

LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD EN MATERIA DE DERECHOS REALES

POR MARTINA E. FREIJÓ DE BERNARDSKY

I. Introducción

1. Por lo común, la doctrina se ocupa de la "autonomía de la voluntad" con relación a los contratos, convirtiendo a dicha expresión en sinónimo de "libertad contractual" en un doble aspecto: libertad de "constitución" y libertad de "configuración" del contrato.

En tal sentido, se recuerda la etimología del vocablo "autonomía": "auto": por sí mismo; "nomos": ley, encontrándose expresiones que, a fin de denotar la identidad de conceptos que se pretende, la definen como actividad y potestad de autorregulación de intereses y relaciones propias, desplegadas por el mismo titular de ellas.

Afirmarse finalmente, que "libertad contractual", como expresión del principio de la "autonomía particular", fue traducción jurídica del liberalismo político-económico.¹

¹ MARIANNA H. "El Contrato Necesario", *Monogr. Jurídica* N° 91—B. An. 1964. Cap. 1. add. /CARBONNIER J. "Droit Civil" Presses Universitaires de France, Paris 1959. 2ª ed. t. II, pág. 313, N° 92. (Capítulo de los contratos). Como introducción al tema de la Autonomía de la voluntad explica: "Es una teoría de filosofía jurídica según la cual la voluntad humana es para ella misma su propia ley, es crea su propia obligación: si el hombre se obliga por un acto jurídico, especialmente por un contrato, es porque él lo ha querido; al contrario es el fundamento de la vida jurídica; la voluntad individual, el fundamento del contrato; esta teoría marcó al C. C. en armonía con la idea individualista de 1804. (Muestra época, opuesta) se ha razonado fuertemente contra ella, y es uno de los aspectos de la socialización del derecho civil". ADD/RIER A. "La Role de la Volonté" dans *Lecté Juridique en droit civil Français et Allemand*, Paris 1961. (Bibliothèque de Droit Privé tome XIX); en la introducción, dice:

"La voluntad es el origen primero del Derecho": así puede concebirse el credo filosófico del siglo XIX. El Estado, la ley, el acto jurídico derivan de la autonomía de la voluntad. Kant ha sido considerado, durante mucho tiempo, el teórico por excelencia de este individualismo y de este liberalismo jurídico; en realidad su colina se remonta al desmoronamiento de la filosofía moderna, a la escolástica franciscana, después a la escuela de Paley. Loder, Wolff.

"Todo acto de la voluntad libre y a ella tiende. En efecto, la organización de la

2. Es en estos términos como se plantea comúnmente la cuestión del papel que, dentro de cada legislación, desempeña la "voluntad individual", en la regulación de los intereses patrimoniales.

Sin perjuicio de ello, se advierte que debe tenerse en cuenta, que tal "autonomía de la voluntad", no ha sido nunca sostenida como un principio absoluto, en el derecho. Así, aún en la época de sanción del Código Napoleón, o sea en pleno auge del liberalismo individualista, la afirmación filosófica respectiva debió atemperarse, restringiéndose para poder ser suscrita en dicho Código.²

"sociedad no deriva del Derecho Natural, ni de la razón, sino de la voluntad: los individuos, aislados en el estado de naturaleza, se asocian libremente para dar nacimiento al Estado y fijar sus reglas y funcionamiento: es el contrato social", base de todo el derecho público, donde Hobbes hace Rousseau. La influencia de esta concepción en el derecho privado no es menos fuerte; el tráfico jurídico reposa necesariamente sobre la voluntad de los individuos, por ejemplo, el contrato, o más simplemente, el acto jurídico. No sólo sería inconcebible obligar a una persona, sin su consentimiento, puesto que se violaría su libertad sino que, además los resultados políticos a que rimde la acción de la voluntad son considerados justos. A la fórmula "suo es justo porque ha sido querido", corresponde en el ámbito económico el "laissez faire, laissez passer" de la escuela liberal. Tájate, Baudry, compendia bien la doctrina de su siglo escribiendo: "el Derecho, es la autonomía del ser humano".

"Se admite que en nuestros días, el esplendor del voluntarismo' ha cedido ante su propia decadencia, a causa de que las exigencias de una sustentación más demandada manifiesta. Con justicia se ha atribuido esa declinación al desarrollo de las ciencias histórico-sociales: ellas han demostrado que la voluntad por sí sola era impotente para crear el Derecho, el individuo vive en un orden jurídico que le es anterior y que se le impone por sobre él. Se ha dicho, recordando a una bella imagen que "la voluntad no es más que un conductor que da paso a una máquina, cuya fuerza está en otra parte"....

"...Pero si el voluntarismo está destruido como sistema, eso no significa que la voluntad misma no tenga ninguna función que cumplir en el seno del Derecho. Por el contrario, conserva sin duda una competencia creadora. El orden jurídico reconoce a los individuos un poder de arreglar sus vinculaciones jurídicas, que sería absurdo negar: el instrumento por excelencia del tráfico jurídico, a saber, el acto jurídico, el contrato, es por hipótesis de origen voluntario"....

"...El nacimiento del acto reposa íntegramente sobre la voluntad de su autor. No existe acto jurídico sin consentimiento y el derecho positivo se debe por encima de todo a la protección de esta voluntad.... Puesto una vez haya sido creado el acto, que se haya cumplado en la vida jurídica y se haya integrado en el medio social, el problema de la seguridad se vuelve imperioso..."

"...A la autonomía de la voluntad que domina la génesis del acto jurídico, se agregaría la autonomía de los efectos jurídicos que seguirían el alzarse o transcurridencia del acto"....

² CARBONNIER J., op. cit. — pág. 313 y ss. y 185/6 considera que el contrato debe responder a las exigencias sociales para ser válido. El mínimo de exigencia está dado por los principios de orden público y buenas costumbres. "Como una especie de condición negativa de validez del contrato expresada no por el art. 1103, sino por el art. 9º (que establece: "no respetar ningún, por dos convenciones particulares).

Las restricciones, han ido en aumento. Y la doctrina se hace eco de lo

sus lois qui infortement l'ordre public et les bonnes moeurs". Cass./art. 21 C.C. Arg.) el contrato no debe contrariar ni el orden público ni las buenas costumbres. Éste, mantiene los límites a la autonomía de la voluntad". El Orden Público es definido "como el dominio de las leyes imperativas, por oposición a las prescriptivas o reguladoras de la voluntad".

"La noción de orden público no se deja encerrar ni en una definición ni en una enumeración. La idea general es la de representación de la sociedad sobre el individuo. El orden público expresa el "querer vivir" de la nación que encerrarían ciertos iniciativas individuales en forma de contratos. Es, se ha dicho, un mandamiento de Estado, el mandamiento mediante el cual el Estado regula las convenciones particulares que suscitan como sus intereses esenciales.

CLASIFICACION: O. P. Tardat: La ley misma se declara expresamente de O. P.

O. P. "véral": Corresponde a los tribunales decidir si intereses esenciales de la sociedad están comprendidos en sus disposiciones.

añó/MARBAUD H. L. y J. "Leçons de Droit Civil - Paris 1956 - t. II, Traité de droit privé N° 117: "El derecho Positivo Francés no adoptó ninguna posición extrema". Reducido en pleno desarrollo del Liberalismo, el Código Civil no reconocía "forma vinculativa a las convenciones salvo cuando hubieran sido legalmente concluidas (art. 1134 Cód. Nap. conc./art. 1197, 1198, 1200 C.C. Arg.)" y el art. 8° subordina la eficacia de la voluntad a las reglas en que está interesado el Orden público y las buenas costumbres". "Después de la noción del Código, el dominio del orden público ha crecido considerablemente, la legislación imperativa ha penetrado profundamente el campo contractual, a punto de parecer sofocante" (ver n/otra 1°). Cass/ OUDART A. "Hechos y actos o negocios jurídicos" - Bo. A. 1965, pág. 51. "Nuestras leyes civiles, lo mismo que la generalidad de las constituciones, reconocen a los individuos el poder de dirigir y gobernar sus intereses por medio de sus voluntades adecuadamente expresadas. Ese poder de las personas, individual o colectiva, se llama autonomía privada y tiene como vehículo más importante el acto (o negocio) jurídico. El acto jurídico es, por lo tanto, el instrumento ordinario y específico a que recurren las personas para regir por sí mismas sus intereses (concordancia o de otra índole) dentro de los límites de la ley. Los límites que la ley impone a la autonomía de la voluntad son resumidos por OUDART en "tres tipos o formas generales", según señala en pág. 63 op. cit. ... "La voluntad (individual en los actos o negocios tiene como límites infranqueables 1) o una prohibición de la ley, 2) o el orden público, 3) o las buenas costumbres. Aunque se trata de conceptos afines, cada uno tiene su singularidad bastante acusada como para no ser confundido con los otros..."

a) Cuando media una prohibición de la ley, es claro que ésta significa la ineficacia absoluta del acto, en principio. Esta prohibición puede estar expresada en la ley de modos diversos: desde luego, literalmente (verbigracia, arts. 383, 430, 531, 1161, 1443, 1609, etc.); también con términos que sin hablar de prohibición, precisamente la crean: así, cuando las prescripciones disponen que ciertos actos no se "pueden" o no se "pueden" realizar (arts. 154, 279, 413, 434, 1231, 2824 y agros. 3120, etc.), o que sólo se pueden efectuar en ciertas condiciones o con determinadas modalidades, lo que importa prohibir todas las demás (por ejemplo, arts. 2302, 3128, 3724, etc.); o cuando señalan una pena para el caso de que el acto se realice, ya que, efectivamente, "toda norma prohibitiva penal tiene su fundamento en una norma prohibitiva"; o bien, cuando prescriben directamente la nulidad del acto, sea que empleen una palabra, sea que utilicen otras analogas, como "no válido", "no tendrá efecto alguno", se considerará "no escrito", etc. (verbigracia, arts. 951, 975, 3126, 3132, 3273, 3598 y agros. etc.). Lo que sí es en todo caso exigible es que la

que se ha dado en calificar como "crisis del contrato", "crisis del derecho", e incluso, como uno de los aspectos de la llamada "socialización del derecho".³

prohibición se dirige concretamente contra el acto o negocio de que se trate, según debe notarse en cualquiera de los modos indicados. Cuando el acto jurídico concreta una prohibición legal, la sanción que lógicamente corresponde es la nulidad; así lo dispone el art. 18 del Código al declarar que: "Los actos prohibidos por la ley son de ningún valor, si la ley no designa otro efecto para el caso de inobservancia".

b) Con respecto al orden público, es notorio que se trata de un concepto de suma elasticidad e imprecisión. En un sentido amplio puede decirse que son de orden público todas las leyes que los individuos se pudiesen desgarar en sus actos o negocios jurídicos, lo que basta comprender en su ámbito las leyes propiamente prohibitorias y a las que se refieren con las buenas costumbres; pero, aunque nuestro Código Civil abra alguna vez uno concepto amplísimo (verbigoros, art. 3, 873, etc.), con mayor frecuencia suele a un concepto más estricto y limitado, que lo distingue de la "prohibición" explícita y de las "buenas costumbres" (art. 14, 21, 302, 310, 953, 1501, etc.).

Sin duda, las leyes prohibitorias se fundan a menudo en razones de orden público. Pero lo que técnicamente las diferencia de las leyes de orden público, en sentido estricto, es que las primeras exigen siempre un precepto explícito, en tanto que las segundas pueden ser sólo deducidas o extraídas, sin precepto particular, del espíritu y de las bases esenciales de la legislación. (V. CARROSÓN J. cit. en esta nota, admitt. en Orden Público virtual). De modo análogo, podrían considerarse, con aquel concepto amplio, que las leyes que protegen las buenas costumbres son de orden público; mas, técnicamente, cuando nuestra ley —y también la doctrina general— distingue entre leyes de otra, lo hace en consideración a que las buenas costumbres tienen una vinculación más estrecha y específica con la moral, mientras que el orden público depende más bien de conceptos propiamente jurídicos (políticos, económicos, etc.); así constituido por "los principios fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico y económico".

³ DARRON JULIO, "Crisis del Derecho. Es el Derecho" en "Ensayos de Derecho Privado y Procesal Civil", Ed. Ar. 1959. Cita a Calamandrei: "No hablamos de muerte del derecho; para comprender el significado de esta angustiosa crisis de la legalidad que hemos estado considerando a viva, sirve mucho mejor como título: "El nacimiento del Derecho", y toma partido por esta posición optimista. . . Considero el problema como una cuestión de adecuación del Derecho a una realidad social cambiante. Fornetier, cit. Darron dice: "Lo que pasa es que las bases económicas en que descansa una sociedad, el ideal de justicia de un pueblo sus hábitos y costumbres se van transformando, y el derecho privado se ve en la necesidad de adaptarse, corrigiendo sus normas e inventando otras nuevas".

"Cuando esa adaptación no se produce —señala Darron—, aparece la llamada crisis y quizá la pérdida de algunos de la fe en el Derecho, porque no puede existir un sentido de justicia que se esté profundamente arraigado en el pueblo. Por eso no se pueden hacer reformas superficiales a una libertad y a una justicia elaboradas con criterio antisocialista, con criterios de élites.

En el mismo sentido no podemos hoy, por ejemplo, pensar en una vuelta a la plena soberanía del contrato".

añade MAMATTA H. op. cit. pág. 19. "Los costumbres del proceso, que aún continúa, se describe en los nuevos figuras que, con una dualización creciente, implican adecuaciones a una libertad contractual. La más venial se abreña con los "mecanismos autoritarios", o sea, aquellos en que las partes son libres para concluir el contrato y estructurar libremente sus cláusulas, pero cuya validez depende del reconocimiento que el mismo deba dar una sociedad...."

3. En todo a los opinables conceptos involucrados, según otro criterio, la disyuntiva de si las relaciones entre los miembros de la comunidad deben ser reguladas "desde arriba" por el poder público, o por los propios "intercambios" según su voluntad, naturalmente dentro de ciertos límites, debe resolverse por la segunda alternativa.

... "Contrato normado... regulado... o reglamentado es aquel cuyo contenido está sujeto a reglamentación legal, pero en el que existe libertad respecto a su celebración"....

... "Es lo cierto que el derecho común no desconoció esta forma de intervención. El Código Civil prohíbe directamente la inclusión del pacto de retroventa en la venta de cosas muebles (art. 1381).... Citando a Ric. Mazzoni admite esta cosa como figura consuetudinaria..."

"El contrato normado" como ajeno a la libertad de celebración contractual, quedaría fuera de la figura del contrato.

MADRITTA op. cit. pág. 45. "Los deberes de contratar y las prohibiciones de contratar son típicas para una configuración de la economía y una distribución de los bienes dirigidas por la autoridad. La cuestión es esencialmente económica, pues determinan si ha de imponerse la dirección y reglamentación estatal con sus medios característicos ya mencionados (sistemas de contratar, prohibiciones de contratar, contratos reglamentarios y accesorios) o si ha de regir la libre determinación individual, es cuestión de la ordenación de la economía en cada caso concreto y de las situaciones de penuria o abundancia que impongan o no una justa y proporcional distribución de los bienes por exigencias de la justicia social (distributiva)".

add/MENDOZA F. "Doctrina General del Contrato", trad. Fontanarrosa. Secoñ Melendo, Volterra. Nueva de Derecho Argentino por Virrodo Naggi, Buenos Aires, 1952, t. I, pág. 13. "Con el reconocimiento de la propiedad privada se realiza idealmente el principio de libertad contractual (expresión a su vez del principio de la autonomía de los particulares), el cual, si bien limitado en diversas formas, constituye, como se ha dicho, la piedra angular del contrato". V. MENDOZA op. cit. pág. 16-17 donde expresa cinco acepciones del concepto libertad contractual de los cuales, contribuímos la quinta (párrafo c) (pág. 17) para referencia de nuestra nota N° 2.

"El quiste significado de libertad contractual (y con lo declara el párrafo del art. 1322) concierne, en cambio, a los contratos inasumidos, en cuanto faculta a las partes a concluir contratos con finalidades prácticas aún no previstas por la ley, pero subordinando su reconocimiento a la condición de que el contrato (instituido) se dirija a realizar intereses reconocidos de suya, según el ordenamiento jurídico". (art. 1143 Cód. Arg. add/MENDOZA op. cit. pág. 4 b) "Ejercen las normas imperativas en materia contractual aunque ésta sea considerada tradicionalmente como el campo donde mayormente domina el principio de la autonomía individual"... en pág. 6 4) "Pareciera que, por exclusión, se podían afirmar que la materia contractual estuviera regulada por normas legales dispositivas o imperativas, se decía por normas que, si bien difieren entre sí por la función que respectivamente ejercen, son derogables por la voluntad de las partes; pero en realidad no es así. Por el contrario, no es apropiado decir que sólo que la ley dispone expresamente en el sentido de la derogabilidad, las normas sobre el contrato en general son imperativas e inderogables". En pág. 26: "No obstante, el espíritu esencialmente liberal en que se informa la legislación argentina en materia contractual, la proposición del texto puede entenderse también para el derecho nacional".

El mismo autor, sin embargo, refiriéndose al art. 1323 del Código Italiano de 1942 que dice: "Las partes pueden libremente determinar el contenido del contrato

El fundamento radicaría en ser éste el orden más adecuado para las relaciones privadas de los individuos, ya que es el que ellos mismos establecen en armonía con su modo de concebir sus necesidades y con sus peculiares aspiraciones de pensar.

Al respecto se destaca que el hombre como sujeto de derecho no es "pensable" sin la libertad. En el "concepto jurídico", esa libertad se traduce en el poder que el ordenamiento jurídico "reconoce" a la voluntad humana de dominar incontrastablemente sobre un ámbito que ese ordenamiento jurídico somete a su "control".⁴

Desde tal punto de vista, la llamada "autonomía de la voluntad", representaría ese "poder jurídico" reconocido por el ordenamiento, y sólo dentro de los límites trazados por él.

En otros términos, la voluntad de las partes, se dice, puede producir únicamente los "efectos" que el ordenamiento jurídico reconoce, y estos, solamente cuando cumple los presupuestos que aquél impone para un "acuerdo social válido".⁵

dentro de los límites impuestos por la ley y por las normas corporativas. Las partes pueden también concluir contratos que no pertenecen a los tipos que tienen una disciplina particular, con tal que vayan dirigidos a realizar intereses mercantiles de índole, según el ordenamiento jurídico", en pág. 13 sostiene: "El nuevo código se ha propuesto justamente de reafirmar dicho principio, probablemente porque, en virtud de las muchísimas modificaciones introducidas en el régimen contractual, por efecto ya de normas legales imperativas, ya de normas corporativas, ya de política económica corporativa, el concepto, ante la falta de una clasificación explícita, hubiera de considerarse que tal principio había sido desconocido".

⁴ LEGAZ c/co. BACA Sastre en "Estudios de Derecho Privado", Madrid 1948 - vol. I - "Obligaciones y Contratos", pág. 6, punto II cuando trata de "Las normas de autorización y el llamado principio de la autonomía de la voluntad".

⁵ LEHMANN HERRICH - Tratado de Derecho Civil - vol. I - Trad. J. Navas-Madrid 1956 s/c/a/MARINATTA H. op. cit. pág. 25. Pone de resalta la diferencia entre el acto de constitución y la relación constituida. "Cabe recordar aquí que el vos contrato proviene de la expresión latina "contractum", derivados que deriva de contracture. Contractus es expresión clásica de contratos negocij y contractus contractus que según su primitivo y etimológico significado quiere decir lo constituido. Lo constituido es la obligación, es decir, un vínculo, una relación. Cuando en su evolución histórica el concepto acusa la influencia creciente del consentimiento, el centro de gravedad se traslada del efecto a la causa. De lo constituido (la obligación) al acto por el que se contrata. Más la atención se proyecta sólo en uno último —el acto de constitución— tal vos porque su calidad de acuerdo de voluntades le da el valor de piedra angular para toda la dirección voluntarista que predomina en el derecho. Sin embargo, el contrato era —y hoy lo sigue siendo— el acto de celebrar y lo constituido, el negocio y la relación contractual. Pero el acto de constitución es institucionalidad. Almacén conceptual lógico. Asistimos a un curioso fenómeno: la abstracción de la relación por el acto de constitución que alcanza un valor permanente, englobando su efecto en una unidad" s/c/a/LEHMANN H. "Las relaciones de los sujetos de derecho entre sí están dominadas por el principio de la voluntad (autonomía privada), es decir, de la libre, voluntaria configuración de sus relaciones privadas. Como medio para conseguirlo, lo pone el ordenamiento jurídico a su disposición el negocio jurídico, y en particular el

4. Con los alcances expuestos, puede aludirse a la "autonomía de la voluntad" en la creación de derechos subjetivos patrimoniales. Ella tendría su más amplia "eficacia" en el ámbito de los derechos creditorios, y mínima en el de los vinculados con la "propiedad".⁸

constrato referido a sus verdaderos términos el problema de la autonomía de la voluntad no consiste en saber si la consunción es ley para las partes, sino en qué medida puede serlo, cuál es el "ámbito de eficacia de la voluntad individual"; dentro del derecho positivo.

REIN A. — "Le Role de la Volonté" dans l'Acte Juridique en Droit Civil Français et Allemand, París 1961, pág. 421.

"La interpretación de los actos jurídicos ha puesto de relieve el papel que le cabe a la voluntad para esclarecer el sentido de cláusulas oscuras o ambiguas. Pero, fuera de esta función particular, otro problema relativo a los efectos del acto jurídico se nos plantea: es el del poder, el de la eficacia de la voluntad. Por lo mismo, a fin de evitar un equívoco, resulta indispensable hacer una advertencia preliminar: no se trata de sustituir el los efectos del acto con el resultado del poder propio de la voluntad, de un "simplex credens" como lo conciben los partidarios del Willensdogma del siglo XIX. En su esencia, una cuestión que consideramos oscura. Si la voluntad humana posee el poder de crear, de modificar o de extinguir una relación jurídica es porque el orden jurídico le reconoce ese poder. No será en el plano filosófico que intentaremos encontrar una respuesta para afrontar a este interrogante, sino sobre el terreno del derecho positivo."

"Así delimitado nuestro campo de investigación, la primera cuestión que se nos plantea es la del "ámbito de poder" de la voluntad. Pueden las partes libremente producir cualesquiera efectos jurídicos, ejerciendo su imperio erga omnes? Dos consecuencias tienen la posibilidad de ligar a un tercero al acto? Este sería el problema del "dominio de eficacia de la voluntad".

ADD/ROSA SARRIN, "Estudios de Derecho Privado", Madrid 1948, vol. 1, pág. 4 señala que: "La concepción europea continental supone de manera predominante, que todo el Derecho está comprendido en los Códigos o que, como menos, por lo menos las normas previas para que a través de un sistema de analogía, puedan recibirse todos los casos propuestos. La concepción anglosajona, admite que el juez desarrolla una actividad sustancialmente creadora que llena los vacíos que ya está admitido que existen en el sistema objetivo de normas, de lo indicado resulta, como consecuencia necesaria, que el derecho continental, con su aplicación de formas a un sistema completo, cerrado de normas, ha de dividir a esas en dos grupos si quiere dejar un margen de autonomía a los sujetos de derecho: un grupo lo forman las normas que en ningún caso podrán ser evitadas, dado su carácter imperativo (las *cogens*), y el otro grupo está formado por las que sólo se aplicarán de manera subsidiaria, esto es cuando las partes que negocian jurídicamente no hayan declarado su voluntad de manera distinta (las *dispositivas*). En cambio es muy significativo que en los países anglosajones los términos *las cogens* e *las dispositivas* sean desconocidos, según afirma Lonbott."

"Pero, como reconoce este mismo autor es ilusorio creer que un sistema legal, cualquiera que sea, puede prescindir de las normas dispositivas, pues la voluntad de las partes nunca habrá previsto todas las consecuencias jurídicas del negocio celebrado". ADD/entre clasificación de las normas, y el interés e importancia de la clasificación en la derogabilidad o no derogabilidad de las mismas por medio de la "voluntad" particular, v. Boffi Baggeco, "Teoría General del Hecho Jurídico". Bo. An 1961, pág. 13.

⁸ Se trataría, pues como lo hemos señalado en nota anterior de un problema de

El principio arriba sentido, sirve precisamente, dentro de la doctrina clásica, como uno de los elementos diferenciadores de los derechos "patrimoniales" en sus dos grandes ramas. Si los derechos "personales", en las relaciones civiles, son ilimitados en número, en razón del principio de la libertad de las convenciones, en cuanto los contratantes pueden, por su voluntad hacer variar hasta el infinito sus vínculos jurídicos, y crear relaciones que el legislador no ha previsto, se estima generalmente que por el contrario, los derechos "reales", son limitados en número.⁷

En materia "obligatoria", el legislador no establece, salvo excepción, más que reglas supletorias, destinadas a facilitar el tráfico jurídico y basadas en la voluntad presente de las partes. En los derechos "reales" determina normas esencialmente de "orden público", inderogables como tales, por voluntad de los particulares.⁸

Denoso, de este último campo, el libre juego de la voluntad individual, se puede limitar, según algunos autores, al hecho de la creación de nuevas

entidad, dentro de un campo de actividad, de la eficacia creadora de la voluntad privada de relaciones jurídicas.

Conf./Omnis, op. cit., pág. 76.

⁷ El principio de la autonomía de la voluntad, que atañería a los particulares para modificar las figuras legales o crear otras nuevas, con el límite inderogable del orden público (negocios o contratos inmatrimoniales), sólo funciona en los actos bilaterales y plurilaterales y, más específicamente, en los contratos (art. 1197): en los unilaterales al contrario, la regla general es que la eficacia de la voluntad es de carácter excepcional y requiere, por tanto, que el caso concreto pueda ser encuadrado en alguno de los "tipos" legales" (principio de tipicidad). Esta diferencia se explica porque, si es razonable que, dentro del derecho dispositivo —esto es, del derecho en que no se hallan involucrados el orden público y las buenas costumbres, art. 21— las voluntades de los propios individuos sean las que mejor puedan reglar sus derechos recíprocos, este poder no puede ser concedido en la misma extensión a una sola voluntad, con validez objetiva frente a las demás personas y al Estado.

⁸ MARRAUD H. L. Y J., op. cit., pág. 190 N° 164. LAPARRE H., "Derecho Civil", T. VI. Trat. oblig. t. I, pág. 15. ADD/BUENO E., Código Civil Anotado", Bs. As. 1944, t. 3, com. art. 493 y 495, Nos. 241 a 245, pág. 38 y 39 add/DARREN - VERA VILLALBA, "Manual de Derechos Reales", Bs. As. 1962, págs. 1 a 16 y 21 a 23.

Añádase la clasificación de los derechos según la llamada doctrina clásica, v. ERUSTIA A. TEJEREA DE "Código Civil". Obra Fundacional del Código Civil Argentino, Bs. As. 1949, t. I, págs. 15 a 17 y 19 a 21, arts. 16, 18 y 19 y sus respectivas notas.

ADD/VERBA, Consolidación, Introducción, Interina especialmente notes que Frolin tuvo en cuenta la "obligación negativa de la comunidad" encuadrada en sus propios límites y la utilizó conceptualmente como otro rasgo diferenciador para su clasificación de los derechos.

⁹ V. BOFFI BOCCARDI L. M., "Teoría general del hecho jurídico", Bs. As. 1962 —Cap. II, "Las normas" en págs. 13 a 16— add/numeros citas anteriores.

figuras como derechos reales: es decir, sólo podrían ser creados por ley. Se adoptaría en ese caso, el criterio del "enumerar *clases*" o "serie cerrada". Pero el "enumerar *clases*", no implicaría de por sí, la eliminación del poder de los particulares para modificar la regulación de los derechos reales legislados. En tal sentido, se sostiene, que conviene tener en cuenta, que no es lo mismo determinar si es posible crear algún derecho real, aparte de los regulados en un Código, que saber si esta creación, en caso afirmativo, carece de límites. Estas dos cosas, muy diferentes —según tales opiniones— se confunden muchas veces. Para expresarlo con otras palabras —se agrega— no es lo mismo determinar si las figuras reguladas como derechos "reales", son las únicas admitidas, que determinar en caso negativo, qué límites hallará en esta materia la "autonomía de la voluntad".⁹

3. Sin perjuicio del examen que seguidamente hacemos de las diferentes legislaciones, y de las conclusiones con que resumimos nuestro análisis, adelantamos aquí, que *contrariamente* a esas afirmaciones, no puede decirse la materia en la forma que se hace. La limitación al libre juego de la voluntad se manifiesta en sus dos aspectos: a) *En la creación de nuevos derechos reales*; b) *En la modificación de las características de los existentes.*

Se debe aclarar por último, que el concepto de "enumerar *clases*", no significa limitar de una vez y por siempre, el número de derechos susceptibles. Deuso de cada ordenamiento jurídico, serán considerados derechos "reales" o al decir de Freitas, estarán "armados" con una acción "in rem" valdrán frente a la masa de las personalidades con las cuales el agente pueda estar en contacto,¹⁰ aquellos que la ley estatuya y regule con tal carácter.

II. Derecho comparado

A — DERECHO CONTINENTAL

1. *Derecho francés.*

No existe en el Código de Napoleón una norma expresa que reserve sólo a la ley la creación de derechos reales.

El art. 543¹¹ ha dado lugar a una larga discusión doctrinaria de la cual damos cuenta brevemente, a través de algunos autores caracterizados.

⁹ En ese sentido, FUGÈ BRUTAU J., "Tratados de Derecho Civil", T. III, Barcelona 1953, pág. 32.

¹⁰ FREITAS A. *TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN*. Introducción.

¹¹ Art. 543 Code Civil —ed. Peires Codes Dalloz— Paris 1958. "On peut avoir sur les biens, ou un droit de propriété, ou un simple droit de jouissance, ou autrement des services fonciers à perpétuité."

El libro II del Cód. Napoleón legisla en el título I sobre los bienes —título II sobre la propiedad, título III del usufructo, uso y habitación, título IV de las

Señala M. Derrupé,¹² que muchos autores, especialmente Demolombe y Auby y Rau, sostienen que el número de derechos reales sería determinado por el Code Civil, dentro del cual, el art. 543 contendría una lista numérica. No sería posible, en opinión de dichos autores, no sólo crear derechos reales fuera de los que el Código enumera, sino tampoco modificar la fiancencia de aquellos que ya existen.

Por el contrario, Geny, Baudry-Lacantinerie y Chaveau, sostienen el criterio opuesto.

Derrupé, expone su opinión en la materia, a propósito de un fallo de la Corte de Casación. Entiende que, en el derecho francés, la simple convención puede ser, tanto fuente de derechos reales como de derechos crediticios, siempre que esos derechos no se opongan al orden público. Restringir el número de derechos reales a aquellos que el Código Civil ha especialmente estudiado, sería atentar contra el principio de la libertad contractual que ningún texto justifica. El art. 543 no hace más que anunciar el plan del libro II; no contiene ninguna limitación expresa a los grupos de poder para constituir un derecho real; es simplemente enumerativo y su enumeración es por otra parte incompleta, por cuanto no menciona ciertos derechos reales generalmente indiscutidos como los de superficie y el de hipoteca.

No obstante tan categórica opinión, en el párrafo siguiente el mismo autor la limita al señalar que los derechos que se crearan por convención particular no podrían tener más poderes que los reconocidos por el legislador. Ellos serían, de hecho, desmembramientos del derecho de propiedad, puesto que éste comprende la suma de los poderes que pueden ser acordados a un individuo sobre una cosa. El número de esos desmembramientos, y por consecuencia, el número de derechos reales, será por fuerza limitado, pero no lo será sólo al de los que el Código describe. Sin embargo, —agrega— conviene notar, conforme lo señala M. Maurice Picard, que "la constitución de un derecho real, no es en general oponible a terceros si no se cumplen ciertas formalidades de publicidad, las cuales no pueden ser legalmente llenadas sino por los derechos y actos que entran dentro de la categoría prevista por la ley; de donde surgiría una nueva dificultad para crear nuevos derechos reales opositibles a terceros, o cuya oponibilidad fuera indiscutida."

¿Podría hablarse en tal caso de derechos reales, si no fueran opositibles erga-omnes?

"La oponibilidad absoluta del derecho real acarrea otra otra consecuencia que, contrariamente al derecho de crédito, cuyo contenido es esencialmente

servidumbre respecto de los inmuebles. (Las limitaciones al dominio por razón de utilidad son legisladas aquí como servidumbres legales).

¹² DERRUPÉ JEAN. "La Nature Juridique du Droit de Prendre à Bail et La Distinction des Droits Réels et des Droits de Créances", París 1932, pág. 293 a 293.

variable y determinado por las voluntades autónomas de los contratantes, el derecho real es en toda hipótesis determinado por la ley.”

Tal la opinión sustentada por Planiol¹³ quien, en otro pasaje de su obra, si bien admite que pueda por contrato crearse desmembramiento de la propiedad, señala que la publicidad del contrato sería condición indispensable para la oponibilidad del derecho transmitido. Pero, como el mismo autor se encarga de destacar, la publicidad no ha sido organizada sino para la transmisión y constitución de derechos reales claramente definidos.

No obstante, la ausencia de norma prohibitoria de creación de derechos reales por voluntad de los particulares en el derecho francés, M^r. Planiol admite que, en la práctica, esto no es posible.

“A vrai dire, le problème me présente guère qu'un intérêt théorique”.¹⁴

Respecto del problema que nos ocupa, dentro del derecho francés, la opinión de los Mazeaud¹⁵ se manifiesta terminante en cuanto a la limitación que sufre la autonomía de la voluntad en la materia de los derechos reales, en contraposición a lo que ocurre en materia obligacional. “Siendo su voluntad autónoma —afirman— las personas son libres, en principio, de crear entre ellas cualquier vínculo jurídico, de tal suerte que no es posible hacer una enumeración limitativa de los derechos personales. No así, en los derechos reales. Puesto que ya no hay dos personas, una en presencia de la otra, sino una persona y una cosa, no puede corresponder a ocio que al legislador definir los poderes que el hombre puede dentro del margen del derecho, ejercer sobre una cosa”.

“El ha dado pues, una enumeración limitativa de los derechos reales”.¹⁶

Digamos finalmente que se ha sostenido con la autoridad que avalan los nombres de Ambroise Colin y Henri Capitant que el derecho francés admite tradicionalmente que los particulares, por actos jurídicos, especialmente por contrato, no puede crear otros derechos reales que aquellos que los textos prevén. Un propietario puede renunciar a ciertos atributos de su derecho en beneficio de otra persona, pero no puede hacerlo sino bajo la forma de derecho personal, de derecho de crédito acordado a otra otra persona. El Código Civil ha querido desambazar la propiedad de todos los derechos (rentas u otros) que la trababan o limitaban bajo el Antiguo Régimen. El art. 543 completado por el 686, entendemos que ha querido restringir el número de derechos reales a aquellos que la ley establece”.¹⁷

¹³ PLANIOL, MARCEL, en Planiol-Ripert, —Traité— Éléments de Droit Civil”, 46^{ma} ed., Paris 1948, t. 1, Nº 2666 y 2747 y 2748.

¹⁴ Ídem anterior.

¹⁵ MAZEAUD H. L Y J., op. cit. t. 2, Nº 1287.

¹⁶ COLIN, CAPITANT, JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, “Traité de Droit Civil”, Paris 1953, t. 1, Nº 1721.

Así pues, a falta de norma expresa, la creación de derechos reales directa o indirectamente, queda fuera del poder de los particulares y reservada a la ley sea partiendo del principio de que los acuerdos privados no serían oponibles a terceros —lo cual es carácter esencial de los derechos reales— o porque, como lo sostienen Colla y Capinam, no podría por acuerdo de partes derogarse un "sistema" legislativo de la propiedad creando desmembramientos de la misma, que la legislación de fondo tuvo en mira suprimir. O sea que, en las legislaciones, el respeto de la autonomía de la voluntad, siempre tiene el freno de las normas en que está interesado el orden público, y admitiendo que la mayoría de la propiedad, reviste dicho carácter, se llega al mismo resultado, que en aquellas legislaciones en que existe norma prohibitoria expresa.

2. Derecho español.

Dispone el art. 2º, Nº 2 de la ley hipotecaria que en el Registro de la Propiedad se inscribirán "los rituales en que se constituyan, reconocan, transmitan, modifiquen o extingan derechos de usufructo, uso, habitación, enfiteusis, hipoteca, censo, servidumbres y otros *cualesquiera reales*". "Conforme a lo dispuesto en el art. 2º de la ley —establece el Reglamento dictado para ejecución de la Ley Hipotecaria en su art. 7º— no sólo deberán inscribirse los rituales en que se declare, constituya, reconozca, transmita, modifique o extinga el dominio o los derechos reales que en dichos rituales se mencionan sino, *cualesquiera otros relativos a derechos de la misma naturaleza*, así como cualquier acto o contrato de trascendencia real que, sin otro nombre propio en derecho, modifique desde luego o en lo futuro, alguna de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales".

Sobre la base de dichos textos y a falta de una norma que como el art. 2502 del Cód. Civ. Arg. reserve expresamente la creación de derechos reales al legislador, parte de la doctrina ha sostenido que el sistema del "numerus apertus" es el que impera en el derecho español.¹²

Dentro de esta posición, Puig Brutau, señala, sin embargo que "la posible creación de nuevos derechos reales tropieza con límites institucionales bastante rigurosos". Para este autor, "existen las formas típicas del derecho legislado, de contenido delimitado y concentrado por el Código y existen las formas inominadas que actúan o se manifiestan en la carnicina del derecho de juristas y que son objeto de especulación cónica por parte del derecho de profesores, que les señala límites infranqueables y características esenciales para que puedan producir los efectos de los derechos reales".

Los derechos reales, legislados en el Código serían según esta concepción otorgados, legislados en series enumerativas que permitirían que el

¹² PUIG BRUTAU J., op. cit., pág. 27 a 33.

derecho objetivo acogiera, presura su protección, a todo interés digno del mismo, mediante la asimilación a la figura más semejante entre las admitidas.

Esta posición no es, señala el propio Puig Bruna, la que encuentre mayor acogida en la doctrina y la jurisprudencia. En tal sentido, se expresa que, en la doctrina, prepondera la opinión favorable al número cerrado por ser "más conforme a las exigencias de los derechos reales, cuya constitución presenta un interés colectivo que aconseja sustrerlos a la libre autonomía de los particulares".¹⁸

A lo ya expuesto sumaremos la opinión de otro jurista de nota, José Cardó Tobeñas, quien señala la distinta importancia que la voluntad y la ley tienen en el ordenamiento de los derechos de crédito y reales, como una de las notas distintivas entre ambos.¹⁹

En su opinión, como en la de otros autores ya citados, "los derechos de crédito pueden nacer bajo las formas más variadas y se rigen por el principio de autonomía de la voluntad. Los derechos reales, por el contrario, escapan a configuración de la ley y obedecen en lo esencial al principio del orden público" como norma general. En consecuencia frente al problema que plantea la ausencia de una disposición expresa en el derecho español, el jurista mencionado se manifiesta partidario de modificar el derecho vigente aceptando el principio del "numerus clausus", por ser el sistema limitativo, a su juicio, "el más conforme con la naturaleza del derecho real y los intereses de los terceros".²⁰ "Las enseñanzas del derecho comparado y la influencia ejercida, sobre todo, por el ilustre hipotecarista Jerónimo González, —señala—, han conseguido ya orientar la doctrina patria en el sentido de rechazar la autonomía de la voluntad en el derecho de cosas, y en lo fundamental, también la jurisprudencia de la Dirección de los Registros".

3. Derecho Alemán

El sistema adoptado en el derecho alemán es el del "numerus clausus". Es decir, no pueden los particulares crear tipos nuevos y distintos a los legislados, según su conveniencia.²¹

¹⁸ ESPIN CANOVAS D. "Manual de Derecho Civil Español". Vol. II, t. 1, Sección I. Nº III. "La Cuestión del número de los derechos reales. Véase el mismo autor op. cit. I, en pág. 11 a 13, trata exclusivamente de los derechos reales regulados en la legislación española.

¹⁹ CASTAÑ TORRES J. "Derecho Civil Español Común y Foral", 9ª edic., Madrid 1937, t. II, págs. 17 a 56, en esp. pág. 17 (árr. c).

²⁰ CASTAÑ TORRES J., op. cit. pág. 54 a 56.

²¹ No existe norma imperativa del texto del art. 1502, C. C. Arg., pero hay acuerdo pacífico en doctrina, inclusive, se lo toma como prototipo del sistema del número clausus. Véase ESPIN CANOVAS, op. cit. pág. 10.

Esto no significa que toda la materia se agote en el Código Civil. La ley de Implantación del B.G.B.²⁰ establece en su sección III reservas a favor de la legislación local, y se señala, en fuerte tono de crítica, que existe en la materia una indeseable dispersión legislativa. Todo lo cual, respecto del problema que nos interesa, no modifica ni limita la afirmación que hemos hecho al comienzo de esta sección.

"El ámbito de los derechos reales —al contrario de lo que sucede en el derecho de obligaciones— apunta Hedemann, se concibe como limitado (*nómerus clausus*)".²¹

En opinión del mismo autor, justifica esta exclusión del ámbito del poder jurídicamente creador de la voluntad de los particulares, la naturaleza absoluta del ejercicio de los derechos reales, el "señorío" que en ellos se manifiesta, que podría degenerar en arbitrariedad.

La propiedad o las relaciones de aprovechamiento penetran según su criterio en el ámbito del Derecho Público.

Con alguna variante en el planteo, Heinrich Lehmann arriba a la misma conclusión.²² Tras puntualizar que el principio de la autonomía de voluntad, (autonomía privada), como principio, rige las relaciones de los sujetos de Derecho entre sí, a través del instrumento que el ordenamiento jurídico pone a disposición de los mismos, o sea a través del negocio jurídico, y en particular el contrato, este autor se encarga de destacar, que el poder jurídicamente creador de la voluntad de las partes no es ilimitado. "En muchos sectores —señala Lehmann— ha puesto la ley a disposición de las partes, para la realización de sus fines económicos o sociales, tipos fijos de negocios jurídicos previstos total o parcialmente de consecuencias jurídicas inalterables. ESPECIALMENTE en los derechos reales ha puesto a disposición la ley sólo un número de formas jurídicas con un contenido fundamentalmente inalterable propiedad, superficie, hipoteca, deuda territorial, deuda de renta, derecho de prenda, servidumbre, cargas reales. EL CÍRCULO DE LOS DERECHOS REALES ES CERRADO".

4. Derecho Suizo

El Código Civil Suizo dedica una parte especial a tratar de la Propiedad y cada uno de los demás derechos reales" dentro de su Libro IV.

"A diferencia de los derechos personales cuyo número la ley no restringe,

²⁰ Arts. 63, 64 y 136 ley Implantación del B. G. B.

²¹ HEDEMANN J. W. "Tratado de Derecho Civil", trad. española, DÍAZ FERRAS, GONZÁLEZ BERNARDEZ, Madrid 1953, Vol. II, Derechos reales, pág. 52 a 69.

²² LEHMANN H., op. cit. pág. 213.

afirma Tuzar comenzando la ley Suiza, los derechos reales son en número limitado; ellos forman un *numerus clausus*.²⁸

En igual sentido, y bajo el *scriptis* titulado "Ausencia de libertad contractual", Weiland²⁹ sostiene que el número de los derechos reales es limitado (*numerus clausus*). Las partes no pueden por convención constituir ningún otro derecho real aparte de aquellos que la ley prevé. La obligación de alimentarse con cerveza por ejemplo, —nos ilustra Weiland muy gráficamente— proveniente de una convención determinada, de construir o de conservar un camino o un canal de riego no pueden ser "convertidos" o transformados en naturaleza real por medio de la inscripción en un registro real, de tal forma que ella incumba sin más a cualquier propietario actual u futuro de un inmueble. Pero no sólo respecto del número rige el criterio restrictivo en el derecho suizo, sino también respecto del "contenido" o mejor dicho, de su reglamentación. Según el mismo autor, los derechos reales no pueden ser constituidos con otro contenido que el permitido por el C.C.S. para cada uno de ellos. Ejemplificando ese segundo aspecto de la cuestión, Weiland cita el caso de las "rentas de renta" que sólo pueden ser constituidas sobre la base de no ser su reembolso exigible por parte del accededor, conforme a los arts. 830 al 832 C. Civil. Así las "rentas de renta" estipuladas como reembolsables después de 5 ó 6 años no son admisibles en la actualidad, como lo fueron precedentemente bajo diversas legislaciones cantonales.

Es importante señalar que el principio de restricción de la autonomía de la voluntad en materia de creación de derechos reales, no sufre derogación por el hecho de que sea posible bajo la legislación suiza, otorgar a ciertos derechos personales efecto real, cumpliendo el requisito de inscripción en el Registro Inmobiliario. La oponibilidad respecto de terceros surge como consecuencia de la inscripción y ésta sólo se admite para el caso de "algunos" derechos personales "previstos" por la ley: por ejemplo, derecho de tanteo.

5. Derecho Italiano

El Código Italiano de 1942, mejorando en forma notable la redacción del Código de 1865, en lo que respecta a derechos reales, dedica el libro III a legislar sobre todos los derechos reales, bajo el rubro "De la Propiedad". En el libro VI del Código, titulado "De la protección de los derechos", legisla sobre las garantías reales y los registros de propiedad.

Ninguna norma contiene el Código que diga expresamente que los de-

²⁸ Tuzar, "Le Code Civil Suisse", 2ª ed. francesa según la 5ª edic. alemana real. HUBER DECHERMAUX, Zurich 1930, pág. 416.

²⁹ WEILAND C. "Les Droits Réels dans le Code Civil Suisse", trad. al francés de H. BOVAT, Paris 1913, t. 1, pág. 8 y 9.

rechos reales se establecen en serie cerrada. Sin embargo, la doctrina así lo ha sostenido.²⁷

Concibiendo que, sobre una misma cosa, además del derecho de dominio (el *iusfactor* de Massimo, dice propiedad) pueda darse otro derecho (o otros varios derechos) en un sujeto diverso del propietario, viene a admitirse una *duplicidad de poderes sobre la misma cosa*, la cual constituye un subcaso de concurso de poderes; siendo el dominio el derecho de propiedad pleno esos derechos que deben coexistir con aquél, constituyen un límite o cargo para el mismo, y a su vez son derechos reales "limitados" a determinados poderes, o conjunto de poderes de contenido económico propio y contrapuestos al poder y al contenido económico peculiar de la propiedad plena. Como consecuencia de lo expuesto, se afirma que los derechos reales sobre cosa ajena son *atípicas*, en el sentido de que la voluntad del constituyente no puede crear figuras nuevas y diversas de las que la ley contempla y regula. La tipicidad de los derechos reales sobre cosa ajena implica nado como decir que éstos son *limitados, como número y como tipo*.

Conforme con estos conceptos, se señala que, la tipicidad comprende también la prohibición de modificar por voluntad del constituyente, al menos en sus rasgos fundamentales, la disciplina jurídica de los mismos.²⁸

Se hace notar, que la tipicidad de los derechos reales sobre cosa ajena depende del principio de la libertad inmobiliaria: la multiplicación de los derechos reales terminaría por abogar, y prácticamente por vaciar de contenido, el derecho del propietario de bien inmueble, como ocurrió en la Edad Media. Pero la tipicidad de los derechos reales sobre cosa ajena, se aclara, no significa que el legislador no pueda innovar, o bien agregar cosas nuevas con el carácter de derechos reales a las figuras tradicionales.

Resumiendo el concepto, se dice que el principio de la tipicidad se refleja como límite a la autonomía negocial (o contractual) de los individuos, en el sentido de que a los individuos se les niega la potestad de crear figuras nuevas (atípicas) de derechos reales, por lo que resultaría inócuo que su voluntad se dirigiese a tal objeto, que está prohibido.

²⁷ Massimo F., "Manuel de Droit Civil et Commercial", trad. SENTE MÉRLENO, t. III, p. 88 esp. pág. 440 y ss.

En el sentido de que la tipicidad debe entenderse también como prohibición de modificar la regulación legal de los derechos reales sobre cosa ajena. Massimo señala que se disminuyó la desaparición (en el Código Civil nuevo) de algunas normas (arts. 478, 814 del Código de 1865) que dejaban a la voluntad de las partes la posibilidad de derogación o modificación de la disciplina jurídica del usufructo y de la servidumbre. *id.*/v. Barassi L., "I Diritti Reali Limitati", Milano 1947, pág. 81, "Tipicità e numerus clausus dei diritti reali limitati".

²⁸ *ib.* V. nota ant.

B. SISTEMA JURIDICO ANGLO-SAJON

Se ha señalado que, dentro del peculiar sistema del Common Law, la "property Law" (Derecho de bienes) es la parte más "original" del derecho inglés. Su técnica, desarrollada no sobre la base del derecho romano, sino de la del derecho feudal, difiere profundamente de la técnica adoptada por todas las otras legislaciones. Ciertamente, el derecho de propiedad inglés, como en los otros sistemas jurídicos modernos, (salvo los del derecho soviético), sobre el principio individualista de la propiedad privada. Pero si bien esta institución, tiene el mismo fundamento, ella ha sido organizada según una técnica propia del derecho inglés.

No obstante admítase que el derecho real inglés es "fluido", y contiene una variedad considerable de categorías jurídicas se reconoce, sin embargo, que, como en la mayor parte de los otros sistemas jurídicos, el derecho patrimonial inglés no admite más que un "numerus clausus" de derechos reales y la autonomía de las partes no puede formar otras relaciones jurídicas que aquellas que la ley ha regulado.²⁸

C. DERECHO AMERICANO

1. Derecho Brasileño

No obstante no exista norma expresa del tenor del art. 2502, el Código Brasileño de 1916, estructurado formalmente sobre el modelo del Código Alemán, (según sostiene la doctrina que olvida muchas veces con imperdonable ligereza la enorme tradición de que doró al Brasil el extraordinario jurista Teixeira de Freitas) consagra también el sistema del "numerus clausus". En el 2º libro de la parte especial y bajo el acópite de "Direito das Coisas", legida sobre la posesión, propiedad y sus desmembramientos e inclusive sobre la propiedad literaria, científica y artística,

"El propietario de una cosa puede constituir apenas los derechos reales especificados en la ley, afirma Orlando Gomes;²⁹ el propietario no es libre de crearlos, debiendo conformarse con los "tipos" regulados legalmente. No tiene poder de crear, por acto de su voluntad o mediante convención, otras especies de derechos reales que las definidas en la ley. Dice en consecuencia —destaca el mismo autor— que la constitución de derechos reales obe-

²⁸ ARMINJON NOLDE WOLF, "Tratado de Derecho Comparado". París 1952, t. III. Nuestro texto es traducción de los dos últimos párrafos de la pág. 9. Nos hemos limitado a ello, pues creemos el estudio con más amplitud acordada las posibilidades de nuestro trabajo, siendo el sistema anglosajón, especialmente en esta materia, basado en principios particularizantes, con una técnica particular, exigida llevar el estudio al extremo de comentar por explicar una terminología que, por responder a dicho sistema, se consigna a las legislaciones del tipo continental al cual responde nuestro Código.

²⁹ GOMES O., "Direito Real", ed. Forense, Río 1958, pág. 18 y 21.

dece al sistema del *numerus clausus*, al contrario de la formación de los contratos, en los cuales, imperando el principio de la libertad de estructuración del contenido, prevalece el sistema del "*numerus apertus*". Sosiene Gomes que en el derecho brasileño hay acuerdos pacíficos acerca de este punto.

Aunque, con la transcripción de la opinión de Gomes podríamos considerar suficientemente ilustrado la cuestión en estudio, dentro del Derecho Brasileño, citemos también a Lafayette, R. Pereira "*Direito das coisas*", quien en apretada síntesis nos informa además, acerca del fundamento del criterio legislativo adoptado.⁴⁰

Tras señalar que los derechos reales y personales aumentan el poder de nuestra voluntad sobre el mundo exterior; constituyen por así decir, un protagonismo artificial de nuestras facultades originales; recaen sobre objetos externos (una cosa, la naturaleza no libre, actos de terceros, naturaleza libre) que pueden convertirse en valor pecuniario, afirmando que son éstos los derechos reales y los personales, el autor citado pone de relieve que, *el Dominio*, (derecho de propiedad en sentido estricto) *es el derecho real en toda su plenitud o derecho real por excelencia*, síntesis de todos los derechos reales; manifiestas por todos los actos que los hombres pueden practicar sobre la cosa corpórea; en la "*plana potestas*", imperio exclusivo y absoluto de nuestra voluntad sobre una cosa.

"¿Será entonces permitido al señor de una cosa hacer con su dominio las demarcaciones que le plantea creando derechos reales no consagrados por las leyes?"

Al problema así planteado, se responde sosteniendo que, la constitución de derechos reales sobre inmuebles, se vincula directamente con la organización de la propiedad: le crea restricciones, disminuye su valor y, gravándola con cargas, se craba su circulación; lo cual influye directamente sobre el crédito territorial, institución con la cual se relacionan grandes intereses de orden público". En consecuencia, "parece más razonable la opinión de que el propietario, no puede constituir derechos o cargas reales que no se hallen establecidas o reguladas por las leyes (conforme el criterio de Demolombe, Marcou, contra lo sostenido por Toullier).

7. *Derecho Argentino*

El principio de la limitación de la autonomía de la voluntad en materia de derechos reales está expresamente consagrado en el artículo 2502, cuya parte primera dispone que los derechos reales sólo pueden ser creados por la ley. Siendo ésta una norma prohibitoria, su violación, en cualquiera de las dos formas; constitución de otros derechos reales o modificación de los establecidos en la ley, ya sea por contrato o testamento, debería acarrear la

⁴⁰ LAFAYETTE RODRIGUES PEREIRA, "*Direito das Coisas*", Adaptado al Código Civil por J. B. DE ANDRADE E SILVA, 6ª edic. Rio 1956, págs. 21 y 22.

nulidad del acto. Pero, la segunda parte del mismo artículo 2502, en concordancia, con el artículo 18 ("Los actos prohibidos por las leyes son de ningún valor, si la ley no designa otro efecto para el caso de convalidación"), permite que todo contrato o disposición de última voluntad que constituyese otros derechos, o modificase los que por este Código se reconocen, valdrá sólo como constitución de derechos personales, si como tal pudiese valer.

Esta aparente contradicción entre una norma prohibitoria y la que reconoce por otra parte ciertos efectos al acto contrario a la norma, ha sido justificada sobre la base de que, "en ciertos casos la sanción de nulidad iría mucho más allá de la oferta del interés que motiva la prohibición".⁴¹

Sin entrar a analizar por ahora cuál es el interés tenido en vista, nos interesa destacar que la disposición del art. 2502 no encierra convalidación al principio de *numerus clausus*, ni éste se derivaría por algunas inconsecuencias de método en que incurra nuestra ley de fondo.

En tal sentido, Allende ("Tratado de Enfieneis") afirma "que el artículo 2502 establece el "numerus clausus" en su primera parte, cuando dice:

"Los derechos reales sólo pueden ser creados por la ley".

"Principio afirmado rotundamente —agrega— por la nota que lo acompaña".

"Demolombe en el tomo IX, sostiene extremadamente la revulsión del artículo contra numerosos juriscónsultos franceses...".⁴²

Concordando con el art. 2502, el artículo 2503 enumera una serie de derechos reales. Esta debe ser completada, a su vez, con la disposición del artículo 2614, la cual, según interpretación doctrinal y jurisprudencial prevaliente, admite también la constitución de cosas por hasta 5 años.⁴³

No obstante haber acuerdo, en principio, acerca del criterio restrictivo de la autonomía de la voluntad adoptado en materia de derechos reales, no han dejado de plantearse problemas a su respecto.

En primer término, la redacción del artículo 2614 ha dado lugar a divergencias interpretativas.

⁴¹ La cita es de OZZAR, op. cit. pág. 64. Respecto de la aplicación de la 2ª parte del art. 2502 v. ALLENDE op. cit. en n/rota 32, págs. 70 a 73. "Si se aplicara —a Allende— daría lugar a un resultado similar de pñicos".

La fuente del art. 2502 C. Arg. es el Eboquo de Positas, art. 3703, 3706.

⁴² ALLENDE G., "Tratado de Enfieneis y demás derechos reales españoles o recogidos por el Código Civil", Ed. An. 1944, pág. 47.

⁴³ Entendemos aquí cosas en el sentido amplio que propiamente Allende en op. cit. pág. 125 y en *Add/v.* adiciones en nuestras notas 34 y 35.

Machado entendía que todos los derechos enumerados en el 2614, salvo las vinculaciones podían crearse por el término de 3 años.²⁴ Otros juristas concordaban en que sólo cabía admitir los censos y/o las rentas por ese lapso.²⁵

La opinión de Allende, resuelve la cuestión sosteniendo que "se ha discutido si la cláusula de los cinco años sólo comprende a las rentas o también incluye a los censos. Pero esta discusión, afirma, no pasa de ser meramente gramatical, carece de relevancia jurídica".

"En efecto, agrega el profesor Allende, los autores que tratan la cuestión no han reparado en general en que hay que resolver un problema previo, o sea si existen diferencias entre los censos y las rentas...".²⁶

Del estudio de otras normas del Código, como los arts. 2070 al 2088 y de la nota al 2070, como así de las fuentes del codificador, Allende concluye que "la cláusula permisiva de los cinco años comprende únicamente a los censos", aclarando que al decir únicamente a los censos, demás está decir que podríamos haber empleado los términos "rentas reales", pero no es sino una expresión sinónima de la primera y preferimos conforme a lo expuesto anteriormente usar el vocablo "censos". En cuanto a la enfiteusis, al derecho de superficie y a las vinculaciones, sin duda, el artículo 2614 las excluye.

Pero además de su redacción, es la existencia misma del artículo mencionado, la que ha provocado conjeturas y problemas. Como lo señala Allende, si, según los arts. 2502, 2503 los derechos reales "sólo pueden ser creados por la ley, no es lógico que otro artículo salga diciendo que determinados derechos reales no pueden crearse, porque no solamente arts no pueden crearse, sino ningún otro que no esté expresamente permitido".

Si bien, conforme Allende, el artículo mencionado constituye sólo un criticable error de método, su existencia ha dado pie principalmente para que, sobre la base de que la enumeración del art. 2503 no sería taxativa, (ya que fuera de ella existen dentro del Código otros derechos reales admitidos, tales los censos) se sostenga:

1) Que la posesión constituiría un derecho real omitido en la enumeración.²⁷

²⁴ MACHADO J. O., "Exposición y comentario del Cód. Civil Argentino", Bs. As. 1900, t. VII, pág. 13. La jurisprudencia ha rechazado la interpretación, v. fallos cit. Allende op. cit. pág. 43.

²⁵ DARIEN - VERA VILLALONCA, op. cit. pág. 24 sostienen la tesis de que sólo los censos y rentas pueden crearse por el término de 3 años. En igual sentido, LAFAYETTE, op. cit. pág. 33.

²⁶ ALLENDE G., op. cit. pág. 40 y n.

²⁷ Esta posición era ya admitida por las notas de VILLET a los arts. 2351 y 2478. Cuestionada por demás debilidad.

2) Que el criterio del "númerus clausus" proclamado en los arts. 2502, 2503 no sería más; que sólo se pretendió con ese expediente suprimir algunas desmembraciones del dominio que gozaban del disfavor del codificador. Por todo lo cual, se pretende que no cabría privar de protección a cualquier interés digno de ella, cuando pudiese otorgársela mediante la asimilación a la figura más semejante entre las admitidas.

Los problemas se resuelven a nuestro entender, aceniéndose al verdadero significado del concepto de númerus clausus, como limitación a la autonomía de la voluntad en los términos en que hemos expuesto la cuestión en el N° 5 de nuestra Introducción.

Por otra parte, no puede perderse de vista que Vélez adoptó la clasificación de los derechos siguiendo el método de Freitas, es derechos personales y reales como Summa Divisio y sobre esa distinción, construyó el sistema del Código.

Así, como Freitas arribó a la conclusión que lo que distingue con carácter peculiar a esos derechos que recaen "recta viá" sobre las cosas, íntegros o parcialmente, por motivos diferentes, es el estar "armados" de acción real, es el poder perseguirlos "adversus omnes". Vélez también aceptó que la condición distintiva de los derechos reales frente a los derechos personales patrimoniales, es que, en los primeros, "se correspondiere obligación afecta a la masa entera de las personalidades con las cuales el agente de derecho pueda estar en contacto", obligación ésta que dentro del sistema del Código sólo puede ser creada por la ley.

Así ha podido expresar Machado, en sus "Comentarios": "Entre los derechos absolutos figuran los reales donde no se encuentra a la persona directamente obligada, ni la cosa que se deba pedir; la obligación reside en todos los individuos que están en el deber de guardar inacción en presencia de la cosa o del derecho que va escrita en ella. En las obligaciones, por el contrario, siendo esencialmente personales hay una persona o personas directamente responsables, y el objeto es un hecho que el obligado debe realizar, o de que debe abstenerse, habiendo tenido derecho para ejecutarlo; en una palabra, una persona que es el acreedor y la otra el deudor. De esta manera de considerar los derechos nace, la diferencia de las acciones. El derecho real lleva consigo una acción IN REM, que sólo tiene por objeto la cosa sin consideración, a la persona que la detenta; mientras la obligación engendra la acción IN PERSONAM, y tiene por objeto compeler al deudor a ejecutar un hecho o abstenerse del que tenía derecho de hacer.

... Como el derecho real es absoluto y se hace valer contra los individuos que están obligados pasivamente, se sigue de ahí, que sólo la voluntad soberana del legislador puede hacerlo nacer; por eso dice el art. 2502: los derechos reales sólo pueden ser creados por la ley.

...La voluntad del individuo es impotente para limitar la acción de todos los que no han intervenido en el nacimiento del derecho".⁸⁸

En consecuencia, si bien es cierto que Vélez suprimió ciertos derechos reales por el diáspora de que ellos gozaban en épocas del codificador, el "numerus clausus" no fue adoptado por ese motivo sino que se le impuso como consecuencia de la adopción de un "sistema" jurídico.

Pero además, creemos que no deben olvidarse otras consideraciones de las que hace mérito el propio Vélez en la nota al artículo 2307.

"LA NACIÓN tiene el derecho de reglamentar las condiciones y las cargas públicas de la propiedad privada. El ser colectivo que se llama Estado, tiene, respecto de los bienes que están en su territorio un poder, un derecho superior de legislación, de jurisdicción y de contribución, que aplicado a los inmuebles, no es otra cosa que parte de la soberanía territorial interior".

"Para mantener esa soberanía, —expresa Sánchez de Bustamante comentando la nota— para defenderla en toda su integridad y dar satisfacción a sus fines específicos, se explica que con todo celo el Estado se haya reservado para sí la facultad de establecer cuáles son los únicos derechos reales susceptibles de constituirse o de transmitirse y qué formalidades deben necesariamente en relación a la importancia atribuida a cada uno de los actos a cumplirse".⁸⁹

Bibiloni y la Comisión Reformadora mantuvieron el principio del numerus clausus, aunque lo exponen adoptando un método distinto al del Código.

El Anteproyecto, en el Libro II, Título IV "de la Propiedad de las Cosas" establece un artículo en sustitución de los arts. 2306, 2307, 2308, 2309 y 2315 que reza:

"El dueño de una cosa puede disponer libre y exclusivamente de ella en la plenitud de las relaciones jurídicas de que es susceptible.

No puede limitarse ese poder sino por la constitución de los derechos reales que este Código autoriza".

Y en la nota, entre otros conceptos, Bibiloni expresa:

"Relaciones jurídicas, decimos.— Con lo que ya expresamos que esas relaciones son de orden legal. Es la ley la que reglamenta ese derecho, le señala sus bases orgánicas, su extensión, y su límite. La ley, esto es, no solamente la ley -Código, y las accesorias que puedan dictarse episódicamente, leyes reglamentarias todas, sino también la ley fundamental de la República,

⁸⁸ MACHADO J. O., op. cit. t. VI, págs. 473 y ss.

⁸⁹ SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE M., "La propiedad", B. A. 1947, pág. 36.

que lo constituye como un derecho constitucional y lo defiende contra el exceso de la reglamentación: Artículos 14, 17, 28°.

CONCLUSIONES

Del Análisis efectuado concluimos:

1.—El principio del *númerus clausus* en derechos reales es una limitación a la libertad reconocida a los individuos como principio, para manifestar válida y eficazmente su voluntad jurídica.⁴⁹

2.—Esta limitación puede estar expresamente impuesta en las legislaciones, y en este caso, notamos que aparece con dos modalidades:

- a) Una norma imperativa y una enumeración y reglamentación legal (Ej. C. C. Argentino).
- b) Una serie de figuras reglamentadas en las leyes de fondo (Códigos Alemán y Suizo).

3.—Puede no estar expresamente impuesta, como en el caso de la legislación francesa y española y aún, como en ésta última, puede existir una norma que permita la creación de nuevas figuras de derechos reales, en cuyo caso consideramos que el *númerus clausus* existe implícitamente, por el sólo hecho de acogerse el "sistema" legislativo basado en la diferenciación de derechos en personales y reales.

4.—La opinión contraria a nuestra conclusión, se basa, por un lado, en que, a falta de prohibición expresa, el principio de la autonomía de la voluntad rige en su plenitud, (todo lo que no está prohibido, está permitido). Por otro lado, se sostiene que no existe diferencia conceptual entre derechos crediticios y reales y que el criterio del *númerus clausus* responde más a razones de orden práctico que de orden teórico y conceptual.

Respecto de la primera observación y sin necesidad de introducciones en el problema de si existe o no crisis del derecho con la creciente intervención del Estado en la vida del derecho privado (contrato normado, necesario, etc.), hemos señalado que aún dentro del esquema tradicional, la libertad individual como fuera vinculadora surte los efectos que el ordenamiento jurídico le reconoce, y sólo dentro del marco de éste, siendo el orden público y las buenas costumbres los standards jurídicos que encierran el concepto de límite impuesto a la voluntad individual por el ordenamiento jurídico en salvaguardía de la organización misma del Estado y sus instituciones. Respecto de la segunda objeción, demostramos sólo que las legislaciones vigentes mantienen la tradicional diferenciación; "y es, precisamente,

⁴⁹ MURRAY A. L. "La voluntad y la capacidad en las áreas jurídicas". Editorial Jurídica de Chile, 1953, págs. 67 a 78.

el carácter absoluto y permanente de las relaciones jurídicas reales, el amplio círculo de intereses que por ellas son afectadas, que hace que la autonomía de la voluntad debe ser objeto de una mayor limitación que en las relaciones obligatorias⁴¹

5.—Así, se ha señalado, hay veces que la voluntad de los particulares sólo es eficaz para generar el acto jurídico, pues todo el acto en su contenido y efectos está reglamentado por la ley de tal modo que los particulares no pueden modificarlo en ningún sentido, o sólo pueden hacer las modificaciones determinadas en la ley misma. En este caso se encuentran casi todos los actos jurídicos del derecho de familia o (en los actos) relacionados con la organización de la propiedad.⁴²

⁴¹ DE COSIO Y CORRAL, "Instituciones de derecho hipotecario", 2ª edic.

⁴² HERRERO A. L., *op. cit.*, pág. 71.