

XX CONGRESO NACIONAL DE DERECHO REGISTRAL
San Fernando del Valle de Catamarca
13, 14 y 15 de Junio de 2019

TEMA 2

REGISTRACIÓN DE DERECHOS REALES DE DISFRUTE

A. Usufructo, uso y habitación. Constitución contractual y testamentaria. Constitución y reserva. Desdoblamiento simultáneo del dominio. Transmisión del usufructo y del uso. Embargo y ejecución de derechos reales de disfrute. Renuncia al Usufructo, uso o habitación. Certificados. Usufructo, uso y habitación sobre parte materialmente determinada. Negocios sobre el rango.

B. Servidumbres. Constitución contractual y testamentaria. Técnica inscriptoria en servidumbres personales y reales. Publicidad Registral de los distintos modos extintivos de las servidumbres.

Coordinadora:
Eleonora CASABÉ

Subcoordinador:
Jorge Alberto LATINO

PAUTAS

Corresponde a esta Comisión el estudio de la “Registración de Derechos Reales de Disfrute”, institutos que han sido tratados en distintos congresos, jornadas y encuentros jurídicos de gran relevancia académica, imponiéndose la necesidad de un abordaje de ese tenor desde la perspectiva registral, sobre la base de aportes de operadores jurídicos de diversos sectores y demarcaciones territoriales.

Así, dentro de los derechos reales sobre cosa ajena, encontramos a los llamados derechos reales de disfrute: al usufructo, al uso, a la habitación y a la servidumbre. Estos derechos constituyen herramientas jurídicas ampliamente utilizadas y temas de indiscutible trascendencia para este Congreso, atento a su necesaria publicidad registral, con miras a una plena oponibilidad. Desarrollaremos a continuación, y en consecuencia, pautas meramente orientativas y enunciativas de los aspectos más relevantes de estas figuras.

Al adentrarnos en este estudio, presenciamos dos elementos que interactúan constantemente entre sí, y que son el tiempo y las facultades conferidas: cuantas más facultades otorgue el derecho real en cuestión, menor será el tiempo que el legislador le conceda a su titular (mientras que el usufructo otorga amplias facultades y tiene un plazo de duración que no puede exceder la vida del titular, las servidumbres pueden otorgar una facultad específica y extenderse a perpetuidad).

Es así que el Código Civil y Comercial de la Nación, desde el punto de vista metodológico, legisla estos derechos reales en orden decreciente en cuanto a intensidad de facultades, definiendo al **usufructo** como *“el derecho real de usar, gozar y disponer jurídicamente de un bien ajeno, sin alterar su sustancia (...)”* (artículo 2129), al **uso** como *“el derecho real que consiste en usar y gozar de una cosa ajena, su parte material o indivisa, en la extensión y con los límites establecidos en el título, sin alterar su sustancia”* (artículo 2154) con miras a satisfacer las necesidades del usuario y eventualmente de su familia, a la **habitación** como *“el derecho real que consiste en morar en un inmueble ajeno construido, o en parte material de él, sin alterar su sustancia”* (artículo 2158), y a la **servidumbre** como *“el derecho real que se establece entre dos inmuebles y que concede al titular del inmueble dominante determinada utilidad sobre el inmueble sirviente ajeno(...)”* (artículo 2162).

A su vez, dentro de la regulación dispuesta por el Código Unificado, tanto el derecho real de uso (artículo 2155) como el derecho real de habitación (artículo 2159) remiten a las reglas del usufructo, con excepción de las disposiciones particulares establecidas en sus respectivos títulos; y, respecto del derecho real de servidumbre, se reduce la casuística y las clasificaciones que traía Vélez Sarsfield, lo cual se ve reflejado en el número de artículos que, en comparación, cada cuerpo normativo destina a esta figura.

Adentrándonos más aun en las facultades que otorgan estos institutos a sus titulares, el usufructuario podrá **transmitir** su derecho, conforme lo dispuesto por la primera parte del artículo 2151 (*“El usufructuario puede transmitir su derecho, pero es su propia vida y no la del adquirente la que determina el límite máximo de duración del usufructo. Con carácter previo a la transmisión, el adquirente debe dar al nudo propietario garantía suficiente de la conservación y restitución del bien”*), y podrá constituir derecho real de servidumbre, anticresis, uso y habitación, y derechos personales de uso o goce, encontrándose discutida la posibilidad constitución de hipoteca.

Por su parte, el uso y la habitación solo pueden constituirse a favor de personas humanas, no pudiendo el usuario constituir derechos reales (artículo 2156) -sin perjuicio de poder transmitir su derecho (artículo 1906)-, ni el habitador derechos reales o personales (artículo 2160) y, en cuanto a la servidumbre, su titular puede constituir sobre ella derechos personales con relación a la utilidad que le es conferida, sin poder constituir derechos reales (artículo 2173).

Importa, en este contexto, el análisis de la interacción entre las facultades del titular del derecho real de disfrute en cuestión y la viabilidad, o no, de afectación al régimen de protección de la vivienda (arts. 244 y ss.), junto con su trascendencia registral.

Por otra parte, en lo que respecta a las causas-fuente de estos Derechos, ponemos la lupa en la **vía contractual** y en la **testamentaria**, debiendo resaltarse en cada una de ellas la conformación del documento registrable.

En relación con el usufructo, el uso y la habitación, se mantienen los **modos de constitución** con los que trabajábamos en vigencia del derogado Código Civil de Vélez Sarsfield:

- a.- por el desplazamiento del uso y goce con reserva de la nuda propiedad (modo *per traslationem*);
- b.- por el desplazamiento de la nuda propiedad con reserva del uso y goce (modo *per deductionem*);
- c.- por el desdoblamiento simultáneo del dominio, desplazando el usufructo a favor de un tercero, y la nuda propiedad a favor de otro.

En este último supuesto, cuando este desdoblamiento sea de fuente contractual, es importante debatir acerca de la posible relevancia del orden en que se redacten estos actos en el instrumento y del eventual impacto que ello pueda tener en el ejercicio de la función registral.

Del mismo modo, amerita detenernos en la posibilidad de constitución de estos derechos reales a través de la partición de comunidades (sea condominio, comunidad hereditaria o régimen patrimonial matrimonial), analizando si es preciso que previamente se adjudique el dominio y luego se constituya el derecho real de disfrute; o si, por el contrario, éste último puede quedar configurado con las mismas adjudicaciones que integran el acto partitivo.

Asimismo, cabe mencionar la trascendencia que ha tenido el artículo 1002, inciso d), del Código Civil y Comercial de la Nación ("*No pueden contratar en interés propio: (...) los cónyuges, bajo el régimen de comunidad, entre sí*"), principalmente en aquellas demarcaciones que aceptaban la transmisión de dominio con reserva de usufructo para el titular registral y el cónyuge no titular. Dado que se encuentra en análisis la modificación de algunos artículos del Código Civil y Comercial y, en especial, la posibilidad de derogación del inciso d) del artículo 1002, es importante analizar si, en el supuesto de que así se legisle, ello puede abrir, o no, la posibilidad de aceptar la reserva del usufructo para el titular y su cónyuge, siempre tratándose de bienes gananciales.

Interesa también, en lo que respecta a **la forma de constitución del usufructo**, analizar la calificación que deberá efectuar el registrador, ante las posturas encontradas que se han suscitado alrededor de los artículos 2133 ("*En ningún caso el juez puede constituir un usufructo o imponer su constitución*") y 441, del que se desprende que, en caso de desacuerdo en el proceso de divorcio, el cónyuge a quien le produce un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación y que tiene por causa adecuada el vínculo matrimonial y su ruptura, tiene derecho a una compensación, que "*puede pagarse con dinero, con el usufructo de determinados bienes o de cualquier otro modo que acuerden las partes o decida el juez*". Misma regla se aplica al conviviente, en virtud del artículo 524.

Además de la importancia de las implicancias registrales de estos aspectos, sumamos la consideración de su **trascendencia catastral**, especialmente en el supuesto de constitución de derechos reales de disfrute sobre parte determinada.

Pasando a una de las grandes novedades, sino la más trascendente, que el Código Civil y Comercial de la Nación trae en la materia, encontramos la posibilidad de **transmisibilidad, embargo y ejecutabilidad** de algunos de estos derechos de disfrute. En este sentido, la doctrina es conteste en reconocer el cambio de paradigma con el Código Velezano, especialmente respecto a su inejecutabilidad: el usufructo ahora es subastable (art 2144), posturas encontradas se han pronunciado respecto al uso, y la habitación continúa inejecutable e intransmisible.

Respecto al derecho real de uso, la inclusión de este tema persigue el esclarecimiento de las consecuencias que genera la inscripción de documentos por los que se ruega su subasta, en aquellas demarcaciones en las que se admiten, a fin de obtener un adecuado encuadre jurídico.

Vemos entonces el porqué del cambio de paradigma: el uso (para quienes así lo entienden) y la habitación, al ser inejecutables, podrán ocupar el rol del usufructo en los casos en que se pretenda resguardar la facultad de habitar el inmueble, sin que pueda subastarse el derecho.

Se espera, entonces, un profundo debate en torno a las **incidencias registrales del embargo y ejecución** en los supuestos mencionados, analizando el contenido y ubicación del asiento registral de embargo y subasta, entre otros aspectos que resulten del esperado debate.

Además, atento a la **transmisibilidad de los derechos reales de usufructo y uso**, se abre la posibilidad de efectuar distintos análisis desde la perspectiva registral, tales como:

- a.- Solicitud de certificados;
- b.- Eventual calificación del asentimiento conyugal (arts. 456 y 470) y convivencial (art. 522);
- c.- Técnica inscriptoria, con especial referencia a la subsistencia, o no, del asiento registral del usufructuario o usuario de primer grado;
- d.- Impacto registral del prefallecimiento del usufructuario o usuario de primer grado;
- e.- Impacto registral del prefallecimiento del usufructuario o usuario de segundo o ulterior grado.

Asimismo, siendo que han cambiado su naturaleza por ser trasmisibles y ejecutables, cabe reflexionar sobre el alcance de los términos “transferencia” y “constitución”, y su correcto uso y encuadre jurídico.

Por otro lado, es oportuno considerar la interacción de estos institutos con los llamados **“negocios sobre el rango”** receptados en el artículo 19 de la ley 17.801 (*“La prioridad entre dos o más inscripciones o anotaciones relativas al mismo inmueble se establecerá por la fecha y el número de presentación asignado a los documentos en el ordenamiento a que se refiere el artículo 40. Con respecto a los documentos que provengan de actos otorgados en forma simultánea, la prioridad deberá resultar de los mismos. No obstante las partes podrán, mediante declaración de su voluntad formulada con precisión y claridad, substraerse a los efectos del principio que antecede estableciendo otro orden de prelación para sus derechos, compartiendo la prioridad o autorizando que ésta sea compartida”*) y, para alguna corriente, reflejados, en alguna medida, en el artículo 2575 del Código Civil y Comercial de la Nación. Se permite así que las partes hagan acuerdos y negocios relativos al orden de prelación de sus derechos, entre aquellos que sean compatibles a tal efecto.

Recordemos que, en nuestro sistema de rango de avance, hay algunas pretensiones incompatibles (se rechazan recíprocamente) y otras compatibles (pueden coexistir en el mundo jurídico) sobre la misma cosa: cuando las pretensiones son compatibles, se practican dos registraciones ordenadas jerárquicamente según lo que se denomina **“rango”**. Y, si bien el Código Civil y Comercial de la Nación no resuelve normativamente el alcance de los términos “preferencia”, “prioridad” y “rango”, nos limitamos a señalar aquí que, en los derechos reales que son compatibles, hablamos de rango, mientras que, en los incompatibles, de postergación.

Se abre entonces el juego a estos negocios sobre el rango, entre los que podemos encontrar (indistintamente de la denominación o terminología que se emplee) supuestos como el intercambio de rango entre derechos inscriptos (conocido como permuta de rango); o la reserva de rango para una constitución futura, preferente respecto de la que está teniendo lugar (generalmente llamada reserva de rango); o el convenio en virtud del cual dos o más derechos inscriptos pasan a compartir el mismo orden de prelación (denominado coparticipación de rango); o el caso en que un titular cede la prioridad de su derecho inscripto en favor de otro (generalmente denominado posposición de rango). Junto a ello se pone el acento en la necesidad o no de requerir y calificar asentimientos conyugales, convivenciales, y conformidades de titulares intermedios de derechos inscriptos.

Llevado a un ejemplo concreto, podemos observar la preferencia por prioridad temporal ante el habitual supuesto de donación de nuda propiedad con reserva de usufructo, en caso que el nudo propietario desee constituir posteriormente hipoteca. Así, habrá acreedores reticentes a otorgarla, en virtud de la preexistencia de un derecho real inscripto (usufructo), cuyo titular no podrá ser perjudicado por tener un derecho más antiguo en el tiempo, siéndole inoponible, en consecuencia, una hipoteca posterior. En vigencia del derogado Código Civil la doctrina encontraba distintos caminos para alcanzar el objetivo del nudo propietario (extinción de usufructo, constitución de hipoteca, y nueva constitución de usufructo; renuncia del usufructuario a su derecho en forma condicionada

a la ejecución de la hipoteca en caso de incumplimiento; recurrir a los negocios sobre el rango, otorgando preferencia en el rango a la hipoteca que se está constituyendo, por sobre el usufructo ya constituido), si bien reconocía la existencia de escasos pronunciamientos jurisprudenciales en la materia.

En este contexto, y con las reseñadas novedades que incorpora el Código Civil y Comercial de la Nación, podemos plantearnos si estos negocios con trascendencia registral mantienen su alcance, si existen nuevas alternativas al respecto y cuál es el tratamiento registral que merecen, con especial referencia a la técnica inscriptoria que se empleará al tomar razón de estos negocios jurídicos y de las diversas situaciones jurídicas registrables que se presenten en relación con ellos.

Por otra parte, al detenernos en el **derecho real de habitación**, encontramos los supuestos de habitación del cónyuge supérstite en el artículo 2383 (*“El cónyuge supérstite tiene derecho real de habitación vitalicio y gratuito de pleno derecho sobre el inmueble de propiedad del causante, que constituyó el último hogar conyugal, y que a la apertura de la sucesión no se encontraba en condominio con otras personas. Este derecho es inoponible a los acreedores del causante”*), y la novedad del derecho de habitación del conviviente supérstite en el artículo 527 (*“El conviviente supérstite que carece de vivienda propia habitable o de bienes suficientes que aseguren el acceso a ésta, puede invocar el derecho real de habitación gratuito por un plazo máximo de dos años sobre el inmueble de propiedad del causante que constituyó el último hogar familiar y que a la apertura de la sucesión no se encontraba en condominio con otras personas. Este derecho es inoponible a los acreedores del causante. Se extingue si el conviviente supérstite constituye una nueva unión convivencial, contrae matrimonio, o adquiere una vivienda propia habitable o bienes suficientes para acceder a ésta”*). Debemos señalar que el abordaje de estas figuras ha tenido lugar en oportunidad del XIX Congreso Nacional de Derecho Registral, celebrado en el año 2017 en Mar del Plata, Provincia de Buenos Aires, por lo que aconsejamos la lectura de los postulados y conclusiones allí alcanzados, con miras a efectuar análisis originales e innovadores a la hora de tratar estos temas.

Deberá debatirse y analizarse también el impacto registral de los distintos **modos extintivos del usufructo, el uso y la habitación**, abordando en cada uno de ellos, el documento registrable, los alcances de la calificación del registrador y la técnica inscriptoria.

Sin perjuicio de esta apreciación general, nos detenemos en la especificidad del supuesto de una pretendida **renuncia al derecho real de usufructo**, cuando éste se encuentra embargado. La práctica impuesta – y normada, en el caso de algunos registros inmobiliarios – de requerir certificación de inhibiciones con carácter previo al otorgamiento de la escritura pública de renuncia, abre el debate en caso de preexistencia de la referida medida cautelar, de su viabilidad jurídica, de la exigibilidad (o no) del previo levantamiento de la medida cautelar, con el consabido reflejo que esto genera en el ejercicio de las funciones del notario y del registrador. Será importante ahondar, a su vez,

en la viabilidad de la calificación registral en relación al otorgamiento (o no) de asentimiento conyugal o convivencial frente a la renuncia de usufructo.

A su turno, en cuanto a la **servidumbre**, esta se constituye en el derecho real sobre cosa ajena que menos facultades atribuye a su titular, a tal punto que, en caso de duda respecto de una facultad conferida, se entiende que la misma le corresponde al titular del inmueble sirviente. En este sentido, este derecho real se establece entre dos inmuebles, el dominante y el sirviente, otorgando al titular del primero una determinada utilidad o goce específico.

Resulta de interés adentrarnos en el estudio de las servidumbres personales y reales, especialmente en cuanto a la técnica inscriptoria, la vinculación que se genera entre las matrículas del fundo dominante y del fundo sirviente a la hora de confeccionar los asientos registrales respectivos, y la publicidad registral de los distintos modos extintivos de las servidumbres, tanto los generales como los especiales establecidos en el artículo 2182 del Código Civil y Comercial de la Nación. Respecto de la servidumbre “por destino del padre de familia”, dejamos planteado el análisis de la conveniencia o inconveniencia de su supresión por el Código Unificado, y el interrogante respecto a las consecuencias que ello tendrá en la práctica registral.

Estos aspectos constituyen tan solo algunas de las innumerables aristas que en esta Comisión tendremos ocasión de analizar, con la esperanza de un amplio intercambio entre los distintos operadores jurídicos, a fin de consolidar conclusiones en las que se vislumbre el tratamiento interdisciplinario de estas figuras.