la autonomía de la voluntad, generalmente expresada a través de contratos y convenciones.

Se ha dicho que “no obstante las muchas vías distintas que **regularmente** transitan los derechos reales y personales, en **ocasiones el devenir** jurídico los encuentra íntimamente conectados [...] La interactuación de los derechos reales y personales se observa, igualmente, frente a la violación del deber de respeto

³⁰ Art. 19.- “La prioridad entre dos o más inscripciones o anotaciones relativas al mismo inmueble se establecerá por la fecha y el número de presentación asignado a los documentos en el ordenamiento a que se refiere el artículo 40. Con respecto a los documentos que provengan de actos otorgados en forma simultánea, la prioridad deberá resultar de los mismos. No obstante las partes podrán, mediante declaración de su voluntad formulada con precisión y claridad, substraerse a los efectos del principio que antecede estableciendo otro orden de prelación para sus derechos, compartiendo la prioridad o autorizando que ésta sea compartida”. *Vid.* ALTERINI, Jorge H., Ignacio E. ALTERINI y María Eugenia ALTERINI, con la colaboración de Francisco J. ALTERINI, *Tratado...*, t. II, *cit.*, §1950, p. 907. Cabe recordar que en el Código derogado prescribía una regla semejante el artículo 3135 para las hipotecas.

que pesa sobre todos los integrantes de la comunidad con relación a la titularidad del derecho real”.³¹

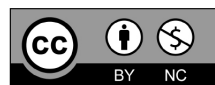
Constituyen en síntesis sistemas imbricados.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALTERINI, Jorge H., Ignacio E. ALTERINI y María Eugenia ALTERINI, con la colaboración de Francisco J Alterini, *Tratado de los derechos reales*, t. I, La Ley, Buenos Aires, 2018.
- ALTERINI, Jorge H., Ignacio E. ALTERINI y María Eugenia ALTERINI, con la colaboración de Francisco J. ALTERINI, *Tratado de los derechos reales*, t. II, La Ley, Buenos Aires, 2018.
- COSSARI, Nelson G. (dir. del tomo X), “Comentarios al art. 2171”, en Jorge H. Alterini (dir. gral.), Ignacio Alterini (coord.), *Código Civil y Comercial Comentado*, 2ª ed., t. X – Tratado Exegético, La Ley, Buenos Aires, 2016.
- LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., “Naturaleza jurídica del proyecto de reglamento de copropiedad en la ley de prehorizontalidad”, LA LEY1984-B.
- LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., “La autonomía de la voluntad oculta en el Código Civil (En los derechos reales)”, LA LEY1996-E; AR/DOC/15847/200.
- LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., “Propiedad Horizontal”, en Héctor Lafaille y Jorge H. Alterini, *Derecho Civil. Tratado de los Derechos Reales*, t. V, 2ª ed., La Ley – Ediar, Buenos Aires, 2010.
- LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F.P., *Tratado de los Contratos*, t. I, La Ley, Buenos Aires, 2017.

Recibido: 8/1/2023
Aprobado: 27/4/2023

Este trabajo se publica bajo una Licencia Creative
Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International
(CC BY-NC 4.0)



³¹ ALTERINI, Jorge H., Ignacio E. ALTERINI y María Eugenia ALTERINI, con la colaboración de Francisco J. ALTERINI, *Tratado...*, t. I, *cit.*, §61, pp. 62 y 63.