

Numerus clausus en materia de derechos reales. Alcances y efectos en los contratos

Numerus clausus in the matter of property rights on things. Scope and effects on contracts

Agustín E. Blanco*

Resumen

En Argentina rige el sistema de numerus clausus (o de número cerrado) en materia de derechos reales, el cual determina que la creación y estructura de aquellos sólo pueden ser establecidos por la ley, diferenciándonos de otros países, como España, donde impera el sistema de número abierto, en virtud del cual las partes pueden crear nuevos derechos reales o modificar los existentes. Sin embargo, el actual art. 1884 del código civil y comercial de la nación no precisa los efectos que cabe asignarle a un contrato o cláusula violatoria del numerus clausus, como si lo hacía el art. 2502 del código de Vélez Sarsfield. En razón de ello, en el presente artículo analizaremos los posibles efectos de esa violación, de acuerdo a los fundamentos del anteproyecto de código civil y comercial de la nación, así como las reglas de interpretación y la facultad de calificación de los contratos.

Palabras clave: orden público, numerus clausus, derechos reales, estructura, contratos.

Abstract

In Argentina rules the numerus clausus system (or closed number) in the matter of property rights on things, which determines that the creation and structure of those can only be established by law, differentiating us from other countries, such as Spain, where rules the system of open number, by virtue of which the people can create new property rights on things or modify existing ones. However, the current art. 1884 of the civil and commercial code of the nation does not specify the effects that can be assigned to a contract or clause violating the numerus clausus, as if it did article 2502 of the Vélez Sarsfield code. Because of this, in this article we will analyze the possible effects of this violation, according to the draft fundamentals of the civil and commercial code of the nation, as well as the rules of interpretation and the ability to qualify contracts.

Key words: public order, numerus clausus, property rights, structure, contracts.

* Agustín Emmanuel Blanco. Abogado. Profesor Adjunto de Derechos Reales en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de la Cuenca del Plata (UCP). Jefe de Trabajos Prácticos en la Cátedra B de Derechos Reales de la Facultad de Derecho, Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Nacional del Nordeste (UNNE). Correo electrónico: agustineblanco@hotmail.com.

Numerus clausus en materia de derechos reales. Alcances y efectos en los contratos

Agustín E. Blanco

1. Introducción

La regulación de los derechos reales en Argentina se encuentra fuertemente impregnada por el orden público, ya que rige el sistema de numerus clausus, conforme al cual la creación de aquellos se encuentra reservada sólo a la ley, así como la configuración de su estructura.

Sin embargo, el código civil y comercial de la nación no determina los efectos de la violación del numerus clausus, como si lo hacía el art. 2502 del código de Vélez Sarsfield, limitándose a decir en su art. 1884, que *“es nula la configuración de un derecho real no previsto en la ley, o la modificación de su estructura”*.

Es por ello que en este trabajo nos proponemos dilucidar los alcances del numerus clausus en materia de derechos reales y los correspondientes efectos de su violación.

2. El orden público en el derecho argentino

Existe coincidencia entre los autores que se han ocupado de la temática del “orden público”, en que su concepto se resiste a una definición precisa y que constituye algo casi inasible (Trigo Represas, F. A., 2015). A pesar de ello, y sin ánimo de teorizar ni polemizar al respecto, podemos coincidir con la concepción tradicional de orden público, según la cual *“resulta de un conjunto de principios de orden superior, políticos, económicos, morales y algunas veces religiosos, a los cuales una sociedad considera estrechamente vinculada la existencia y conservación de la organización social establecida”* (Pizarro, R. D y Ossola, F. A., 2015, 1).

En nuestro país, el orden público se encuentra presente ante todo en el derecho público, penal, administrativo, fiscal, partiendo desde nuestra constitución nacional. En cambio, en el derecho privado las normas de orden público son, en principio, de excepción, ya que la regla consiste en la autonomía de la voluntad, promoviendo en la persona la iniciativa y la posibilidad de ordenar sus relaciones patrimoniales de forma libre y de acuerdo a su conveniencia.

No obstante ello, también en el derecho privado son numerosas las normas de orden público, como ser las que reglamentan las instituciones fundamentales del mismo, por ejemplo, lo relativo al estado y la capacidad de las personas, la organización de la familia e instituciones

conexas, es decir matrimonio, filiación, adopción, responsabilidad parental, lo referente al régimen de los derechos reales en general y el sistema inmobiliario en particular, lo atinente a la obtención o mantenimiento de condiciones de contratación que se reputen indispensables para que el contrato mismo funcione adecuadamente como instrumento de justicia, el régimen sucesorio, entre otros.

En cuanto a las clases de orden público, siguiendo a Lorenzetti (2014) podemos distinguir:

El orden público como garantía procedimental al consentimiento pleno: consiste en una serie de dispositivos destinados a garantizar que efectivamente se exprese la voluntad real de los sujetos. Dentro del Código Civil y Comercial de la Nación (de ahora en más CCCN), encontramos varios ejemplos: protección del emisor de la declaración de voluntad mediante la regulación del error (art. 265), el dolo (art. 271), la violencia (art. 276), y la lesión (art. 332). También al receptor mediante el principio de confianza (art. 1067) o buena fe-lealtad (arts. 9, 961, 1061).

Como protección de la parte débil: las partes pueden haber emitido correctamente su declaración pero hay una vulnerabilidad económica o cognoscitiva que lleva a proteger a la parte débil. Un claro ejemplo de ello son las normas de tutela del consumidor (arts. 1092 CCCN y concs.).

El orden público de coordinación: es un conjunto de normas imperativas que controla la licitud en el ejercicio de los derechos, principalmente su adecuación a los valores esenciales del ordenamiento jurídico. Por ejemplo, deben respetarse siempre los derechos resultantes de un contrato (art. 965 CCCN).

De dirección: se trata de un “orden público económico” obligatorio, principalmente referido a cuestiones atinentes al comercio exterior, derecho de la competencia, cambiario, impositivo, etc.

Asimismo, en el CCCN, el orden público es regulado en forma general, en su art. 12, implicando un límite al ejercicio de los derechos individuales fundado en razones generales, a través de la sencilla fórmula: “*Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público*”.

Del citado artículo puede observarse el principal efecto de una norma de orden público, consistente en la indisponibilidad por parte de los particulares. Sin embargo, no debe confundirse las normas imperativas (que son el género) de las de orden público (una especie);

las primeras receptan las decisiones de política legislativa para la organización social y pueden o no ser de orden público, en cambio, éstas responden siempre a intereses superiores (Compagnucci de Caso, Rubén H., 1993).

3. El orden público en los derechos reales. El sistema de *numerus clausus*

En el caso de los derechos reales, el orden público tiene mayor incidencia que con respecto a los derechos personales, ya que estos están creados principalmente para la satisfacción de intereses particulares y sólo tangencialmente involucran a la sociedad; en cambio, los derechos reales tienen mayor gravitación política, pues atañen a intereses no sólo individuales, sino también en relación al desarrollo económico y social, la distribución de la riqueza y la satisfacción de necesidades primarias y secundarias, lo que genera que el Estado tenga mayor recelo en su tratamiento, custodiando su regulación de cerca (Peralta Mariscal, Leopoldo L., 2015), lo que supone un orden público de coordinación y dirección.

Es así que en la legislación argentina siempre ha regido el sistema de *numerus clausus* en materia de derechos reales, tanto en el código de Vélez como en el actual CCCN, consagrado en las normas que se transcriben a continuación:

Art. 2502 del código de Vélez: *Los derechos reales sólo pueden ser creados por la ley. 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 pudiere valer.*

Art. 1884 CCCN: *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.*

Como puede observarse, en ambas normas se recepta el sistema de *numerus clausus*, en virtud del cual la creación de los derechos reales está reservada sólo a la ley¹, por lo que los particulares no pueden crear otros distintos a los establecidos en ella, ni modificar por pactos privados su regulación, porque las normas relativas a los derechos reales no son meramente

¹ Debe recordarse que al hablar de “ley” no hacemos referencia sólo al código civil y comercial, sino a cualquier ley que cree o modifique derechos reales. A su vez, estamos hablando de leyes dictadas por el Congreso Nacional, en virtud de las facultades delegadas por las provincias. Cualquier ley provincial que cree o altere los derechos reales creados por el legislador nacional será inconstitucional. Esta situación solía darse con relación a los clubes de campo o barrios cerrados, previo a la entrada en vigencia del CCCN que regula los conjuntos inmobiliarios como derecho real de propiedad horizontal especial.

supletorias de la voluntad de las partes, como en general acontece en lo atinente a los derechos personales, sino que se les imponen, en tanto y en cuanto ellas mismas no dispongan lo contrario (Mariani de Vidal, M., 2009).

Esto nos diferencia de países como España, donde rige el sistema de *numerus apertus*, conforme al cual se permite el libre desempeño de la autonomía de la voluntad, ya sea para crear nuevas estructuras complejas de derechos reales, modificar el contenido de las previstas legislativamente o efectuar combinaciones entre unas y otras.

Al decir que los derechos reales sólo pueden ser creados por ley, la palabra “crear”² está empleada en sentido abstracto y genérico. La ley no establece o constituye derechos reales en un caso particular sino que crea el derecho real típico y lo regula en cuanto a su contenido, forma de constitución, facultades y deberes de sus titulares, transmisión y extinción (Musto, N. J., 2007). En otras palabras, la ley determina la tipicidad, número y reglamentación de los derechos reales, pero su causa fuente es un hecho o un acto jurídico: la apropiación de una cosa, la edificación, el contrato, el testamento, la prescripción adquisitiva, etc. (Gurfinkel de Wendy, Lilian N., 2016).

De esta manera, los particulares a la hora de constituir derechos reales deben tomar a la ley como un “catálogo” dentro del cual eligen el derecho real que más se ajuste a las necesidades u objetivos buscados.

Si bien el CCCN, en su art. 1887, enumera los derechos reales en él regulados, el mencionado cuerpo legal no excluye la posibilidad de creación por otras leyes especiales, pero siempre dictadas por el Congreso Nacional, ya que es materia de derecho de fondo, facultad delegada por las provincias al gobierno federal.

Resaltamos entonces que la voluntad de las partes se limita a dar a luz el derecho real elegido, mientras que su denominación, caracteres y reglamentación estarán predeterminados por la norma, sin que la convención pueda modificarlos, salvo en aquellos aspectos que la ley lo autorice (Mariani de Vidal, M., 2009).

4. Alcance de la autonomía de la voluntad en nuestro sistema de *numerus clausus*

Sentado en que consiste el *numerus clausus*, corresponde detenernos en su alcance.

² Tomamos la palabra “crear” de la redacción del art. 2502 del código de Vélez; ya que si bien el actual art. 1884 del CCCN no tiene igual redacción, la explicación a partir de la norma derogada es válida para entender la actual.

Es sencillo advertir que los particulares no podrían constituir derechos reales que no estén previstos en la ley (enfiteusis, censos, rentas, etc.). Ahora bien, cuando el CCCN, en su art. 1884, habla de la modificación de la “estructura” de un derecho real ¿a qué nos estamos refiriendo? De la redacción del art. mencionado se aprecia que “estructura” comprende los elementos, contenido, adquisición, constitución, modificación, transmisión, duración y extinción de los derechos reales.

De una lectura rápida parecería que todos los aspectos de los derechos reales están regulados por la ley, por lo que las partes contratantes no pueden decidir o modificar nada de lo establecido en ella, sin embargo esto no es así.

La normativa sobre derechos reales en nuestro país es “sustancialmente de orden público”, por lo que no todas sus disposiciones son imperativas para los particulares, ya que existen numerosos supuestos donde la ley actúa en forma supletoria³ o se permite a los otorgantes regular una situación concreta⁴, pero cabe aclarar que dichas circunstancias deben surgir siempre de la norma.

En otras palabras, la voluntad de las partes sólo puede actuar en aquellos casos que la ley expresamente lo autorice, de lo contrario deberá estarse a lo dispuesto por ella, en virtud del orden público imperante en la materia, a partir de lo establecido por el art. 1884 del CCCN, que consagra la adhesión de nuestro país al sistema de numerus clausus.

Conforme lo expuesto, si, por ejemplo, dos personas deciden celebrar un contrato constituyendo o transmitiendo algún derecho real y modifican alguno de los elementos que configuran la estructura del mismo, en razón de lo previsto por el art. 1884, se produciría una violación del numerus clausus.

³ Podemos citar los siguientes ejemplos del CCCN: el art. 1967 determina que la revocación del dominio de una cosa registrable tiene efecto retroactivo, excepto que lo contrario surja del título de adquisición o de la ley; el art. 1983 establece que las partes de los condóminos se presumen iguales, excepto que la ley o el título dispongan lo contrario; el art. 1995 regula que los frutos de la cosa común se deben dividir proporcionalmente al interés de los condóminos, si no hay estipulación en contrario; el art. 2120 dice que el superficiario puede afectar la construcción al régimen de propiedad horizontal, con separación del terreno perteneciente al propietario, excepto pacto en contrario; el art. 2122 prevé que la propiedad superficiaria no se extingue por destrucción, excepto pacto en contrario, si se planta, construye o foresta dentro de los plazos allí expresados; el art. 2126 dispone 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 art. 2132 determina que si existen varios usufructuarios y se extingue para uno de ellos, subsiste para los demás, pero sin derecho de acrecer, excepto si en el acto constitutivo se previó lo contrario, etc.

⁴ Podemos citar los siguientes ejemplos del CCCN: el art. 1986 permite que los condóminos celebren convenios de uso y goce alternado de la cosa común o que se ejercite de manera exclusiva y excluyente sobre determinadas partes materiales; el art. 2000 regula la posibilidad de que los condóminos convengan suspender la partición por un plazo que no exceda los diez años; el art. 2145 establece que el destino de los bienes del usufructo puede ser determinado por convención; etc.

5. Consecuencias de la violación del *numerus clausus*

Dilucidado el alcance de la autonomía de la voluntad en materia de derechos reales, corresponde analizar las consecuencias y/o efectos de la violación del *numerus clausus*. Para tal fin, veremos en primer lugar cómo funcionaba esta cuestión a la luz del código de Vélez, para finalmente arribar a la normativa actual.

El viejo art. 2502 disponía que *“Todo contrato o disposición de última voluntad que constituyese otros derechos reales, o modificase los que por este Código se reconocen, valdrá solo como constitución de derecho personal, si como tal pudiese valer”*. Con relación a esta norma, Gatti nos decía que cuando se hubiera pretendido dar nacimiento a un derecho real no permitido por la ley, podría quedar configurado un derecho con el mismo contenido del pretendido, pero de carácter personal y no real (Bueres, A. J. y Highton, E.I., 1997). Por ejemplo, la persona en cuya cabeza se haya querido constituir un derecho de enfiteusis⁵ sobre un inmueble, podría ser titular de un derecho de uso, goce y disposición sobre el mismo, de carácter personal y no real, que por consiguiente no podría ser perpetuo ni de larga duración, sino por un máximo de diez años y no constituiría una carga real para el inmueble, ni gozaría de las facultades de persecución y preferencia.

En cuanto a la *“modificación de los que por este Código se reconocen”*, la doctrina entendía que la solución era la misma. Podemos citar el siguiente ejemplo de Mariani de Vidal: una servidumbre no puede consistir en una obligación de hacer para el titular del fundo sirviente, por lo que si llegara a pactarse tal situación, ello importaría sólo una obligación personal del contratante obligado y sus herederos, sin transmitirse a los sucesivos titulares del inmueble (Mariani de Vidal, M., 2009).

De manera que durante la vigencia del código de Vélez, en caso de pretender crear un derecho real no reconocido por la ley, este valía como derecho personal, si reunía los requisitos necesarios y no existían incompatibilidades para ello. Al no constituirse un derecho real, el titular no gozaba del *ius preferendi* y el *ius perseguendi*, característicos de los derechos reales, ni de las cualidades particulares correspondientes a cada derecho.

⁵ El derecho de enfiteusis consistía en una cesión perpetua o por largo tiempo del dominio útil de un inmueble mediante el pago de una pensión anual al que hace la cesión. A su vez, este derecho estaba expresamente prohibido en el Código de Vélez en el art. 2614, que rezaba: *“Los propietarios de bienes raíces no pueden constituir sobre ellos derechos enfitéuticos, ni imponerles censos ni rentas que se extiendan a mayor término que el de cinco años, cualquiera sea el fin de la imposición; ni hacer en ellos vinculación alguna”*.

Volviendo a nuestro código actual, el art. 1884 finaliza diciendo “...*Es nula la configuración de un derecho real no previsto en la ley, o la modificación de su estructura*”. Expresado en otras palabras, si se pretende crear un derecho real distinto a los establecidos por la ley, no será un derecho real válido; asimismo, si se tomara un derecho real de los creados por la ley, y al constituirse el mismo se modificase algún aspecto de su estructura, esa modificación no valdría como integrativa del derecho real en cuestión.

Explicado lo anterior, es necesario hacernos la siguiente pregunta, si un contrato crea un derecho real no previsto por la ley o establece una cláusula que modifica la estructura de un derecho real válido, ¿qué efecto tienen esas acciones? A diferencia del código de Vélez, que disponía su conversión en derecho personal, si como tal pudiera valer, en nuestro actual CCCN existe un vacío legal en ese sentido.

Si repasamos los fundamentos del anteproyecto de CCCN, en él se expresa que en tanto según sea el caso, el juzgador indicará si carece de todo valor, si importa un derecho personal, o si deviene en un derecho real próximo, lo que genera los siguientes interrogantes⁶: ¿Cuándo se adoptará tal o cual solución? ¿Qué parámetros deben tomarse en cuenta para decidir?

Para responder a estas preguntas, ineludiblemente, como primer medida, deberemos interpretar y calificar el contrato en cuestión, ya que la calificación representa el juicio de conformidad de la declaración negocial con el tipo legal, y la tarea interpretativa permite que a esta le sean asignados determinados efectos jurídicos establecidos en el tipo contractual (Nicolau, Noemí L. y Hernández, Carlos A., 2017).

6. Interpretación del contrato

Circunscribiéndonos de ahora en más al ámbito contractual, la suerte del contrato o cláusula violatoria del numerus clausus estará atada, en gran medida, a las reglas y principios interpretativos en la materia, consagrados en nuestro CCCN.

En este sentido, la interpretación contractual ha sido definida como la actividad dirigida a desentrañar el significado de la manifestación de voluntad común, considerada con relación al

⁶ Esto se extrae de la pág. 201 de los fundamentos del anteproyecto del código civil y comercial de la nación, que en su cuarto párrafo dice: “*Sin embargo, a diferencia del Código Civil vigente que indica que todo contrato o disposición de última voluntad que constituye otros derechos reales o modifica los que se reconocen valdrá sólo como constitución de derechos personales -si como tal pudiese valer-, no se reglan los efectos de tal creación, en tanto según sea el caso, el juzgador indicará si carece de todo valor, si importa un derecho personal, o si deviene en un derecho real próximo*”.

ambiente socioeconómico dentro del cual ha sido producida y conforme al principio general de buena fe (Garrido Cordobera, Lidia, 2015).

A su vez, el CCCN, en el art. 1061, recepta la teoría clásica que pone en primer lugar la intención común de las partes como regla interpretativa principal, no obstante, este criterio debe ser armonizado con los demás principios generales objetivos incluidos en el articulado del cuerpo legal mencionado.

Así, desde una perspectiva general, el CCCN consagra las siguientes reglas interpretativas de los contratos: la buena fe (art. 1061), el principio de conservación (art. 1066), el principio de confianza (art. 1067), la intención común de las partes (art. 1061), la interpretación restrictiva de los términos (art. 1062), diferentes reglas para interpretar el significado de las palabras (arts. 1063, 1065 y 1068) y la interpretación contextual (art.1064).

Sin voluntad de llevar adelante una explicación detallada de cada una de las reglas enunciadas, lo cual corresponderá a un próximo trabajo, es menester que mencionemos brevemente en qué consisten las tres reglas esenciales para la interpretación, estas son la buena fe y los principios de confianza y conservación del contrato.

El CCCN, en su art. 961, se limita a decir que los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe, en cambio, el proyecto de código civil de 1998 era más concreto con relación a esta regla de interpretación, ya que en su art. 1023 asignaba relevancia a tres cuestiones puntuales que debían observarse: a) al sentido que, razonablemente, hubiera atribuido a la manifestación de una de las partes una persona, en la situación y de las condiciones de otra; b) a la existencia de diferencias significativas en el poder de negociación relativo de cada una de las partes y c) a la relación de equivalencia de las contraprestaciones si el contrato es a título oneroso.

A modo de resumen, podemos decir que al momento de aplicar esta regla, el juez debe preguntarse qué significado hubiera atribuido a la declaración una persona honorable y correcta (Borda, Guillermo A., 2008).

En cuanto al principio de confianza, el art. 1067 impone al intérprete orientar sus valoraciones en el sentido de proteger la confianza y la lealtad que las partes se deben recíprocamente, desestimando como admisibles aquellas ponderaciones que validen una conducta que, por entrar en contradicción con otra anterior de la parte de la que emana, resulta jurídicamente inadmisibile (Herrera, M., Caramelo, G. y Picasso, S., 2015).

Con relación al principio de conservación, se encuentra previsto en el art. 1066, el cual refiere, en primera instancia, a un criterio lógico según el cual si las partes celebraron un contrato es porque apostaron a su validez, pero en subsidio, dispone que debe atenderse al alcance más adecuado al objeto del contrato, es decir, a lo querido por las partes.

Es así que la interpretación que se realice debe ser la que permita otorgar el máximo sentido útil al contrato o la cláusula bajo análisis, porque no es posible pensar que los contratantes buscaron un contrato inválido (Nicolau, Noemí L. y Hernández, Carlos A., 2017).

7. Calificación del contrato

Calificar el contrato es el procedimiento por el cual se le atribuye su naturaleza jurídica, mediante el análisis de sus elementos y caracteres, subsumiéndolo en el tipo contractual que corresponda, ya sea como contrato nominado o perteneciente a una tipología innominada (Nicolau, Noemí L. y Hernández, Carlos A., 2017).

La calificación es imprescindible para subsumir el contrato en su tipo y aplicarle la regulación legal que corresponda. Si se determina que se trata de un contrato nominado, se aplicarán las normas pertinentes y si fuera necesario se integrará el contenido contractual. Si resulta que debe ser calificado de innominado, se procederá en caso necesario según lo establece el art. 970 del CCCN.

Las encargadas de calificar el contrato son las partes, las que al momento de la celebración manifiestan su acuerdo acerca del tipo negocial que pretenden perfeccionar. Sin perjuicio de ello, esa calificación es revisable por la autoridad judicial o administrativa, pues una calificación incorrecta puede encubrir una simulación o fraude planeado (Nicolau, Noemí L. y Hernández, Carlos A., 2017). De modo que la calificación que prevalece es la que dispone la autoridad judicial o administrativa.

Para calificar, es necesario examinar atentamente los elementos esenciales particulares del contrato y los del tipo que se pretende atribuirle. Por ejemplo, si las partes califican su contrato como compraventa, es necesario que una de ellas se obligue a transferir el dominio de una cosa y la otra a pagar un precio cierto, en dinero. Éstos son los dos elementos esenciales particulares de la compraventa, de modo que si la autoridad, algún tercero interesado o, inclusive, alguna de las mismas partes impugnan la calificación que ellas efectuaron, deberá probar, por ejemplo, que no se pagó precio.

8. Posibles soluciones

Teniendo en cuenta lo expuesto con relación a las reglas de interpretación de los contratos y la calificación de los mismos, corresponde determinar qué efectos cabe imputarle a un contrato o cláusula violatoria del *numerus clausus* en materia de derechos reales; para ello analizaremos cada una de las alternativas propuestas en los fundamentos del anteproyecto del CCCN.

A. Derecho real próximo

Una de las soluciones sugeridas consiste en convertir ese derecho real “alterado” o “modificado” en su estructura, en el derecho real que más se asemeje a lo dispuesto por las partes en el contrato.

Esta alternativa, al igual que la conversión del pretense derecho real en un derecho personal (que se analizará en el apartado siguiente), se apoya en lo regulado por el art. 384 del CCCN, al tratar la ineficacia de los actos jurídicos en general. La mencionada norma prevé que un acto nulo (el derecho real inválido) puede convertirse en otro diferente válido cuyos requisitos satisfaga, si el fin práctico perseguido por las partes permite suponer que ellas lo habrían querido si hubiesen advertido su nulidad.

Es decir, para poder convertir ese derecho real inválido en otro válido, se presupone que las partes han errado, de buena fe, en el *nomen iuris* del derecho real constituido, cuando en realidad, en virtud de las disposiciones que surgen del contrato, han buscado efectos que son propios de otro derecho real establecido por la ley.

Aquí entra en juego el principio de conservación, considerando que la intención común de las partes ha tenido en miras la producción de los efectos previstos en el contrato, por encima de la denominación que se haya dado al mismo. Podemos pensar el siguiente ejemplo: si la intención de las partes es que el propietario transmita al adquirente la facultad de usar, gozar y disponer material y jurídicamente del derecho de construir en su inmueble, por el término de 70 años, fijando una indemnización para el momento de finalización del contrato, por más que se haya denominado al mismo como “constitución de usufructo”, de la voluntad real de las partes, volcada en el contrato, se desprende que han querido constituir un derecho de superficie. Remarcamos que para arribar a la conclusión señalada debe interpretarse y calificarse el contrato conforme las pautas indicadas anteriormente.

Asimismo, en algunos casos, bastará una sola cláusula (o la ausencia de ella), para convertir ese derecho real constituido en el contrato, en otro distinto, como sucede en el supuesto normado por el art. 2154 al decir que si en el título (en sentido instrumental, como soporte material del acto jurídico) constitutivo del derecho real de uso no se establece la extensión del uso y goce, se entiende que se constituye un usufructo. Es importante remarcar la relevancia de calificar al derecho real como uno u otro ya que, como diferencia sustancial, el usuario no puede constituir derechos reales sobre la cosa, mientras que el usufructuario sí⁷.

B. Derecho personal

Esta variante es similar a la anterior, con la diferencia de que la modificación que se realiza sobre la estructura del pretendido derecho real es tal que impide asemejar la relación constituida por las partes a un derecho real válido. Aquí podemos traer a colación el ejemplo aportado por Mariani de Vidal, mencionado anteriormente, en el que dos personas deciden constituir una servidumbre que tiene por objeto una obligación de hacer, lo cual es imposible en nuestro ordenamiento⁸, por lo que esa servidumbre intentada será finalmente un contrato sobre derechos personales.

A su vez, el derecho real establecido puede ser válido y las cláusulas modificatorias de la estructura del mismo valer como derechos personales. Un ejemplo podría darse de la siguiente manera: si A transmite a B el usufructo de un departamento de un edificio sometido al régimen de propiedad horizontal, pueden acordar que será el usufructuario, es decir B, quien deberá pagar todas las expensas que genere la unidad funcional; sin embargo, si el administrador del consorcio decide cobrar las expensas al propietario (A), en virtud de lo normado por el art. 2050 del CCCN⁹, este no puede oponer la cláusula en cuestión al administrador, ya que es un vínculo personal que sólo es oponible al deudor (B).

Es importante destacar que el contrato o la cláusula que se convierte en un derecho personal carecerán de la facultad de persecución y preferencia (art. 1882), propia de todos los derechos

⁷ El usufructuario puede constituir los derechos reales de servidumbre, anticresis, uso y habitación, sin embargo en ningún caso se exime de sus responsabilidades frente al nudo propietario, mientras que el usuario no puede constituir derechos reales sobre la cosa, en virtud de lo dispuesto por el art. 2156 del CCCN.

⁸ La servidumbre puede ser positiva o negativa, según la carga consista en soportar su ejercicio o se limita a una abstención determinada, impuesta en el título, pero jamás puede consistir en una obligación de hacer (art. 2164 CCCN).

⁹ El art. 2050 del CCCN establece que, además del propietario, y sin implicar liberación de este, están obligados al pago de los gastos y contribuciones de la propiedad horizontal los que sean poseedores por cualquier título, es decir, puede tratarse de un poseedor legítimo, como ser el condómino, el usufructuario, el usuario, etc. (art. 1891) o un poseedor ilegítimo, como sería el caso, por ejemplo, de un adquirente por boleto de compraventa.

reales y no serán oponibles a terceros ni a futuros adquirentes del derecho real en cuestión, sino sólo entre las partes constitutivas del contrato.

De más está decir que tanto en el supuesto analizado, así como en el caso de la conversión en el derecho real próximo, el objeto del contrato o la cláusula no deberá ser un hecho imposible, prohibido por la ley, contrario a la moral, a las buenas costumbres, al orden público o lesivo de derechos ajenos o de la dignidad humana, de conformidad a lo previsto por los arts. 279 y 1004 del CCCN.

C. Nulidad del contrato o de la cláusula

Según la definición clásica, se entiende por nulidad la sanción legal que priva de sus efectos normales a un acto jurídico en virtud de una causa originaria, es decir, existente en el momento de su celebración (Herrera, M., Caramelo, G. y Picasso, S., 2015). Además, constituye una categoría extintiva de los actos jurídicos.

El CCCN deja de lado criterios de distinción de las nulidades de difícil comprensión y asimilación, como ser los actos nulos o anulables, y se limita a diferenciar la nulidad absoluta y relativa por un lado, y por otro la nulidad total y parcial. El primero de los criterios distintivos tiene relación con el interés protegido, por cuanto la nulidad del acto es absoluta cuando se transgredió el orden público, la moral y las buenas costumbres, en tanto que es relativa cuando la sanción deriva de la protección a un interés de ciertas personas. Sin embargo, el distingo no debe extremarse, ya que en la nulidad absoluta está protegido inmediatamente el interés público o general y de modo mediato el interés privado, mientras que en la nulidad relativa sucede el caso inverso (Nicolau, Noemí L. y Hernández, Carlos A., 2017).

Es importante destacar que la principal diferencia entre la nulidad absoluta y la relativa, consiste en que la primera de ellas puede ser alegada por el Ministerio Público Fiscal y por cualquier interesado, al igual que no puede sanearse por la confirmación del acto ni por la prescripción (art. 387 CCCN), mientras que la nulidad relativa sólo puede declararse, en principio¹⁰, a instancia de las personas en cuyo beneficio se establece y puede sanearse por prescripción o confirmación del acto (art. 388 CCCN).

En cuanto al segundo criterio de distinción, este refiere a la nulidad que puede proyectarse sobre todo el acto (total) o sobre una o varias de sus disposiciones (parcial). Es importante

¹⁰ Decimos en principio ya que el art. 388 del CCCN determina que excepcionalmente puede invocarla la otra parte, si es de buena fe y ha experimentado un perjuicio importante; a su vez que establece que la parte que obró con ausencia de capacidad de ejercicio para el acto, no puede alegarla si obró con dolo.

aclarar que nuestro CCCN instaura lo que la doctrina ha llamado el principio de separabilidad, en razón del cual una disposición nula no afecta a las otras disposiciones válidas si son separables, precisando que no lo son aquellas sin las cuales el acto no puede subsistir ya que no cumpliría con su finalidad (art. 389 CCCN). Se destaca a su vez, que en la nulidad parcial, en caso de ser necesario, el juez debe integrar el acto de acuerdo a la naturaleza y los intereses que razonablemente puedan considerarse perseguidos por las partes. En otras palabras, nuestra normativa sienta que para declarar la nulidad total de un acto jurídico el criterio debe ser restrictivo.

Por otro lado, al analizar la posible declaración de nulidad de un contrato o de una cláusula, debe aplicarse el principio de conservación, esbozado previamente, el cual dispone que si hay duda sobre la eficacia del contrato o de alguna de sus cláusulas, debe interpretarse en el sentido de darles efecto, y si esto resulta de varias interpretaciones posibles, corresponde entenderlos con el alcance más adecuado al objeto del contrato (art. 1066 CCCN).

Explicadas someramente las diferentes clases de nulidades, debemos tener presente que las soluciones indicadas precedentemente, es decir la conversión en el derecho real próximo o validez como derecho personal, presuponen la existencia de un contrato o cláusula nula, como ya ha sido tratado, por lo que en este acápite debemos desentrañar aquellos casos en que el contrato o cláusula nula no podría convertirse en un acto jurídico distinto.

Como primer medida corresponde determinar si el contrato o cláusula violatoria del *numerus clausus* en materia de derechos reales configuraría una nulidad absoluta o relativa, o si dependiendo de la situación concreta podría tratarse de una u otra. En ese orden, como se explicara previamente, la regulación de los derechos reales en nuestro país es materia de orden público, motivo por el cual la estructura de los derechos reales puede ser creada o modificada sólo por la ley, pudiendo hacerlo las partes solo en los casos expresamente autorizados por ella.

Siguiendo esa línea de pensamiento, que entendemos es el correcto, todo contrato o cláusula violatoria del *numerus clausus* sólo podrá valer como configurativo de un derecho real distinto o como meros derechos personales, si reúne los requisitos necesario para ello (conforme fuera analizado anteriormente), de lo contrario será nula de nulidad absoluta, con todo lo que eso implica, no pudiendo ser confirmado por las partes contratantes y contando con un amplio margen de legitimados para solicitar su declaración.

Con respecto a los efectos de la nulidad y la confirmación del acto de nulidad relativa, deberá estarse a lo normado desde el art. 390 al 395 del CCCN, excediendo tales cuestiones a la temática del presente trabajo.

9. Conclusiones

En materia de derechos reales en Argentina existe una fuerte impronta del orden público, a través de la imposición del sistema de numerus clausus, en virtud del cual la creación de aquellos y la regulación de su estructura están reservadas sólo a la ley, conforme lo establece el art. 1884 del CCCN.

En razón de ello, los particulares se limitan a dar nacimiento al derecho real en concreto, conforme sus necesidades y objetivos buscados, eligiendo dentro del “catálogo” proporcionado por la ley y sólo pueden modificar su estructura en aquellos casos que expresamente lo autorice la norma.

Circunscribiéndonos al ámbito contractual, sin perjuicio de las demás causas fuentes posibles, si los particulares modifican la estructura de un derecho real de forma no autorizada por la ley, se producirá una violación al numerus clausus, y por lo tanto ese contrato no constituirá el derecho real en cuestión, o de ser una cláusula, no integrará el derecho real configurado.

En ese sentido, en cuanto a los efectos que tendrá ese contrato o cláusula violatoria del numerus clausus, el juez deberá tener en cuenta la facultad de calificación y las reglas interpretativas de los contratos, reguladas en nuestro CCCN (arts. 1061 al 1068), y en consecuencia optar por su conversión al derecho real próximo, que valga como derecho personal o su nulidad parcial o total. Las consecuencias de adoptar una u otra solución no son menores, como han sido señaladas en el presente trabajo.

Bibliografía

Borda, Guillermo A. (2008). *Tratado de derecho civil: Obligaciones (9ena edición actualizada)*. Borda, Alejandro –actualizador-. Buenos Aires: La Ley.

Bueres, A. J. y Highton, E.I. (1997). *Código Civil y Normas Complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial, Tomo 5 (1era edición)*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Hammurabi.

Compagnucci de Caso, Rubén H. (1993). *Contratos. Teoría general, T. II*. Buenos Aires: Depalma.

Garrido Cordobera, Lidia, Borda, Alejandro, Alferillo, Pascual E. –directores- (2015). *Código Civil y Comercial Comentado, Anotado y Concordado, Tomo I*. Buenos Aires-Bogotá: Astrea.

Gurfinkel de Wendy, Lilian N. (2016). *Derechos Reales, Tomo I (2da edición)*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Herrera, M., Caramelo, G. y Picasso, S. -directores- (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado (1era Edición), Tomos I y III*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: INFOJUS.

Lorenzetti, R. L. –director- (2014). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado (1era Edición), Tomo I*. Santa Fe: Rubenzal-Culzoni.

Mariani de Vidal, M. (2009). *Derechos Reales, Tomo I. (8va Edición)*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Zavalia.

Musto, N. J. (2007). *Derechos Reales, Tomo I. (1era Edición)*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Astrea.

Nicolau, Noemí L. y Hernández, Carlos A. –directores- (2017). *Contratos en el Código Civil y Comercial de la Nación (1era edición)*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley.

Peralta Mariscal, Leopoldo L. (2015). *Sistemas de Derechos Reales, Numerus Apertus y Numerus Clausus (1era edición)*. Santa Fe: Rubenzal-Culzoni.

Pizarro, R. D y Ossola, F. A. (2015). *Orden Público en la Responsabilidad Civil*. La Ley, Año LXXIX N° 221. Tomo 2015-F. Páginas 1-7.

Trigo Represas, F. A. (2015). *Orden Público en el Derecho de las Obligaciones*. La Ley, Año LXXIX N° 222. Tomo 2015-F. Páginas 1-5.