

# EL OBJETO DE LOS DERECHOS REALES EN LAS XVIII JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL

Por **Gabriela Alejandra Vázquez**

## 1. Introducción

Las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil se celebraron en la ciudad de Buenos Aires entre los días 20 y 23 de septiembre de 2001 en homenaje al doctor Alberto J. Bueres y en memoria del profesor doctor Roberto López Cabana. Organizadas por la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES), su Comisión N° 4 se abocó a la cuestión de los derechos reales e hizo tema del objeto de éstos.

Nos proponemos realizar un breve relato de lo sucedido en el seno de la Comisión N° 4 e intentaremos reproducir aquí algunas de las expresiones, discusiones y propuestas de los participantes, las que fueron guiadas por la distinguida presidencia de los profesores Luis Andorno y Américo Cornejo.

## 2. Perspectiva de análisis

Como puede advertirse de la lectura de las conclusiones que finalmente fueron vertidas al plenario, el análisis del tema transitó sustancialmente por canales *de lege ferenda*, más allá de algunas matizaciones *de lege lata* a las que más abajo nos referiremos en particular.

No obstante, en el ir y venir de las ideas, la Comisión recordó a los maestros ya ausentes y sus divergencias en torno del “objeto de los derechos reales”, frente a la ausencia de una norma general en el Libro III del Código Civil que lo deslindara de manera expresa y específica. Así, estuvo presente el espíritu del maestro Guillermo Allende, para quien las cosas eran el objeto exclusivo

de los derechos reales y no se omitió la evocación de aquellos otros que, como Lafaille, Alsina Atienza y Molinario, advertían con énfasis los supuestos que a sus juicios eran reveladores de que el derecho real podía tener por objeto bienes distintos de las cosas: el usufructo de créditos, el de patrimonios o alicuotas de él, o el supuesto de la prenda de créditos.

### 3. Quid de la necesidad de una norma que precise cuál puede ser el objeto de los derechos reales. Los derechos como objeto de los derechos reales

La Comisión no reeditó las disputas recordadas en el acápite anterior. Ya hemos dicho que se abordó la temática, sustancialmente, desde una perspectiva *de lege ferenda* y, con esta mirada, consideró conveniente la inclusión en la legislación positiva de una norma que individualice con claridad este aspecto fundamental del derecho real: su objeto. Desde esta óptica, se calificó como afortunada la redacción del art. 1816 del Proyecto de Código Civil de 1998 el cual, si bien mantiene a las cosas como objeto principal de los derechos reales, propicia que lo sean excepcionalmente los derechos, en los casos previstos especialmente por la ley (ver también sobre este aspecto las ponencias, publicadas, de los profesores Nelson G. A. Cossari, “Posibilidad de constituir derechos reales sobre bienes que no sean cosas” y Miguel A. Luvera, “El objeto de los derechos reales: variaciones”). De allí la primera conclusión de la Comisión: “Los derechos reales tienen por objeto: a) las cosas; b) las partes materiales de las cosas y c) los derechos, excepcionalmente, si la ley lo establece”.

El profesor Gustavo Bono, pese a no haber reflejado una disidencia en las conclusiones, sostuvo una opinión disímil en su ponencia “El objeto de los derechos reales: su determinación”. Allí propuso dejar tal materia al estatuto particular de cada derecho real del número y dijo: “...no es mayormente útil una norma que recepte un principio general sobre el ‘objeto de los derechos reales’ (...) la amplitud que el concepto requiere por razones de precisión, sacrifica las necesidades de especificidad que el sistema de número cerrado conlleva en relación al objeto de la figura real en cada caso”. En su trabajo también objetó y consideró inútil “...a los fines de la delimitación del objeto de los derechos reales la distinción de cosas que se encuentren dentro o fuera del comercio...”

Con respecto a los derechos como objeto excepcional de los derechos reales, se destacaron las razones que lo justificarían. Se refirió así que es precisa su inclusión para sincerar supuestos como el de la prenda de créditos o el usufructo de créditos, en los que hay que echar mano de la ficción de que el objeto del derecho real es el título, cosa por su carácter representativo (arts. 2838 y 3212 del Cód. Civil). Se expresó también que sostener con rigidez que sólo las cosas pueden ser objeto del derecho real no permite, de considerarlo necesario el legislador, calificar como derechos reales a derechos subjetivos vinculados, verbigracia, a las manifestaciones autorales, las marcas, las patentes, los diseños industriales, el *know how*, el *software* y todas aquellas proyecciones de los más modernos adelantos científicos. Las profesoras Lily Flah y Miriam Smayevsky fueron contundentes en su ponencia “Más allá de la cosa” y dijeron

que al incluir a los derechos como objeto se pondría “...fin a la estrechez que significa sostener con rigidez la necesidad de tratarse de cosas”.

Se advirtió, incluso, acerca de la necesidad de que sea posible la hipoteca del derecho real de superficie para beneficiar el crédito y garantizar el éxito del nuevo derecho real que propone el Proyecto de 1998, que tiene estado parlamentario. Recordemos que en septiembre de 2001, tiempo en que se celebraron las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, aún no había comenzado a regir la ley 25509, que creó el derecho real de superficie forestal o de silvicultura y que admite la hipoteca del derecho real de superficie forestal.

No se soslayó de todos modos, vamos, se hizo especial hincapié en el hecho de que para que el derecho pueda ser erigido por el legislador como objeto del derecho real, de la misma manera que en las cosas, deben satisfacerse las notas estructurales del derecho real, es decir, la relación directa del titular con el objeto –sea éste cosa o derecho– y conferirse los derechos de preferencia y persecución. De este modo, también se encontró mayoritariamente satisfactoria la definición que del derecho real formula el art. 1815 del Proyecto de 1998.

#### 4. Objeto material susceptible de valor económico

Hubo generalizado consenso en torno de mantener la conceptualización tradicional de cosa como objeto material susceptible de valor económico, que consagra el art. 2311 del Cód. Civil, leído en concordancia con el art. 2312 y su nota, y en ese orden se puntualizó que no existía una razón que justificara el apartamiento de un concepto tan profundamente enraizado en la conciencia jurídica nacional.

#### 5. El espacio como objeto

Se puso en común el tema del espacio aéreo y de si éste podía ser visualizado como objeto de los derechos reales, con independencia de la cosa sobre la que se extiende. La puesta a *question* partió de una ponencia presentada por las Dras. Irene Pujol de Zizzias y Martha Linares de Urrutigoity, en la que se abordó el derecho real de superficie que propicia el Proyecto de Código Civil de 1998. Se puntualizó en ese trabajo, entre otras proyecciones prácticas: “Podría dejar de preverse la ficción contenida en el art. 2028 del Proyecto, según el cual la propiedad superficiaria no se extingue con la destrucción de lo construido o forestado. Si no se considera al espacio como objeto de este derecho real se estaría frente a un derecho real sin objeto durante un tiempo que puede durar hasta diez años”.

La mayoría consideró que el espacio no puede considerarse cosa, desde el punto de vista jurídico, porque no tiene materialidad, que es un mero concepto de relación, al igual que el tiempo y, recordando a Legón en la doctrina nacional, se refirió que “la propiedad no es el espacio sino que está en el espacio”. La discusión determinó la disidencia parcial de los profesores Cura Grassi y Pujol de Zizzias, quienes propugnaron que al espacio aéreo se le aplicaran las disposiciones referentes a las cosas para poder entender a éste como objeto del derecho real y ver así en el derecho de construir o forestar “un derecho real so-

bre objeto propio y no ajeno”. Y yendo más lejos aún, los doctores Cura Grassi y Mazzei, en disidencia parcial, plantearon que el concepto de cosa debía reformularse para abarcar a lo incorporal o inmaterial y hasta llegó a aludirse al tiempo como objeto del derecho real.

## 6. Parte material de una cosa como objeto del derecho real

En torno de las partes materiales de las cosas, los participantes recordaron que ya en el derecho vigente es posible imaginar el ejercicio del derecho real sobre una parte material de una cosa no dividida al inferirse ello, al menos, en el usufructo, del art. 2821 del Cód. Civil, en el uso, del art. 2957 del Cód. Civil y en las servidumbres, del art. 2998 del mismo cuerpo normativo. Se reafirmaron así las declaraciones del VIII Congreso Nacional de Derecho Registral, celebrado en Córdoba en 1988.

## 7. La energía

A partir de una ponencia del profesor Arraga Penido se revivió la discusión acerca de si la energía es o no cosa, o de si excede la categoría clásica de cosas y bienes, conformando una suerte de tercera agrupación conceptual. Se prefirió no definir tal cuestión, no sólo porque involucra facetas extrajurídicas sino porque, además, se entendió que el agregado de la ley 17711 al art. 2311, en el sentido de que se le aplican las disposiciones referentes a las cosas, había superado la motivación primera de encuadrar la sustracción de la energía dentro de la figura del hurto y que no traía mayores implicancias.

## 8. Las cosas muebles o inmuebles por su carácter representativo

Se debatió también acerca de la conveniencia o inconveniencia de mantener, *de lege ferenda*, la categoría de las cosas muebles o inmuebles por su carácter representativo.

Es sabido el cuestionamiento que desde la doctrina se realiza a esta categoría, en especial a la que involucra a los inmuebles por su carácter representativo (art. 2317 del Cód. Civil: “...los instrumentos públicos de donde constare la adquisición de derechos reales sobre inmuebles, con excepción de los derechos reales de hipoteca y anticresis”). La mayoría consideró que ambas categorías sólo se justifican para dar soporte a derechos reales como el usufructo o la prenda que pueden recaer sobre créditos, pues a esos efectos deben estar “...representados por instrumento...” (art. 2838 Cód. Civil) o constar “...en un título por escrito” (art. 3212 Cód. Civil). Y esos títulos son cosas por su carácter representativo. Que al admitirse el derecho como objeto del derecho real, esta categoría ya perdería su relevancia y proyección práctica.

El Dr. Pablo Bressan disintió de esta conclusión, como puede leerse en su ponencia “Extensión del objeto de los derechos reales. Invariabilidad de su contenido”.

## 9. Los órganos y el material anatómico

Los profesores Florencia Franchini y Pablo Corna presentaron una ponencia en la que plantearon el tema “Los órganos y el material anatómico como objeto de los derechos reales”. La Comisión entendió que esta materia exigía un tratamiento interdisciplinario, que era inconveniente abordarlo desde una mirada jurídica exclusiva y prefirió no realizar pronunciamientos definitivos.

## 10. Propiedad indígena

La cuestión de la propiedad indígena y su objeto fue introducida en dos ponencias muy distantes entre sí. La presentada por María V. González de Prada y la propuesta por los profesores Jorge Horacio Alterini, Pablo María Corna y la que suscribe estas líneas.

Es conocida la inclusión que sobre diferentes garantías de los pueblos indígenas argentinos ha realizado la Constitución Nacional de 1994, en su art. 75, inciso 17°. En efecto, este precepto, entre las atribuciones del Congreso Nacional, reconoce a las comunidades indígenas argentinas el carácter de personas jurídicas “...y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan”, y le encomienda “...regular las entregas de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano”, estableciendo que: “ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos”. También deja en claro que: “Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones”.

En el seno de la Comisión se apoyó la ponencia de los profesores Alterini, Corna y Vázquez en la que se explicitó: “...la protección consagrada para la propiedad de las comunidades indígenas argentinas por la Ley Fundamental hace innecesaria e inconveniente su inclusión en el Código Civil, ya que ello implicaría una desjerarquización no querida por el Poder Constituyente (...) Es muy discutible, atento a la jerarquía que el Poder Constituyente le ha atribuido a las comunidades indígenas y a su propiedad, con un evidente propósito de reparación histórica, la conveniencia que desde la grada inferior del derecho privado, en un mismo rango con los derechos reales esencialmente privatísticos, que con la pretensión de una mayor garantía se intente una tipificación distinta que, en definitiva, podría conspirar contra los objetivos perseguidos (...) La reparación histórica a la que propende por razones de fondo la Constitución Nacional y que canalizó a través de la forma en que se refleja la máxima expresión normativa de la República podría derivar en una degradación no querida por la soberanía popular”.

11. Hemos pretendido hacer un breve relato del intercambio de ideas habido en el seno de la Comisión. Sabemos de antemano que sólo habremos podido lograr un simple eco de lo acontecido porque no es fácticamente posible encerrar en estas líneas la riqueza de un debate que se extendió durante dos días de reunión. Sin embargo, no dudamos de que este eco, unido a la lectura completa de las ponencias y conclusiones ya publicadas, alentará la continuidad del estudio y la investigación del tema.



## DERECHO DE FAMILIA RELACIONES JURÍDICAS ENTRE EX CÓNYUGES

Por **Néstor E. Solari**

### Conclusiones

En las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, realizadas en la ciudad de Buenos Aires, se han debatido distintas cuestiones actuales referentes al derecho de familia a la luz del derecho vigente.

Entre ellas, distinguiremos las cuestiones que hacen a los ex cónyuges entre sí, de aquellas que están dirigidas a los hijos de dicha unión, comprensivas de las relaciones paterno-filiales.

#### a) Consecuencias entre cónyuges

Uno de los temas debatidos fueron las consecuencias en el **régimen patrimonial del matrimonio**, en particular en lo que hace al carácter propio o ganancial de ciertas adquisiciones.

Así, se ha resuelto –por unanimidad– que en la liquidación de la sociedad conyugal debe reconocerse al cónyuge del titular de un derecho jubilatorio por la mitad del monto de todos los aportes efectuados con fondos gananciales. Por lo demás, este reconocimiento incidirá en la fijación de los alimentos previstos en el art. 207 C. C.

Es ello una derivación del principio que toma en cuenta el momento en que se efectuó el aporte y de ahí su carácter ganancial.

En cambio, se consideró que el grado académico-universitario profesional alcanzado por uno de los cónyuges durante el matrimonio es bien privativo personalísimo de aquel cónyuge al cual se le concedió. Postura que también mereció la aprobación unánime.

Otra de las cuestiones planteadas fue el tema, siempre vigente, de los alimentos entre cónyuges.

Se resolvió por unanimidad que cuando los antecedentes del caso lo ameriten, el cumplimiento de la sentencia condenatoria o el convenio homologado judicialmente, que obliga al pago de alimentos, puede asegurarse cautelarmente, respecto de las cuotas alimentarias devengadas y futuras, mediante medidas adecuadas, a fin de evitar interrupciones en la regularidad de los pagos.

Ésta es una problemática muy común en nuestros tribunales, habida cuenta de la elevada cantidad de incumplidores alimentarios. De ahí que haya sido preocupación constante en las distintas Jornadas y Congresos especializados todo lo que tenga relación con el cumplimiento de la cuota alimentaria, en especial en la búsqueda de mecanismos que puedan efectivizar las medidas judiciales que se dicten a tal efecto. Algunos proyectos legislativos de reformas al Código Civil han estructurado un sistema que prevea tales situaciones, de todo lo cual adolece el régimen legal vigente.

También por unanimidad se consideró que la prestación alimentaria convenida en el juicio de separación personal y de divorcio vincular por presentación conjunta se extingue por incurrir el alimentado en las causales del art. 210 C. C., o por contraer nuevas nupcias.

Asimismo, se determinó que, no obstante el carácter convencional de la prestación alimentaria entre ex cónyuges, procederá su disminución, aumento o cese de la prestación a petición de las partes en caso de variación sustancial en sus condiciones económicas y personales.

Por mayoría se entendió que las relaciones afectivas, como el noviazgo de cualquiera de los ex cónyuges con un tercero no constituye concubinato ni injuria, en los términos del art. 210 C. C. Del mismo modo, las relaciones del alimentado con un tercero tampoco pueden encuadrarse en la causal de injurias graves.

La pérdida de derechos alimentarios y sus causales de cesación han sido tema que ha ocupado un lugar importante en las últimas Jornadas de Derecho de Familia, a fin de interpretar el régimen vigente para determinar en qué casos quedan comprendidos en la ley 23.515 de matrimonio civil, en virtud de los amplios términos utilizados por el legislador, que conllevan estas divergencias.

Por su parte, por mayoría se decidió que son alimentos convencionales lo pactado por los esposos en el marco del art. 236 inc. 3, C. C., destinados a regir después de la sentencia.

Se recomienda, por unanimidad, que en una futura reforma legislativa se contemple que una vez decretada la separación personal y el divorcio vincular deberá determinarse si uno de los esposos debe contribuir con el otro, sobre la base de la situación personal de cada uno, sus posibilidades efectivas de trabajo futuro, la dedicación predominante a las tareas del hogar durante la convivencia y la situación económica, prescindiendo de la calificación de conducta.

Por mayoría, se ha decidido que en una futura reforma legislativa debe permitirse que integre los acuerdos alimentarios un rubro atinente a gastos para



la crioconservación. También podrá ser materia de acuerdo lo relativo a la dación o adopción prenatal de los embriones crioconservados.

Es acentuado el criterio, en los últimos años, de introducir en materia de Derecho de Familia, cada vez con más amplitud, la autonomía de la voluntad de las partes, lo que importa un cambio sustancial en la estructura de las normas vigentes. Nos parece positivo que en la brevedad una reforma introduzca mayores posibilidades de que los cónyuges puedan acordar distintos aspectos derivados del régimen matrimonial.

## b) Relaciones paterno-filiales

Varias han sido las cuestiones planteadas y debatidas en derredor del vínculo paterno-filial, producida la separación personal y el divorcio vincular de los padres.

Luego de la separación personal y el divorcio vincular, ambos progenitores deben procurar, con el mayor empeño, un debido mantenimiento de las relaciones paterno-filiales y familiares en sentido amplio.

En aconsejable, en tal sentido, la tenencia compartida. De ahí que se haya resuelto, por unanimidad, que no son incompatibles en el derecho vigente los acuerdos de tenencia compartida.

Asimismo, si existe acuerdo de ambos progenitores, es posible atribuir el ejercicio conjunto de la patria potestad luego de la separación o el divorcio vincular, aunque la tenencia sea atribuida a uno de ellos.

Por ello, se decidió por unanimidad que en una futura reforma legislativa se permita que luego de la sentencia de separación personal o de divorcio vincular, se otorgue el ejercicio conjunto de la patria potestad a ambos padres, sin perjuicio de que teniendo en cuenta el interés superior del menor se disponga lo contrario por decisión judicial.

La Convención sobre los Derechos del Niño, con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22), lleva a la necesidad de adaptar la normativa interna en lo que respecta a los niños, en virtud de que los paradigmas consagrados en la Convención distan de los que fueron tomados en cuenta por el legislador, en su momento, en el orden interno.

Una de ellas es, sin duda, el favorecimiento a la patria potestad conjunta, después de la separación personal y el divorcio vincular, así como la incorporación de la tenencia compartida de los padres respecto de sus hijos. Estos criterios favorecen el mantenimiento y la participación de ambos padres en el vínculo paterno-filial, haciendo que la cesación de la convivencia de los padres no produzca una modificación sustancial en el cumplimiento de los derechos y deberes de la patria potestad.

En este sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño destaca que los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño (conf. art. 9).

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), también con jerarquía constitucional –conf. art. 75, inc. 22–, señala que, en caso de disolución del matrimonio, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos (art. 17, párrafo 4). En el mismo sentido, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su art. 23, párrafo 4.

Por ello, la separación de los hijos de sus padres debe ser excepcional y, por lo tanto, han de arbitrarse los medios posibles para mantener ese vínculo. Luego de la separación personal y el divorcio vincular, es necesario intentar modificar mínimamente ese vínculo y parece que la patria potestad conjunta y la tenencia compartida están inscriptas en reforzar esa relación de padres e hijos.

Fue unánime la propuesta de que en una futura reforma legislativa se admita la procedencia de la acción por los daños originados en el cumplimiento de los derechos subjetivos del titular del menor.

También se recomendó, por unanimidad, que en una futura reforma se prevea que, ante la posibilidad de transferir embriones crioconservados de los ex cónyuges, sea necesario el consentimiento expreso de cada uno de ellos al momento de efectuar dicha práctica médica. La negativa de uno de ellos imposibilitará la prosecución del acto.

Estas problemáticas, derivadas de la inseminación artificial, requieren ineludiblemente una ley especial que contemple todas las cuestiones que en ella se encuentran comprendidas. A pesar de que en varias oportunidades los intentos legislativos quedaron en el camino, es necesario destacar que estos esfuerzos conducirán, seguramente, a dictar una ley en tal sentido. Todavía el legislador no ha podido superar las discusiones y los intereses que envuelven dicha temática. Es de esperar que pronto exista una ley en tal sentido, que prevea integralmente las cuestiones que ella comprende.