

Laferrière, J. N. ; Limodio, G. ; Herrera, D.

Informe para la comisión creada por Decreto 191/2011 sobre la reforma al Código Civil de la República Argentina

Prudentia Iuris N° 73, 2012

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central "San Benito Abad". Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Laferrière, J. N., Limodio, G., Herrera, D. (2012). Informe para la comisión creada por Decreto 191/2011 sobre la reforma al Código Civil de la República Argentina [en línea], *Prudentia Iuris*, 73. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/informe-comision-reforma-codigo-civil.pdf> [Fecha de consulta:.....]

(Se recomienda indicar fecha de consulta al final de la cita. Ej: [Fecha de consulta: 19 de agosto de 2010]).

**INFORME PARA LA COMISIÓN CREADA POR DECRETO 191/2011
SOBRE LA REFORMA AL CÓDIGO CIVIL
DE LA REPÚBLICA ARGENTINA**

Coordinación a cargo del Prof. JULIO CONTE GRAND
*Facultad de Derecho
Pontificia Universidad Católica Argentina
10 de mayo de 2011*

PRINCIPIOS – TÍTULO PRIMERO

RODOLFO VIGO

IDEAS GENERALES Y FUNDAMENTACIÓN

1. Las Constituciones europeas del siglo XIX tuvieron el papel de ser un programa político dirigido al legislador que era el que debía desarrollarlo y plasmarlo en el Derecho según los criterios fijados por la voluntad general. Fue a su vez el Código Civil (simplemente el *Code*) al que se le asignó un papel central en el Derecho, y prueba de esa relevancia era el Libro Primero (*Titre Préliminaire*) en el que se incluían definiciones y reglas que pretendían regir para todo el ordenamiento jurídico. Es que en buena medida esa materia más que de Derecho Privado era de Derecho Constitucional, como lo reclaman autores contemporáneos (Crissafulli, Pizzorusso, Lucas Verdú, etc.).

Sin embargo, aquel marco tan característico del Estado de Derecho Legal cambiará en la segunda mitad del siglo XX, y el nuevo Estado de Derecho Constitucional implicará, entre otros efectos, el reconocer a la Constitución el carácter de una verdadera fuente del Derecho, e incluso la fuente de las fuentes. En este nuevo paradigma ya aquel Título Preliminar o Libro Primero carecía de la justificación que pudo haberse invocado cuando la Constitución no era propiamente una norma jurídica, pero no en tiempos de constitucionalización del ordenamiento jurídico. La relevancia del impacto de las nuevas constituciones sobre aquellos Libros Primeros quedó de manifiesto en España cuando, cuatro años después de haberse llevado a cabo una significativa reforma de ese libro del Código Civil, se sanciona la nueva y vigente Constitución española en 1978, lo que supuso una transformación en muchos de sus artículos, como por ejemplo aquel que regulaba las fuentes del Derecho.

De ese modo, puede concluirse que en un sentido estricto y desde las características propias de los Estados de Derecho Constitucional, han perdido sentido los Libros Primeros o Preliminares de los Códigos Civiles y solo un sentido inercial de la cultura decimonónica europea permite entender su mantenimiento.

2. Desde la matriz enunciada, nos limitaremos a mantener solo dos títulos. Por un lado, el referido a la tarea propia de los jueces de “decir” o concretar el Derecho en cada caso, que si bien tiene un alcance que trasciende al Derecho Civil y carece de peculiaridades destacables, puede aducirse que no está de más insistir con la

caracterización de ese momento definitivo en que se discierne el Derecho. Por otro lado, proponemos mantener en su totalidad, y sin modificación alguna, el Título del Proyecto de Reforma: “Del modo de contar los intervalos del Derecho”.

3. En cuanto al Título propuesto lo hemos llamado: “De la aplicación del Derecho”, siguiendo al respecto la Reforma, aunque modificando y simplificando su contenido. En orden a destacar algunas características del mismo, señalamos: a) los jueces resuelven “todos” los asuntos puestos bajo su jurisdicción o competencia, o sea se trata de la obligación de fallar y la prohibición de invocar silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley; b) se pretende que el proceso de decisión sea racional, y por ende, la posibilidad de ser comprendido racionalmente por su destinatario; c) se asume la importante distinción entre “ley” y “Derecho” introducida en Europa por la Ley Fundamental de Bonn de 1949; d) hay el reconocimiento explícito de que pesa sobre las opciones del juez un límite que establecen tanto los principios del Derecho como los principios que informan al Derecho Civil; e) esta distinción apunta a la existencia de aquellos principios a los que remite todo el Derecho en tanto exigencias intrínsecas e inalienables a favor de todo miembro de la especie humana, pero también aduce aquellos principios en los que se ha originado y orientan al Derecho Civil; f) en plena sintonía con las extendidas teorías de la argumentación, se pretende que los jueces brinden explícitamente las razones que justifican la respuesta jurídica que han escogido en el Derecho vigente; g) hay una reivindicación de la razón práctica sustancial como también de una racionalidad formal que incluye las exigencias de la lógica; h) también se reclama la claridad e inteligibilidad de la decisión judicial, medida desde las partes procesales o destinatarios de la misma; i) queda subrayada la relevancia de los “casos” concretos y circunstanciados difícilmente subsumibles en supuestos genéricos previstos en la ley, pues como lo destaca A. Kaufmann: “aplicar el Derecho es descubrirlo”; y j) en el Artículo 2º se insiste en que el esfuerzo por la justicia no puede agotarse en una mirada circunscripta a la equidad o al caso en cuestión, sino que siempre debe incluirse una perspectiva abarcativa del interés y bienestar general.

TEXTOS PROPUESTOS

Título I - De la aplicación del Derecho

Art. 1º. Los jueces deben resolver todos los asuntos que conozcan derivando racionalmente desde la ley y el Derecho vigente la mejor o más justa solución para los mismos, sin contradecir los principios del Derecho y los principios que informan al Derecho Civil, brindando de manera clara y ordenada las razones o argumentos idóneos jurídicamente válidos aptos para justificar esa elección.

Art. 2º. En la solución de los casos los jueces tendrán en cuenta y ponderarán racionalmente no solo las exigencias vinculadas directamente con los mismos, sino también aquellas derivadas del bien común, la moral y el orden público.

PERSONA

DANIEL ALEJANDRO HERRERA

FUNDAMENTOS

Se propone modificar la Sección I del Título I, del Libro Primero del Código Civil (Arts. 30 a 44) a fin de corregir deficiencias terminológicas y conceptuales que contiene la redacción actualmente vigente del Código Civil. Específicamente en la misma se regula a las personas jurídicas a las que clasifica como de existencia visible y de existencia ideal o jurídica. Esta terminología es sumamente confusa pues en primer lugar, como surge del título de la sección, ambos tipos de personas serían jurídicas, pero posteriormente atribuye el carácter de jurídica solamente a las personas de existencia ideal, lo que parece excluir a las de existencia visible que justamente serían el sujeto radical del derecho y por tanto la persona por antonomasia. Además, al hablar de existencia visible pareciera que las personas de existencia ideal fueran invisibles y que al hablar de persona de existencia ideal se opondría a persona de existencia real que se identificaría con la persona humana, por lo que las personas de existencia ideal no serían reales, lo que es contrario a la realidad pues ambos tipos de persona son visibles y reales (aunque con distintos grados de visibilidad y de realidad).

Conceptualmente también el planteo es confuso pues parte de una definición abstracta de persona como la del Artículo 30 (son personas todos los entes susceptibles de adquirir derechos o contraer obligaciones), que parece indicar que la personalidad surgiera de una concesión de la ley y no de una exigencia natural del ser humano, que es el sujeto radical del derecho en todo momento de su existencia y que, por tanto, su personalidad jurídica tiene que ser reconocida y tutelada por el ordenamiento jurídico pero nunca puede ser creada o constituida por éste. Por eso se propone suprimir la definición del Artículo 30 como así también lo entendió el proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio de 1998 que en sus fundamentos respecto a este tema dice: “Pese a que en este Proyecto se han insertado definiciones en todos los casos en que se consideró necesario, no se conserva la que el Código Civil vigente trae en su Artículo 30; se abandonó incluso la idea de sustituirla por otra más apropiada. Es que la noción de persona proviene de la naturaleza; es persona todo ser humano, por el solo hecho de serlo; y la definición de la persona a partir de su capacidad de derecho confunde al sujeto con uno de sus

atributos, amén de que da la falsa idea de que la personalidad del sujeto es concedida por el ordenamiento jurídico. La idea del Proyecto es, por el contrario, que la persona es un concepto anterior a la ley; el Derecho se hace para la persona que constituye su centro y su fin. Es la noción de persona que alberga la Constitución Nacional desde su misma sanción en 1853, la que proviene de sus fuentes desde la Asamblea de 1813, y la que fue ratificada con el reconocimiento de la jerarquía constitucional de las Convenciones y Tratados de Derechos Humanos en el texto que rige a partir de la Reforma de 1994”.

De esta manera, al igual que lo señalado en el fundamento citado en el punto anterior, se adecua la redacción del Código a la realidad de la persona, cuya personalidad es de origen natural aunque sea posteriormente regulada por el Derecho Positivo que, al hacerlo, debe reconocer su realidad anterior, que es la realidad del ser humano. Ser humano que constituye el principio, centro y fin del sistema jurídico, pues el Derecho fue hecho para el hombre y no el hombre para el Derecho, como ya lo afirmaban los romanos cuando decían: “*hominum causa omne jus constitutum est*” (*Digesto*, L.2, De St. hom. 1, 5).

También se adecuaría con lo dispuesto por la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales incorporados con rango constitucional en el Artículo 75 inciso 22 por la Reforma de 1994, que expresamente manifiestan que todo ser humano tiene derecho al *reconocimiento* de su personalidad jurídica (cf. Art. 6° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; Art. 3° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos conocida como Pacto de San José de Costa Rica y Art. 3°, inc. a., del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

Por eso se propone dejar de lado la definición abstracta del Artículo 30 y comenzar por reconocer la personalidad jurídica básica de todo ser humano sin distinción de cualidades y accidentes (retrotrayendo a esta sección la definición de persona de existencia visible del Art. 51) y en cualquier momento de su existencia. En consecuencia, a partir de ahí distinguir a la persona jurídica humana como el sujeto de derecho radical, de las personas jurídicas colectivas, tanto públicas como privadas, como entidades jurídicas distintas, con su propia personalidad, pero que en última instancia se encuentran constituidas por seres humanos, existiendo como tales porque existen los seres humanos y para los seres humanos.

También se propone incorporar la noción de dignidad humana como intrínseca a la persona jurídica humana y fundamento de todos los derechos y deberes jurídicos tal como surge de los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional incorporados a nuestra Constitución (Art. 1° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; Preámbulo de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre).

Se incorpora la Constitución junto a las leyes como fuente del Derecho conforme surge de la actual realidad del Estado de Derecho Constitucional.

Se incorpora a las ciudades autónomas como es el caso de la Ciudad de Buenos Aires entre las personas jurídicas colectivas públicas del inciso 1° del actual Artículo 33 (Artículo 5° en la presente propuesta), no identificando solamente a la Ciudad de Buenos Aires (única autónoma en este momento), dejando así abierta la posibilidad de que en el futuro se constituyan nuevas ciudades autónomas.

Se incorporan las simples asociaciones a las que se refiere el actual Artículo 46

como 3^{er} supuesto de personas jurídicas colectivas privadas del Artículo 33 (Art. 5^o en la presente propuesta).

En consecuencia, se propone la sustitución de los Artículos 30 a 44 del actual Código Civil por los Artículos 1^o a 11 de la presente propuesta. Del Código vigente se eliminan definitivamente los Artículos 30, 31, 32, 38, 41 y 44. Se fusionan los Artículos 36 y 37 en el Artículo 9^o de la presente propuesta. Se fusionan los Artículos 39 y 40 en el Artículo 7^o de la presente propuesta. Se incorpora el Artículo 46 respecto a las simples asociaciones como 3^{er} supuesto de personas jurídicas colectivas privadas a las que se refiere el Artículo 33 (Art. 5^o de la presente propuesta). Se retrotrae la definición de persona de existencia visible cambiando la expresión por la de persona humana desde el Artículo 51 al Artículo 1^o de la presente propuesta. Se mantienen con modificaciones en su redacción los Artículos 33, 34, 35, 36, 37, 39, 40, 42 y 43.

TEXTOS PROPUESTOS

DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Art. 1^o. - *Todo ser humano por el solo hecho de serlo, sin distinción de cualidades o accidentes y en cualquier momento de su existencia, es persona jurídica y como tal sujeto de derecho que debe ser reconocido y tutelado por el ordenamiento jurídico.*

Art. 2^o. - *Toda persona humana tiene una intrínseca dignidad que debe ser respetada por los demás y garantizada por el Estado de Derecho tanto normativa como jurisdiccionalmente.*

Art. 3^o. - *Toda persona humana como sujeto de derecho es titular de derechos y deberes jurídicos. Algunos surgen de su misma condición humana y otros de hechos y actos jurídicos a los que la ley les atribuye dicha consecuencia jurídica.*

Art. 4^o. - *Además de las personas jurídicas humanas, también existen personas jurídicas colectivas. Las mismas pueden ser de origen necesario como sucede con el Estado o voluntario como acontece con todas las formas de libre asociación constituidas por los hombres, conforme a lo dispuesto por la Constitución y las leyes.*

Art. 5^o. - *Las personas jurídicas colectivas pueden ser de carácter público o privado.*

Tienen carácter público:

1^o. *El Estado Nacional, las Provincias, las ciudades autónomas y los Municipios.*

2^o. *Las entidades autárquicas.*

3^o. *La Iglesia Católica.*

Tienen carácter privado:

1^o. *Las asociaciones y las fundaciones que tengan por principal objeto el bien común, posean patrimonio propio, sean capaces por sus estatutos de adquirir bienes, no subsistan exclusivamente de asignaciones del Estado y obtengan autorización para funcionar.*

2^o. *Las sociedades civiles y comerciales o entidades que conforme a la ley tengan capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, aunque no requieran autorización expresa del Estado para funcionar.*

3°. *Las simples asociaciones civiles o religiosas según el fin de su institución y que no necesitan autorización para funcionar. Son sujetos de derecho, siempre que la constitución y designación de autoridades se acredite por escritura pública o instrumentos privados de autenticidad certificada por escribano público. De lo contrario, todos los miembros fundadores de la asociación y sus administradores asumen responsabilidad solidaria por los actos de ésta. Supletoriamente regirán a las asociaciones a que este artículo se refiere las normas de la sociedad civil.*

Art. 6°.- *Son también personas jurídicas colectivas los Estados extranjeros, cada una de sus Provincias o Municipios, los establecimientos, corporaciones o asociaciones existentes en países extranjeros, y que existieren en ellos con iguales condiciones que los del artículo anterior.*

Art. 7°.- *Las personas jurídicas colectivas serán consideradas como personas distintas de sus miembros. Los bienes que pertenezcan a la persona jurídica colectiva no pertenecen a ninguno de sus miembros; y ninguno de sus miembros, ni todos ellos, están obligados a satisfacer las deudas de la persona jurídica colectiva, si expresamente no se hubiesen obligado como fiadores, o mancomunado con ella. Los derechos respectivos de los miembros de una persona jurídica colectiva son reglados por el contrato, por el objeto de la asociación o por las disposiciones de sus estatutos.*

Art. 8°.- *Las personas jurídicas colectivas en cumplimiento de su fin social pueden adquirir derechos y contraer obligaciones, ejerciendo los actos que no les sean prohibidos por la Constitución y las leyes, por medio de los representantes que sus leyes o estatutos les hubiesen constituido.*

Art. 9°.- *Se reputan actos de las personas jurídicas los que realicen sus representantes legales, siempre que no excedan los límites de su ministerio. En lo que excedieren, solo producirán efecto respecto de los mandatarios. Si los poderes de los mandatarios no hubiesen sido expresamente designados en los respectivos estatutos, o en los instrumentos que los autoricen, la validez de los actos será regida por las reglas del mandato.*

Art. 10.- *Las personas jurídicas colectivas ya sean públicas o privadas pueden ser demandadas por acciones civiles, y puede hacerse ejecución de sus bienes conforme a lo dispuesto por la Constitución y las leyes.*

Art. 11.- *Las personas jurídicas responden por los daños que causen quienes las dirijan o administren, en ejercicio o con ocasión de sus funciones. Responden también por los daños que causen sus dependientes o las cosas que son de su propiedad o están a su cuidado conforme lo establecido en el artículo... (actual Art. 1113).*

PERSONA HUMANA

DANIEL ALEJANDRO HERRERA

FUNDAMENTOS

Se propone modificar la Sección I del Título IV, del Libro Primero del Código Civil (Arts. 70 a 78).

Se establece que el comienzo de la persona humana se produce con el inicio de una nueva vida humana distinta de sus progenitores, que acontece en el instante mismo de la concepción de un nuevo ser humano en estado de embrión unicelular. De esta manera, se regula el comienzo de la existencia del ser humano de acuerdo a lo que se verifica por las ciencias biológicas (biología, genética, medicina, etc.). Asimismo también se adecua a lo dispuesto por los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional incorporados por la Reforma de la Constitución de 1994, entre ellos, la Convención Interamericana de Derechos Humanos (Art. 4°, inc. 1) y la reserva realizada por la República Argentina respecto al Artículo 1° de la Convención Sobre los Derechos del Niño en cuanto declara que el artículo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de la concepción y hasta los 18 años de edad.

Se elimina la expresión “en el seno materno”, pues aunque tengamos una valoración negativa respecto a las técnicas de fecundación asistida, fundada en la violación a la vida y la dignidad humana producida por la manipulación genética y embrionaria (selección eugenésica, descarte y crioconservación de embriones, etc.), en caso que de hecho se produzca la concepción de un nuevo ser humano fuera del seno materno, el mismo es una persona humana, titular del derecho a la vida, a la integridad y a la dignidad humana.

Se propone suprimir el carácter de condicionales al nacimiento con vida de los derechos patrimoniales adquiridos por las personas humanas antes de nacer, por considerar que se trata de una injusta discriminación, que no se puede distinguir entre la titularidad de derechos personalísimos y patrimoniales y que no puede crearse la ficción de que se considere que la persona humana nunca existió en caso de no nacer con vida. Además se elimina de esta manera una fuente de conflictos respecto a la prueba del nacimiento con vida o no, pues ya no sería un hecho significativo para la adquisición de los derechos.

Se transcribe el fundamento sobre este tema vertido en el proyecto de Código

Civil unificado con el Código Comercial de 1998: “Al tratar del comienzo de la existencia de las personas se dispone que ello se produce con la concepción; se elimina la expresión en el seno materno para que queden comprendidas las concepciones extrauterinas. El texto se adecua entonces no solo a la realidad científica vigente, sino también a la Convención Interamericana de Derechos Humanos (Artículo 4º, inc. 1)”.

En consecuencia, se propone sustituir los Artículos 70 a 78 por los dos artículos de la presente propuesta. También se propone eliminar la expresión “en el seno materno” del Artículo 63 del Código Civil para que sea coherente con lo estipulado en esta sección.

TEXTOS PROPUESTOS

COMIENZO DE LA EXISTENCIA DE LAS PERSONAS HUMANAS

Art. 1º.- *La existencia de la persona humana comienza con la concepción de un nuevo ser humano en estado embrionario unicelular. Desde ese mismo instante la nueva persona humana es titular del derecho inalienable a la vida y al respeto a su intrínseca dignidad humana.*

Art. 2º.- *Se presume que la concepción ha tenido lugar en el espacio de tiempo entre el máximo y el mínimo fijados para la duración del embarazo. Se presume, salvo prueba en contrario, que el máximo de tiempo del embarazo es de trescientos días y el mínimo de ciento ochenta, excluyendo el del nacimiento.*

Art. 3º.- Suprimir la expresión “en el seno materno” del Artículo 63 del Código Civil que en consecuencia quedaría redactado de la siguiente manera: *Son personas por nacer las que no habiendo nacido se encuentran concebidas.*

PERSONA Y BIOÉTICA

JORGE NICOLÁS LAFFERRIERE

FUNDAMENTOS

Las aplicaciones biotecnológicas han tenido un notable y profundo impacto en la vida social. Junto con sus extraordinarias capacidades terapéuticas, se verifican no pocas situaciones que amenazan de formas nuevas la vida humana. La bioética surge como reflexión sobre estos temas y el Derecho Civil no es ajeno a estas cuestiones. Así, una reforma del Código Civil no puede ignorar este crucial campo de debate.

Un principio fundamental debería quedar reflejado en el Código Civil como guía normativa para estos nuevos tópicos jurídicos: el reconocimiento pleno de la dignidad de la persona humana desde la concepción hasta la muerte natural, valor central en el sistema de Derechos Humanos.

De este principio, se derivan dos importantes aplicaciones:

a) El reconocimiento del ser humano como “persona”, evitando toda acción biotecnológica que lo pudiera instrumentalizar como “cosa” o “medio” y respetando la originalidad de la transmisión de la vida humana y la autoridad de los padres sobre las personas de los hijos.

b) El respeto a la inviolabilidad de la vida de la persona humana desde su concepción hasta su muerte natural.

A partir de estos principios fundamentales, se derivan diversas conclusiones que son aplicables a las temáticas más concretas que deberían incluirse en el futuro Código. Al respecto, dos aclaraciones parecen oportunas: por un lado, tratándose de bienes jurídicos tan fundamentales, su resguardo debe ser integral, es decir, debe realizarse a través de la legislación civil, penal y administrativa. Por otro lado, la constante innovación biotecnológica desborda constantemente los estrechos límites que pueda fijar una legislación reglamentarista. Por tal motivo, la inclusión de estos principios fundamentales en el Código es una manera de responder a los desafíos que se plantean en este campo en forma anticipada. De hecho, algunas normas del Código Civil vigente pueden considerarse como guías seguras para resolver hermenéuticamente en la actualidad las cuestiones bioéticas más urgentes (por ejemplo, los Arts. 16, 51, 21 y 953 del Código Civil). Estos artículos deben ser mantenidos en el nuevo texto.

Dado el carácter de estos aportes, nos remitimos a algunos de nuestros estudios ya publicados y en los que hemos explicitado con mayor profundidad algunas de las propuestas que aquí se formulan¹. Sin perjuicio de ello, consideramos oportuno desarrollar sintéticamente algunos tópicos cruciales de cara a la futura reforma del Código Civil.

1. La noción de persona humana

La noción de persona humana está en el centro de las cuestiones bioéticas. Al respecto, en el nuevo proyecto de Código Civil es necesario ratificar el pleno reconocimiento de la personalidad jurídica de todos los seres humanos. Esta identidad entre persona humana y ser humano es una característica del ordenamiento jurídico argentino y el Código Civil siempre ha reflejado con claridad este aspecto. Sin perjuicio de ello, en este aporte se quieren enfatizar dos aspectos. Por un lado, la consideración de los aspectos constitucionales del concepto de persona humana, que enriquecen y ratifican la redacción del Código Civil. Por el otro, la conveniencia de mejorar la redacción del Código para una mayor claridad, evitando la posibilidad de identificar persona con capacidad.

En cuanto al primer aspecto, con la incorporación con “jerarquía constitucional” de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos (Art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional), podemos decir que se ha “constitucionalizado” el concepto de “persona”. Así, para la Constitución Nacional, todo ser humano es persona, tal como se desprende del Artículo 6° de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), del Artículo 17 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), del Artículo 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1996), del Artículo 1.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos

¹ LAFFERRIERE, Jorge Nicolás, “El derecho civil ante la persona humana: perspectivas y desafíos con ocasión del Bicentenario”, en *Estudios de Derecho Civil con motivo del Bicentenario*, CONTE GRAND, Julio (Director), Buenos Aires, EDUCA, 2011, págs. 103-144; LAFFERRIERE, Jorge Nicolás, “Las personas” y “Las personas por nacer”, AA VV, *Principios de Derecho Privado*, LIMODIO, Gabriel (editor), Buenos Aires, EDUCA, 2009; LAFFERRIERE, Jorge Nicolás, “El desafío de regular el uso de células del cordón umbilical”, *El Derecho*, Tomo 242, 20 de abril de 2011, nro. 12.734, pág. 1; LAFFERRIERE, Jorge Nicolás, “La investigación biomédica en personas humanas y su regulación jurídica”, en *Revista del derecho de las Personas y la Familia*, La Ley, 2010; LAFFERRIERE, Jorge Nicolás, “La regulación jurídica de la investigación sobre células troncales (Legal regulation of stem cells research)”, en *Medicina e Morale*, Italia, 2010/2 (con referato); LAFFERRIERE, Jorge Nicolás, “Las técnicas de procreación artificial heterólogos: análisis bioético y jurídico”, en *Vida y Ética*, Revista del Instituto de Bioética de la UCA, Año 11, nro. 1, Buenos Aires, junio de 2010, págs. 133-152 (con referato); LAFFERRIERE, Jorge Nicolás, “El proyecto de ley de legalización de las uniones de personas del mismo sexo y sus efectos jurídicos sobre el derecho de familia”, *El Derecho*, Buenos Aires, 18-6-2010, págs. 2-3; LAFFERRIERE, Jorge Nicolás, “Los derechos del paciente y el consentimiento informado en la Ley N° 26.529”, *El Derecho Legislación Argentina*, Buenos Aires, Boletín nro. 5, 26 de marzo de 2010, págs. 7-12; LAFFERRIERE, Jorge Nicolás, “La ovodonación y los dilemas de las técnicas de procreación artificial”, *Eldial.com*, 4 de marzo de 2010; LAFFERRIERE, Jorge Nicolás, “Las técnicas de procreación artificial y su cobertura por el sistema de salud”, *El Derecho*, T. 235 – 3-11-2009, nro. 12.372; LAFFERRIERE, Jorge Nicolás, “Técnicas de procreación humana. Propuesta para la tutela legislativa de la persona concebida”, en *El Derecho*, Buenos Aires, Tomo 219, pág. 858.

(Pacto de San José de Costa Rica, 1969) y de la Convención de los Derechos del Niño (1989).

Por tanto, la definición de “persona” que ofrece el Código Civil ha de ser considerada a la luz de estas claras disposiciones que gozan de rango constitucional, de modo tal de reconocer que todo ser humano, por el solo hecho de ser tal, es persona para el orden jurídico.

Por otra parte, en un sistema de Derechos Humanos, no es el ordenamiento jurídico el que “otorga” la personalidad, sino que la “reconoce”, como surge expresamente de los artículos citados. Por todo ello, cabe concluir que la noción jurídica de persona no puede ser instrumentalizada para excluir a algunos seres humanos de tal garantía jurídica, pues ello significaría aniquilar toda la tutela jurídica que merece la persona y que garantizan los Tratados Internacionales de Derechos Humanos. En esta revalorización del término “persona” que se produce con la aparición de los Tratados de Derechos Humanos, se abandona la concepción técnico-formal de persona y se reconoce una realidad antropológica.

Esta consideración nos conduce a enfatizar que es necesario mejorar la redacción del Código Civil para evitar la posible identificación de la personalidad con la capacidad jurídica y enriquecer la noción de persona, clave de muchos temas bioéticos. Esta mejora del texto también tiene que fundarse en el reconocimiento de la dignidad de cada persona humana, noción fundamental en el sistema de Derechos Humanos y principio del Derecho Privado². El hombre no es una forma de vida más, sino que posee un “modo de ser”, una calificada participación en el ser, que nos indica que el ser humano “vale por sí mismo”. A esta cualidad la denominamos “dignidad”, término que refiere al valor preeminente, la grandeza, la nobleza propia del ser humano.

El Código Civil Argentino incorpora en el Artículo 30 su conocida “definición” de “persona”: “[...] son personas todos los entes susceptibles de adquirir derechos o contraer obligaciones”. Esta definición, tomada del Artículo 16 del *Esbozo* de Freitas, “identifica la noción de persona con la de cualquier ente dotado de la aptitud para la adquisición de derechos”³. Así, abre la posibilidad a una eventual lectura positivista del concepto de persona, corriéndose el riesgo de que en lugar de atender a la identificación entre hombre y persona, se considere que la persona sea un simple centro de imputación de normas. “Es cierto que el Derecho se ocupa del hombre en tanto en cuanto es agente de efectos jurídicos, y desde este punto de vista meramente descriptivo puede aceptarse como acertada la definición legal. Pero a condición de tener bien presente que el Derecho, para responder a su finalidad esencial, no puede dejar de ‘reconocer’ la personalidad jurídica del hombre”⁴.

En realidad, el término “persona” refiere primariamente al hombre en cuanto tal, mientras que la capacidad es uno de sus atributos, es decir, una de las “cualidades intrínsecas y permanentes que concurren a constituir la esencia de la perso-

² LIMODIO, Gabriel, *Los principios y la enseñanza del Derecho Privado*, prólogo de Rodolfo L. VIGO, Buenos Aires, Editorial de la Universidad Católica Argentina - EDUCA, 2008, pág. 336.

³ LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil. Parte General*. Tomo I, Buenos Aires, Editorial AbeledoPerrot, 13ra. edición, 1989, pág. 246.

⁴ *Ibid.*, pág. 247.

nalidad y a determinar al ente personal en su individualidad”⁵. Por eso, la noción jurídica de “persona” no puede reducirse a una simple constatación de quienes son capaces de entablar relaciones jurídicas.

Esta crítica al Artículo 30 del Código Civil Argentino debe ser matizada a partir de la consideración del Artículo 51 del mismo Código: “[...] todos los entes que presentasen signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes, son personas de existencia visible”. En relación a nuestro tema, el Artículo 51 asegura la identidad entre hombre y persona. Esta identidad se refuerza desde el momento en que se reconoce que la existencia de la persona comienza desde la concepción (Arts. 63 y 70 CC). El precepto del Artículo 51 claramente se enmarca en la línea de “reconocer” a todos los hombres, por el mero hecho de ser tales, el carácter de persona.

La norma se entiende a la luz de antiguas disposiciones del Derecho Romano (*Digesto*) y de las Partidas, que exigían que la persona presentara signos característicos de humanidad y, fundamentalmente a los fines sucesorios, excluían a los que nacieren con caracteres de monstruo o prodigio (*monstrum o prodigium*)⁶. Entendemos que cuando dice que no se hará distinción de “cualidades o accidentes”, el Código pretende incluir a todo ser humano, sin importar las malformaciones que presente por graves que sean. En sentido concordante, el Artículo 72 señala que “no importará que los nacidos con vida tengan imposibilidad de prolongarla, o que mueran después de nacer, por un vicio orgánico interno, o por nacer antes de tiempo”. Esta referencia al “ente” que es humano, sin importar cualidades o accidentes, resulta plenamente coherente con la definición filosófica de persona, que no mira a la posesión efectiva de ciertas propiedades o al ejercicio actual de ciertas funciones, sino a la realidad ontológica.

Se ha criticado al Artículo 51 afirmando que incurre en un exceso de definición⁷. Desde una perspectiva de técnica legislativa la objeción pareciera válida, siempre y cuando se reconozca que la persona “de existencia visible” es siempre el “ser humano”.

Es significativo que el Proyecto de Unificación de los Códigos Civil y Comercial de 1998 haya abandonado la clásica definición del Artículo 30 y adoptado la terminología de “persona humana”. Los fundamentos de este Proyecto ratifican lo afirmado: “[...] no se conserva la que el Código Civil vigente trae en su Artículo 30; se abandonó incluso la idea de sustituirla por otra más apropiada. Es que la noción de persona proviene de la naturaleza; es persona todo ser humano, por el solo hecho de serlo; y la definición de la persona a partir de su capacidad de derecho confunde al sujeto con uno de sus atributos, amén de que da la falsa idea de que la personalidad del sujeto es concedida por el ordenamiento jurídico. La idea del Proyecto es por el contrario

⁵ *Ibid.*, pág. 292.

⁶ Cf. BELLUSCIO, Augusto, *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*. Tomo I, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1979, pág. 269.

⁷ Cf. LLAMBIAS, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, ob. cit., pág. 249. En esta línea argumental, también critica la disposición del Art. 51 Enrique Banchio en BUERES, Alberto, *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Tomo I, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2003, pág. 488.

que la persona es un concepto anterior a la ley; el Derecho se hace para la persona que constituye su centro y su fin”.

Creemos que, en el Bicentenario de la Patria, el Código Civil debe reforzar su impronta humanista, ya presente en el Artículo 51. A tal fin, sostenemos la importancia de revisar la definición del Artículo 30 en línea con la propuesta del Proyecto de 1998.

2. Las personas por nacer

La determinación del momento en que comienza la existencia de la persona siempre relevancia para resolver diversas situaciones jurídicas que afectaban al “*nasciturus*”, tales como la protección de sus derechos, la posibilidad de nombramiento de curador y la capacidad para heredar o recibir donaciones o legados. En nuestro tiempo irrumpen nuevos factores que se vinculan con esta cuestión, como la agudización del debate sobre el aborto, la aparición de las técnicas de procreación artificial, la posibilidad de congelamiento de embriones, la amplia difusión del diagnóstico prenatal, las especulaciones en torno a la clonación humana, los fármacos abortivos que actúan impidiendo la anidación del embrión. En este punto, es indudable que hoy el Derecho Civil proyecta sus efectos sobre diversos campos jurídicos.

Excede los alcances de este aporte abordar exhaustivamente el tema y procuraremos algunas sintéticas reflexiones sobre la necesidad de reafirmar la plena personalidad del concebido desde el primer momento de la vida, es decir, con la activación del óvulo por fecundación. En tal marco, llamamos la atención sobre algunos aspectos particularmente importantes:

2.1. La tradición romanista y el pleno reconocimiento de la personalidad: En primer lugar, es importante destacar que el Código Civil Argentino es el que mejor recoge y actualiza la tradición jurídica romanista que consagra el principio según el cual el concebido se equipara al nacido en todo lo que lo beneficia. “Según los *Digesta* de Justiniano, la *paridad del concebido y del nacido es un principio de carácter general*, salvo las excepciones de algunas partes del Derecho. El principio general es claramente afirmado en el Libro I, Título V (*De statu hominum*) y encuentra correspondencia terminológica en el último libro, Título XVI (*De verborum significatione*)”⁸. Esta tradición jurídica tiene una importancia decisiva en tanto reconoce al concebido como “persona”. En nuestro país, no tienen cabida las teorías que pretenden distinguir entre persona y ser humano durante la etapa prenatal⁹.

⁸ CATALANO, Pierangelo, “Observaciones sobre la ‘persona’ del concebido a la luz del Derecho Romano (de Juliano a Teixeira de Freitas)”, en AA VV *L'Inizio della persona nel sistema giuridico romanista*, Roma, Università di Roma “La Sapienza”, 1997, pág. 146.

⁹ Destacamos la ampliación del reconocimiento de derechos a la persona por nacer, como por ejemplo en materia de alimentos: ver CÓRDOBA, Marcos, “Derechos de las personas humanas no nacidas”, *La Ley* 2008-E, pág. 1144.

2.2. Los fundamentos constitucionales: Por otra parte, así como hemos enfatizado la constitucionalización del concepto de persona, debemos recordar el pleno reconocimiento a nivel constitucional de la concepción como comienzo de la existencia de la persona. Así se desprende de una interpretación literal, armónica y sistemática de las disposiciones constitucionales, en particular del Artículo 75, inc. 23, cuando establece que será facultad del Congreso Nacional dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, “desde el embarazo hasta la finalización de la lactancia”. Por su parte, en los Tratados Internacionales que el Artículo 75, inc. 22, incorpora a la Constitución tenemos expresos reconocimientos de la personalidad jurídica de todo ser humano desde su concepción. En este sentido, para la República Argentina se entiende por niño “todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los dieciocho años de edad” (Convención sobre los Derechos del Niño, Ley N° 23.849)¹⁰. Igualmente, la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, en su Artículo 1°, establece que “persona es todo ser humano”, para luego reconocer en el Artículo 4° que “*toda persona* tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción”. Del juego de estas disposiciones puede igualmente concluirse que comienza la existencia de la persona desde su concepción. También podemos señalar que en el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* se reconoce implícitamente la personalidad jurídica del por nacer, cuando en el Artículo 6°, inc. 5, se prohíbe aplicar la pena de muerte a mujeres en estado de gravidez. El tema fue objeto de un fallo específico de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que reconoció el derecho a la vida desde la concepción (“Portal de Belén”, 5 de marzo de 2002).

2.3. Los embriones concebidos extracorpóreamente: En la reforma debe tenerse en cuenta que la expresión contenida en los Artículos 63 y 70 respecto al lugar de la concepción (“en el seno materno”) debe ser interpretada correctamente y en armonía con el resto de las disposiciones civiles, legales y constitucionales. Al respecto, la expresión “en el seno materno” no figura en el texto originario del Artículo 264 referido al inicio de la patria potestad (“desde la concepción”). Y, entre muchas otras normas y Constituciones Provinciales, podemos mencionar el Artículo 14 de la Ley N° 24.901 sobre prestaciones para las personas con discapacidad y el Artículo 9° de la Ley N° 24.714 de Asignaciones Familiares. Por otra parte, la indicación del “seno materno” como lugar de la concepción se explica por el momento histórico en que el Código Civil fue redactado, ya que en 1869 difícilmente Vélez Sársfield podía llegar a imaginarse la posibilidad de concebir seres humanos fuera del seno materno. Por ello, estos artículos deben interpretarse de buena fe, y hacer extensivo el reconocimiento de la personalidad jurídica al concebido fuera del seno materno por técnicas de procreación extracorpóreas, máxime cuando el Artículo 51 nos indica que no son relevantes cualidades o accidentes¹¹.

¹⁰ BASSET, Úrsula C., “Derecho a la vida del no nacido en la Convención sobre los Derechos del Niño”, en Revista *El Derecho*, nro. 12043, Buenos Aires, 7 de julio de 2008, pág. 12.

¹¹ Desde ya que este reconocimiento de la personalidad del concebido en forma extracorpórea no

El inicio del siglo XXI, marcado por las extraordinarias capacidades de conocer la realidad biológica, ofrece nuevas y renovadas razones para ratificar la plena personalidad del ser humano desde su concepción, sin importar cualidades o accidentes y sin establecer arbitrarias etapas en la vida prenatal o neonatal que terminan operando como legitimaciones de flagrantes violaciones a los Derechos Humanos¹².

3. La persona, el respeto al cuerpo humano y la biomedicina y la biotecnología

La protección de la integridad física de la persona humana es uno de los grandes principios de la bioética. En efecto, las biotecnologías reconocen como uno de los límites infranqueables el respeto a la persona humana, en su dimensión corporal.

Esta protección surge de las claras disposiciones constitucionales sobre el derecho a la vida (Arts. 29 y 33 CN) y de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos: el Artículo I de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, el Artículo 3° de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Artículo 6° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Artículo 4° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Además, doce provincias reconocen este derecho expresamente “desde la concepción” en sus Constituciones: Buenos Aires (Artículo 12), Catamarca –que lo considera un derecho social– (Artículo 65.III.1), Córdoba (Artículo 4°), Chaco (Artículo 15 inciso 1), Chubut (Artículo 18 inciso 1), Entre Ríos (Artículo 16), Formosa (Artículo 5°), Salta (Artículo 10), San Luis (Artículo 13), Santiago del Estero (Artículo 16 inciso 1), Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur (Artículo 14 inciso 1) y Tucumán (Artículo 146).

Este mandato constitucional de garantizar el derecho a la vida se plasma en el Derecho Penal, Administrativo y Civil y presenta dos vertientes: por un lado, en su formulación negativa, se concreta en la prohibición de matar a otro; por el otro, en su formulación positiva, señala el deber jurídico de promover la vida. Parece oportuno que una reforma del Código Civil incorpore de manera expresa algunas normas sobre la primacía de la persona humana, prohibiendo los atentados contra su dignidad y el respeto de su integridad física.

3.1. Intervenciones biomédicas: La cuestión de las intervenciones biomédicas y su incidencia sobre la persona humana se ha incorporado progresivamente en diversos Códigos Civiles, como ha ocurrido con el Código Francés. En nuestro país, además de algunas leyes provinciales, debemos tomar en cuenta la Ley N° 26.529 de derechos del paciente. Así, una reforma del Código debería incorporar una norma de carácter general, que recoja los principios fundamentales de la bioética y que esté centrada en la dignidad de la persona humana.

importa para nosotros legitimación de las técnicas que consideramos contrarias a la dignidad de la procreación y atentatorias contra el derecho a la vida.

¹² HERRERA, Daniel, *El estatuto de la persona humana, ¿ontológico o funcional? y sus consecuencias jurídicas*, Tesis Doctoral, Pontificia Universidad Católica Argentina, fecha defensa: 3 de junio de 2009, calificación: sobresaliente *Cum Laude* (en prensa).

3.2. Cambio de sexo: En las propuestas que se formulan, se procura también garantizar el respeto al cuerpo ante el avance de algunas posturas que sostienen que el sexo de la persona debe ser modificado según sea su “autopercepción” y consecuentemente, pretenden legitimar los cambios de sexo a partir de la ideología de género. Entendemos que ello supone desconocer la realidad corporal del hombre a partir de una visión reduccionista del ser humano, que considera que todo puede ser construido. Se constata un avance abusivo de la autonomía de la voluntad sobre aspectos del ser humano que son dados y que no pueden ser modificados sin graves consecuencias, a nivel personal y social. Entendemos que la identidad personal posee aspectos estáticos y dinámicos y que el sexo se encuentra entre los elementos estáticos, que constituyen punto de partida para el despliegue de la personalidad. El asunto posee numerosas aristas y merece un enfoque interdisciplinario que excede los limitados alcances de este trabajo.

3.3. Extrapatrimonialidad del cuerpo: En el texto que proponemos incorporar al Código Civil, sostenemos la necesidad de reafirmar que el cuerpo humano, sus elementos y productos no pueden ser objeto de un derecho patrimonial. El tema no es menor, como puede advertirse por los debates que se plantean en Estados Unidos y Europa en torno a la patentabilidad del genoma y de ciertos tejidos humanos¹³.

3.4. Acciones por daños por el hecho del nacimiento: En el año 2000, Francia se vio conmovida por el Caso “Perruche”, resuelto por la Corte de Casación de Francia el 17 de noviembre de 2000 sobre el reclamo de indemnización por daños y perjuicios contra un médico por el hecho de haber nacido con graves malformaciones. Sostenemos la conveniencia de incorporar al Código Civil disposiciones prohibitivas sobre las acciones de reclamo de daños por el hecho del nacimiento, a fin de evitar abusos que contrarían los más esenciales principios de la identidad personal y la filiación.

3.5. Genética: Un tópico nuevo que incide en la consideración civil de la persona humana es el de la genética. En efecto, la secuenciación completa del genoma humano anunciada en el año 2000¹⁴ ha abierto nuevas y extraordinarias posibilidades de desarrollo, al tiempo que ha despertado justificadas inquietudes por las implicaciones éticas, sociales y legales de tales descubrimientos. Muchas son las derivaciones jurídicas de los temas genéticos. Para Salvador Bergel son cuatro los grupos de temas que plantean mayores problemas al Derecho: “[...] manipulación genética; tratamiento y protección de la información genética; discriminación fundada en razones genéticas; apropiación del material genético, comprendiendo el régimen de acceso”¹⁵. A partir de la decodificación de la secuencia completa del

¹³ Ver, por ejemplo, “Conclusiones” del abogado general Sr. Yves Bot presentadas el 10 de marzo de 2011 ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *El Derecho*, Tomo 242, 20 de abril de 2011, pág. 4.

¹⁴ Cf. SERRA, Ángelo, “La revolución genómica. Conquistas, expectativas y riesgos”, en *Humanitas*, nro. 26, Santiago, Centro de Extensión de la Pontificia Universidad Católica de Chile, 2002, págs. 264-275.

¹⁵ BERGEL, Salvador, “Genoma Humano: cómo y qué legislar”, en *Revista La Ley*, Tomo 2002-A, Buenos Aires, pág. 1055.

genoma humano, el manejo de la información genética de la persona se convierte en un nuevo tópico para el Derecho Civil, que deberá garantizar la identidad de la persona, prevenir incorrecciones y discriminación y favorecer todos los adelantos que contribuyan al verdadero bien de la persona, la familia y la sociedad. En este aporte consideramos algunos temas particularmente urgentes para el Derecho Civil.

3.5.a. Manipulación genética: La manipulación genética conlleva una nueva problemática que puede ocurrir antes o después de la concepción. Si es antes de la concepción, estamos ante las nuevas problemáticas de las técnicas de procreación artificial y la pretensión de determinar las características del niño a concebir. Al respecto, ello se puede intentar hoy a través de selección de gametos, aún cuando conlleva una aleatoriedad grande por la recombinación que se produce en el momento de la fusión de los pronúcleos. Luego de la concepción, puede intentarse una manipulación a través de terapia génica. Se define la terapia génica como “la introducción en organismos o células humanas de un gen, es decir de un fragmento de ADN, que tiene por efecto prevenir y/o curar una condición patológica”¹⁶. Para la Asociación Médica Mundial, “la terapia génica representa una combinación de técnicas utilizadas para corregir los genes defectuosos que producen enfermedades, en particular en el campo de la oncología, hematología y trastornos inmunes”¹⁷. Esta forma de terapia se encuentra aún en una fase experimental¹⁸.

Al respecto, sintéticamente podemos decir que hay que distinguir entre terapia génica somática y germinal, como así también entre terapia antes o después del nacimiento. La terapia génica sobre células somáticas es lícita en la medida en que se realice con finalidad estrictamente terapéutica y se cumplen las exigencias de justicia propias de toda investigación e intervención (proporcionalidad, consentimiento, *ultima ratio*, rigor científico, etc.). Por su parte, la terapia génica germinal merece serios reproches éticos por su incidencia en la descendencia, además de las problemáticas propias de la utilización de las técnicas de procreación artificial.

3.5.b. Preservar la identidad genética: La preservación de la “identidad genética” de la persona surge como una cuestión nueva para el Derecho Civil. Por un lado, este tema se relaciona con la identificación de la persona para diversos fines jurídicos: filiatorios, criminales, etc. Por otro lado, en virtud de las singulares características de la información genética se vislumbra una pretensión de almacenamiento de los datos genéticos de cada persona humana que podría obedecer a nobles intenciones, pero que despierta justificadas inquietudes por las posibilidades de abuso y discriminación.

Esta pretensión de recopilación de la información genética se constata, por ejemplo, en la Ciudad de Buenos Aires. La Ley N° 1.226 (BO 12-1-2004) establece un

¹⁶ SGRECCIA, Elio, *Manual de Bioética*, México, Ed. Diana, 1996, pág. 246.

¹⁷ Asociación Médica Mundial, *Declaración sobre la Genética y la Medicina*, l Santiago, 2005, en www.wma.net/s/policy/g11.htm (último acceso: 20-7-2008).

¹⁸ National Library of Medicine, “Genes and gene therapy”, en <http://www.nlm.nih.gov/medlineplus/genesandgenetherapy.html> (último acceso: 28-12-2008).

sistema de identificación del recién nacido y su madre a partir de la “huella genética”, que “consiste en las muestras de sangre de la madre y su hijo, archivadas en la tarjeta única de identificación” (Artículo 11). Roberto Arribere criticó la norma por considerar que excede las funciones propias del Registro Civil de la Ciudad de Buenos Aires y por el riesgo de que la información sensible sobre prácticamente la totalidad de la población de la Ciudad quede sujeta a conocimiento público¹⁹. En la Ley Nacional N° 26.413 sobre el Registro del Estado Civil y Capacidad de las personas de 2008 no se contempla lo relativo a la “huella genética”²⁰.

El almacenamiento de la información genética se relaciona, centralmente, con los denominados “biobancos”, que plantean nuevas situaciones jurídicas relativas a la obtención de las muestras biológicas y de los datos genéticos, a su identificación con personas determinadas o su disociación, a la confidencialidad, a la transferencia de los datos, etc.

En este sentido, proponemos normas que regulen lo relativo a la información genética respetando principios bioéticos fundamentales.

3.5.c. La discriminación genética: La información genética ha generado una creciente capacidad de diagnosticar sin que exista un proporcionado desarrollo de las terapias para tales enfermedades diagnosticables. Es decir, contamos con más información sobre las enfermedades y sobre las personas enfermas, pero no tenemos la consecuente capacidad de curar. Tal desproporción entre diagnóstico y terapia genera una enorme responsabilidad en el manejo de la información genética, pues existe una tendencia a discriminar a quien presenta un defecto genético, máxime si no se puede curar esa enfermedad. Surge entonces la necesidad de proteger a la persona contra la discriminación genética²¹. Ello es urgente, por ejemplo, en relación con la vida humana por nacer, evitando que el diagnóstico prenatal se convierta en una instancia de control de calidad sobre la persona concebida y, en cambio, sea un real servicio para la salud fetal²². También en relación con los embriones concebidos extracorpóreamente, que son seleccionados en función de sus características genéticas por el diagnóstico genético preimplantatorio. Otros campos en los que la discriminación genética debe ser prevenida son los referidos a las instituciones de salud, el acceso al empleo y los seguros. Con la información genética disponible de manera rápida y temprana, crece la presión de las obras sociales y empresas de salud para evitar el nacimiento de niños con malformaciones.

La actualidad del tema es evidente. En Estados Unidos, se aprobó en mayo de

¹⁹ ARRIBERE, Roberto, “Sistema de identificación de los recién nacidos. Una desafortunada norma para la Ciudad de Buenos Aires”, en *Revista Jurídica La Ley*, Tomo 2004-D, Buenos Aires, pág. 1141.

²⁰ El Artículo 33 especifica los contenidos del “Certificado médico del nacimiento” y en lo referido al recién nacido prescribe que se haga constar: “nombre con el que se lo inscribirá, sexo, edad gestacional, peso al nacer e impresión plantal derecha si el nacimiento ha sido con vida”.

²¹ Ver LAFFERRIERE, Jorge Nicolás (Director), *Discriminación genética: concepto, alcances y desafíos legislativos*, Centro de Bioética, Persona y Familia, abril de 2010, disponible en <http://www.centrodebioetica.org> (último acceso: 13-6-2010).

²² LAFFERRIERE, Jorge Nicolás, *Implicaciones jurídicas del diagnóstico prenatal. El concebido como hijo y paciente*, Buenos Aires, EDUCA, 2011, 832 págs., Tesis Doctoral, Directora de tesis: Catalina E. Arias de Ronchietto.

2008 la Ley Contra la Discriminación por Información Genética (GINA - Genetic Information Nondiscrimination Act of 2008 – Public Law 110-233), con la finalidad específica de prevenir la discriminación fundada en la información genética de la persona en torno a dos grandes cuestiones: los seguros de salud y el empleo.

3.5.d. Eugenesia y derecho: La posibilidad de iniciar procedimientos tendientes a la selección de sexo o caracteres físicos o raciales de seres humanos ha crecido notablemente, merced a las posibilidades abiertas por la genética. En este sentido, sostenemos que las improntas eugenésicas se previenen jurídicamente a partir de dos principios fundamentales: el respeto al derecho a la vida y a la no manipulación biotecnológica. En esta propuesta procuramos reflejar esta iniciativa.

3.6. Investigación y utilización de células madre: Los descubrimientos vinculados con las llamadas “células madre” (o células troncales o estaminales) han suscitado importantes expectativas por las poderosas posibilidades de aplicación terapéutica que se abren. Constituyen un tema nuevo para la reflexión científica, que no excluye, sino que por el contrario reclama, una aproximación bioética y específicamente jurídica. El Código Civil, en tanto se refiere a la persona humana y sus derechos personalísimos, no es ajeno a esta temática y por eso parece oportuno incluir en una eventual reforma algunas disposiciones sobre este nuevo tópico. La Ley N° 24.193 de ablación e implante de órganos humanos refiere al tema, aunque resulta oportuna una profundización de sus disposiciones.

Al respecto, cabe recordar que las células estaminales se distinguen por dos características: a) se pueden dividir para producir copias de sí mismas en apropiadas condiciones y b) son pluripotentes, o son aptas para diferenciarse en cualquiera de las tres capas germinales: el endodermo (que forma los pulmones, el tracto gastrointestinal y el interior del estómago); el mesodermo (que forma los huesos, los músculos, la sangre y el tracto urogenital) y el ectodermo (que forma los tejidos epidérmicos y el sistema nervioso).

A partir de estas células se procuran distintas estrategias terapéuticas regenerativas, ya sea reparando o reemplazando tejidos dañados, o bien revirtiendo una enfermedad o lesión. El primer antecedente en este sentido refiere al autotrasplante de células de la médula ósea que tienen la capacidad de regenerar células sanguíneas.

Por su origen, las células troncales pueden ser adultas o embrionarias. Esta distinción tiene una importancia crucial al momento de considerar la regulación jurídica de la investigación y utilización de estas células troncales.

En efecto, la investigación y utilización de células madre embrionarias está viciada por justificadas objeciones jurídicas que señalan que ella importa la destrucción de seres humanos en sus primeras fases de desarrollo. En cambio, las células madre adultas no plantean objeciones en relación con una eventual violación del derecho a la vida.

Por su parte, en la regulación de las células madre adultas humanas, podemos encontrar dos problemáticas: por un lado, las células madre adultas en general y por el otro, las células del cordón umbilical. La regulación de la utilización de las células troncales somáticas plantea los siguientes problemas: el respeto al derecho a la vida, el necesario consentimiento informado de los dadores, la exigencias propias de

toda investigación en cuanto a su rigor y fases de experimentación y la exclusión de cualquier forma de compulsivo requerimiento de donación.

En el caso de las células madre del cordón umbilical, estamos ante nuevos problemas vinculados con tres temas: a) el consentimiento, b) el destino, c) la existencia de bancos privados. En los presentes aportes formulamos sugerencias concretas para estos tópicos.

3.7. Investigación en personas humanas: La noción de persona también aparece implicada cuando consideramos lo relacionado con la experimentación e investigación sobre seres humanos²³. En este sentido, se verifican enormes avances, con grandes beneficios para la sociedad, pero también una intensa discusión sobre la finalidad de tal investigación, las condiciones de licitud y sus aplicaciones terapéuticas. En este campo, y proyectando sus efectos sobre otros temas de la bioética, aparece el tema del consentimiento informado y sus condiciones y la necesidad de que toda intervención se ordene al bien de la persona, respetando los principios primeros de la ley natural.

3.8. Biotecnologías e investigación sobre personas humanas por nacer: Una nueva problemática se plantea en torno a los proyectos de investigación sobre células troncales humanas embrionarias²⁴. La violación del derecho a la vida se configura en el denominado “proceso de derivación” de células troncales a partir de embriones humanos. En la situación actual, tales intentos de derivación se podrían realizar ya sea por la generación de embriones con fines experimentales, como por la destrucción de los embriones crioconservados existentes y que hubieran sido abandonados. Ambos supuestos, a la luz del principio fundamental que señala el deber de tutelar la vida humana desde la concepción, deberían ser expresamente prohibidos civilmente. Además, se deberían prohibir de manera expresa la clonación y la creación de híbridos. La prohibición legal debería abarcar también la partenogénesis y, al menos de manera preventiva, cualquier técnica de activación del óvulo (por ejemplo, la Altered Nuclear Transfer –ANT–). Nos limitamos aquí a los aspectos civiles, sabiendo que todas estas disposiciones han de ser complementadas con normas penales y administrativas.

Por otra parte, los lineamientos de los Institutos Nacionales de Salud de los Estados Unidos sobre la investigación en células estaminales humanas (“Guidelines on Human Stem Cell Research”) de julio de 2009, al autorizar la postulación de proyectos de investigación con “embriones donados” fuera de los Estados Unidos, plantean una nueva cuestión al legislador: la necesidad de adoptar medidas que prohíban el traslado de embriones humanos hacia fuera del país o desde fuera del país.

²³ Ver ARIAS DE RONCHIETTO, Catalina E., “Procreación humana, ingeniería genética y procreación artificial”, en AA VV, *La persona humana*, BORDA, Guillermo A., Buenos Aires, Editorial La Ley, 2001.

²⁴ LAFFERRIERE, Jorge Nicolás, “La regulación jurídica de la investigación sobre células troncales”, *Medicina e Morale*, Roma, 2010/2.

4. El diagnóstico prenatal

El diagnóstico prenatal es una de las manifestaciones de las nuevas posibilidades de intervención sobre la vida humana. En efecto, desde hace unos años se comienzan a multiplicar los procedimientos médicos ordenados a detectar la presencia de enfermedades u otras anormalidades en la persona por nacer. Este acto médico de asesoramiento y diagnóstico sobre la salud de la persona concebida se presenta, en principio, como una herramienta para la vida. Realizado con técnicas adecuadas y en ciertas condiciones ético-jurídicas y combinado con adecuados recursos terapéuticos o al menos paliativos, abre grandes posibilidades para la vida humana en las primeras fases de su desarrollo, especialmente porque se facilita la atención, y aún la detección temprana, de enfermedades para una mejor intervención en favor de la salud de la persona por nacer.

Para que sea procedente realizar un diagnóstico prenatal al concebido, hijo y paciente, es necesario que se cumplan determinadas condiciones ético-jurídicas de licitud, a saber:

a) El diagnóstico prenatal debe ser enmarcado en la relación médico-paciente y debe existir una indicación médica precisa y objetiva. El médico debe también brindar información completa, veraz y en términos comprensibles, en un marco de diálogo, de contención y asesoramiento a los padres. Entre los contenidos de la información que deben brindar el médico y su equipo sobresalen los resultados posibles y los riesgos probables tanto para la madre como para el hijo concebido, en el estado actual de la *lex artis*, además de la descripción de las técnicas por emplear, la indicación médica, las posibilidades terapéuticas y las alternativas diagnósticas si las hubiere. Si el diagnóstico prenatal fuese específicamente genético, la información por brindar por el médico debe incluir también la naturaleza y el pronóstico de la información, las limitaciones de los estudios, las formas de manifestación de la enfermedad, las consecuencias de un diagnóstico confirmatorio y las posibilidades de prevención o tratamiento, las consecuencias para otros parientes del concebido, la forma en que se tratan y almacenan las muestras en el laboratorio y la precisión de los estudios con sus tasas de error claramente especificadas y en lenguaje accesible.

b) El diagnóstico prenatal debe poseer una finalidad terapéutica relacionada con la salud del concebido. La finalidad terapéutica del diagnóstico prenatal es decisiva en un contexto biomédico de notable desproporción entre la capacidad de diagnóstico, pronóstico y terapia. Al respecto, no puede considerarse finalidad terapéutica la intención de dar muerte al niño por nacer en caso de que el diagnóstico prenatal arroje un resultado adverso. La mera predicción probabilística de susceptibilidad en relación con una enfermedad, o el diagnóstico precoz de una enfermedad de aparición tardía no configuran una finalidad terapéutica que justifique el diagnóstico prenatal si no hay medios terapéuticos o paliativos concretos. Tampoco respetan la finalidad terapéutica los programas de tamizaje genético prenatal que solo ofrecen información probabilística y no un diagnóstico en un sentido propio, médico, deontológico, jurídico y bioético.

c) Los medios empleados para el diagnóstico prenatal deben ser proporcionados al resguardo de la vida de la madre y de su hijo concebido.

d) Se requiere el consentimiento informado de los padres, previo al acto médico de diagnóstico. Este consentimiento deberá ser escrito y firmado en forma conjunta por ambos padres, especialmente antes de aplicar las técnicas invasivas y antes de proceder a realizar estudios genéticos.

e) Se debe exigir específicamente el cumplimiento del deber médico y técnico de confidencialidad de la información genética de la persona concebida y/o de su familia, de acuerdo con la igual dignidad de todos los seres humanos y excluyendo toda forma de discriminación o estigmatización en razón de sus características genéticas o de su salud en general.

5. Las técnicas de procreación artificial

Uno de los temas nuevos que enfrenta el Derecho Civil en la bioética es el referido a las técnicas de procreación artificial. Al respecto, como hemos sostenido oportunamente²⁵, entendemos que estas técnicas no pueden ser autorizadas por el legislador y que debe incluirse una prohibición expresa en el Código Civil. El fundamento de esta postura obedece, de manera muy sintética, a dos grandes razones: por un lado, las técnicas constituyen mecanismos de transmisión de la vida humana que suponen una “cosificación” de la persona humana según una cierta lógica de la producción; por el otro, estas técnicas, especialmente cuando son extracorpóreas, suponen una violación del derecho a la vida de los embriones concebidos, muchos de los cuales son eliminados o mueren.

En cuanto al primer punto, debe tenerse presente que la posibilidad de procreación por medios artificiales constituye un ejemplo del creciente poder del hombre sobre el misterio de la vida humana y cómo ese poder no siempre se utiliza para el bien de la misma persona. Estas técnicas son bioéticamente objetables en tanto suponen una afectación a la dignidad de la transmisión de la vida, por la disociación de procreación y sexualidad, de modo que la transmisión de la vida humana ya no se realiza en su ámbito propio, que es la unión conyugal, sino en el campo de un procedimiento técnico.

Profundizando la mirada, podemos decir que, de alguna manera, a través de estas técnicas el hombre arrebató para sí no solo el poder de transmitir la vida sino que prepara las condiciones para poder fijar ciertas características al que va a venir. En efecto, estas técnicas de procreación están íntimamente vinculadas con las posibilidades de diagnóstico genético y ello hace surgir inquietantes preguntas. Pensemos en un matrimonio perfectamente fértil pero que tuviera propensión a transmitir una cierta enfermedad. En estos supuestos, algunos postulan que deberían recurrir a las técnicas de procreación para “evitar” esa transmisión, pues si no recurrieran podrían ser pasibles de acciones de responsabilidad del mismo hijo por-

²⁵ LAFFERRIERE, Jorge Nicolás, “Técnicas de procreación humana. Propuesta para la tutela legislativa de la persona concebida (Honorable Senado de la Nación. Comisiones de ‘Salud y Deporte’, ‘Legislación General’ y ‘Justicia y Asuntos Penales’. Audiencia sobre ‘Fertilización asistida: Aspectos Jurídicos’, Buenos Aires, 15 de agosto de 2006)”, en *El Derecho*, Tomo 219, Buenos Aires, 2006, pág. 858.

que lo han engendrado sin una “calidad de vida adecuada”. Surgen así las acciones conocidas como “wrongful life” o “wrongful birth” (“vida equivocada” y “nacimiento equivocado”)²⁶. Se trata de una perspectiva que es manifiestamente contraria a la “gratuidad” propia de la paternidad y la maternidad y que se muestra como preocupante síntoma de un ilegítimo avance del hombre sobre la transmisión de la vida.

La transmisión de la vida humana ingresa peligrosamente en una cierta “lógica de la producción industrial”, que pasa a considerar a la persona como “el producto” que queda sometido a parámetros de eficiencia y calidad que no conciden con la especial dignidad de la persona humana. De esta manera, como agudamente denunciaba Jacques Testart, reconocido genetista francés, se avanza hacia un “nuevo eugenismo” donde “solo los más competentes merecerán un lugar en la sociedad mediante su trasplante en el útero, mientras que las potenciales personas de segunda se dejarán en espera, sin eliminarlas, gracias al paro técnico permitido por la congelación y, mientras, los minusválidos, los marginales y demás seres extraños serán definitivamente eliminados de todo proyecto familiar”²⁷.

En cuanto a la afectación del derecho a la vida, las técnicas conllevan la posibilidad de eliminación o pérdida de embriones concebidos. Esta afectación del derecho a la vida asume dos formas. Por un lado, a través de acciones dirigidas a provocar la muerte del embrión. Así, en algunos países se acepta la posibilidad de eliminación deliberada de embriones concebidos extracorpóreamente, que son desechados por la presencia de “defectos físicos” o bien porque se los considera “sobrantes”. Generalmente en estos casos se coloca un límite temporal para la eliminación de los embriones, que se vincula con algún momento de su desarrollo. También se afecta este derecho a la vida cuando se los “destruye” a los fines de obtener células que son luego utilizadas para fines diversos, o cuando se los destina a la investigación y por tanto se los priva de la posibilidad del desarrollo en el seno materno.

En el caso de las técnicas intracorpóreas, el derecho a la vida aparece amenazado cuando se aplica la llamada “reducción embrionaria”, en virtud de la cual luego de la fecundación de más de un ovocito en el cuerpo de la madre se mata a varios de ellos para evitar un embarazo múltiple²⁸. También aquí estaríamos ante la eliminación deliberada de embriones, en tanto se habla de “abortos selectivos de embriones”²⁹.

Ahora bien, suponiendo que no hubiera intervenciones deliberadamente orientadas a producir la muerte de un embrión, debemos constatar que las técnicas en sí mismas presentan un alto riesgo para los embriones. Esta sería la segunda forma de amenaza a la vida del embrión y tiene que ver con el riesgo *intrínseco* de las técnicas.

Un informe del Comité de Ciencia y Tecnología del Parlamento Británico ofrece precisa información sobre el punto. En efecto, allí se consigna que, para obtener

²⁶ Ver al respecto CANELLOPOULU BOTTIS, María, *Wrongful birth and wrongful life actions*, *European Journal of Health Law*, 11: 55-59, 2004.

²⁷ TESTART, Jacques, *La procreación artificial*, Madrid, Dominos, 1994, pág. 106.

²⁸ Cf. SERRA, Ángelo, “Selección y reducción embrionarias”, en Pontificio Consejo para la Familia, *Lexicon: Términos ambiguos y discutidos sobre familia, vida y cuestiones éticas*, Madrid, Ediciones Palabra, 2004, pág. 1033.

²⁹ Cf. Asociación Médica Mundial, *Declaración sobre los aspectos éticos de la reducción del número de embriones*, Bali, 1995.

un bebé nacido vivo con técnicas de procreación humana, se necesitan al menos 9,6 embriones en promedio para Europa. El país con mejor “tasa” es Islandia, que necesita 5,6; mientras que en Gran Bretaña se necesitan 10,6³⁰.

En los Estados Unidos, las estadísticas oficiales distinguen entre técnicas de procreación con congelamiento y sin congelamiento. En las técnicas sin congelamiento, en el año 2002, un 32,3% de los ciclos de tratamiento terminó en embarazo (de los cuales 19,9% fueron embarazos de un niño y 12,4% fueron embarazos múltiples)³¹. En las mismas técnicas, sobre 69.857 embriones transferidos, se produjeron 24.324 partos (34,8% de eficacia)³². En cuanto al número de embriones transferidos, generalmente se transfieren dos (31,6%) o tres (33,6%), aun cuando se espera que nazca uno solo. Cabe señalar que en este informe oficial no se incluyen cifras que reflejen el número total de embriones concebidos por estas técnicas.

Para conocer el número de embriones concebidos, podemos mencionar un trabajo que muestra que en general se obtienen entre 12,9 y 6,5 ovocitos por ciclo. De estos, son fecundados entre 8,1 y 4,7. De estos, son transferidos entre 3,2 y 1,1³³.

Resumiendo este análisis estadístico, “hay que distinguir el porcentaje de logros en cuanto a la recogida del ovocito maduro (95%), a la fecundación (90%), al inicio del desarrollo (58,8%) y a los embarazos iniciados (17,1%) y llevados a término (6,7%). Por consiguiente, la pérdida total de embriones equivale al 93-94%”³⁴.

Por estas consideraciones, podemos concluir que las técnicas extracorpóreas de suyo importan un riesgo para la vida del embrión concebido, particularmente en tanto el mismo viene a la vida en un ambiente distinto al que le sería natural, el seno de su madre. Este riesgo en muchos casos se vuelve lesión concreta y efectiva de la vida, cuando se eliminan deliberadamente embriones humanos.

En verdad, desde el primer momento nos encontramos ante un ser humano distinto del padre y de la madre que merece ser tutelado como persona. Por ello, en el plano civil se tiene que asegurar una prohibición de las técnicas, mientras que en el plano penal se tienen que establecer los delitos vinculados con la fecundación extracorpórea y con la eliminación directa o indirecta de embriones humanos.

PROPUESTA NORMATIVA

Art. ... [Persona humana. Comienzo de la existencia] *La existencia de las personas humanas comienza con la concepción. Todos los seres humanos son personas humanas, sin distinción de cualidades o accidentes.*

Art. ... [Persona humana. Capacidad] *Las personas humanas son capaces*

30 House Of Commons, Committee On Science And Technology, *Fifth Report*, Marzo 2005, en: <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm200405/cmselect/cmsctech/7/702.htm>.

31 U.S. Department Of Health And Human Services, *2002 Assisted Reproduction Technology Success Rates*, publicado en <http://www.cdc.gov/reproductivehealth/ART02/index.htm>.

32 Ídem.

33 DAMARIO, Mark and HAMMITT, Diane, “Maximizing IVF-ET efficiency and outcome through embryo cryopreservation”, en *Reproductive Technologies*, Vol. 10, number 2, pág. 87.

34 SGRECCIA, Elio, *Manual de Bioética*, ob. cit., págs. 422-423.

de adquirir derechos o contraer obligaciones. Se reputan tales todos los que en este Código no están expresamente declarados incapaces. Les son permitidos todos los actos y todos los derechos que no les fueren expresamente prohibidos, independientemente de su calidad de ciudadanos y de su capacidad política.

Art. ... [Personas por nacer] Son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas.

Art. ... [Personas por nacer. Derechos fundamentales] Las personas por nacer son consideradas como niños a todos los efectos del ordenamiento jurídico. Se reconoce su derecho a la vida desde la concepción y su derecho a no ser instrumentalizados como medio ni a ser sometidos a procedimientos técnicos que afecten su dignidad o integridad física.

Art. ... [Representación de las personas por nacer] Tiene lugar la representación de las personas por nacer siempre que éstas hubieren de adquirir derechos o de alguna forma se afectase su dignidad y derechos fundamentales. Además del representante individual, los niños por nacer gozarán de la representación promiscua del Ministerio Público y la protección del Defensor de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes, conforme lo establecido por la Ley N° 26.061.

Art. ... [Reconocimiento del embarazo] Se tendrá por reconocido el embarazo de la madre, por la simple declaración de ella o del marido, o de otras partes interesadas.

Son partes interesadas para este fin:

1° Los parientes en general del no nacido, y todos aquellos a quienes los bienes hubieren de pertenecer si no sucediere el parto, o si antes del nacimiento se verificare que el hijo no fuera concebido en tiempo propio;

2° Los acreedores de la herencia;

3° El Ministerio de Menores.

Art. ... [Postergación de controversias] Las partes interesadas aunque teman suposición de parto, no pueden suscitar pleito alguno sobre la materia, salvo sin embargo el derecho que les compete para pedir las medidas policiales que sean necesarias. Tampoco podrán suscitar pleito alguno sobre la filiación del no nacido, debiendo quedar estas cuestiones reservadas para después del nacimiento.

Tampoco la mujer embarazada o reputada tal podrá suscitar litigio para constatar su embarazo declarado por el marido o por las partes interesadas, y su negativa no impedirá la representación determinada en este código.

Art. ... [Teoría de la viabilidad. Improcedencia] El reconocimiento de la personalidad del ser humano no quedará nunca condicionado a la capacidad de sobrevida del niño al momento del nacimiento.

Art. ... [Época de la concepción] La época de la concepción queda fijada en todo el espacio de tiempo comprendido entre el máximo y el mínimo de la duración del embarazo.

El máximo de tiempo del embarazo se presume que es de trescientos días y el mínimo de ciento ochenta días, excluyendo el día del nacimiento. Esta presunción admite prueba en contrario.

Art. ... [Protección de la madre embarazada] No tendrá jamás lugar el reconocimiento judicial del embarazo, ni otras diligencias como depósito y guarda de la mujer embarazada, ni el reconocimiento del parto en el acto o después de tener

lugar, ni a requerimiento de la propia mujer antes o después de la muerte del marido, ni a requerimiento de éste o de partes interesadas.

Art. ... [Principio de primacía de la persona humana. Respeto al cuerpo] *Se garantiza la primacía de la persona humana, se prohíbe todo atentado contra su dignidad y se garantiza el respeto del ser humano desde el inicio de su vida.*

Cada persona física tiene derecho al respeto de su propio cuerpo. El cuerpo humano es inviolable. El cuerpo humano, sus elementos y productos no pueden ser objeto de un derecho patrimonial.

El respeto del cuerpo humano y la integridad física conllevan la prohibición de las intervenciones ordenadas al cambio de sexo.

Art. ... [Intervenciones biomédicas. Principios] *Las intervenciones biomédicas y biotecnológicas sobre el cuerpo humano se rigen por el principio de respeto a la vida humana, consentimiento previo e informado y respeto a la originalidad de la transmisión de la vida humana por la unión sexual de varón y mujer. Sin perjuicio de las disposiciones penales o administrativas correspondientes, quedan prohibidas las prácticas tendientes a la selección de genes, sexo o caracteres físicos o raciales de seres humanos.*

En caso de personas incapaces de hecho, el consentimiento será otorgado por sus representantes legales.

No pueden reclamarse daños por el hecho de haber nacido.

Art. ... [Información genética] *La información genética es personal, confidencial, intransferible y quedará sujeta a la protección de los datos sensibles. La realización de estudios genéticos, incluyendo los estudios por establecimientos de salud, empresas aseguradoras y otras instituciones de administración de riesgos, se realizará conforme a los siguientes criterios: el respeto a la vida y dignidad de la persona humana, el consentimiento previo, escrito e informado del interesado y la prohibición de medidas de discriminación, incluyendo primas diferenciadas, períodos de carencia y otros similares.*

Art. ... [Células madre somáticas. Criterios] *La investigación y la utilización de células madre adultas o somáticas humanas quedan sujetas a las siguientes disposiciones:*

- a) El respeto al derecho a la vida de la persona dadora de las células;*
- b) El necesario consentimiento informado de los dadores, quienes deberán ser personas mayores de edad y plenamente capaces de hecho;*
- c) El cumplimiento de las exigencias propias de toda investigación científica en cuanto a su rigor y fases de experimentación y la exclusión de cualquier forma de compulsivo requerimiento de donación, como así también las normas sobre trasplantes de órganos dispuestas en la Ley N° 24.193.*

Art. ... [Células madre de cordón umbilical] *La utilización de células madre humanas procedentes del cordón umbilical queda sujeta a las disposiciones indicadas en el artículo anterior y a las siguientes:*

- a) El previo e informado consentimiento de los representantes de la persona recién nacida, dado por escrito.*
- b) La posibilidad de almacenamiento para uso autólogo de células del cordón umbilical solo se autorizará en casos médicamente específicamente indicados y de acuerdo con lo que determine la autoridad de aplicación.*

Art. ... [Investigación en personas humanas] *La participación de personas humanas en proyectos de investigación en salud quedará regida por los siguientes criterios: respeto a la vida, consentimiento previo e informado, respeto a la originalidad de la transmisión de la vida humana y exclusión de técnicas de procreación artificial, intervención de un Comité de ética en la investigación.*

Art. ... [Investigación en personas por nacer] *Las investigaciones biomédicas sobre personas por nacer solo se podrán realizar excepcionalmente y siempre que tengan finalidad terapéutica directa para la misma persona concebida y no conlleven riesgos desproporcionados para su vida o integridad física. En relación con las aplicaciones biotecnológicas y la investigación sobre personas por nacer, se establecen las siguientes prohibiciones: i) concebir embriones humanos por aplicación de técnicas biotecnológicas; ii) quitar la vida a embriones humanos, incluyendo la derivación de células madre a partir de embriones humanos; iii) realizar tareas de investigación basadas en células madre humanas de origen embrionario, desarrolladas dentro o fuera del país; iv) trasladar embriones humanos congelados o células humanas madre de origen embrionario fuera del país; v) la clonación, la hibridación, la partenogénesis y cualquier técnica de activación del óvulo como si hubiera sido fecundado; vi) la realización de diagnóstico genético preimplantatorio, la maternidad subrogada y el denominado “alquiler de vientre”.*

En caso que, en violación de la prohibición fijada en este artículo, se procediera a la concepción de un ser humano por vía de técnicas de procreación humana artificial, la filiación se determinará en base al nexo biológico.

Art. ... [Diagnóstico prenatal] *La realización de diagnóstico prenatal requerirá el consentimiento conjunto, previo, escrito e informado de ambos padres, indicación médica precisa para su realización, finalidad terapéutica directa para el niño por nacer y la proporcionalidad de los medios empleados con los beneficios esperados. El consentimiento deberá ser dado luego de un plazo mínimo de 48 horas de reflexión desde el momento de la comunicación de la información.*

Se prohíbe la realización de “tamizajes prenatales” de manera generalizada y sin una finalidad terapéutica.

Para la realización de técnicas invasivas y estudios genéticos, la autoridad sanitaria correspondiente determinará las especializaciones médicas requeridas para llevar adelante el estudio prenatal.

El consentimiento para el diagnóstico prenatal deberá estar acompañado por un asesoramiento profesional previo y posterior a él, incluyendo el genético en caso que corresponda. La información por brindar al padre y a la madre necesariamente incluirá la indicación médica objetiva, la enfermedad por diagnosticar, el carácter del estudio, los procedimientos recomendados y su descripción, los resultados posibles, los beneficios, los riesgos probables tanto para la madre como para el concebido, los posibles efectos secundarios, el método de comunicación, la posibilidad de asesoramiento especializado, las alternativas diagnósticas y las posibilidades terapéuticas.

En caso de tratarse de estudios genéticos, se informará además la naturaleza y el pronóstico de la información genética buscada, las limitaciones de los estudios, las formas de manifestación de la enfermedad, las consecuencias de un diagnóstico positivo y las posibilidades de prevención o tratamiento, las consecuencias en parientes

del concebido, la forma en que se tratan y almacenan las muestras en el laboratorio y la precisión de los estudios, con sus tasas de error.

Art. ... [Representación promiscua] *A más de los representantes necesarios, los incapaces son promiscuamente representados por el Ministerio de Menores, que será parte legítima y esencial en todo asunto judicial o extrajudicial, de jurisdicción voluntaria o contenciosa, en que los incapaces demanden o sean demandados, o en que se trate de las personas o bienes de ellos, so pena de nulidad de todo acto y de todo juicio a que hubiere lugar sin su participación.*

DERECHOS DE LA PERSONALIDAD ESPIRITUAL

BIBIANA NIETO

FUNDAMENTOS

Dado que la Reforma Constitucional de 1994 incorporó a la Constitución Nacional Tratados Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional, resulta imperativo que la reforma del Código Civil incorpore una regulación orgánica de los derechos personalísimos. Consideramos apropiada la línea seguida por el proyecto de reforma del Código Civil de 1998.

TEXTOS PROPUESTOS

Derechos de la personalidad espiritual:

Artículo 1°.- Derechos. La persona humana afectada en su libertad, intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la reparación de los daños sufridos.

Artículo 2°.- Falsa denuncia o querrela. El denunciante o querellante responde por los daños derivados de la falsedad de la denuncia o de la querrela, si se acredita la ausencia de motivos razonables para creer que el damnificado estaba implicado.

Artículo 3°.- Derecho a la imagen. Para captar, reproducir, difundir o publicar la imagen o la voz de una persona, por cualquier medio, es necesario su consentimiento. Quedan exceptuados los siguientes casos:

- a) Cuando la persona participa en actos públicos.
- b) Cuando existe un interés científico, cultural o educativo justificado, y se toman las precauciones suficientes para evitar un daño innecesario.
- c) Cuando se ejerce en forma regular el derecho de informar sobre acontecimientos de interés general.

La reproducción de la imagen de las personas fallecidas se rige por lo dispuesto en el Artículo 4° segundo párrafo. Pasados veinte (20) años desde la muerte es libre la reproducción no ofensiva.

Artículo 4°.- Disposición de estos derechos. Se admite el consentimiento para disponer de los derechos reconocidos en el Artículo 1° si no es contrario a la ley, la moral y las buenas costumbres. Dicho consentimiento no se presume y es de interpretación estricta. Puede ser libremente revocado pero deben resarcirse los daños que la revocación provoca, salvo norma legal en contrario.

En caso de personas fallecidas, pueden prestar su consentimiento sus herederos o el designado por el causante en una disposición de última voluntad. Si hay desacuerdo entre herederos de un mismo grado, resolverá el tribunal.

Artículo 5°.- Medidas. Además de lo dispuesto por el Artículo 1°, el damnificado por atentados a su personalidad tiene derecho a:

- a) Exigir que el atentado que ha comenzado a ser ejecutado cese inmediatamente, sin necesidad de acreditar culpa o dolo del autor.
- b) Solicitar las publicaciones que le sean satisfactorias.

En caso de fallecimiento del titular las acciones pueden ser continuadas por sus herederos.

CAPACIDAD DE LAS PERSONAS

ALEJANDRO BORDA

1) Armonizar el texto legal con la nueva ley de salud mental, entre otras cosas en lo que hace a las funciones del curador.

FUNDAMENTO:

El nuevo Artículo 152 ter (Ley N° 26.657) dispone que *las declaraciones judiciales de inhabilitación o incapacidad deberán fundarse en un examen de facultativos conformado por evaluaciones interdisciplinarias. No podrán extenderse por más de tres (3) años y deberán especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible.*

La situación del insano, a resultas de dicha norma, ha cambiado sustancialmente. Ya no es un incapaz de hecho absoluto, sino que su incapacidad queda limitada a las funciones y los actos que el juez defina, una vez hecho el examen de los facultativos. La regla es, entonces, la capacidad. El curador deja de actuar en lugar del incapaz para actuar con el incapaz. Parecería, entonces, que es necesario modificar el Artículo 62 del Código Civil que establece que *la representación de los incapaces es extensiva a todos los actos de la vida civil, que no fueran exceptuados en este Código.* También debería modificarse el Artículo 475, en cuanto dispone que *los declarados incapaces son considerados como los menores de edad, en cuanto a su persona y bienes, y que las leyes sobre la tutela de los menores se aplicarán a la curaduría de los incapaces,* pues en la legislación actual, los menores siguen siendo regidos por el principio de incapacidad (con ciertas excepciones), mientras que los declarados dementes son en principio capaces, excepto para los actos fijados por el juez. Las funciones del tutor y del curador deben diferenciarse. Además, parece necesario regular con mayor sistematicidad las funciones del curador.

2) Permitir que se decrete la inhabilitación del pródigo a pesar de que no tenga familia.

FUNDAMENTO:

Una interpretación literal del Artículo 152 bis, inc. 3, veda la posibilidad de decretar la inhabilitación si el pródigo carece de familia o si ésta no acciona, pues se dice que la destinataria de la protección legal es la familia. Ante todo, debe señalarse que la inhabilitación no importa una sanción sino que constituye un instituto protector. Se busca evitar un daño a la persona o en los bienes del futuro inhabilitado. Teniendo en cuenta esto, la disyuntiva se plantea entre la protección frente al daño señalado y la desprotección nacida de la ausencia de familia o su falta de acción. La respuesta tiene que ser la protección. Por otra parte, debemos tener presente que en la médula de la prodigalidad existe un comportamiento dilapidador de los bienes, un despilfarro inmotivado e injustificado y esto permite presuponer un daño concreto al patrimonio del pródigo, sin olvidar que el criterio que justifica la limitación a la capacidad contractual es el interés del mismo pródigo. Por lo demás, en el curso normal de la vida no resulta razonable que una persona se desprenda de todo o gran parte de sus bienes, lo cual permite suponer una afectación de las facultades mentales³⁵. Por eso, sugiero que se modifique la norma mencionada, suprimiendo la referencia a la familia³⁶, estableciendo, entonces, que *podrá inhabilitarse judicialmente ... 3° a quienes por la prodigalidad en los actos de administración y disposición de sus bienes se expusiesen a la pérdida del patrimonio.*

3) Admitir la inhabilitación para supuestos de disminuidos en sus aptitudes físicas (ceguera, debilidad orgánica, parálisis, ancianidad, etc.) en la medida que tal limitación pueda provocar un daño en el patrimonio o en la persona del sujeto.

FUNDAMENTO:

Normalmente se ha interpretado que la “disminución en sus facultades” a la que se refiere el Artículo 152 bis, inc. 2, es de las facultades mentales. Pero no parece que existan razones de peso para seguir esta restringida interpretación. Rivera³⁷, entre nosotros, y Fernández Sessarego³⁸, en el Perú, defienden una interpretación

³⁵ Cf. CIFUENTES, Santos – RIVAS MOLINA, Andrés – TISCORNIA, Bartolomé, *Juicio de insania y otros procesos sobre incapacidad*, Ed. Hammurabi, 1990, pág. 130.

³⁶ Cf. TOBÍAS, José W., *La inhabilitación en el derecho civil*, Ed. Astrea, 2ª edición, n° 67.

³⁷ RIVERA, Julio César, *Instituciones de Derecho Civil – Parte General*, Ed. AbeledoPerrot, 1992, t. I, n° 531.

³⁸ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Nuevas tendencias en el derecho de las personas*, Ed. Universidad de Lima, 1ª edición, pág. 110.

INFORME SOBRE EL PROYECTO DE REFORMA AL CÓDIGO CIVIL

amplia, que procura facilitar la protección de esas personas afectadas por disminuciones físicas. La necesidad de consagrar legalmente esta interpretación se ve potenciada si se tiene en cuenta el nuevo Artículo 152 ter (Ley N° 26.657) que, al prever una incapacidad progresiva, en buena medida se superpone con lo que dispone el Artículo 152 bis, inc. 2, lo que tornaría a este último innecesario si se mantuviera una interpretación reducida a la disminución de las facultades mentales.

- 4) Necesidad de inscribir la sentencia de interdicción. Consiguientemente, deben declararse inválidos los actos celebrados por el interdicto después de la inscripción de la interdicción definitiva o provisional en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas (cf. Art. 37, Proyecto de 1998).**

FUNDAMENTO:

Un problema grave que existe en la actualidad es el conflicto entre la protección de los derechos de la persona afectada por una enfermedad mental y los derechos de terceros de buena fe que puedan verse afectados por las declaraciones de nulidad de los actos celebrados por los primeros. En este conflicto debe tenderse a la protección del enfermo, el cual, justamente por la enfermedad que lo aqueja, está en una situación de inferioridad frente a su cocontratante.

La cuestión se presenta aún más compleja a partir de la Ley N° 26.657 (salud mental) en tanto consagra el principio de capacidad.

Por eso, parece necesario crear un sistema registral, con carácter nacional, en el que deban inscribirse todas las sentencias judiciales que establezcan incapacidades, lo que permitiría conocer la verdadera capacidad de los contratantes³⁹.

³⁹ Cf. LAFFERRIERE, Jorge N. y MUÑIZ, Carlos, "La nueva Ley de Salud Mental. Implicaciones y deudas pendientes en torno a la capacidad" ript:ver_nota(61561,, ED diario del día 22-2-2011, punto 6.c).

CAPACIDAD DE LOS MENORES

CARLOS MUÑIZ

1. Edad en la que se adquiere la mayoría de edad.

FUNDAMENTOS:

Existen varias razones atendibles para considerar conveniente que la edad para alcanzar la mayoría se mantenga en dieciocho años, tal como fuera establecido por la Ley N° 26.659. En primer lugar se esgrimen argumentos de orden sociológico, tales como el avance de la madurez psicológica de las generaciones, la existencia de sistemas de seguridad social que hacen menos necesaria la protección específica de los más jóvenes y la esperanza de que la baja de la mayoría de edad contribuiría a un sentimiento de mayor responsabilidad. En el orden jurídico se plantea como un aspecto significativo la necesidad de alinear el Derecho Argentino con la mayoría de las legislaciones extranjeras, que hoy en día fijan comúnmente la edad de dieciocho años para la adquisición de la plena capacidad civil⁴⁰. Asimismo, se señala como necesaria una convergencia con lo establecido con Tratados Internacionales sobre la materia, en particular con lo dispuesto por la Convención sobre los Derechos del Niño.

⁴⁰ Código Civil Francés: “[...] le mineur est l’individu de l’un ou de l’autre sexe qui n’a point encore l’âge de dix-huit ans accomplis” (Art. 388 cf. L. n° 74-631 del 5 de julio de 1974); Código Civil Español: “La mayor edad empieza a los dieciocho años cumplidos. Para el cómputo de los años de la mayoría de edad se incluirá completo el día del nacimiento” (Art. 315); Código Civil Italiano: “Maggiore età. Capacità di agire. La maggiore età è fissata al compimento del diciottesimo anno. Con la maggiore età si acquista la capacità di compiere tutti gli atti per i quali non sia stabilita una età diversa. Sono salve le leggi speciali che stabiliscono un’età inferiore in materia di capacità a prestare il proprio lavoro. In tal caso il minore è abilitato all’esercizio dei diritti e delle azioni che dipendono dal contratto di lavoro” (Art. 2°); Código Civil Portugués: “Aquele que perfizer dezoito anos de idade adquire plena capacidade de exercício de direitos, ficando habilitado a reger a sua pessoa e a dispor dos seus bens” (Art. 130); Código Suizo: “La majorité est fixée à 18 ans révolus” (Art. 144); Código Civil de Québec: “L’âge de la majorité est fixé à 18 ans. La personne, jusqu’alors mineure, devient capable d’exercer pleinement tous ses droits civils” (Art. 153); Código de Brasil: “A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil” (Art. 5°).

INFORME SOBRE EL PROYECTO DE REFORMA AL CÓDIGO CIVIL

No obstante toda esta serie de argumentos no ha estado exenta de críticas muy serias por parte de respetados autores. Ya en forma previa a la reforma de la Ley N° 26.579, se han hecho numerosas consideraciones sobre la conveniencia de promover la reducción de la edad en la cual cesa la minoridad en el orden jurídico argentino. En tal sentido, se ha planteado la existencia de beneficios y desventajas de dicha reforma.

Las particularidades del medio local son las que permiten a varios autores plantear la necesidad de evaluar con precaución iniciativas tales como la que resultó en la Ley N° 26.579. Bossert ha sostenido que debe tomarse en consideración a la hora de valorar los antecedentes extranjeros, las diferencias de la realidad económica y social de nuestro país con relación a la de los países desarrollados que adoptan la edad de dieciocho años. En estos países, los jóvenes tienen acceso a bienes públicos de calidad y adecuados: se cuenta con un sistema de salud y seguridad social de amplio acceso; la educación tiene tasas elevadas de cobertura y niveles significativos de calidad; existen mayores posibilidades de acceso a una vivienda y de inserción laboral; todos estos aspectos resultando globalmente en mejores oportunidades de afrontar las necesidades de la vida civil con recursos propios. Asimismo, presenta un balance sobre la conveniencia de la reforma, señalando una serie de inconvenientes que se derivan de la reducción de la edad en la que se adquiere la mayoría de edad (LL 1991-E, 1029).-

Se ha destacado asimismo como una paradoja, y frente a aquellos autores que sostenían como argumento la constatación de un desarrollo más precoz de las actuales generaciones, que la ciencia psicoanalítica ha considerado que las complejidades de la vida moderna tienden a prolongar la adolescencia, y ese dato no se corresponde con la tendencia legislativa moderna. Otras críticas plantean que la pérdida de la incapacidad contractual elimina obstáculos existentes anteriormente para que los menores dilapiden su patrimonio por razones debidas a su inmadurez e inexperiencia en la vida civil; que pueden existir terceros perjudicados por “todos esos defectos a la espera de convertirse en cualidades que hacen el encanto de los adolescentes” de los que hablaba Carbonnier; y que en la ausencia de ciertos presupuestos sociológicos, en particular los que hacen a la posibilidad de obtener su independencia económica, la independencia jurídica otorgada por la ley tendría un carácter más simbólico que real.

A modo de conclusión, siguiendo las tendencias actuales en la materia, consideramos que más allá de los planteos de un sector doctrinario y las razonables críticas sostenidas a la reducción de la edad en la cual se adquiere la mayoría de edad a los dieciocho años, la Ley N° 26.659 ha reflejado un consenso social en este sentido, que es concordante con la legislación comparada y los Tratados Internacionales sobre la materia. No parece oportuno reabrir en esta instancia este debate y entendemos que debe mantenerse la edad de dieciocho años como edad en la cual se adquiere la plena capacidad civil. Quedan planteadas como cuestiones por resolver en una nueva redacción del Código, en primer lugar, el dictado de normas complementarias que contemplen la difícil inserción de los jóvenes de dieciocho años en la vida civil, tratando de resultar consistentes con el criterio definido de que se trata de mayores de edad plenamente capaces; y en segundo término, resolver las cuestiones que hacen a la armonización y consistencia de las normas que rigen la patria potes-

tad con las disposiciones establecidas especialmente por la Convención sobre los Derechos del Niño, sosteniendo que la adecuada protección del menor debe consistir en la protección de la autonomía de su desarrollo dentro de un marco razonable de ejercicio de la autoridad parental, que no debe ser demonizada.

PROPUESTA:

Mantener los actuales textos de los Artículos 126 y 128 1er. párrafo del Código Civil.

Art. 126. Son menores las personas que no hubieren cumplido la edad de dieciocho (18) años.

Art. 128. Cesa la incapacidad de los menores por la mayor edad el día que cumplieren los dieciocho (18) años.

2. Doble categoría de menores.

FUNDAMENTOS:

Responde a la realidad jurídica y fáctica que tanto los menores impúberes como menores adultos se ubican en un régimen básico de incapacidad. No obstante no es exacta la caracterización de los menores impúberes como incapaces absolutos de hecho y la doctrina ha sostenido a lo largo del tiempo la necesidad de revisar la necesidad de la doble categoría de menores propuesta por Vélez Sársfield.

Llambías ha criticado la doble categoría de menores sosteniendo que ella tiene una distinción cuantitativa y no cualitativa, afirmando que ambas categorías son reguladas por los mismos principios y que las excepciones a la regla de incapacidad no se establecen solo y exclusivamente a favor de los mayores de catorce años, sino que aparecen antes y se van incrementando después. En el mismo sentido, sostiene Rivera que se trata de una distinción irrelevante: todos los menores hasta la edad de veintiún años son incapaces en principio; pero el ordenamiento les autoriza a realizar determinados actos conforme con su desarrollo intelectual. Según Tobías, la rigidez de estas categorías no se ajusta a la realidad jurídica ni responde a diferencias ontológicas que justifiquen su mantenimiento.

Por otra parte, la rigidez del texto es lo que da origen a la inveterada “cuestión de los pequeños contratos” que debe ser resuelta mediante la incorporación de un artículo que dé cuenta del reconocimiento consuetudinario de la aptitud de los menores de realizar actos propios de su edad.

El criterio de eliminar la doble categoría de menores, estableciendo como principio general la incapacidad, incorporando progresivamente facultades a los menores dentro del ordenamiento jurídico, ha sido seguido por el Proyecto de 1936, el Anteproyecto de 1954 y el Proyecto de 1998.

PROPUESTA:

Derogar el Artículo 128 del Código Civil. Modificar en forma concordante los Artículos 54 y 55.

Incorporar un artículo que diga: “Los menores pueden concertar los actos usuales correspondientes a su edad y condición”.

3. Trabajo de los menores. Profesionales, trabajo independiente y bajo relación de dependencia.

FUNDAMENTOS:

El límite principal que encuentra cualquier regulación del tema se encuentra en el Artículo 32 de la CDN que establece: “1. Los Estados Parte reconocen el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social. 2. Los Estados Parte adoptarán medidas legislativas, administrativas, sociales y educacionales para garantizar la aplicación del presente artículo. Con ese propósito y teniendo en cuenta las disposiciones pertinentes de otros instrumentos internacionales, los Estados Parte, en particular: a) Fijarán una edad o edades mínimas para trabajar; b) Dispondrán la reglamentación apropiada de los horarios y condiciones de trabajo; c) Estipularán las penalidades u otras sanciones apropiadas para asegurar la aplicación efectiva del presente artículo”.

Teniendo en cuenta estos criterios, entendemos que resulta conveniente mantener la distinción entre los menores que ejercen una profesión habiendo obtenido un título habilitante para hacerlo, los menores que desarrollan un oficio en forma independiente y aquellos que trabajan bajo relación de dependencia.

En tal sentido, con relación a los menores que han obtenido un título profesional habilitante, se entiende que dicho requisito resulta suficiente para cumplir con la obligación de establecer una edad mínima. Si bien la edad no es determinada, el hecho de haber obtenido dicha calificación resulta suficiente para acreditar la suficiente madurez para el desarrollo de una actividad profesional, y que ha completado un trayecto de educación formal mínimo. En dichas condiciones, favoreciendo el criterio de promover la capacidad progresiva del menor parece razonable mantener el actual criterio de permitirles ejercer dicha profesión sin requerir autorización de sus representantes legales, administrar y disponer de los bienes que obtuviere mediante dicho trabajo, limitando su responsabilidad a los mismos.

En cuanto se refiere al trabajo independiente, entendemos que resulta conveniente mantener el actual criterio de permitirlo con autorización de los representantes legales desde la edad de catorce años, pero siguiendo las pautas que manda la CDN ordenando que no se entorpezca su educación, resulta necesario incorporar como requisito el cumplimiento de los trayectos curriculares mínimos obligatorios que manda la legislación específica sobre la materia (Ley Nacional de Educación N° 26.206).

Finalmente, el trabajo bajo relación de dependencia debe regirse por las pautas especiales sobre la materia establecidas por la Ley de Contrato de Trabajo N° 20.744 (Art. 32 y concs.) y el Convenio OIT N° 138 Sobre la Edad Mínima de Admisión al Empleo, ratificado por Ley N° 24.650, que establece que la edad mínima de admisión al empleo no podrá ser inferior a la edad en que cesa la obligación escolar o en todo caso a los quince años. Asimismo, en el inciso 3 del mismo artículo está previsto que los miembros de la OIT cuya economía y medios de educación estén insuficientemente desarrollados (previa consulta con las organizaciones de empleadores y trabajadores interesadas) podrán especificar inicialmente una edad mínima de catorce años. Argentina ratificó el Convenio N° 138 haciendo uso de esta opción.

Entendemos que en todos los casos, los bienes que el menor obtenga como fruto de su trabajo deben ser de su libre administración y disposición, y su responsabilidad por hechos que estuvieran relacionados con su actividad profesional o laboral debe estar limitada a dichos bienes.

PROPUESTA:

Mantener el texto del Artículo 128, 2° párrafo: *“El menor que ha obtenido título habilitante para el ejercicio de una profesión puede ejercerla por cuenta propia sin necesidad de previa autorización, y administrar y disponer libremente de los bienes que adquiere con el producto de su trabajo y estar en juicio civil o penal por acciones vinculadas a ello”*.

Incorporar un artículo que establezca: *“Desde los catorce años, los menores que hubieran completado la educación formal obligatoria podrán trabajar en forma autónoma o por cuenta propia con autorización de sus representantes legales. Podrán trabajar bajo relación de dependencia conforme las pautas que establezca la legislación del trabajo”*.

Incorporar un artículo que establezca: *“El menor que ejerciera una profesión, o trabajara por cuenta propia o bajo relación de dependencia podrá administrar y disponer libremente de los bienes que adquiriera con el producto de su trabajo y estar en juicio civil o penal por acciones vinculadas a ello”*.

Modificar el actual Artículo 283 de modo que establezca: *“Se presume, pudiendo admitirse prueba en contrario, que los menores que ejercieren algún empleo o industria, por cuenta propia o bajo relación de dependencia, están autorizados por sus padres para todos los actos y contratos concernientes al empleo o industria. Las obligaciones que de estos actos nacieren recaerán únicamente sobre los bienes cuya disposición y administración no tuvieren los padres”*.

Adaptar las normas concordantes en materia de patria potestad.

4 Derecho del menor a ser oído.

FUNDAMENTOS:

Resulta necesario trasponer en nuestro Código Civil en forma adecuada en el

capítulo referido a la capacidad de los menores las disposiciones sobre la materia de la Convención sobre los Derechos del Niño. Dicha Convención establece en su Artículo 12: “1. *Los Estados Parte garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.* 2. *Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional*”.

Para convertir esta disposición en operativa, la Ley N° 26.061 ha incorporado pautas en sus Artículos 19, inc. c), 24 y 27. Dichas disposiciones no son totalmente razonables en alguno de sus aspectos. En particular el citado Artículo 27 no hace distinciones relativas al grado de madurez del menor para acceder al ejercicio de estos derechos, un problema que resulta de una situación fáctica imposible de negar para cualquier operador jurídico: ¿debe el Juez oír a un niño de dos años cada vez que este así lo solicite? ¿Debe en esta situación tomar primordialmente en cuenta su opinión? La obligación de ser oído, y el valor de su opinión para el Juez a la hora de dictar sentencia no pueden concebirse en abstracto, sino que dependerán de un juicio en concreto *a posteriori*, debiendo tener principalmente en cuenta el interés superior del niño.

La Convención sobre los Derechos del Niño no hace extensiva estas facultades a todos los niños, sino que la limita a aquel que “esté en condiciones de formarse un juicio propio”. Siguiendo este criterio, el Código Francés ha transpuesto estas normas limitándolas a los menores que tienen discernimiento (Art. 388-1).

Las disposiciones de la Convención y de la Ley N° 26.061 ponen al legislador frente a la necesidad de resolver en qué procesos judiciales debe ser oído el menor; cuál es el valor que debe dar a su opinión; cuál debe ser la actitud a adoptar por el juez frente a una solicitud del menor a ser oído y cuáles son las consecuencias a atribuir a la omisión de escuchar al menor. En este sentido, siguiendo a Tobías, entendemos que “a) la interpretación sobre el interés sobre una decisión que lo afecte debe ser entendida con criterio restrictivo; b) en principio el juez no puede rechazar un pedido expreso de escuchar al menor, salvo que por cuestiones de edad o madurez dicha entrevista sea inconveniente para el propio interés del menor; c) no mediando pedido del menor, el cumplimiento del deber de dar la ‘oportunidad de ser escuchado’ se hará teniendo en cuenta las particularidades del proceso, la edad y madurez del menor, y podrá hacerse en forma directa o por medio de un representante u órgano apropiado; d) el deber de oír al menor no es equiparable a requerir su consentimiento o asentimiento; e) para analizar si el incumplimiento del deber de oír al menor acarrea la invalidez del acto debe tenerse en cuenta la incidencia que pudo tener la opinión del menor en la decisión de celebrar el acto o en la resolución judicial, y la naturaleza de la resolución deducida”.

En este sentido deben establecerse las condiciones de participación de los menores en los procesos judiciales que le conciernen, teniendo en cuenta el grado de madurez, reconociendo en forma progresiva su capacidad sobre la base de la regla del discernimiento, en particular en aquellos casos en los que pudiera haber conflicto de intereses entre el menor y sus representantes legales. Con el fin de respetar el

principio de subsidiariedad, debe también presumirse que salvo prueba en contrario las decisiones de los padres en ejercicio de la patria potestad son tomadas teniendo en cuenta el interés superior del menor. Esto es conforme con lo establecido por los Artículos 14.2 y 18 de la CDN.

Si bien se trata de normas de orden procesal, es necesaria su incorporación en la legislación de fondo con el fin de procurar hacer efectiva la protección de estos derechos consagrados por normas de jerarquía constitucional.

PROPUESTA:

Incorporar un artículo que establezca:

“En todos los procesos en los que se afecten derechos de los menores, cuando éstos contaran con discernimiento suficiente deberán ser oídos por el Juez, sin perjuicio de aquellas normas que requieran su asentimiento o consentimiento. Deberán tomarse las medidas necesarias para asegurar que el menor ha sido informado de su derecho a ser escuchado y de ser asistido por un abogado. En el caso que el menor no contara con discernimiento suficiente, si requiriera ser oído, el Juez podrá hacer lugar a la solicitud, salvo que por razones fundadas juzgara que la entrevista pueda resultar perjudicial para el interés del menor.

El Juez podrá tener contacto en forma directa, o a través de los medios que juzgue convenientes en interés del menor. En la audiencia, el menor podrá participar solo, acompañado de un abogado o de cualquier persona de su confianza. En este último supuesto, si el Juez entendiera que la elección no es conforme al interés del menor, podrá designar a otra persona.

La opinión del menor no será vinculante, pero deberá ser tenida en especial consideración y solo podrá el Juez apartarse por razones fundadas y en el interés del propio menor. Se presumirá salvo prueba en contrario que las decisiones de los progenitores en ejercicio de la patria potestad son tomadas teniendo en mira el interés superior del menor”.

5. Capacidades actualmente reconocidas.

FUNDAMENTOS:

Es deseable que un nuevo Código Civil concrete la aspiración de generar un sistema de capacidad de los menores, que permita el reconocimiento progresivo de sus competencias en función de su madurez y desarrollo psicológico.

En este sentido, una nueva propuesta de Código debe tener como un piso de reconocimiento de capacidad todas aquellas potestades actualmente reconocidas a los menores adultos. Es deseable también intentar simplificar el articulado del Código, incluyendo todas estas potestades genéricamente en un artículo que las mencione a título enunciativo.

PROPUESTA:

Incorporar un artículo que diga:

“Sin perjuicio de otras capacidades que reconozcan las leyes, a partir de los catorce años el menor tiene capacidad para:

- a) Estar en juicio penal seguido contra él.*
- b) Reconocer hijos.*
- c) Otorgar los actos o contratos concernientes al trabajo, y para estar en juicio relativo a él.*
- d) Promover juicio civil contra un tercero, con autorización de sus padres. A falta de padres, o si éstos o uno de ellos niegan la autorización, el tribunal puede suplir la licencia previa audiencia del oponente, dando un tutor especial al menor.*
- e) Administrar y disponer de los bienes que adquiera con el producido de su trabajo y estar en juicio por los hechos vinculados a su actividad profesional, empleo o industria”.*

6. Emancipación.

FUNDAMENTOS:

Desde el dictado de la Ley N° 26.579 las instituciones de emancipación por habilitación de edad o dativa y la emancipación comercial han perdido sentido y han sido correctamente derogadas. Esta solución debe mantenerse en el proyecto de Código Civil.

Subsiste la emancipación por matrimonio, reservada para el raro caso de la dispensa judicial del requisito del Artículo 166, inc. 5). En este sentido, corresponde preguntarse si en virtud del escaso umbral de tiempo en el que puede darse un caso excepcional de esta naturaleza, los tiempos que normalmente pueden insumir los trámites judiciales, y que recientemente se ha decidido igualar la edad núbil con la edad en la que se adquiere la mayoría de edad (Ley N° 26.449), resulta conveniente mantener el complejo sistema de juicios de dispensa y de disenso previstos en los Artículos 167, 168 y 169 del Código, y aquellas normas relativas a la emancipación por matrimonio. Anticipamos nuestra opinión en este sentido.

Para el caso de que la Comisión se inclinara por mantener la posibilidad de la dispensa judicial del requisito del inc. 5 del Artículo 166, se mantiene también la necesidad del instituto de la emancipación, ya que su fundamento en este caso reside en que el estado familiar de casado es incompatible con la persistencia de una sujeción al régimen de la patria potestad o tutela. Asimismo, resulta necesario que el estado matrimonial posibilite al menor dirigir su persona y la de sus hijos, cumplir los deberes que el matrimonio comporta y desenvolverse en el orden patrimonial sin las limitaciones que la incapacidad del menor adulto acarrea. *A priori*, podemos entender que si se juzga que un menor es lo suficientemente maduro para contraer matrimonio, también debe serlo para dirigir su persona y disponer y administrar sus bienes.

Asimismo, en este contexto, resulta necesario revisar algunas de las normas que regulan el instituto de la emancipación. Luego de la reforma de las Leyes Nros. 26.449 y 26.579, nos preguntamos qué sentido debe dársele al segundo párrafo del Artículo 131, no modificado por ninguna de estas normas. Dicho artículo fue pensado con el fin de imponer una sanción al menor que hubiera contraído matrimonio mediante la adulteración de documentos u otros medios y se hubiere burlado al funcionario del registro civil, prescindiendo del requisito de la autorización de sus representantes legales. Luego de la reforma, la única posibilidad para que un menor contraiga un matrimonio válido implica la intervención de un juez, cuente o no con la autorización de sus padres o tutores, en el marco de un juicio de dispensa y eventualmente de disenso. En este contexto, ¿por qué habría que imponer sanción alguna? En cualquier caso, entendemos que dicho texto debería ser derogado.

Asimismo, se plantea la inconsistencia de reconocer la madurez para celebrar uno de los actos más trascendentes de la vida civil, tal el caso del matrimonio, al tiempo que se desconoce la posibilidad de disponer de bienes recibidos a título gratuito, cuando estas transacciones fueran a título oneroso. Dicha inconsistencia debe ser resuelta.

En el mismo sentido, visto el escaso umbral de tiempo en el que pueden suscitarse estos acontecimientos, nos planteamos la necesidad de mantener vigentes las normas referidas a los efectos de la disolución del matrimonio sobre la adquisición de la nueva aptitud nupcial.

PROPUESTA:

Para el caso de que la Comisión no considere conveniente mantener vigente la posibilidad de obtener la dispensa del requisito del Artículo 166, inc. 5):

Derogar los Artículos 131 a 137.

Para el caso de que la Comisión considere conveniente mantener la institución de emancipación por matrimonio se propone dejar los siguientes artículos con esta redacción:

Art. 131. Los menores que contrajeran matrimonio se emancipan y adquieren capacidad civil.

Art. 132. La invalidez del matrimonio no deja sin efecto la emancipación, salvo respecto del cónyuge de mala fe para quien cesa a partir del día en que la sentencia pasa en autoridad de cosa juzgada.

Si algo fuese debido al menor con cláusula de no poder percibirlo hasta la mayoría de edad, la emancipación no altera la obligación ni el tiempo de su exigibilidad.

Art. 133. La emancipación por matrimonio es irrevocable y produce el efecto de habilitar a los casados para todos los actos de la vida civil, salvo lo dispuesto en el Artículo 134, aunque el matrimonio se disuelva en su menor edad, tengan o no hijos.

Art. 134. Los emancipados no pueden ni con autorización judicial:

1° aprobar cuentas de sus tutores y darles finiquito;

2° hacer donación de bienes que hubiesen recibido a título gratuito;

INFORME SOBRE EL PROYECTO DE REFORMA AL CÓDIGO CIVIL

3° afianzar obligaciones.

Art. 137. Si alguna cosa fuese debida al menor con cláusula de solo poder haberla cuando tenga la edad completa, la emancipación no alterará la obligación, ni el tiempo de su exigibilidad.

Derogar los Artículos 135 y 136.

7. Capacidad y DIPr.

FUNDAMENTOS:

Las normas previstas en los Artículos 138 y 139 establecen criterios que entendemos correctos, pero su tratamiento sistemático corresponde a la materia y es coherente con el principio establecido en los Artículos 6°, 7° y 14, inc. 4 del Código.

PROPUESTA:

Mantener la redacción de los Artículos 138 y 139.

Art. 138. El que mude su domicilio de un país extranjero al territorio de la República, y fuese mayor o menor emancipado, según las leyes de este Código, será considerado como tal, aun cuando sea menor o no emancipado, según las leyes de su domicilio anterior.

Art. 139. Pero si fuese ya mayor o menor emancipado según las leyes de su domicilio anterior, y no lo fuese por las leyes de este Código, prevalecerán en tal caso aquéllas sobre éstas, reputándose la mayor edad o emancipación como un hecho irrevocable.

Su tratamiento sistemático debe ser hecho en el título que se ocupe del Derecho Internacional Privado, junto con los criterios que actualmente establecen los Artículos 6° y 7°.

8. Capacidad para testar.

FUNDAMENTOS:

El actual Artículo 286 que no ha sido objeto de modificación en virtud de la Ley N° 26.579 establece: *“El menor adulto no precisará la autorización de sus padres para estar en juicio, cuando sea demandado criminalmente, ni para reconocer hijos ni para testar”.*

Entendemos que el legislador no ha tenido en cuenta a la hora de mantener la capacidad reconocida al menor para testar lo dispuesto por el Artículo 3614 en cuanto establece: *“No pueden testar los menores de dieciocho años de uno u otro sexo”.*

Antes de la reforma, “la doctrina ha entendido que la modificación al Artículo

286 no ampliaba el marco de capacidad previsto por el Artículo 3614; con lo que su alcance es solo el de aclarar que el menor que ha cumplido dieciocho años puede testar sin necesidad de autorización de sus padres (Zannoni – Bossert)” (RIVERA, *Instituciones de Derecho Civil*, T. I., pág. 419).

Luego de la reforma de la Ley N° 26.579 se reabre un debate cerrado: ¿Pueden o no testar los menores entre los catorce y dieciocho años? Entendemos razonablemente que la facultad de testar sin autorización de los padres establecida en el Artículo 286 CC ha quedado tácitamente derogada por la reforma de los Artículos 126 y 127 CC en combinación con lo prescripto por el Artículo 3614, sin perjuicio de entender que en el estado actual de la cuestión, esta interpretación puede ser materia de debate.

Entendemos que dada la importancia y la especialidad del testamento como acto jurídico, la cuestión sobre la edad en la cual se adquiere capacidad para testar debe ser resuelta en el título especialmente dedicado a la materia. De todas maneras, la edad para testar en ningún caso podría ser menor a dieciocho años.

PROPUESTA:

Eliminar del articulado referido al régimen de capacidad de los menores cualquier mención referida a la edad en la cual se adquiere la capacidad para testar. Dicha cuestión deberá ser resuelta en el título del Código que se ocupe de la materia en el caso de que se considere conveniente establecer pautas especiales, o en su defecto dirigirse por las reglas generales de capacidad.

9. Alimentos.

FUNDAMENTOS:

Tal como señaláramos en el punto 1° de esta exposición, las particularidades del medio local imponen el dictado de normas complementarias que contemplen la difícil inserción de los jóvenes de dieciocho años en la vida civil, tratando de resultar consistentes con el criterio definido de que se trata de mayores de edad plenamente capaces, con la finalidad de que la autonomía declarada en la norma no tenga más de formal que de real.

Es claro que las cuestiones de orden económico y sociológico que condicionan esta realidad no pueden ser resueltas mediante la reforma del Código Civil. Hubiera sido deseable, no obstante, que la reforma de la Ley N° 26.579 hubiera promovido seriamente mecanismos para acompañar los procesos de maduración de los jóvenes bajo el régimen de la minoría de edad, para facilitar su progresiva inserción en la vida civil, tales como los propuestos para el análisis de esta comisión.

Creemos que con la intención de mantener el *status quo* en la materia la reforma de la Ley N° 26.579 ataca este problema agregando como segundo párrafo del Artículo 265 el siguiente texto: “*La obligación de los padres de prestar alimentos a*

sus hijos, con el alcance establecido en el Artículo 267, se extiende hasta la edad de veintiún años, salvo que el hijo mayor de edad o el padre, en su caso, acrediten que cuenta con recursos suficientes para proveérselos por sí mismo”.

Esta reforma, que creemos fue bien intencionada, adolece de defectos que se han presentado en la práctica en forma inmediata. En primer lugar, no toma en cuenta una realidad innegable: en la gran mayoría de los casos, el reclamo de alimentos se produce en el contexto de un grupo familiar que se ha visto fracturado, y normalmente los jóvenes comprendidos en esta situación son hijos de padres separados y conviven con alguno de sus progenitores, frecuentemente con la madre. En el contexto de la nueva legislación quien debe promover la acción de alimentos es el hijo, contra su progenitor no conviviente, quedando el progenitor conviviente privado de toda acción para el reclamo de la parte de los gastos que asume en especie mediante el mantenimiento del hogar en el que vive el joven de entre dieciocho y veintiún años. Esto genera dos hipótesis de conflicto familiar, en un contexto que es de por sí crítico. La primera consiste en la posibilidad de que el titular de la acción se niegue a promover acciones contra el progenitor no conviviente, privando al progenitor conviviente de toda posibilidad de percibir de alguna manera una compensación por los gastos de alimentos que aporta en especie, quedando como el único que debe soportar la obligación alimentaria que incumbe a ambos. En segundo término, existe la posibilidad de que el titular de la acción perciba los alimentos, pero que siendo mayor de edad, decida gastarlos exclusivamente con fines personales, prescindiendo de colaborar con el mantenimiento del hogar, que asume exclusivamente el progenitor conviviente.

Por otra parte, resulta inconsistente que si consideramos a los mayores de dieciocho años suficientemente maduros para asumir todas las consecuencias que tiene la inserción en la vida civil con plena capacidad, se establezca este régimen de alimentos sin establecer ningún tipo de responsabilidad como contrapartida. Si procuramos con esta medida acompañarlos en su desarrollo, este debe ser hecho con el fin de promover un ejercicio responsable de la libertad, que contribuya al bien común, y limite las posibilidades de conflictos familiares. El criterio de la Ley N° 26.579 resulta entonces paradójico: al tiempo que el Estado no cumple con su función de proveedor de bienes públicos necesarios para la inserción de los jóvenes en la vida civil (seguridad social, acceso al empleo, facilidades para el acceso a la continuación de estudios en el sistema educativo formal), quita a los padres de toda autoridad sobre los hijos, y a su vez, les impone un nuevo régimen de alimentos que otorga toda la libertad sin ningún tipo de responsabilidad. Asimismo, en el contexto descrito, genera una situación de discriminación entre progenitores convivientes y no convivientes, perjudicando en la mayoría de los casos a las mujeres, un grupo especialmente vulnerable.

Por estas razones, se entiende razonable mantener un régimen de alimentos para los hijos en esta edad, favoreciendo un ejercicio responsable de la libertad, e incluso extender este derecho para el caso de que esto favoreciera la continuidad de los jóvenes en el sistema educativo formal, siguiendo el criterio propuesto por el Proyecto de 1998.

PROPUESTA:

Incluir un artículo que establezca:

“La obligación de los padres de prestar alimentos a sus hijos, con el alcance establecido en el artículo (ver concordancia), se extiende hasta la edad de veintiún años, salvo que el hijo mayor de edad o el padre, en su caso, acrediten que cuenta con recursos suficientes para proveérselos por sí mismo.

Esta obligación subsiste hasta que éstos alcancen la edad de veinticinco años cuando la prosecución de sus estudios o preparación profesional les impida proveerse de los medios necesarios para sostenerse.

El alimentado que conviviera con uno de sus progenitores deberá destinar parte de la cuota alimentaria a los gastos comunes de mantenimiento del hogar. En este caso, si el titular de la acción de alimentos no la impulsara, el progenitor conviviente podrá por derecho propio reclamar al progenitor no conviviente el monto equivalente a la proporción de los gastos comunes al mantenimiento del hogar que correspondiera que asuma el hijo mayor de edad”.

10. Consideraciones finales.

Se sugiere eliminar el texto de los actuales Artículos 129 y 130 por entender que reproducen las reglas generales sobre la materia.

DERECHO ECLESIAÍSTICO

JUAN G. NAVARRO FLORIA

IDEAS GENERALES

Introducción

El Derecho Eclesiástico es una disciplina jurídica poco atendida en la Argentina, pero que goza de una definida autonomía académica y científica en otros países de nuestro ámbito (como España o Italia), y de un creciente desarrollo en América Latina. Se trata del tratamiento jurídico por parte del Derecho estatal, del fenómeno o factor religioso de la sociedad (que hoy día está caracterizada por el pluralismo religioso, lo que convierte en principio rector de la materia a la protección de la libertad religiosa, de personas y comunidades).

Aunque cada vez más se expresa mediante leyes específicas (como ahora ocurre en Colombia, Chile o Perú, por poner ejemplos cercanos), una buena parte de la legislación propia de la materia está naturalmente contenida en el Código Civil⁴¹.

Un rápido e incompleto catálogo de las normas explícitas de Derecho Eclesiástico presentes en el Código Civil vigente incluye:

a) el Artículo 33, referido a la personalidad jurídica de la Iglesia Católica (y que omite referirse a las restantes iglesias y confesiones religiosas); y los Artículos 2345 y 2346 referidos a los bienes de las iglesias (y también el 1442);

b) normas referidas al estatuto de los ministros de culto, como los Artículos 90, inc. 1, o 2011;

c) normas referidas a la capacidad civil de los religiosos, como los Artículos 103, 1160, 398, inc. 16 o 990;

d) normas de derecho sucesorio, como los Artículos 3739 y 3740, el 3722, el 3860, 3672 y 3673;

e) normas del derecho de familia, como los Artículos 188, 264 *quater* inc. 3, 306, y otras contenidas en la Ley N° 26.061;

⁴¹ Para el caso argentino, ver NAVARRO FLORIA, Juan G., "La libertad religiosa en el Derecho Privado", en NAVARRO FLORIA, Juan y BOSCA, Roberto, *La libertad religiosa en el Derecho Argentino*, Buenos Aires, CALIR-KAS, 2007, pág. 243 y sigs.

f) otras menciones a la religión, en relación con el concepto de orden público, como en los Artículos 14 o 531.

En el Código de Comercio hallamos la referencia a las corporaciones religiosas y a los “clérigos de cualquier orden” del Artículo 22.

Varios de los proyectos de reforma, o de unificación de códigos, que se presentaron en las últimas décadas, han propuesto modificaciones a esta normativa. A veces modificándola, en parte suprimiéndola (en general sin dar razones), otras introduciendo nuevas cuestiones, como las referidas a las exequias⁴².

Razones para una actualización

El Código Civil, se sabe, es un viejo y noble amigo. Los abogados formamos un gremio más bien conservador, y tal vez por eso, o por la justificada desconfianza que produce la escasa calidad de muchos productos legislativos actuales, la resistencia al cambio suele ser grande.

Sin embargo, en la concreta materia a la que se refieren estas líneas, hay razones que justifican una actualización legislativa, de las que brevemente apunto cuatro:

a) Los importantes cambios producidos en el marco jurídico general de relación entre el Estado y la religión. El Código Civil se escribió en 1869, cuando imperaba el régimen de Patronato estatal sobre la Iglesia Católica, que explica que por ejemplo los sacerdotes eran considerados “funcionarios” (Art. 90, inc. 1). Ese régimen quedó abolido y superado por el Acuerdo de 1966 entre la Argentina y la Santa Sede (Ley N° 17.032), y sepultado por la Reforma Constitucional de 1994. Hoy los principios que rigen la relación del Estado con la Iglesia Católica, y las demás iglesias y confesiones, en el marco constitucional de libertad religiosa, son los de autonomía recíproca y cooperación.

b) Los desajustes existentes entre el Código y la legislación posterior. Así por ejemplo, y como consecuencia del cambio de modelo de relación recién apuntado, en 1994 fue dictada la Ley N° 24.483, que proporciona un nuevo marco jurídico a los Institutos de Vida Consagrada (órdenes y congregaciones religiosas, en la denominación tradicional) de la Iglesia Católica. El proyecto del Poder Ejecutivo incluía la modificación de algunos artículos del Código Civil (como el 1160), que sin embargo no se produjo porque el Congreso se aprestaba a realizar una reforma integral del Código. Como sabemos, ésta quedó pendiente, la reforma puntual proyectada tampoco se hizo, y quedó subsistente una norma que no debería existir ya.

c) El cambio de la realidad social. Cuando Vélez Sársfield escribió el Código, solo existían en la Argentina la Iglesia Católica y algunas pequeñas comunidades protestantes formadas mayormente por extranjeros. Hoy existe una diversidad religiosa notable, con múltiples y numerosas comunidades religiosas que demandan un

⁴² Ver, por ejemplo, en relación a uno de esos proyectos, NAVARRO FLORIA, Juan G., “El derecho eclesiástico en el proyecto de nuevo código civil”, *ED* 21-2-2000. La previsión sobre las exequias aparece en el Art. 116 del Proyecto de 1998.

marco jurídico acorde. No basta ya con mencionar a la Iglesia Católica y a las “iglesias disidentes”, cuando a muchas de las comunidades religiosas presentes entre nosotros no les cuadra siquiera la denominación de “iglesia”, propia del cristianismo.

d) Podríamos añadir todavía que también el Derecho Canónico (derecho interno de la Iglesia Católica), que Vélez conocía bien y tuvo en cuenta al escribir su obra, ha cambiado bastante en este largo siglo y medio. Varias veces el Código Civil remite a él, o lo supone, pero ya no es el mismo Derecho⁴³.

PROPUESTAS

1. Personas jurídicas

El actual Artículo 33 del Código enumera entre las “personas jurídicas públicas” a “la Iglesia Católica”⁴⁴. Esto no debería variar, por diversas razones, entre la que no es menor la tradición jurídica argentina, que desde el punto de vista de la Iglesia sustenta un derecho adquirido a ese estatus⁴⁵.

La Iglesia Católica tiene un reconocimiento que viene dado por la propia Constitución. Por medio de la Santa Sede es un sujeto de Derecho Internacional, reconocido como tal por el Derecho Internacional Público desde siempre, que se vincula con el Estado mediante la firma de concordatos (que tienen reconocimiento explícito en el Art. 75, inc. 22 del texto constitucional, que les asigna jerarquía superior a las leyes). Hay por lo tanto suficiente fundamento histórico, sociológico y jurídico para mantener tanto la mención individual y diferenciada de la Iglesia Católica como su calificación como “persona pública”.

El proyecto de 1998 (Art. 142) mantenía el reconocimiento como persona jurídica pública de “la Iglesia Católica”, lo mismo que la fallida reforma de 1991 (Art. 32)⁴⁶.

Lo que sí resulta pertinente es explicitar el alcance de tal reconocimiento. La doctrina y la jurisprudencia han sido unánimes –haciendo una interpretación

⁴³ Respecto de la influencia del Derecho Canónico en el Derecho Civil, ver la muy interesante obra de Carlos SALINAS ARANEDA, *El influjo del Derecho Canónico en el Código Civil de la República de Chile*, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2006. Allí se habla del Código de Andrés Bello para el país hermano, contemporáneo del Código de Vélez, pero los paralelismos son notables.

⁴⁴ En el texto original de Vélez se mencionaba simplemente a “la Iglesia”, sobreentendiéndose que era la Iglesia Católica Apostólica Romana. En la terminología original, se la incluía entre las “personas jurídicas necesarias”.

⁴⁵ Sobre la lógica, relevancia y sentido de atender a la tradición cultural a la hora de legislar en esta materia, ver LIMODIO, Gabriel, “El crucifijo y la reforma del Código Civil a partir del caso ‘Lautsi’” (*ED* 12-4-2011). El artículo hace referencia a la sentencia dictada por la Gran Sala de la Corte Europea de Derechos Humanos en fecha 18 de marzo de 2011, publicada en el mismo lugar, y sobre la que hay otros varios comentarios y reflexiones en ese mismo diario y en el del día 13-4-2011 de *El Derecho*.

⁴⁶ El Proyecto de 1998 es el elaborado como consecuencia del Decreto N° 685/1995 por la comisión integrada por Héctor Alegría, Atilio Alterini, Jorge Alterini, María Josefa Méndez Costa, Julio César Rivera y Horacio Roitman. La “Reforma de 1991” es la aprobada por Ley N° 24.032, que resultó vetada por el Poder Ejecutivo (Decreto N° 2.719/1991) por razones económicas y no jurídicas. Omito aquí consideraciones acerca del iter de ambos intentos de reforma, y otros más o menos contemporáneos.

conjunta del Artículo 33 con el actual Artículo 2345– en reconocer la personalidad jurídica pública no solo de la Iglesia universal, sino de cada una de sus diócesis, parroquias y demás sujetos dotados de personalidad por el Derecho Canónico. La Corte Suprema ha relacionado ese reconocimiento con la previsión del Artículo I del Acuerdo con la Santa Sede de 1966⁴⁷, lo mismo que la praxis administrativa⁴⁸. A su turno, la vigente Ley N° 24.483 ha reconocido la personalidad jurídica de los Institutos de Vida Consagrada (órdenes y congregaciones religiosas).

Además, existen las asociaciones religiosas (que se asemejan pero no se identifican con las asociaciones civiles, ya que para su reconocimiento el Art. 45 del Código añade el requisito de la “confirmación de los preladados en la parte religiosa”), y las simples asociaciones religiosas mencionadas en el Artículo 46.

Por otra parte, el actual Código omite la mención de las iglesias y comunidades religiosas distintas de la Católica, dejando un vacío legal que ha generado dificultades y dudas. Su regulación probablemente requiera de una legislación específica, tal como se ha dictado en años recientes en México, Colombia, Chile o Perú. Pero su mención genérica en el Código (tal como se hace con las sociedades comerciales, o las fundaciones, que son objeto de regulación específica) resulta oportuna.

En síntesis, cabe proponer la siguiente redacción:

– *Son personas jurídicas públicas: ... la Iglesia Católica, sus diócesis, parroquias, institutos de vida consagrada y demás personas jurídicas de conformidad con el Derecho Canónico.*

– *Son personas jurídicas privadas: ... las iglesias y comunidades religiosas. ... las asociaciones civiles y las asociaciones religiosas que tengan la aprobación de las autoridades de respectiva confesión.*

2. Capacidad

El Artículo 1160 del Código mantiene la incapacidad de “los religiosos profesos de uno y otro sexo” para celebrar cualquier contrato, con la excepción de la compraventa al contado de cosas muebles. Se trata de una disposición anacrónica, que entraña una discriminación por razones religiosas, y que ha sido tachada incluso de inconstitucional.

No hay razón actual para mantener tal grave incapacidad de derecho, y debería ser directamente suprimida en una próxima reforma; lo mismo que la inhabilidad para ser testigos en los instrumentos públicos actualmente prevista en el Artí-

⁴⁷ CS, 22-10-1991, “Lastra c/ Obispado de Venado Tuerto”, ED 145-495. También, cf. CNCiv, Sala C, 8-10-1992, “Cloro c/ Arzobispado de Buenos Aires”, LL 1993-B-220; CCiv. 2a., JA, 1942-III-911, 7-7-1942; SC Tucumán, 2-8-1937; LL, 7-1135; CFed. San Martín, Sala II, julio 6, 1993, “ANSES c/ Parroquia Niño Jesús de Praga s/ ejecución fiscal”; etc., entre muchos otros.

⁴⁸ Ver Decreto N° 1.475/1988 del 19-10-1988 (reconocimiento de la Conferencia Episcopal Argentina); Decreto N° 1.526/1992 del 24-8-1992 (reconocimiento del Obispado Castrense); Decreto N° 2.245/1992 del 27-11-1992 (reconocimiento de la Región Argentina de la Prelatura del Opus Dei); Leyes Nros. 19.985 y 22.612 (Cáritas); y múltiples leyes o decretos de reconocimiento de las diversas diócesis católicas.

culo 990. La incapacidad impuesta por el Artículo 2011 a “los que tengan órdenes sagradas” para ser fiadores, más allá de que coincide con lo dispuesto en el Derecho Canónico, no se justifica tampoco actualmente en el Derecho Civil y es discriminatoria porque se refiere únicamente a los ministros de culto católicos, pero no a los de otras confesiones, por lo que parece razonable suprimirla también.

Todas estas incapacidades desaparecían en el Proyecto de 1998, y también en la reforma aprobada por la Ley N° 24.032⁴⁹.

El Artículo 22 del Código de Comercio prohíbe el ejercicio del comercio a “las corporaciones eclesiásticas” y a “los clérigos de cualquier orden mientras vistan el traje clerical”. Más allá de lo pintoresco del lenguaje⁵⁰, es claro que la norma no tiene razón de ser actual. Más discutible es la mención de las “corporaciones”, pero que en caso de mantenerse una normativa acerca de quienes tienen prohibido el ejercicio del comercio, debería cambiarse por una más abarcadora y coherente con la modificación propuesta en el capítulo anterior: “las iglesias y comunidades religiosas”.

3. Bienes eclesiásticos

En el Código vigente existe una categoría especial de bienes, que son los bienes eclesiásticos. El Artículo 2345 se refiere a ellos y remite en cuanto a su régimen a “las leyes que rigen el patronato nacional” (que no existen ni existirán, por lo que es una mención que debe eliminarse⁵¹), y a “las disposiciones de la Iglesia Católica respecto de ellos”, que es el Derecho Canónico. Esta remisión sí es oportuna y conveniente, y debería mantenerse.

En esa norma, y más recientemente en el Artículo I del Acuerdo entre la Argentina y la Santa Sede, unánime jurisprudencia, incluso de la Corte Suprema, ha fundado la inembargabilidad de las “cosas sagradas y religiosas”⁵². Jurisprudencia más reciente ha extendido con justicia esa misma condición a los templos y objetos de

⁴⁹ Salvo la incapacidad para ser testigo en instrumentos públicos, pero porque siendo esa reforma parcial y no total, no modificaba ese capítulo del Código.

⁵⁰ Que además es confuso, porque no todo religioso es clérigo, ni todo clérigo es religioso, y porque distingue de modo hoy inaceptable entre varones –alcanzados por la prohibición– y religiosas mujeres, que nunca pueden ser “clérigos” y por lo tanto no están alcanzadas por la prohibición.

⁵¹ La remisión a “las leyes que rigen el Patronato” fue siempre inoperante, ya que nunca se dictaron tales leyes. Obviamente, a partir del Acuerdo de 1966 entre la Santa Sede y la República Argentina (Ley N° 17.032), y la Reforma constitucional de 1994, es imposible que sean dictadas en el futuro, toda vez que el patronato mismo ha desaparecido (cf. MARIENHOFF, Miguel, “Los bienes corporales de la Iglesia en la Argentina, su régimen jurídico”, *RAP* N° 227, febrero de 1997; VON USTINOV, Hugo, “Inembargabilidad de bienes eclesiásticos en un fallo reciente”, *ED* 135-723; NAVARRO FLORIA, Juan G., “Los bienes de la Iglesia”, *ED* 136-949).

⁵² CS, 22-10-1991, “Lastra c/ Obispado de Venado Tuerto”, *ED* 145-495; CNCom., “Lemos, Jorge c/ Obispado de Venado Tuerto”, *ED* 135-723. En “Lastra”, dijo la Corte que el Art. I del Acuerdo con la Santa Sede implica “la más plena referencia al ordenamiento jurídico canónico para regir los bienes de la Iglesia destinados a la consecución de sus fines, en armonía con la remisión específica del Art. 2345 del Código Civil argentino en cuanto a la calificación y condiciones de enajenación de los templos y las cosas sagradas y religiosas”.

culto de otras religiones⁵³. Es también amplia la jurisprudencia (e incluso la legislación provincial) que considera inembargables e inejecutables una categoría de bienes que tienen un valor ligado a lo religioso, que justifica considerarlos conjuntamente con los templos y objetos de culto: los sepulcros.

Una propuesta para dar redacción actualizada y acorde a la realidad presente y las pautas vigentes en la doctrina y la jurisprudencia a estas normas, es la siguiente:

Art. ... Los bienes de la Iglesia Católica pueden ser enajenados cumpliendo con las disposiciones del Derecho Canónico.

Art. ... Los templos y lugares de culto, los objetos sagrados y los sepulcros y sepulturas son inembargables salvo por deudas derivadas de su adquisición o construcción.

4. Matrimonio

Luego de la compleja –por calificarla de alguna manera– discusión de la Ley N° 26.618, es claro que resulta políticamente arduo proponer innovaciones en el régimen matrimonial. Las que podrían postularse requerirían de una fundamentación más extensa que la que permiten estas líneas (y la que la Comisión redactora del nuevo Código se ha manifestado dispuesta a recibir)⁵⁴.

No obstante y así sea telegráficamente, propondré alguna innovación que parece posible sin demasiada discusión ni conflicto, porque en definitiva implica solo abrir una puerta para una reflexión y reglamentación ulterior: la habilitación de la celebración religiosa del matrimonio, con reconocimiento y validez civil. El alcance de este reconocimiento, que puede ir desde el mero acto religioso de celebración que una vez inscripto en el Registro Civil tenga el mismo valor que el realizado ante el oficial público; hasta la aceptación de un “doble” (o múltiple) régimen por el que el matrimonio celebrado bajo forma religiosa se rija al menos parcialmente por el Derecho Canónico o sus equivalentes en cuanto a su validez o efectos. Esto, como digo, requiere de una regulación pensada y probablemente acordada con las confesiones religiosas.

En apoyo de esta relativa novedad⁵⁵, puede agregarse que es casi escandaloso que para la ley sea considerado matrimonio la unión entre personas del mismo sexo, y que en muchos de sus efectos prácticamente se equipare el concubinato al matrimonio, y al mismo tiempo se desconozca y tenga por inexistente jurídicamente el matrimonio religioso que, para muchísimas personas, es el único moralmente válido.

⁵³ Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala III, 28 de mayo de 2001, *in re* “Balbuena, Julio César Miléades c/ Asociación Consejo Administrativo Ortodoxo s/ despido” (publicada en ED 197-131).

⁵⁴ Por hacer sólo una mención, a título personal no puedo dejar de expresar mi deseo de que se deroguen las innovaciones de la Ley N° 26.618 y se vuelva a las redacciones anteriores, particularmente en el caso del Art. 172 del Código.

⁵⁵ En años recientes, esta posibilidad ha sido admitida en Colombia, en Brasil, en Chile, y el año pasado en la Constitución de la República Dominicana, por mencionar sólo países de nuestro ámbito cultural donde el matrimonio civil obligatorio y único parecía tan inamoviblemente instalado.

La propuesta consiste en agregar al artículo que disponga la forma de celebración del matrimonio, el siguiente párrafo:

...Los matrimonios celebrados bajo forma religiosa tendrán efecto civil en las condiciones y con el alcance que determinen los acuerdos firmados al respecto por el Estado con las confesiones religiosas.

Vinculado con este tema, cabe propiciar que se mantenga la norma del Artículo 188, último párrafo, del Código vigente, según la cual: “El oficial público no podrá oponerse a que los esposos, después de prestar su consentimiento, hagan bendecir su unión en el mismo acto por un ministro de su culto”. Esa norma al menos tiene el significado de reconocer que el matrimonio es, para muchísimas personas, un acto con sentido religioso además de un mero contrato civil.

5. Patria potestad

El actual Artículo 264 quáter del Código Civil, en su redacción según la Ley N° 23.264, exige el consentimiento expreso de ambos padres para “autorizarlo [al hijo] para ingresar a comunidades religiosas” (inc. 3).

Se trata de una norma prudente y atinada. Si en su origen estaba pensada en relación con el ingreso a conventos católicos, hoy día en su generalidad resulta aplicable a la pretensión del hijo menor de ir a vivir en el seno de cualquier comunidad religiosa, incluso las vulgarmente llamadas “sectas”. No se trata del solo hecho físico de dejar el domicilio (que en todo caso estaría ya alcanzado por el Art. 275), sino de adquirir un compromiso personal por el cual el menor asume un compromiso de vida en relación con la comunidad religiosa.

El caso se vincula a una cuestión delicada, que es el ejercicio por parte de los menores de edad de su propia libertad religiosa, a la que sin duda tienen derecho. Pero su progresiva autonomía en este campo debe balancearse con el derecho y la obligación de los padres de guiarlos en la formación de su conciencia, tal como reconoce la misma Convención de los Derechos del Niño (Art. 14.2) que tiene jerarquía constitucional.

La propuesta es mantener la norma⁵⁶.

La otra norma de Derecho Eclesiástico en esta materia es la contenida en el Artículo 306, según la cual “la patria potestad se acaba [...] por la profesión de los padres en institutos monásticos”. La Ley N° 26.579 ha eliminado el supuesto de la profesión religiosa del hijo menor, al compás de la reducción de la mayoría de edad⁵⁷. ¿Tiene sentido mantenerla? Probablemente no⁵⁸.

En primer lugar, se trata de un supuesto extremadamente improbable. Si bien el tener hijos menores a cargo no es de suyo un impedimento que el Derecho Canónico universal haya previsto explícitamente para la admisión a la vida religiosa (canon

⁵⁶ Lo mismo hacían el Proyecto de 1998 (Art. 573 inc. b), y en forma explícita la Ley N° 24.032 (Art. 264 quater, inciso 2).

⁵⁷ Me he referido en extenso a esto en NAVARRO FLORIAN, Juan G., “Algunas observaciones a la nueva ley de mayoría de edad”, *Doctrina Judicial*, año XXVI, n° 10, 10-3-2010, pág. 607.

⁵⁸ En el Proyecto de 1998, el supuesto desaparecía (Art. 599).

643), sí se exige que quien ingrese a ella acredite ser “de estado libre” (canon 645), lo que se interpreta que incluye no tener responsabilidades derivadas de una unión matrimonial o extramatrimonial. Sería muy extraño que los superiores religiosos admitieran a un candidato en esas condiciones. Por otra parte, resulta discriminatorio que se prive de la patria potestad (eventual y teóricamente) a quien emite profesión religiosa en una orden religiosa católica, y no a quien lo hace en otra religión.

6. Sucesiones

La incapacidad del “confesor en la última enfermedad” para ser heredero testamentario o legatario (Art. 3739), que el Código extiende “al ministro protestante que asiste al testador” en esas circunstancias (Art. 3739) tiene larga tradición y no ha merecido mayores objeciones de la doctrina⁵⁹. Pero sí es necesario actualizar el lenguaje, y generalizar el supuesto a los ministros de culto de cualquier religión, y no solamente católicos y protestantes.

Una redacción posible para la norma es:

No pueden suceder por testamento:

...El confesor o ministro religioso que asiste al testador en su última enfermedad, ni la iglesia o comunidad a la que perteneciese, salvo que fuera también la del testador.

El Artículo 3722 vigente se refiere a la antigua costumbre de instituir heredero o hacer legado “al alma del testador”, que hoy parece en desuso. El Proyecto de 1998 le había dado una redacción actualizada, que parece adecuada, con alguna mínima corrección. El texto propuesto es:

La institución a favor del alma del testador se entiende hecha a la autoridad superior de la iglesia o comunidad religiosa a la cual pertenecía el testador, con cargo de aplicar los bienes a sufragios o fines de asistencia social.

El Código vigente contiene una serie de normas referidas a los llamados “testamentos militares”, en las que se menciona a los capellanes, sea como eventuales testadores, sea como receptores de la última voluntad en calidad de funcionarios públicos (Artículos 3672 y 3673).

Sin embargo, parece innecesario mantener actualmente esas previsiones, por lo que es de suponer que desaparecerán en un nuevo Código, tal como ocurría en el Proyecto de 1998.

7. Exequias

El Proyecto de 1998, como ya se dijo, contenía entre las normas dedicadas a los derechos personalísimos una que tiene sentido incorporar, sea en ese contexto (preferentemente), sea en el capítulo referido a los testamentos:

⁵⁹ No obstante, la norma desaparecía en el Proyecto de 1998. No así en la reforma aprobada por Ley N° 24.032, que no modificaba este capítulo del Código.

INFORME SOBRE EL PROYECTO DE REFORMA AL CÓDIGO CIVIL

“Exequias. La persona capaz de otorgar testamento puede disponer, por cualquier forma, el modo y circunstancias de sus exequias e inhumación, así como la dación de todo o parte del cadáver con fines terapéuticos, científicos, pedagógicos o de índole similar. Si no se expresa la voluntad del fallecido, la decisión corresponde al cónyuge no separado judicialmente, y en su defecto a los parientes según el orden sucesorio, quienes no pueden dar al cadáver un destino contrario a los principios religiosos del difunto”.

8. Otras normas

Presumiblemente, la reforma modificará la enumeración de casos de “domicilio legal” del Artículo 90 del Código. De la norma que resulte, debería excluirse la mención actual a los “funcionarios públicos eclesiásticos”, dado que los eclesiásticos no son funcionarios públicos.

Es lo que ocurría en el Proyecto de 1998. En cambio, de modo bastante incomprensible la reforma aprobada por Ley N° 24.032 mantenía la norma.

El actual Artículo 14 del Código, cuando indica los límites a la aplicación de la ley extranjera, contiene dos afirmaciones que son erróneas, por exceso y por defecto, respectivamente. Se habla allí de “la religión del Estado”, cuando tal cosa no existe, dado que el Estado no tiene religión⁶⁰. Y a continuación se menciona “la tolerancia de cultos”, concepto que ha quedado ampliamente superado por el reconocimiento del derecho humano fundamental a la libertad religiosa, tal como proclaman diversos tratados con jerarquía constitucional. Bastaría entonces la mención de “la libertad religiosa”, dando así un reconocimiento expreso a la importancia central de esa libertad.

En cambio, la mención entre las “condiciones prohibidas” de la de “mudar o no mudar de religión” (presente en el actual Art. 531 de Código) es absolutamente pertinente a tenor precisamente de la protección que merece esa libertad religiosa, por lo que en la medida en que se mantenga la enumeración de condiciones prohibidas, debería permanecer.

Cabe preguntarse qué ocurrirá con algunas leyes recientes, que queriendo reglamentar en el Derecho Interno algunos de los derechos contenidos en convenciones internacionales con jerarquía constitucional, sin duda alteran el sistema propio del Código Civil. Así, por ejemplo, la Ley N° 26.061 de protección de los niños, niñas y adolescentes; la Ley N° 26.657 de salud mental, y aún la Ley N° 26.529 de derechos de los pacientes, por citar algunas.

Si bien no es este el lugar y momento para extenderse sobre esta compleja cuestión, es claro que deberá tomarse una decisión acerca de incorporar sus conteni-

⁶⁰ Mucho se ha discutido sobre el alcance del Art. 2° de la Constitución Nacional, que establece: “El Gobierno Federal sostiene el culto católico apostólico romano”. Pero si se atiende a los antecedentes y a su discusión en el seno de la Convención Constituyente, queda claro que la decisión fue abandonar la confesionalidad del Estado, y que la religión especial o privilegiada que la Nación Argentina mantiene con la Iglesia Católica (que está bien y es razonable y acorde a nuestra historia y tradición, y realidad sociológica) no implicase la proclamación de la religión católica como oficial o “del Estado”.

dos en forma expresa al Código Civil, o mantenerlas como cuerpos separados. Pero si un nuevo Código Civil se aprueba, con pretensión de organicidad y además con carácter de ley posterior a aquellas, se agudizarán las dificultades interpretativas que hoy existen.

También en esas leyes hay algunas normas que pueden calificarse como de Derecho Eclesiástico, principalmente las que reconocen el derecho al ejercicio de su libertad religiosa a los niños, niñas y adolescentes (Ley N° 26.061, Art. 19, inc. 1 y concordantes); a los enfermos mentales (Ley N° 26.657, Art. 7°, inc. f); o el derecho a la libertad de conciencia de los pacientes (Ley N° 26.529, Arts. 2°, inc. e y 11). Si los contenidos de tales leyes fuesen a ser incorporados al Código Civil, sería deseable que estas normas en concreto fueran mantenidas, acaso con algún ajuste de redacción que parece innecesario proponer aquí porque el problema que presentan es bastante más amplio.

DERECHO DE FAMILIA

ANA MARÍA ORTELLI

I. De los derechos personales en las relaciones de familia

FUNDAMENTOS

El matrimonio y la familia constituyen un bien social toda vez que una sociedad más humana exige el reconocimiento y la tutela convergente de los derechos humanos y de los derechos de familia.

No basta hoy reconocer derechos fundamentales al hombre concibiéndolo como un individuo aislado, porque este individualismo lo reduce y con esta reducción se empobrece también el reconocimiento de sus derechos fundamentales. La verdad del hombre, en cuanto persona, es que, antes de ser ciudadano, es un ser familiar, hijo, padre, esposo, hermano, es decir una identidad articulada en relación familiar con otras personas.

Hoy más que nunca se hace necesario revalorizar la importancia que tienen las relaciones familiares para el desarrollo pleno del ser humano y de la sociedad misma.

Al contraer matrimonio los cónyuges se comprometen frente a ellos mismos y frente a la sociedad obligándose efectivamente por los deberes adquiridos por su estado de familia.

Por lo expuesto, propongo mantener en su totalidad las causales subjetivas de separación personal y divorcio vincular comprendidas en los Artículos 202 y concordantes. Al respecto, cabe apuntar que el estado de familia de casado implica la asunción de una serie de obligaciones que hacen a los fines estratégicos del Estado y que deben ser revalorizadas en atención a su importancia respecto del desarrollo pleno e integral de los contrayentes, de los hijos que serán futuros ciudadanos, de la familia toda y en definitiva de la sociedad misma.

El principio de culpabilidad halla su basamento en la necesidad de regular las conductas de los seres humanos. Desde el derecho no se puede medir con la misma vara las conductas lícitas e ilícitas de los ciudadanos, resultando por ende conve-

niente mantener las sanciones impuestas al cónyuge culpable por el ordenamiento jurídico vigente⁶¹.

1. Tras la resolución del vínculo legal los deberes familiares subsisten, por tanto proponemos:
2. En caso de incumplimiento del deber de asistencia –entendido como deber de alimentos a los hijos, al cónyuge inocente y el deber de prestaciones compensatorias– consideramos que, además de las ejecuciones a que ha lugar en derecho y de la inscripción en el Registro de deudores/as alimentarios/as morosos/as, se proceda a la anotación marginal, en el acta pertinente obrante en el Registro Civil tendiente a limitar matrimonios sucesivos, pues, quien no cumple una obligación existente no está legitimado para asumir otra obligación del mismo tenor.
3. Prever en nuestra legislación el deber de confidencialidad entre cónyuges y ex cónyuges, entendiendo por tal concepto tanto el deber de confidencialidad de la información como también el de confidencialidad patrimonial –ello en atención al carácter íntimo de la relación matrimonial–, previéndose las sanciones correspondientes por su incumplimiento.
4. Reconocer el derecho a una prestación compensatoria a favor del cónyuge que dedicó la mayor parte de su tiempo a la atención de las necesidades del hogar, hasta tanto logre insertarse nuevamente en el mercado laboral o por un período máximo de cinco años. De esta manera, cuando la separación personal o el divorcio vincular produzca un desequilibrio económico entre los cónyuges, el cónyuge afectado tendrá derecho a una compensación teniendo en cuenta los siguientes parámetros: 1. Los acuerdos a los que hubieran arribado los cónyuges. 2. La edad y estado de salud de cada uno de ellos. 3. La aptitud profesional y el acceso a un empleo. 4. La dedicación a la familia. 5. La pérdida de un derecho de jubilación o pensión. 6. La condición y medios económicos de cada uno, como así también sus necesidades, conforme su situación socio cultural. 7. Cualquier otra circunstancia relevante.
5. De modificarse el régimen único de comunidad de bienes por un régimen convencional en el que se admita la opción entre el régimen de ganancialidad y el régimen de separación de bienes, se propone incorporar el siguiente proyecto, con fundamento en la legislación francesa y lo dispuesto en los distintos ordenamientos latinoamericanos –Chile, México y Colombia–, que contempla la participación en las ganancias netas que produzcan los bienes del otro cónyuge.

II. Artículos propuestos

Artículo 1º: *“El incumplimiento total o parcial de tres cuotas alimentarias consecutivas o cinco alternadas, ya sean alimentos a favor de los hijos, del cónyuge ino-*

⁶¹ Cf. PÉREZ LASALA, José Luis y MEDINA, Graciela, *Acciones judiciales en el Derecho Sucesorio*, Buenos Aires, Depalma, 1992.

cente, o en razón de las prestaciones compensatorias correspondientes a la disolución de la sociedad conyugal, se procederá a la anotación marginal, en el acta pertinente del Registro Civil, a fin de restringir la legitimación del deudor a contraer nuevo matrimonio”.

Artículo 2º: “Los esposos deberán respetar la confidencialidad de la información tanto personal como patrimonial que en razón de su estado de matrimonial tengan conocimiento. El incumplimiento de este deber constituirá una injuria grave, debiendo el cónyuge culpable reparar el daño causado”.

Artículo 3º: “El cónyuge que haya asumido mayormente la atención de las necesidades del hogar tendrá derecho a percibir, luego de la disolución del matrimonio, una prestación compensatoria hasta tanto logre reinsertarse en el mercado laboral y por un término máximo de cinco años contados desde la sentencia de separación personal o divorcio vincular. A falta de acuerdo el juez tendrá en cuenta para su regulación: 1. Los acuerdos a los que hubieran arribado los cónyuges. 2. La edad y estado de salud de cada uno de ellos. 3. La aptitud profesional y el acceso a un empleo. 4. La dedicación a la familia. 5. La pérdida de un derecho de jubilación o pensión. 6. La condición y medios económicos de cada uno, como así también sus necesidades, conforme su situación sociocultural. 7. Cualquier otra circunstancias relevante”.

Artículo 4º: “Cuando los esposos han declarado casarse bajo el régimen de separación de patrimonios, cada uno de ellos conservará la administración, el goce y la libre disposición de sus bienes, sin distinción alguna en razón de su origen. A la disolución del régimen matrimonial cada uno de los cónyuges tendrá el derecho a participar en un porcentaje del valor de las ganancias netas comprobadas en el patrimonio del otro, establecidas mediante la doble tasación del patrimonio original y el patrimonio final. El derecho a participar en las ganancias netas es un derecho en expectativa en tanto no se haya disuelto el régimen matrimonial. Si la disolución sobreviene por fallecimiento de uno de los cónyuges, sus herederos tendrán los mismos derechos que su autor sobre las ganancias netas obtenidas por el otro cónyuge”.

Artículo 5º: “El patrimonio original comprende los bienes que pertenecían a cada cónyuge el día del matrimonio y los que hayan adquirido luego a título gratuito. No se tomarán en cuenta los frutos de esos bienes. El patrimonio originario se prueba por un inventario, pudiendo efectuarse en forma privada, en presencia del otro cónyuge debiendo ser firmado por él. A falta de ese inventario, el patrimonio original se tiene por no existente”.

Artículo 6º: “Los bienes originales se valuarán según su estado al día del matrimonio o al día de la adquisición, y según su estimación al día en que el régimen matrimonial se disuelve. Si han sido enajenados, se computará su valor al día de la enajenación. Si los bienes enajenados han sido subrogados por nuevos bienes, se tomará en consideración el valor de éstos. Del activo originario se deducirán las deudas y gravámenes existentes. Si el pasivo excede al activo, el patrimonio originario es tenido por nulo”.

Artículo 7º: “Forman parte del patrimonio final todos los bienes que pertenecen a cada cónyuge hasta la disolución del régimen matrimonial, comprendiéndose incluso –si hubiere lugar– aquellos que hubieran dispuesto por causa de muerte, y sin excluir las sumas de que puede ser acreedor frente a su cónyuge. El régimen matrimonial se reputará disuelto al día de la notificación de la demanda o presen-

tación conjunta de divorcio vincular, separación personal o liquidación anticipada del patrimonio, según corresponda. La composición del patrimonio final se prueba mediante un estado descriptivo, aunque sea privado, que cada cónyuge o sus herederos deben confeccionar en presencia del otro o de sus herederos o debidamente citados éstos. Dicho estado deberá confeccionarse dentro de los nueve meses de la disolución del régimen matrimonial salvo prórroga otorgada por el tribunal que entiende en la causa. La prueba de que el patrimonio final habría comprendido otros bienes puede ser aportada por cualquier medio, incluso por testigos y presunciones”.

Artículo 8º: *“A los bienes existentes se agregará ficticiamente el valor de aquéllos bienes que uno o ambos cónyuges hubieren dispuesto por donación entre vivos, salvo que el otro cónyuge haya prestado su asentimiento en la donación, así como los que hubiera enajenado fraudulentamente. La enajenación con cargo de renta vitalicia se presumirá hecha en fraude de los derechos del otro cónyuge, si éste no hubiera dado asentimiento para ella”.*

Artículo 9º: *“Los bienes existentes serán estimados según su estado y valor al día en que el régimen matrimonial se disuelva. Los bienes que hayan sido enajenados por donación entre vivos, o en fraude de los derechos del cónyuge, serán estimados según su estado al día de la enajenación y el valor que habrían tenido si hubiesen sido conservados, al día de la disolución. Del activo así reconstruido se deducirán todas las deudas que no han sido pagadas todavía, sin excluir las sumas que podrían ser debidas al cónyuge”.*

Artículo 10: *“Si el patrimonio final de un cónyuge es inferior a su patrimonio originario, el déficit será soportado enteramente por él. Si es superior, el acrecentamiento representará las ganancias netas y dará lugar a la participación del otro. Si hay ganancias netas de una y otra partes, deben primeramente ser compensadas. Solo se divide el excedente. El cónyuge cuya ganancia es la menor es acreedor del otro por la mitad del excedente. Al crédito de participación se agregarán, para someterlas al mismo ajuste, las sumas que uno de los cónyuges pueda ser acreedor de su cónyuge, por valores suministrados durante el matrimonio y otros resarcimientos, deducción hecha, si correspondiere, de lo que él sea deudor frente al primero”.*

Artículo 11: *“El crédito de participación dará lugar al pago en dinero. Si el esposo deudor tiene graves dificultades para pagarlo enteramente al cierre de la liquidación los jueces podrán acordarle un plazo que no supere los cinco años, con cargo de suministrar garantías y abonar intereses. El crédito de participación podrá ser cancelado en especie, sea con el consentimiento de ambos cónyuges, sea en virtud de una decisión del juez, si el cónyuge deudor justifica la existencia de graves dificultades que le impiden pagar en dinero. La cancelación en especie prevista en el párrafo precedente es considerada como una operación de partición, cuando los bienes adjudicados no estaban comprendidos en el patrimonio originario, o cuando el cónyuge adjudicatario concurre a la sucesión del otro. La liquidación no es oponible a los acreedores del otro cónyuge”.*

Artículo 12: *“El cónyuge acreedor perseguirá el cobro de su crédito de participación primero sobre los bienes existentes y subsidiariamente sobre los bienes que hayan sido enajenados por donación entre vivos o en fraude de los derechos del cónyuge, comenzando por las enajenaciones más recientes. La acción revocatoria no se otorgará contra los terceros adquirentes de buena fe a título oneroso”.*

INFORME SOBRE EL PROYECTO DE REFORMA AL CÓDIGO CIVIL

Artículo 13: *“Al disolverse el régimen matrimonial, si las partes no se ponen de acuerdo para proceder a la liquidación convencionalmente, cualquiera de ellas podrá requerir al tribunal la liquidación judicial. Son aplicables a este juicio, en cuanto sean pertinentes, las reglas prescritas para proceder a la partición judicial de las sucesiones. Las partes estarán obligadas a proporcionarse recíprocamente, y a proporcionar a los peritos designados por el juez, todos los informes y documentos que obren en su poder para la liquidación. La acción de liquidación prescribirá a los cinco años, contados desde la disolución del régimen matrimonial. Las acciones otorgadas contra los terceros en el artículo precedente prescribirán a los dos años, contados desde el cierre de la liquidación”.*

Artículo 14: *“Los cónyuges podrán convenir una cláusula de participación desigual teniendo como límite los principios generales del ordenamiento legal vigente y el orden público. El juez estará facultado para modificar con expresión de causa los acuerdos establecidos por los cónyuges cuando de su aplicación se produzcan efectos manifiestamente inequitativos”.*

DERECHO DE FAMILIA

ÚRSULA C. BASSET

Derecho de Familia

a) Definición de matrimonio

1.- Redacción del texto propuesto

“**Art. ...** Es indispensable para la existencia del matrimonio el consentimiento pleno y libre expresado personalmente por un hombre y una mujer ante la autoridad competente para celebrarlo”.

2.- Fundamentos

- Sin perjuicio de las reformas que sean necesarias en materia del régimen matrimonial, propongo volver a la definición de matrimonio en la que los requisitos de la existencia del matrimonio sean los que anteriormente contenía el Artículo 172.
- *La ley deberá establecer otras formas de protección de las personas que decidan convivir, conforme al proyecto de reforma del Código Civil sobre “Convivencias Asistenciales”, que se ha adjuntado como propuesta por el Dr. Marcos Córdoba y el Instituto Ambrosio Gioja.* El bien jurídico tutelado de esos modelos protectorios no será la intromisión del Estado en la privacidad (sexual) de los sujetos, sino la convivencia misma, que significa un alivio desde el punto de vista de la crisis habitacional y un fomento a la solidaridad social.

El matrimonio es una institución con características especiales, que la distinguen de cualquier otra unión entre seres humanos. Sus finalidades han sido y serán desde siempre (con independencia de las definiciones legales positivas) la complementariedad y ayuda recíproca, la procreación y educación de la prole y la transmisión de los valores culturales de una comunidad dada.

Es una institución distinta y preferida por el Estado.

La Argentina debe ajustar su legislación a las exigencias de los Tratados Inter-

nacionales y definir el matrimonio como aquel contraído entre varón y mujer. Lo contrario sería situar a nuestro país en contravención respecto de la protección de la familia matrimonial. Se violaría el derecho a casarse como único derecho humano reservado exclusivamente al varón y a la mujer.

Un país con instituciones saludables necesita claridad legislativa. Para eso es necesario distinguir entre instituciones con finalidades divergentes. Si las convivencias tienen apertura procreacional devenida de la complementariedad sexual específica, y los sujetos contrayentes tienen una intencionalidad de acogerse a la institución específica matrimonial, deben ver garantizado su derecho a casarse.

Ese derecho no puede ir en desmedro de otros fines por los cuales la ley puede tutelar formas convivenciales diversas, con independencia de la consideración de las orientaciones personales y existenciales de sus integrantes. Para eso se propone introducir las convivencias asistenciales en el Código Civil.

b) Protección de la filiación y derechos alimentarios desde la concepción

1.- Reforma propuesta

“**Art. ...** La existencia de las personas de existencia visible principia con su concepción, en cualquier circunstancia en que ésta se produzca, sin que quepa discriminación alguna en cuanto a los derechos de las personas en virtud del modo en que son concebidas”.

2.- Fundamentos

El estado de hijo debe ser tratado en todo momento, con independencia de que la concepción se produzca dentro o fuera del seno materno, desde el momento mismo de la concepción. El derecho a la vida no admite discriminación alguna, ni de edad, ni de estado madurativo, ni de ninguna índole. La patria potestad de los padres no puede incluir un “*ius vitae ac mortis*”.

No es admisible la discriminación como contrapartida del principio inalienable de igualdad que es la misma formalidad del derecho.

La existencia de las personas comienza con su concepción dentro o fuera del seno materno, según indica la ciencia y es además imperativo constitucional. Los tratados de derechos humanos establecen que todo ser humano tiene derecho a que su personalidad sea reconocida por las leyes. Toda persona tiene derecho a la vida. Por otra parte, la Argentina ha establecido precisas salvaguardas respecto del comienzo de la personalidad jurídica desde la concepción (ver declaración interpretativa de la Argentina, el Art. 1º de la Convención sobre los Derechos de los Niños).

En consecuencia, sería gravemente antijurídico discriminar a los hijos por su condición de nacimiento.

c) Patria potestad, reemplazar por cuidado personal de los padres

1.- Reforma propuesta

“**Art. ...** De la paternidad surgen un conjunto de deberes y derechos de orden público que los padres tienen con la finalidad de proteger y formar integralmente a los hijos, desde su concepción y mientras sean menores de edad”.

Se encuentran comprendidos:

- a) el **derecho y deber de educarlos** según sus convicciones y de acuerdo con el crecimiento progresivo de los niños. El deber de los padres a educar será integral y comprenderá la educación para la salud física, social, moral, psicológica, espiritual y religiosa del niño. El deber de educación incluirá la obligación de los padres a proveer el sostenimiento económico para dicha educación, si fuere el caso.
- b) la **protección de la vida y la salud integral del niño**, inclusive los alimentos y sostenimiento económico necesarios.
- c) la **autoridad de los padres** para tomar decisiones sobre la vida personal y los bienes del hijo, en respeto de su dignidad y capacidad del niño según establezcan las leyes;
- d) la **administración de los bienes** de los hijos;
- e) el **derecho y deber de corrección**, de acuerdo con la dignidad del niño;
- f) la **guarda, entendida como el cuidado integral del niño** bajo el amparo de los padres en un domicilio compartido con éstos;
- g) la **representación natural de los hijos** durante la minoría de edad.

Cualquiera de los derechos derivados de la paternidad, que no se ejerza de conformidad con la finalidad protectoria y de desarrollo integral del niño, será considerado abusivo. Tratándose de un abuso reiterado y grave, podrán imponerse medidas correctivas en beneficio del niño, o disponerse medidas de control o auxilio en el ejercicio de determinadas funciones parentales. En casos extremos, podrá disponerse la exclusión del padre de dicha función y la designación de un tutor a tales efectos, para los que tendrán preferencia los parientes en línea recta en grado más próximo.

2.- Fundamentos

El término patria potestad reenvía a una idea en la que los hijos son objetos bajo la órbita de poder de sus padres, que tienen derechos irrestrictos para decidir sobre su vida y su persona. El derecho debe insertarse en los límites invisibles de la juridicidad y la dignidad de la persona humana como hijo.

De ahí que se proponga el concepto de “paternidad” y “cuidado personal de los padres”. El progenitor es autor de la vida, pero una vez que ha engendrado ya no es dueño de esa vida, en cambio, tiene obligaciones de orden público que le obligan a acompañar y favorecer su desarrollo.

d) Filiación

1.- Reforma propuesta

“Art. ... Clasificación de las filiaciones. La filiación puede tener lugar por naturaleza o por adopción. La filiación por naturaleza será matrimonial o extramatrimonial. La filiación matrimonial se produce cuando el padre y la madre biológicos del hijo están casados entre sí. La filiación extramatrimonial es aquella que se produce cuando al menos uno de los dos padres no pertenece al matrimonio. La filiación que se produce en uniones de hecho se denomina extramatrimonial. Ambas filiaciones producen los mismos efectos”.

“Art. ... Determinación de la maternidad. La determinación de la filiación materna tendrá lugar por el parto de la madre. Será identificada la filiación por el testimonio de al menos dos profesionales, parteras o enfermeros que hayan intervenido en el parto, quienes firmarán en el acta respectiva, comprometiendo de ese modo su responsabilidad profesional. Si hubieran falseado alguno de los datos del nacimiento, perderán la matrícula para ejercer la profesión. En el momento del parto, los profesionales, parteras o personal interviniente darán directo curso a la inscripción del niño en los registros respectivos, la que deberá hacerse en un plazo no mayor de un mes a contar desde el parto. La madre y el niño serán identificados con una pulsera. La madre será notificada de la inscripción, para lo cual los médicos o sujetos intervinientes tomarán nota de su dirección en el acta de nacimiento. En tal domicilio se tendrá por cumplida la notificación referida. Si el parto se hubiera producido en casa, la sola palabra de la madre y de dos testigos bastará para la inscripción provisoria del menor. Sin embargo, para la inscripción definitiva la madre deberá someterse previamente a la inscripción a un análisis de histocompatibilidad o de ADN. En caso de no tener recursos, dichos análisis deberán ser prestados por el Estado de manera gratuita”.

“Art. ... Presunción de paternidad matrimonial. Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio con su esposa y hasta los trescientos días después de su disolución, anulación o separación personal de los esposos. En caso de separación de hecho, acreditada que fuere ésta, cesará la presunción desde la fecha en que se hubiere producido. Interpuesta la demanda de divorcio y acreditado que fuese el cese de la convivencia de ambos cónyuges en un mismo domicilio, cesará también la presunción de paternidad matrimonial. La presunción admitirá prueba en contrario. Los cónyuges podrán inscribir como hijo de ambos al nacido fuera de los márgenes temporales de la presunción, si estuvieran de acuerdo en hacerlo y no se hubiera disuelto el vínculo matrimonial”.

“Art. ... Determinación de la paternidad extramatrimonial. La paternidad extramatrimonial queda establecida por el reconocimiento del padre o por la sentencia en juicio de filiación que así la declare”.

El reconocimiento en todos los casos y sin distinción en torno a los accidentes que circunden la concepción, el embarazo o el parto, resultará de:

- A) Declaración formulada ante el oficial del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas en oportunidad de inscribirse el nacimiento.

- B) Declaración formulada ante el profesional interviniente en el parto, de la cual dicho profesional dejará constancia debida en el acta de nacimiento.
- C) Declaración realizada en instrumento público debidamente reconocida.
- D) De disposiciones contenidas en actos de última voluntad.

En todos los casos, los sujetos que intervengan en la recepción de las declaraciones respectivas tendrán la obligación de dejar constancia y hacer saber al progenitor reconociente las desventajas del reconocimiento complaciente. Lo instarán a realizar los estudios de ADN respectivos que permitan establecer el vínculo parentofamiliar con certeza. En caso de carencia de recursos, el Estado deberá proveer dichos estudios.

“Art. ... Efectos del reconocimiento. El reconocimiento es un acto jurídico unilateral irrevocable. Emplaza en el estado de padre y hace nacer el plexo de derechos y deberes que nacen de la paternidad”.

“Art. ... Principio de no superposición filiatoria. No se inscribirán reconocimientos o filiaciones que contradigan una filiación materna o paterna previamente establecida. En caso de que la hubiere, el que pretende reconocer su estado de padre o de madre, si estuviera legitimado, deberá ejercer las acciones tendientes a impugnar la filiación previamente establecida”.

2.- Fundamentos

El establecimiento de la filiación debe fundarse sobre presunciones que den seguridad jurídica a la sociedad en el establecimiento del parentesco. Para ello, solo deben establecerse presunciones que puedan surgir del curso normal de las cosas. Las filiaciones que no puedan ser establecidas por presunción deberán provenir de actos jurídicos de reconocimiento.

Debe prohibirse la maternidad por subrogación, que es causa de discriminación contra la pobreza y contra las mujeres. Debe considerarse el concepto de “dignidad procreativa”. El concebido tiene derecho a ser concebido no como objeto de un contacto, sino como un acto de altruismo y entrega recíproca de sus progenitores.

No deben establecerse mecanismos diversos de reconocimiento de la filiación que debiliten la igualdad entre las diversas filiaciones. Establecer un reconocimiento contractual ante entidades que practican fecundaciones *in vitro* podría debilitar fuertemente el derecho a la dignidad procreativa del concebido y someter la existencia de un niño a un acto contractual de los padres (un abuso de la *patria potestas* en el acto concepcional que queda reducido a un mero contrato, que los siglos de evolución legislativa han ayudado a corregir).

DERECHO DE FAMILIA – BIEN DE FAMILIA

ALEJANDRO BORDA

1) Permitir que se constituya un “bien de familia” en provecho de otra persona que reúna las condiciones que la ley exija para constituirlo.

FUNDAMENTO

Nuestro sistema jurídico establece que “toda persona pueda constituir en ‘bien de familia’ un inmueble urbano o rural *de su propiedad*” (Art. 34). En otras palabras, solo el dueño de un inmueble puede constituirlo en “bien de familia”. Esto es desacertado.

Varios regímenes extranjeros⁶² establecen la posibilidad de que toda persona capaz de disponer pueda constituir un “bien de familia” en provecho de otra persona que reúna las condiciones exigidas para constituirlo.

Esta idea permite garantizar la existencia de un “techo” para los menores, especialmente. Estos ya han sufrido bastante con la muerte de sus padres o su abandono y es conveniente darles cierto nivel de estabilidad. Por lo demás, el hecho de que sea un tercero el constituyente que beneficia a una familia extraña, en nada afecta el interés de posibles acreedores, pues éstos habrán sabido de antemano la constitución del “bien de familia”.

2) Considerar al matrimonio como “familia”.

FUNDAMENTO

La Ley N° 14.394 establece que, a los efectos de la constitución, se entiende por “familia” la formada por el propietario y su cónyuge, sus descendientes o ascendien-

⁶² La ley francesa del 12 de julio de 1909, el Código Civil Italiano de 1942 (Art. 167), la Ley N° 70 de 1931 de Colombia (Art. 6°) y la Ley N° 9.770 de Uruguay (Art. 5°).

tes o hijos adoptivos; o en su defecto, sus parientes colaterales hasta el tercer grado inclusive de consanguinidad que convivieren con el constituyente (Art. 36).

La redacción de la norma no es clara. Ella puede ser leída como que la familia es la formada por el propietario y su cónyuge, o por el propietario y sus descendientes o ascendientes o hijo adoptivo, pero también puede ser leída como aquella que es formada por el propietario, su cónyuge y descendientes o ascendientes. Por mi parte, entiendo que es suficiente que exista un matrimonio para que pueda constituirse el bien de familia, aunque no exista ninguna otra de las personas que el propio artículo menciona. No hay ninguna razón para excluir al matrimonio sin hijos de los beneficios del régimen del bien de familia⁶³, y ello conviene aclararlo en una futura reforma.

3) Añadir a las excepciones previstas a la regla de la inembargabilidad e inejecutabilidad la de cumplimiento de obligaciones alimentarias. Y eliminar el privilegio del que gozan los impuestos y las tasas que afectan al inmueble y los créditos por construcción o mejoras en la finca.

FUNDAMENTO

Establece nuestra ley que el bien de familia no puede ser embargado ni ejecutado por deudas posteriores a su inscripción como tal, salvo por el cumplimiento de las obligaciones provenientes de impuestos o tasas que graven el inmueble, gravámenes constituidos con la conformidad del cónyuge (o aun, sin ella, en caso de causa grave o manifiesta utilidad), o por el pago de créditos por construcción o mejoras en la finca (Arts. 37 y 38, Ley N^o 14.394).

En la legislación comparada el criterio es el de sancionar la inembargabilidad e inejecutabilidad del “bien de familia”⁶⁴, o bien su exclusiva inembargabilidad⁶⁵, por deudas contraídas con posterioridad a la inscripción como tal.

Esta parece la buena solución. No se ve claramente la razón por la cual se privilegian los impuestos o tasas que afectan el inmueble y los créditos por construcción o mejoras en la finca. El impuesto o tasa que grave el inmueble tiene el mismo significado que cualquier impuesto o tasa que afecte el patrimonio de determinada familia: debe caerse en la cuenta de que no es el inmueble el obligado al pago sino su propietario, la persona de carne y hueso que es dueña del bien. Respecto del crédito por construcción o mejora, el privilegio es aun menos justificable; en efecto, quien otorga dicho crédito sabiendo cuál será su destino, conoce que el inmueble está afectado al régimen del “bien de familia” y debe afrontar el riesgo asumido.

La cuestión alimentaria ha sido tratada por nuestros tribunales. Con sentido de justicia, se ha resuelto que, en el marco de una ejecución por alimentos, es

63 Sirve como argumento corroborante recordar que en EE UU, la figura análoga a nuestro bien de familia, que es el llamado “homestead”, protege al matrimonio.

64 Código Civil Italiano de 1942 (Art. 169), el “homestead” estadual de EE UU y la llamada “Ley del Hogar Seguro” de Puerto Rico.

65 La Ley N^o 70 de 1931 de Colombia (Art. 21).

inoponible al ejecutante la afectación del régimen de bien de familia que reviste el inmueble embargado, pues si bien la Ley N° 14.394 no exceptúa las deudas por alimentos del principio de inejecutabilidad, resulta abusivo que quien invoca ser el único beneficiario pretenda hacerlo valer frente a la deuda por alimentos pactados en favor de sus hijos menores de edad⁶⁶.

4) Permitir a los acreedores alimentarios que fueren judicialmente la constitución de un “bien de familia” cuando exista el peligro de que el alimentante pierda sus bienes por mala administración o dilapidación.

FUNDAMENTO

El Código Civil Mexicano (Art. 734) prevé una norma como la que se propone. La idea es clara: es necesario otorgar al acreedor alimentario (por ejemplo, el cónyuge o sus hijos) el derecho a resguardar su crédito, el cual, entre otros conceptos, abarca la vivienda.

5) Para el caso de que un bien no cubra las necesidades de sustento y vivienda, amparar con el beneficio la adquisición de otro u otros bienes contiguos hasta integrar tales necesidades. Incluso, permitir la constitución como bien de “bien de familia” de una parte de un inmueble.

FUNDAMENTO

Dispone nuestra ley que no puede constituirse más de un “bien de familia” (Art. 45). La norma es buena pero convendría darle algo más de elasticidad. Por ejemplo, estableciendo que si el bien no alcanza a cubrir las necesidades de sustento y vivienda puede adquirirse otro u otros bienes contiguos hasta que integren tales necesidades⁶⁷; o también, que si el bien excede tales necesidades de sustento y vivienda se permita la constitución como “bien de familia” de una parte de dicho inmueble⁶⁸.

6) Obligar el reemplazo de la suma percibida por la indemnización expropiatoria o la venta judicial en otro inmueble que deberá ser inscripto como “bien de familia”. Permitir la sustitución del bien de familia por otro. En ambos casos, los efectos de la constitución del nuevo bien de familia correrán desde la fecha en que se constituyó el anterior bien de familia.

66 CNCiv., Sala E, 15-6-2004, “C. W., F. A. c/ S., A. M. L.L.”, t. 2004-D, pág. 624.

67 Cf. la Ley N° 70 de 1931 de Colombia (Art. 8°).

68 Cf. la ley francesa del 12 de julio de 1909 (Art. 2°).

FUNDAMENTO

Por un lado, debe preverse que, en caso de expropiación, reivindicación o venta judicial decretada en ejecución autorizada por la ley, la indemnización o el precio de la venta deberán reemplazarse para adquirir otro inmueble con el mismo destino de “bien de familia”⁶⁹.

Por otro lado, es necesario consagrar el derecho del deudor a sustituir un inmueble por otro como bien de familia con efectos retroactivos a la fecha de la primitiva constitución.

El acreedor no sufre ningún perjuicio pues, en primer lugar, el deudor no habrá de enajenar el inmueble si no puede sustituirlo por otro como bien de familia, con lo que la situación del acreedor no ha de mejorar. Más aun, es probable que empeore, toda vez que no es descabellado pensar que la razón que el deudor ha tenido para vender y adquirir otro bien sea la de disminuir gastos, y si éste fuera el motivo, la imposibilidad de hacer esa operación lleva a prever una probabilidad cada vez menor de cumplir con la obligación. En segundo lugar, el acreedor puede verse beneficiado si es que el bien que se adquiere es de menor valor que el que se enajena. En tal caso, la diferencia que obtenga el propietario debe ser destinada a atender sus deudas.

Desde la óptica del deudor, la imposibilidad de realizar tal sustitución se presenta como una suerte de esclavitud a residir indefinidamente en el mismo lugar⁷⁰. Es necesario prever la movilidad de las familias, la que puede darse por diferentes motivos (entre los que pueden destacarse razones laborales o económicas tendientes a disminuir erogaciones) con la posibilidad de mantener la protección legal.

La subrogación, además, permite solucionar conflictos serios que pueden darse cuando el dueño del inmueble resulta ser un fallido. Sus acreedores no pueden agredirlo en la medida en que el origen de sus créditos sea posterior a la fecha de constitución del inmueble como bien de familia. Ahora bien, puede ocurrir que estos acreedores se vean beneficiados por un hecho ajeno a ellos: la promoción contra el fallido de una ejecución por deudas anteriores a la constitución del bien de familia. Ello conducirá a subastar el inmueble y a quedarse con el remanente. ¿Es equitativa la solución? Evidentemente no.

Estamos frente a una disputa entre el derecho del acreedor a cobrar su crédito y el derecho del deudor a mantener su vivienda familiar. Entre estos dos derechos, el legislador ha optado sanamente por la protección de la vivienda familiar. Si esto es así, si se ha decidido posponer el derecho del acreedor en aras a la protección de la vivienda familiar, no parece razonable que un hecho fortuito como es la aparición de una deuda cuyo pago no admite excepciones, invierta la situación y convierta el derecho del acreedor en más fuerte que el del deudor.

⁶⁹ Cf. la Ley N° 9.770 de Uruguay (Art. 16).

⁷⁰ Cf. GUASTAVINO, Elías P., *Bien de familia*, t. I, N° 226, Ed. La Ley, 3ª edición actualizada por Eduardo Molina Quiroga y colaboradores.

RESPONSABILIDAD CIVIL

ALEJANDRO BORDA

- 1) Incorporar una norma como el Artículo 1567 del proyecto elaborado por la comisión designada por el Decreto Nro. 468/1992 que establecía que *la indemnización comprende el daño material y el moral (Art. 1567), sin distinguir según que su origen sea contractual o extracontractual.***

FUNDAMENTO

Aunque la cuestión planteada parece estar pacíficamente reconocida en la doctrina nacional, es conveniente dejar absolutamente en claro que el daño moral procede, siempre que exista, en los supuestos de responsabilidad contractual, lo que hoy podría ser cuestionado a tenor de lo que dispone el Artículo 522.

- 2) Reconocer que la indemnización del daño moral tiene una doble función, resarcitoria y punitiva a la vez.**

FUNDAMENTO

Varios tribunales nacionales, tanto comerciales como civiles⁷¹, han comenzado a afirmar que la indemnización por daño moral tiene una doble función; esto es, una función reparadora y otra función sancionatoria. La idea es procurar reparar a quien padeció las consecuencias afflictivas, pero –a la vez– sancionar, de manera ejemplar,

⁷¹ CNCom., Sala C, 19-4-2005, “Travetto, Oscar Horacio y otro c/ Sevel Argentina S.A. s/ ordinario”, *ED* (derecho de seguros) n° 26, diario del día 17-10-2006; CNCom., Sala C, 15-8-2006, “Pardini, Fabián c/ Compañía Fredel”, *JA* t. 2006-IV, fasc. 7, pág. 83; CNCom., Sala C, 18-9-2007, “N., D. c/ B., G. y otros s/ daños y perjuicios”, *ED* t. 226, pág. 624; CNCiv., Sala G, 7-5-2007, “Roldán, Víctor Enrique y otro c/ Genovart, Cristhian Marcelo y otros s/ daños y perjuicios”, *ED* fallo n° 55.397, diario del día 17-7-2008; CNCiv., Sala G, 30-5-2008, “Pepe, Raúl Jorge c/ Erlich, Juan Pablo y otros”, *DJ* t. 2008-II, pág. 2091.

el proceder reprochable de quien las hubo causado, de manera de desalentar conductas contrarias al interés general.

Como resolvió un tribunal mercedino⁷², en la base de la indemnización de daño moral existe un aspecto sancionador de la conducta que lo causa, sin importar cuál sea la fuente que genera el daño. Incluso, si el daño moral sufrido proviene de un supuesto de responsabilidad contractual, parece razonable que el incumplimiento malicioso o producto de una culpa grave sea tenido en cuenta a la hora de evaluar la procedencia de la indemnización. Por lo demás, nada obsta a que las tesis del resarcimiento y de la pena civil se concilien atendiendo a las circunstancias de cada caso, pues una y otra se inspiran en propósitos que no se excluyen recíprocamente⁷³.

Como se ha dicho, la indemnización punitiva responde a diferentes propósitos: (i) sancionar al dañador, evitando que pueda quedarse con ventajas, aun en el caso de indemnizar a la víctima, y (ii) prevenir acciones lesivas similares, gracias a los efectos disuasorios que tiene la condena punitiva⁷⁴. Como se ve, existe una dimensión comunitaria que no puede obviarse, pues a la sociedad le importa evitar estas conductas lesivas que afectan a sus integrantes y un medio para ello es imponer un costo al victimario que va más allá del daño estrictamente sufrido por la víctima⁷⁵, y que de alguna manera supere el lucro que pudiese obtener, lo que permite suponer que tales acciones han de evitarse en el futuro⁷⁶.

3) Procurar unificar los regímenes del resarcimiento de los daños causados por un hecho ilícito de los que se derivan del incumplimiento contractual, sin dejar de señalar las diferencias que existen entre el daño contractual y el daño extracontractual, y la necesaria consideración de la conducta del dañador.

FUNDAMENTO

Aunque no del todo nítido en el Derecho Comparado⁷⁷, en nuestro Derecho existe una clara tendencia en asimilar (o no diferenciar) los regímenes del resarcimiento de los daños causados por un hecho ilícito de los que se derivan del incumplimiento contractual (así, con matices, se puede ver en los cuatro últimos proyectos de reforma del Código Civil), lo que debe ser consagrado en este nuevo intento. Lo

⁷² CApel. C.C. Mercedes, Sala I, 28-6-2007, “Coronel, Pedro A. y otro c/ La Nueva Bailanta (NB) s/ daños y perjuicios”, *ED* t. 224, pág. 20.

⁷³ CNCiv., Sala G, 5-6-2007, “Martín de Freire, Julia Hermenegilda y otro c/ Navarro Escobar Solano y otros s/ daños y perjuicios”, *ED* t. 226, pág. 658.

⁷⁴ Cf. ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Actuaciones por daños*, Ed. Hammurabi, 2004, pág. 330.

⁷⁵ Cf. ABREVAYA, Alejandra D., *El daño y su cuantificación judicial*, Ed. AbeledoPerrot, 2008, pág. 314.

⁷⁶ Cf. ZAVALA DE GONZÁLEZ, “Cuánto por daño moral”, *LL* t. 1998-E, pág. 1057, n° VI.c., *Doctrinas Esenciales*, Ed. La Ley, t. III, pág. 153.

⁷⁷ Véase, por caso, el Art. 846 del BGB que prevé la indemnización por daño moral para los casos de lesión al cuerpo o a la salud o en el caso de privación de la libertad (lo que parece ser una enumeración taxativa), o el Art. 2059 del Código Civil Italiano que la establece para los casos determinados por la ley.

que se procura es reparar el daño sufrido, restablecer a la víctima en la situación en que se encontraba antes de sufrir el daño, sin diferenciar mayormente entre el daño contractual o extracontractual. Claro está, que se prevén supuestos de excepción al deber de reparar, tales como el daño sufrido por caso fortuito o fuerza mayor, o por la culpa de la propia víctima, o el causado a raíz del ejercicio regular –no abusivo– del derecho.

Cuando se trata de un daño contractual, en principio, poco importa que el dañador haya obrado con culpa o dolo, pues estando pacíficamente receptada la teoría de la causalidad adecuada, en ambos supuestos deben repararse las consecuencias inmediatas y necesarias de la falta de cumplimiento. Sin embargo, la cuestión merece otro enfoque, si por dolo no se interpreta la mera intención de no cumplir, sino la intención de causar un daño, o la indiferencia ante las consecuencias dañosas que muy probable y previsiblemente surgirán al acreedor del incumplimiento, es decir, lo que nuestra ley ha calificado como obrar malicioso (Art. 521, Código Civil), entonces la reparación debe ser más amplia y comprender las consecuencias mediatas.

En el campo de la responsabilidad extracontractual, también se valora la conducta del dañador. En efecto, más allá de que deban indemnizarse las consecuencias inmediatas y las mediatas previstas o previsibles (Arts. 903 y 904, Código Civil), tanto que el dañador obre de manera culposa como que obre de manera dolosa, se advierte una tendencia a morigerar el monto indemnizatorio cuando esa conducta sea culposa.

Estas cuestiones deben ser resueltas en una próxima modificación de nuestra ley, aprovechando la ocasión para valorar –como agravante de la responsabilidad– la conducta del dañador.

4) Imponer la carga de la prueba del daño moral y de la relación causal a la víctima, salvo disposición legal en contrario o supuestos de responsabilidad objetiva.

FUNDAMENTO

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha resuelto que, acreditada la existencia de un hecho dañoso, debe presumirse (“*hominis*”) la existencia del daño moral⁷⁸. No comparto esta decisión. No creo posible establecer su existencia, sin más, pues es posible que no se haya sufrido.

Un sector predominante de nuestra doctrina sostiene que si el daño moral proviene de un acto ilícito, cabe tener por probado *in re ipsa* el daño moral presuntamente sufrido; sin embargo, ni quienes así piensan afirman tal posibilidad cuando el daño moral proviene de un incumplimiento contractual.

A mi juicio, sin embargo, no existen diferencias entre el daño moral, según que

⁷⁸ Corte Suprema, 9-12-1993, “Gómez Orúe de Gaete, Frida A. y otra c/ Provincia de Buenos Aires y otros”, LL t. 1994-C, pág. 546.

provenza de un acto ilícito o que su origen esté en un incumplimiento contractual. En definitiva, lo que importa es que exista el daño. Y si no existen diferencias, tampoco debe haberlas en lo que hace a la prueba.

Como afirmaba Fueyo Laneri, todo daño, sea patrimonial, sea extrapatrimonial, debe ser probado al igual que los restantes presupuestos de la responsabilidad civil⁷⁹. Es que no todo hecho antijurídico, provenza de un contrato o de un acto ilícito, genera daño moral⁸⁰. El principio es, por lo tanto, que el que afirma haber sufrido un daño moral debe acreditarlo, lo cual es consecuencia del principio general de que incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido (Art. 377, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

⁷⁹ FUEYO LANERI, Fernando, "La prueba del daño moral", *LL* t. 1988-E, pág. 751.

⁸⁰ Cf. COSSARI, Maximiliano N. G., "Acerca de la procedencia del resarcimiento del daño moral contractual", *ED* diario del día 24-10-2008.

CONTRATOS

ALEJANDRO BORDA

I) CONTRATOS - PARTE GENERAL

I.) CUESTIONES VARIAS

1) Unificar el sistema de vicios redhibitorios.

FUNDAMENTO

El Código Civil fija un término de tres meses para la prescripción de las acciones redhibitorias y *quanti minoris* (Art. 4041) y establece que el plazo empieza a correr desde que fue descubierto o se ha hecho aparente.

El Código de Comercio establece un término distinto. Según el Artículo 473: “[...] las resultas de los vicios internos de la cosa vendida, que no pudieren percibirse por el reconocimiento que se haga al tiempo de la entrega, serán de cuenta del vendedor durante un plazo, cuya fijación quedará al arbitrio de los tribunales, pero que nunca excederá de los seis meses siguientes al día de la entrega. Pasado ese término, queda el vendedor libre de toda responsabilidad a ese respecto”.

La norma ha sido criticada en cuanto deja, aparentemente, librada al arbitrio judicial la abreviación del ya corto plazo de seis meses establecido en el Código. Por otra parte, el punto de comienzo de la prescripción ha sido fijado en el momento de la entrega de la cosa y no en el que los vicios se hicieron aparentes o fueron descubiertos por el comprador. Últimamente, los tribunales comerciales están decidiendo que el plazo de seis meses no es de prescripción de la acción, sino que se trataría de un período dentro del cual el comprador debe advertir el vicio intrínseco de la cosa para imputárselo al vendedor⁸¹. Recién una vez hecha la advertencia comienza a

⁸¹ CNCom., Sala A, 11-2-2003, “Plastar San Luis S.A. c/ Farmein S.A.”, JA t. 2004-III, síntesis, ver Compraventa, sums. 22, 23, 24, 29, 30 31.

correr el plazo de prescripción⁸². Ahora bien, ¿cuál es este plazo? Se ha resuelto que es el de cuatro años previsto para la acción de rescisión de un acto jurídico comercial (Art. 847, inc. 3º, Cód. de Com.), toda vez que de la existencia del vicio oculto deriva la “rescindibilidad” de la compraventa por causa de la responsabilidad del vendedor⁸³.

Finalmente, en los contratos de consumo, todas las acciones prescriben en el término de tres años, lo que incluye –obviamente– las derivadas de los vicios ocultos (Art. 50, Ley N° 24.240). Esta norma ha dispuesto, a partir de la Ley N° 26.361, que cuando por otras leyes generales o especiales se fijen plazos de prescripción distintos del de tres años ya mencionado, se estará al más favorable al consumidor o usuario.

Estamos frente a un verdadero caos normativo que urge unificar.

2) Incorporar la figura de la “frustración del fin contractual”.

FUNDAMENTO

En las XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, que tuvieron lugar en la Ciudad de Buenos Aires en el año 1991, se sostuvo –por mayoría– que la frustración del contrato es un capítulo inherente a la causa; entendida ésta como móvil determinante, razón de ser o fin individual o subjetivo que las partes han tenido en vista al momento formativo del negocio. Con tal premisa se dijo que si la frustración del fin del contrato importa la desaparición de la causa, ello provoca a su vez que el contrato carezca de uno de los elementos esenciales; y si falta uno de estos elementos, no hay negocio jurídico.

He aquí el fundamento de la llamada teoría de la frustración del fin del contrato.

El Proyecto de Reforma del Código Civil de 1998 disponía que la frustración definitiva de la finalidad del contrato autoriza a la parte perjudicada a declarar su rescisión, si tal frustración proviene de una alteración de carácter extraordinario de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, y la alteración sobreviene por causas ajenas a las partes y excedentes al riesgo asumido por la que es afectada. La rescisión es operativa cuanto esta parte comunica su declaración extintiva a la otra (Art. 1059, 1ª parte). Si la frustración de la finalidad fuere temporaria, la facultad rescisoria se mantiene siempre que el tiempo de ejecución hubiera sido esencial (Art. 1059, 2ª parte y su remisión al Art. 1057, inc. b).

La norma proyectada es un interesante punto inicial para incorporar la figura; sin embargo, será necesario aclarar que las circunstancias que importan no solo son aquéllas existentes al tiempo de la celebración del contrato sino –y fundamentalmente– las que se prevén que existan al momento de su ejecución.

⁸² CNCom., Sala D, 31-7-1989, *LL*, t. 1990-A, pág. 38; Sala B, 19-12-1989, *LL*, t. 1990-D, pág. 18; Sala C, 19-10-1995, *LL* t. 1996-B, pág. 179; Sala A, 23-2-2001, *LL* t. 2001-E, pág. 380.

⁸³ CNCom., Sala D, 31-7-1989, *LL*, 1990-A, pág. 38.

3) Receptar la teoría de la recepción en materia de aceptación contractual.

FUNDAMENTO

Nuestro Código Civil prevé un complejo sistema en materia de aceptación contractual, en el que consagra la teoría de la expedición o envío (Art. 1154), pero con concesión a la teoría de la información (Arts. 1149 y 1155). Parece conveniente, siguiendo los últimos proyectos de reforma, unificar la aceptación de acuerdo con la teoría de la recepción. Por lo demás, de esa manera, se ajustaría nuestra legislación con los Principios Unidroit (Art. 2.1.6).

4) Regular el precontrato y la responsabilidad que se deriva.

FUNDAMENTO

La cuestión de la responsabilidad precontractual ha generado un intenso debate en la doctrina, máxime cuando nuestro Código no ha legislado sobre la culpa precontractual como principio general, aunque ha hecho algunas aplicaciones de la idea (Arts. 1156 y 1163). En este punto, incluso, no es posible olvidar las diferencias de Ihering y Fagella.

Parece pacífica la opinión de que puede existir cuando el negocio se frustra antes de haber sido celebrado. Pero lo que no ha sido determinado es el fundamento. ¿Estamos ante una responsabilidad contractual, de acuerdo con la idea de la *culpa in contrahendo*? ¿Es un supuesto de responsabilidad extracontractual? ¿Es un régimen distinto fundado en el abuso del derecho? Definir esto es central para establecer la extensión de la responsabilidad y los plazos de prescripción, de seguirse con una responsabilidad dual como la que rige hoy en día.

II.) INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO

1) Incorporar una norma similar al Artículo 4.3. de los Principios de Unidroit, que consideran las negociaciones previas entre las partes como circunstancias relevantes de la contratación.

FUNDAMENTO

Una cuestión que resulta importante plantear es si la conducta anterior a la celebración del contrato resulta o no relevante a los efectos de interpretarlo. Por

un lado, está claro que si lo pactado es distinto de lo obrado con anterioridad, ello demuestra que finalmente las partes acordaron algo diferente, por lo que ese comportamiento anterior no tiene relevancia. Sin embargo, en los casos de duda, cuando el contrato ha dejado algunas lagunas, esos vacíos bien pueden llenarse con las conductas anteriores de las partes, que reflejan una unidad de obrar y conforman, además, las bases de entendimiento que en su momento fueron consideradas para celebrar el contrato⁸⁴. Esas negociaciones han dado lugar a las tratativas precontractuales y a trabajos preparatorios, e, incluso, pueden haber derivado en un contrato preliminar. Incluso, no es un dato menor por considerar la situación particular de los sujetos contratantes, pues ella revela lo que buscaban conseguir con el contrato y los propósitos que los guiaron⁸⁵. Como se propone, los Principios de Unidroit consideran las negociaciones previas entre las partes como circunstancias relevantes de la contratación (Art. 4.3.).

2) Sustituir la regla del *favor debitoris* por el *favor debilis* en el actual Artículo 218, inc. 7, Código de Comercio.

FUNDAMENTO

El Código de Comercio establece en último lugar, y cuando las demás reglas se han exhibido insuficientes, que en caso de duda deberá interpretarse el contrato de manera tal de liberar al deudor (Art. 218, inc. 7).

Entiendo que no es justo favorecer al deudor sino al débil. Muchas veces el deudor es el contratante fuerte, ¿o no lo es, acaso, el deudor de un mutuo que ya ha recibido el préstamo y que al vencer el plazo de devolución se niega a hacerlo?, y el locatario que no devuelve el inmueble alquilado, ¿o no es el contratante fuerte frente al locador que ha perdido la tenencia?

Por eso, lo razonable es, en caso de duda, interpretar el contrato de acuerdo con el llamado *favor debilis*⁸⁶ y no en su cruda literalidad favorable al deudor⁸⁷. En otras palabras, la interpretación debe favorecer a la parte carente de poder contractual (como lo establecía el Art. 935 del Anteproyecto de Código Civil de 1992) o de poder de negociación (al que la doctrina anglosajona llama *bargaining power*). Pero insisto, solo en caso de duda, pues como regla debe interpretarse el contrato de acuerdo

⁸⁴ Cf. ALTERINI, Atilio A., *Contratos*, Ed. AbeledoPerrot, 1998, pág. 417. En sentido similar: CNCCom., Sala B, 24-9-1998, “P. Campanario S.A. c/ Plan Óvalo S.A. de Ahorro para Fines Determinados”, JA t. 1999-II, pág. 15.

⁸⁵ Cf. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Reflexiones sobre la Interpretación de los Contratos”, en obra colectiva *Interpretación del contrato en América Latina*, Ed. Grijley – Universidad Externado – Rubinzal-Culzoni, t. I, pág. 260.

⁸⁶ Cf. ALTERINI, Atilio A., *Contratos*, Ed. AbeledoPerrot, 1998, pág. 418.

⁸⁷ CNCiv., Sala B, 30-6-20/03, “Randle, Julián c/ El Comercio Cía. de Seguros a prima fija”, JA, t. 2004-I, fasc. n° 6, pág. 66; CNCCom., Sala B, 30-12-2003, “Prieto, Mabel Carmen c/ Coca Cola Femsa de Buenos Aires”, ED, t. 208, pág. 247. Ambos fallos establecieron que el empresario es el contratante fuerte cuando en frente tiene a un no empresario.

con su conmutatividad propia⁸⁸. Es esta una regla de carácter subsidiario que debe aplicarse ante el fracaso de los demás criterios interpretativos⁸⁹.

Incluso, se ha distinguido entre contratos gratuitos y onerosos sosteniéndose que solo en los contratos gratuitos corresponde interpretarlos a favor del deudor, esto es, a favor de su liberación o, al menos, a favor de la menor transmisión de derechos, justamente porque nada ha recibido a cambio⁹⁰; en tanto en los contratos onerosos, debe prevalecer la idea de mantener la equivalencia o reciprocidad de las prestaciones.

- 3) Incorporar como regla de interpretación la “intención común”, que ha sido recogida por los Principios Unidroit, que establecen que:**
- a) el contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes. Si esa intención no puede establecerse, el contrato se interpretará conforme al significado que le habrían dado en circunstancias similares personas razonables de la misma condición que las partes (Art. 4.1.);**
 - b) las declaraciones y demás actos de cada una de las partes se interpretarán conforme su intención, siempre que la otra la haya conocido o no la haya podido ignorar (Art. 4.2.1).**

FUNDAMENTO

El Artículo 1137 del Código Civil define al contrato como el acuerdo sobre una declaración de voluntad común destinada a reglar sus derechos.

La definición pone en evidencia un aspecto central de los contratos paritarios, como lo es la autonomía de la voluntad. Ella supone la existencia de un poder de negociación que se traduce en los dos reconocidos ámbitos de la libertad en los contratos: (i) la libertad de contratar, esto es la facultad de decidir contratar o no contratar, y con quién contratar; y (ii) la libertad contractual, es decir, la facultad de determinar el contenido del contrato.

Pero además, pone de relieve la importancia de desentrañar esa voluntad común, que es más que la voluntad individual de cada contratante. Es importante, entonces, interpretar el contrato de acuerdo con la intención común de los contratantes, esto es, la común intención de obligarse y de adquirir derechos, y no la intención individual de cada contratante o su particular finalidad personal⁹¹. La idea de una

⁸⁸ Cf LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil. Parte General* (actualizado por Patricio RAFFO BENEGAS), Ed. AbeledoPerrot, 19ª edición, t. II, n° 1561.

⁸⁹ Cf MOISSET DE ESPANÉS, Luis y MOISÁ, Benjamín, *La interpretación de los contratos en la República Argentina*, Ed. Grijley – Universidad Externado – Rubinzal-Culzoni, t. I, pág. 338.

⁹⁰ Esta fue una de las recomendaciones de las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en la ciudad de Corrientes (Argentina) en el año 1985. Otra de las conclusiones de ese mismo certamen jurídico fue que la regla *favor debitoris* tiene carácter residual.

⁹¹ Cf MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Contratos*, Ed. Rubinzal – Culzoni, 1995, pág. 310; CNFed. Civ. y Com., Sala 2ª, 15-2-1994, “Chase S.R.L. c/ Segba S.A.”, JA t. 1995-IV, pág. 127.

“voluntad común” es de gran valor, pues implica que esa voluntad es diferente de la voluntad individual de cada contratante. Es la voluntad resultante de la negociación, que va más allá de la finalidad individual perseguida. Como se ha dicho, las partes perfeccionan su consentimiento confiando cada una en lo exteriorizado por la otra, y no en su voluntad interna, que puede ser distinta⁹².

Cuando se hace referencia a la voluntad común se apunta no solo a la intención de obligarse y de adquirir derechos, esto es, sus objetivos y fines, sino también a los fines y la economía del contrato, lo que también implica ponerse por encima del interés de cada una de las partes, procurando que todas las cláusulas tengan significado⁹³.

Es conveniente, entonces, incorporar a nuestra legislación la idea de la “intención común”, para lo cual pueden tenerse en cuenta los Principios Unidroit (Arts. 4.1. y 4.2.1.).

4) Incorporar como regla de interpretación la finalidad (práctica y económica) del contrato, calificándola como una circunstancia relevante pero de ninguna manera excluyente. Como circunstancia relevante es considerada por los Principios Unidroit (Art. 4.3).

FUNDAMENTO

Para interpretar un contrato resulta necesario conocer el fin práctico y económico tenido en cuenta por las partes⁹⁴. Ello es así pues el contrato es el medio adecuado para que las partes alcancen el fin querido, con lo que se advierte que teniendo en cuenta el fin querido podremos dar el significado adecuado al contrato⁹⁵.

Por otra parte, este tener muy en cuenta el fin querido por las partes nos conecta con la llamada teoría de la causa que ha tendido a imponerse en el derecho comparado. El neocausalismo, hoy sostenido mayoritariamente, hace referencia a un fin económico, objetivo, y a otro fin subjetivo o motivo determinante. En este caso, resulta esencial el fin económico, que demuestra que todo contrato persigue el objetivo de producir la circulación de bienes. De acuerdo con lo expuesto, para los Principios Unidroit, la finalidad del contrato es una circunstancia relevante (Art. 4.3.).

Pero que la finalidad económica sea una circunstancia relevante no la convier-

⁹² NICOLAU, Noemí Lidia, “Interpretación y elaboración de normas en materia contractual, con especial referencia al derecho argentino”, en obra colectiva *Interpretación del contrato en América Latina*, Ed. Grijley – Universidad Externado – Rubinzal-Culzoni, t. I, pág. 367.

⁹³ Cf. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Reflexiones sobre la interpretación de los Contratos”, en obra colectiva *Interpretación del contrato en América Latina*, Ed. Grijley – Universidad Externado – Rubinzal-Culzoni, t. I, pág. 222.

⁹⁴ Cf. CNCiv., Sala A, 17-3-1995, “Catan, José M. c/ Repuestos Antártida S.A.I.C.”, JA t. 1996-I, pág. 104.

⁹⁵ Cf. LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil. Parte General* (actualizado por Patricio RAFFO BENEGAS), Ed. AbeledoPerrot, 19ª edición, t. II, n° 1557.

te en una circunstancia excluyente. Es que el fin económico no puede estar disociado de la justicia. Las XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil señalaban –en el año 1991– que el contrato como instrumento para la satisfacción de las necesidades del hombre debe conciliar la utilidad con la justicia, el provecho con el intercambio equilibrado (comisión n° 9). En otras palabras, el Derecho no puede desentenderse de las desigualdades económicas.

Y dos años antes, las IV Jornadas sanjuaninas de Derecho Civil (comisión n° 4) indicaban que los operadores jurídicos deben armonizar lo jurídico con lo económico, el contrato como concepto jurídico con el contrato como operación económica, y la justicia con la utilidad. Y añadían que el régimen contractual debe realizar el valor utilidad, que le es propio, pero siempre en miras a la realización de la justicia y a su principio supremo, la personalización del hombre. Pero sin perjuicio de lo expuesto, no olvidaron señalar (i) que en la realidad presente se destaca el contrato como instrumento económico, como un elemento objetivo y funcional en la operación de los mercados, y (ii) que es fundamental que la contratación, como instrumento de hechos económicos, cumpla una finalidad teleológica en la comunidad conforme a pautas valorativas establecidas por esta última.

- 5) Los grupos de contratos (contratos que están vinculados entre sí, por haber sido celebrados en cumplimiento del programa de una operación económica global) deben ser interpretados los unos por medio de los otros y atribuirles el sentido apropiado al conjunto de la operación. Los contratos unidos propagan sus efectos, uno a otro.**

FUNDAMENTO

Señala Rivera, con apoyo en el Artículo 1030 del Proyecto de Código Civil de 1998, que los contratos que están vinculados entre sí, por haber sido celebrados en cumplimiento del programa de una operación económica global, deben ser interpretados los unos por medio de los otros y atribuirles el sentido apropiado al conjunto de la operación⁹⁶.

Ejemplos de estos grupos de contratos, también llamados negocios conexos, son los contratos de tarjeta de crédito, de paquetes turísticos, de servicios de salud, de tiempo compartido, de transporte multimodal o los vinculados con los hipercentros de consumo. Parece claro que los contratos que integran cada grupo no pueden ser interpretados aisladamente sino, por el contrario, de manera conjunta con los demás contratos que integran ese grupo, pues todos ellos tienen en vista un único objetivo: el desarrollo integral del negocio. Por ello, necesariamente, estos contratos unidos propagan sus efectos, uno a otro.

⁹⁶ RIVERA, Julio César, “La Teoría General del Contrato y la Interpretación del Contrato en el Proyecto de Código Civil argentino”, en obra colectiva *Interpretación del contrato en América Latina*, Ed. Grijley – Universidad Externado – Rubinzal-Culzoni, t. I, pág. 193.

- 6) En los contratos con cláusulas predisuestas: a) Las cláusulas ambiguas deben ser entendidas en sentido adverso a quien las redactó. b) Las cláusulas especiales prevalecen sobre las generales, aunque estas no hayan sido canceladas. c) Las cláusulas manuscritas o mecanografiadas prevalecen sobre las impresas. d) Las cláusulas incorporadas prevalecen sobre las preexistentes.**

FUNDAMENTO

Más allá de la posibilidad de usar las normas interpretativas de los contratos de consumo para los contratos con cláusulas predisuestas, colocando a la parte débil del contrato el (“adherente”) en el lugar del consumidor, es necesario agregar otras reglas interpretativas:

1) Las cláusulas ambiguas deben ser entendidas en sentido adverso a quien las redactó⁹⁷. La solución también se presenta como una clara aplicación del principio general de la buena fe, y tiene aplicación fundamental en estos contratos con cláusulas predisuestas, a partir del principio *contra proferentem*. La regla protege al adherente, quien no tiene otra opción que adherir a la propuesta redactada por la otra parte o no contratar, y por ello es lógico que quien redactó el contrato, lo hizo sin claridad, con ambigüedad o términos abusivos, se haga cargo de las consecuencias indeseables de tal tipo de redacción. En esta línea, los Principios Unidroit disponen que si los términos de un contrato dictados por una de las partes no son claros se preferirá la interpretación que perjudique a dicha parte (art. 4.6.).

2) Las cláusulas especiales prevalecen sobre las generales, aunque estas no hayan sido canceladas.

3) Las cláusulas manuscritas o mecanografiadas prevalecen sobre las impresas.

4) En los contratos predisuestos, las cláusulas incorporadas prevalecen sobre las preexistentes⁹⁸.

5) Los usos y costumbres no pueden ser valorados como en los contratos paritarios, pues pueden responder a prácticas abusivas del predisponente o pueden modificar la economía del negocio⁹⁹.

II) ARMONIZACIÓN DE LOS CONTRATOS CIVILES Y COMERCIALES

⁹⁷ Cf. ALTERINI, Atilio A., *Contratos*, Ed. AbeledoPerrot, 1998, pág. 417; CNCom., Sala C, 20-12-2002, “F. M. E. y otros c/ Furlong Empresa de Viajes y Turismo S.A.”, JA t. 2003-I, pág. 563.

⁹⁸ Cf. CNCom., Sala D, 13-2-2002, “Randon Argentina S.A. c/ Etchart, Remigio A.”, JA t. 2002-III, pág. 596.

⁹⁹ Cf. NICOLAU, Noemí Lidia, “Interpretación y elaboración de normas en materia contractual, con especial referencia al derecho argentino”, en obra colectiva *Interpretación del contrato en América Latina*, Ed. Grijley – Universidad Externado – Rubinzal-Culzoni, t. I, pág. 395.

1) Unificar los contratos regulados tanto en el Código Civil como en el Código de Comercio.

FUNDAMENTO

Existe un claro consenso doctrinario en unificar la regulación de los contratos que están legislados en los Códigos Civil y de Comercio. Una legislación dual resulta confusa. Si esta confusión llega a afectar a los propios profesionales del Derecho, ¡cuánto más a los legos que contratan!

III) LOCACIONES Y CONTRATOS DE CESIÓN DE USO

1) Modificar el actual Artículo 1493, Código Civil, para admitir que la prestación a cargo del locatario sea el pago de un precio determinado o *determinable* en dinero.

FUNDAMENTO

Resulta muy estrecha la idea de exigir ineludiblemente que se trate de un precio determinado en dinero, como lo establece el Artículo 1493, y no se advierten razones para que no pueda pagarse en especie, como ocurre en la práctica con los arrendamientos rurales, que –a pesar de ello– siguen siendo locación. Spota ha afirmado que habrá locación siempre que la contraprestación sea determinable en dinero¹⁰⁰; así este contrato quedará configurado cuando el locatario se avenga a pagar cosas determinables en dinero, como por ejemplo, una parte de los frutos, cierta cantidad de mercadería producida en el negocio locado, una cosa determinada, etcétera. Por lo demás, como dicen Planiol y Ripert, sería en todo caso inútil la afirmación de que se trata de contratos innominados, pues de todas maneras son equivalentes al arrendamiento y producen las mismas obligaciones¹⁰¹. Por lo tanto, el precio debe ser *determinado o determinable*, y así debe establecerse legalmente para aventar toda duda.

¹⁰⁰ SPOTA, Alberto G., “El uso y goce de la cosa ajena con contraprestaciones varias como contrato ‘combinado’”, *JA* t. 1954-II, pág. 109, n° 5.

¹⁰¹ BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil. Contratos*, Ed. La Ley, 9ª edición actualizada por Alejandro BORDA, t. I, n° 640.

IV) CONTRATOS – PARTE ESPECIAL

I.) FACTORING

- 1) **Incorporar el contrato de *factoring*, admitiendo que la publicidad del contrato se tenga por satisfecha con la inserción en las facturas de una leyenda que exprese que debe ser pagada solo a la empresa de *factoring*, dándole fecha cierta al contrato con los medios que fija el Código Civil (Art. 1035) y publicando el contrato en el Boletín Oficial. Esta debería ser la diferencia sustancial con la cesión de derechos en cuanto ésta exige que la notificación al cedido sea hecha por medio fehaciente.**

FUNDAMENTO

Creo necesario regular legalmente el contrato de *factoring*; en especial, en lo que se refiere a la manera de notificar la celebración de este contrato a los terceros, evitándose una aplicación automática de las normas de la cesión de derechos.

Pretender que cada factura cedida a la sociedad de *factoring* se notifique de acuerdo con las normas de la cesión de derechos, esto es, mediante forma auténtica, hace excesivamente oneroso el contrato, pues la empresa como cesionaria debería comunicar la cesión a cada tercero cedido por esa vía auténtica, y ello por cada factura cedida. Además, se obligaría a la sociedad de *factoring* a crear un sistema de control de las comunicaciones para poder confirmar cada envío y su debida notificación.

Por ello, creo que es suficiente a los efectos de la publicidad del contrato de *factoring* (i) la inserción en las facturas de la leyenda que exprese que debe ser pagada solo a la empresa de *factoring* y (ii) la publicación del contrato en el Boletín Oficial, dándole fecha cierta al contrato con los medios que fija el Artículo 1035 del Código Civil.

II.) FIANZA

- 1) **Ampliar la aplicación del Artículo 1582 bis del Código Civil a otros contratos, más allá de lo establecido hoy en día respecto de la fianza de locaciones inmobiliarias, incluso en lo que se refiere a la nulidad de toda disposición anticipada que extienda la fianza más allá del plazo del contrato original.**

FUNDAMENTO

Las razones tenidas en cuenta al dictarse la ley que incorporó el Artículo 1582 bis para los contratos de locación de cosas, son las mismas que pueden invocarse para que esa norma se aplique a todos los demás contratos de fianza. Piénsese,

por ejemplo, en un contrato de fianza celebrado como accesorio de un contrato de suministro que tiene fecha de vencimiento pero que las partes principales continúan luego de esa fecha. Sin perjuicio de ello, en otras propuestas que se formulan a continuación, y dentro de una reforma más integral, creo conveniente dar un plazo de sesenta días con posterioridad al vencimiento de la obligación al acreedor para que accione, caducando su derecho si no lo hace.

- 2) Establecer que es nula la fianza que no se constituya por una suma limitada dentro de la cual esté obligado el fiador por todo concepto.**
- 3) Disponer que la obligación del fiador solo es válida (i) si se obliga de manera personal, (ii) debiendo hacer esta declaración por escrito y de su puño y letra, (iii) fijando claramente los límites en lo que se refiere al monto afianzado y (iv) asumiendo de manera expresa los eventuales accesorios que puedan existir, los cuales no deben superar un porcentaje claramente establecido y calculado sobre el capital adeudado.**

FUNDAMENTO

El Artículo 1988 prevé la posibilidad de afianzar una obligación futura; sin embargo, se necesita que el objeto de la obligación futura esté determinado aunque el crédito futuro sea incierto y su cifra indeterminada (Art. 1989, Código Civil).

El codificador ha pretendido marcar una clara diferencia entre el objeto de la obligación y el crédito que pueda generarse y su monto. Mientras se exige determinación en el objeto, se avala la incertidumbre en el crédito y la indeterminación de la cifra.

Sin embargo, existe una creciente tendencia a admitir como objeto determinado nociones que reflejan una clara indeterminación de ese objeto. Así, se ha dado validez a la fianza otorgada sobre los importes de las obligaciones que contrajere el deudor¹⁰². Parece evidente que hablar de obligaciones que contraiga el deudor sin especificar el tipo de obligaciones afianzadas, sin indicar los sujetos beneficiarios (es decir, los acreedores), sin fijar límites en su monto ni en el tiempo durante el cual tendrá vida la fianza, es tanto como hacer referencia a obligaciones indeterminadas¹⁰³.

Por ello, con buena intención, el Proyecto de Código Civil de 1987 procuró limitar la responsabilidad de las personas físicas que se hubieran constituido como fiadores, estableciendo que solo pueden dar fianza hasta una cantidad máxima de dinero determinada al tiempo de constituirla y que no pueden renunciar a los bene-

¹⁰² CNCom., Sala E, 21-8-1998, "Banco Los Tilos S.A. c/ Líderes en Tecnología S.A. y otros", LL t. 1999-B, pág. 428, ED t. 186, pág. 129, Lexis on line n° 115506474.

¹⁰³ Cf. ZAGO, Jorge A., *Código Civil*, Dir. Bueros – Highton, Ed. Hammurabi, 2003, t. 4D, pág. 332.

ficios de excusión y división (Art. 1993). Sin embargo, esa buena intención quedaba luego neutralizada cuando se admitía que el fiador podía constituirse como principal pagador, en cuyo caso sería considerado deudor solidario (Art. 1999), desapareciendo los beneficios anteriormente acordados.

El ejemplo arquetípico de esta –a mi juicio– clara indeterminación del objeto está dado por la fianza en los contratos de apertura de cuenta corriente bancaria. En estos casos, el contrato prerredactado que debe firmar el fiador establece que garantiza todas las operaciones realizadas en la cuenta corriente bancaria; ahora bien, con posterioridad a la firma del contrato, el deudor puede pactar débitos automáticos, giros en descubierto, créditos a sola firma, etc., todas cuestiones que ni eran soñadas por el fiador. El tema es gravísimo. Es de advertir la posibilidad que tiene el deudor de generar nuevas deudas, agrava notoriamente el riesgo asumido por el fiador, sin que éste –siquiera– haya tenido conocimiento de esas nuevas deudas contraídas.

Bien han sostenido Garrido y Zago que la amplitud que puede encerrar el Artículo 1988 del Código Civil desnaturaliza el contrato de fianza, en atención a la peligrosa inseguridad jurídica en que queda expuesto el fiador. Por ello, los autores citados pregonaban una clara limitación de la fianza siguiendo lo establecido por el Artículo 493 del Código de las Obligaciones suizo en cuanto dispone que la fianza será nula si no se constituye por una suma limitada dentro de la cual está obligado el fiador por todo concepto¹⁰⁴. En la misma línea, el Código Civil italiano (Art. 1938) y el Paraguay (Art. 1459).

En esa línea protectora del fiador, es que se propone extremar los recaudos de validez de la fianza, exigiendo las pautas mencionadas en el encabezado.

- 4) Incorporar el denominado principio de la proporcionalidad. Debe decretarse la caducidad de la fianza en los casos de enorme desproporción entre la fianza otorgada y las posibilidades económicas y financieras del fiador, con fundamento en el principio general de la buena fe, el orden público, la moral y las buenas costumbres.**

FUNDAMENTO

En el Derecho Francés existe una serie de normas que han terminado creando un sistema de protección al fiador que ha afectado el principio general previsto por el Artículo 2018 del Código Civil, que impone al deudor el deber de presentar un fiador que tenga capacidad para contratar y que tenga bienes suficientes para responder al objeto de la obligación, cuando esté obligado a proveer una fianza.

Este sistema está básicamente integrado por el Artículo 313-10 del Código del Consumo de 1993 y el Artículo 2024 del Código Civil.

Por el primero, un establecimiento de crédito no puede prevalerse de una

¹⁰⁴ GARRIDO, Roque Fortunato y ZAGO, Jorge Alberto, *Contratos Civiles y Comerciales*, Parte Especial, Ed. Universidad, 1989, pág. 570.

garantía personal otorgada en una operación de crédito, concluida por una persona física, cuya obligación era, al tiempo de la celebración, manifiestamente desproporcionada a sus bienes e ingresos, a menos que el patrimonio de este fiador, al momento en que se le exige la deuda, le permita hacer frente a esa obligación.

El segundo establece que el fiador (persona física) no puede quedar privado –como consecuencia de la fianza– de un mínimo de recursos necesarios para hacer frente a los gastos cotidianos (se trata de los bienes que serían inembargables).

El nuevo sistema introduce la idea de la proporcionalidad entre la deuda afianzada y el patrimonio del fiador, y es una noción que debe tenerse presente no solo cuando se contrata sino –y fundamentalmente– cuando debe cumplirse. Por ello, no se trata de un supuesto de nulidad de la fianza, pues el fiador no puede pedir la invalidez del contrato antes de que el acreedor lo ejecute, sino de caducidad del derecho, toda vez que recién cuando el acreedor reclama, el fiador podrá probar que sus bienes eran insuficientes para satisfacer la deuda afianzada, tanto en el momento del otorgamiento, como en el de la ejecución de la garantía.

- 5) Establecer, como causal de extinción de la fianza, la inacción del acreedor si no promueve acción judicial contra el deudor dentro de los sesenta días de haber sido requerido por el fiador, conforme lo prevé el Artículo 1490 del Proyecto de Código Civil de 1998.**

FUNDAMENTO

Esta norma constituye una herramienta importante para exigir celeridad al acreedor, quien muchas veces actúa sin diligencia alguna, confiando en la solvencia del fiador.

- 6) Reconocer al fiador (i) el derecho a exigir al acreedor que ejecute primeramente la cosa del deudor que el acreedor tenga y sobre la que ejerce derecho de prenda o retención, antes de agredir al fiador y aun en el caso de que esa cosa sea insuficiente para satisfacer la deuda; y (ii) el derecho a exigir que se ejecuten antes las garantías reales que hubiera otorgado un tercero, dejándose establecido que el tercero, después de ejecutado, no puede subrogarse en los derechos del acreedor contra el fiador.**

FUNDAMENTO

La primera parte de la propuesta se funda en lo previsto por los Artículos 772, inc. 2, y 773 del Código Civil Alemán; la segunda, en lo que dispone el Artículo 639, incs. 1 y 3, del Código Civil Portugués. Son normas claramente protectoras del fiador.

- 7) Limitar las fianzas de plazo indeterminado, a fin de evitar compromisos perpetuos. A tal efecto, debe sancionarse una norma que: (i) libere al fiador cuando la deuda sea exigible y el acreedor, o bien no demande al deudor dentro de los sesenta días de que el fiador lo intime, o bien abandona la acción iniciada; y (ii) faculte al fiador a resolver el contrato de manera unilateral, dando aviso con tiempo suficiente para que el acreedor y deudor obtengan otro fiador u otra garantía, todo ello sin perjuicio de la responsabilidad que le pueda caber al fiador hasta el momento en que se haga efectiva la resolución contractual, y del derecho que se otorgue al acreedor de resolver el contrato principal si no se obtiene una garantía que lo satisfaga.**

FUNDAMENTO

Es necesario forzar al acreedor a actuar. Por ello, con buen criterio, el Código Civil Peruano establece que el fiador se libera si el acreedor en la fianza sin plazo determinado, cuando la deuda sea exigible y no demande al deudor dentro de los treinta días de que el fiador lo intime o abandona la acción iniciada (Art. 1899). La citada norma peruana se encamina en la buena dirección, pero a ella habría que añadir el otorgamiento de un derecho en cabeza del fiador a resolver el contrato de manera unilateral, dando aviso con tiempo suficiente para que acreedor y deudor obtengan otro fiador u otra garantía, todo ello sin perjuicio de la responsabilidad que le pueda caber al fiador hasta el momento en que se haga efectiva la resolución contractual, y del derecho que se otorgue al acreedor a resolver el contrato principal si no se obtiene una garantía que lo satisfaga.

- 8) Incorporar una norma similar al Artículo 1957 del Código Civil Italiano que prevé que si el fiador limitó de manera expresa su obligación al término de la obligación principal, él continuará obligado siempre que el acreedor inicie la demanda contra el deudor dentro de los dos meses del vencimiento de la obligación principal; y si no lo limitó de manera expresa, la obligación del fiador permanece si el acreedor inicia la demanda contra el deudor dentro de los seis meses del vencimiento de la obligación y siempre que la continúe.**

FUNDAMENTO

Es una disposición importante que pone claro fin a la responsabilidad del fiador.

- 9) Modificar el Artículo 2032 del Código Civil en cuanto dispone que si el fiador ha afianzado a alguno de los deudores solidarios solamente**

a éste podrá reclamarle la totalidad de lo pagado, en tanto que a los restantes codeudores solo podrá exigirles la parte que les correspondiese repetir contra ellos al deudor afianzado.

FUNDAMENTO

Debe reconocérsele el derecho a reclamarle a cada uno de los restantes codeudores el total de la deuda, en virtud de que se ha subrogado en los derechos del acreedor. Debe insistirse en esto: el fiador no ocupa el lugar del deudor afianzado sino que se subroga en los derechos del acreedor, y si éste tiene derecho a reclamarle a cada deudor solidario el total de la deuda, la consecuencia lógica es que igual derecho debería tener el fiador que ha pagado. La injusticia del vigente Artículo 2032 resulta más notoria todavía si se contempla que la situación de los deudores solidarios no afianzados se ve ampliamente mejorada cuando el fiador ha pagado la deuda. En efecto, mientras que el reclamo sea hecho por el acreedor, la obligación del deudor es por el total de la deuda; en cambio, si el acreedor exige el cumplimiento al fiador, los deudores solo deberán pagar la parte proporcional que le corresponda.

- 10) Crear normas jurídicas que incentiven al deudor a cumplir con las obligaciones asumidas y que, a la vez, generen un mercado de oferta de fianzas más amplio, de modo tal que se induzcan resultados eficientes.**
- 11) Crear un sistema que permita al fiador obligar, por un lado, al acreedor a actuar con rapidez, y, por otro lado, sea lo suficientemente enérgico para que disuada al deudor de incumplir con su obligación.**
- 12) Facultar al fiador a instar al acreedor a exigir el cumplimiento de la obligación asumida por su deudor, ello en el marco de la cooperación (productiva) que pregona el análisis económico del derecho.**

FUNDAMENTO

Es necesario generar un sistema que obligue, por un lado, al acreedor a actuar con rapidez (evitando así que su demora repercuta en la obligación del fiador), y que, por otro lado, sea lo suficientemente enérgico para que disuada al deudor a incumplir con su obligación.

El primer aspecto ha sido previsto en nuestra ley, en tanto castiga al acreedor negligente en la excusión de los bienes con la cesación de la responsabilidad del fiador, si entretanto el deudor cae en insolvencia (Art. 2018). Sin embargo, la protección es parcial pues, por un lado, no se arbitran medios para que el fiador inste al acreedor a exigir el cumplimiento de la obligación asumida por su deudor; y por otro lado, la cesación de la responsabilidad del fiador establecida por la ley está atada a la

insolvencia del deudor, y si ella no ocurre, la responsabilidad permanece. El análisis económico del derecho puede aportar aquí un elemento interesante, el de la cooperación. Se afirma que la cooperación es productiva¹⁰⁵, y que ella puede darse incluso en los contratos gratuitos¹⁰⁶; por lo tanto, hay que generar medios que permitan al fiador cooperar en la acción del acreedor contra su deudor.

El segundo aspecto también está insuficientemente cubierto por nuestra ley. En efecto, el derecho del fiador parece agotarse en reclamar lo pagado, con más sus accesorios, intereses legales desde el pago y los daños sufridos, además de la facultad de subrogarse en los derechos y privilegios del acreedor (Arts. 2029 y 2030). ¿Es suficiente esto para disuadir al deudor a no cumplir? Parece que no, pues su situación no varía sustancialmente a la que tendría que asumir cumpliendo su obligación. Solo se añade el resarcimiento de daños, que deberán ser probados por el fiador, con la dificultad que acarrea esta prueba y el tiempo que demanda.

No desconozco que contractualmente nada se puede hacer, toda vez que entre deudor y fiador no existe un nexo contractual. Pero como se ha dicho, los contratos crean a menudo relaciones y estas relaciones crean obligaciones legales que no forman parte del contrato¹⁰⁷. Es entonces la ley quien debe salir en protección del fiador.

- 13) Obligar al deudor a afrontar penalidades más severas si pagara el fiador o establecer una suerte de “cláusula penal” especial que obligue al deudor a pagar un plus calculado en un porcentaje sobre lo pagado por el fiador, o intereses punitivos o moratorios más fuertes.**

FUNDAMENTO

Una protección efectiva al fiador y disuasoria de incumplimiento del deudor no es satisfactoria si se limita a dejar al fiador en la posición que se hubiere encontrado si el deudor hubiera cumplido o en la posición en que se hubiere encontrado de no celebrar el contrato de fianza o en la posición en que se hubiere encontrado en caso de poder hacer otro negocio con el dinero que pagó por la obligación asumida como fiador.

¹⁰⁵ COOTER, Robert y ULEN, Thomas, *Derecho y economía*, Ed. Fondo de Cultura Económica, 1998, pág. 238.

¹⁰⁶ *Ibíd.*, pág. 242, ilustran con el ejemplo del tío rico que prometió a su sobrino un viaje alrededor del mundo. Suponen que el primero deba liquidar ciertos bienes para pagar el viaje, en tanto que el segundo deba usar su dinero para hacer ciertas compras (una valija) para poder viajar. Ambos tienen cierta resistencia, sea a liquidar bienes, sea a gastar su dinero, ante la posibilidad de que la otra parte no cumpla con lo que debe hacer. La promesa del tío sigue siendo gratuita pero si se la rodea de exigibilidad legal, a través de un contrato, ambos estarán proclives a cumplir con su parte; en otras palabras, la credibilidad del compromiso hace que ambos cooperen.

¹⁰⁷ *Ibíd.*, pág. 274.

INFORME SOBRE EL PROYECTO DE REFORMA AL CÓDIGO CIVIL

Hay que crear, en definitiva, “un remedio que provea incentivos eficientes”¹⁰⁸. En otras palabras, que para el deudor le signifique un costo importante no cumplir y que para el fiador le represente una reparación de fácil percepción.

Es necesario imaginar un sistema en el que el incumplimiento del deudor resulte mucho más costoso que su cumplimiento. Hoy en día, insisto, la situación del deudor no varía por su incumplimiento; en definitiva, o tiene la deuda con su acreedor, o se lo debe al fiador que cubrió la deuda afianzada. Como ya dije, el derecho del fiador es prácticamente similar al del acreedor, pues se subroga en ese derecho y a lo más podrá añadir la reparación de los daños sufridos. Pero ¿no podría disuadir el incumplimiento del deudor el tener que afrontar penalidades más severas si pagara el fiador? ¿No podría pensarse en una suerte de “cláusula penal” especial que obligara al deudor a pagar un plus calculado en un porcentaje sobre lo pagado por el fiador, o intereses punitivos o moratorios más fuertes?

¹⁰⁸ *Ibíd.*, pág. 329.

DERECHO REGISTRAL INMOBILIARIO

MARCELO EDUARDO URBANEJA

IDEAS GENERALES

Las líneas que siguen se proponen, dentro del acotado marco que la convocatoria admite, el análisis de aquellos aspectos del sistema registral inmobiliario vigente en Argentina que ameriten ser modificados, de cara a la Comisión creada por Decreto del Poder Ejecutivo Nacional N° 191, de fecha 23 de febrero de 2011.

Advertimos que el tronco argumental de las reflexiones que aquí hacemos refleja, a modo sintético, las impresiones ya expuestas en “La registración inmobiliaria argentina. Reflexiones contemporáneas en torno a sus aspectos medulares”, aporte que integra el trabajo *Estudios de Derecho Civil con motivo del Bicentenario*, realizado el año 2010 con la dirección de Julio Conte Grand también en el marco de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires.

En una primera aproximación, y receptando el parecer pacífico de la generalidad de nuestra doctrina, corresponde subrayar que los caracteres del ordenamiento registral inmobiliario argentino son los que siguen:

- 1) necesidad de título y modo para las mutaciones del derecho real que sean derivadas y por actos entre vivos, salvo para la hipoteca, que se adquiere con el título;
- 2) el título debe constar en instrumento público como regla general;
- 3) el modo requiere la relación real estable, adquirida voluntariamente por tradición (o sus sucedáneos, *traditio brevi manu* y *constituto posesorio*) o por el primer uso, según el derecho real de que se trate;
- 4) las declaraciones de las partes sobre el cumplimiento del modo tienen eficacia, pero no subrogan a su cumplimiento efectivo¹⁰⁹;
- 5) se registran derechos reales, medidas cautelares, afectaciones a regímenes especiales y excepcionalmente derechos personales;

¹⁰⁹ Sobre este ítem y todos los anteriores, ver URBANEJA, Marcelo Eduardo, “Tradición, ‘constituto posesorio’, ‘traditio brevi manu’ e inmueble ocupado por un tercero: su reflejo escriturario”, *Revista Notarial*, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, número 957, año 2007, pág. 765 y sigs.

INFORME SOBRE EL PROYECTO DE REFORMA AL CÓDIGO CIVIL

- 6) registraci3n a cargo del notario en los actos autorizados por 3l, y deber o facultad, seg3n los casos, cuando el instrumento p3blico es judicial o administrativo;
- 7) registraci3n del t3tulo con distintos efectos, rechaz3ndose el de ser un requisito de la transmisi3n y destac3ndose como principal el de oponibilidad de esa transmisi3n a determinados terceros (car3cter declarativo), que puede tambi3n alcanzarse por las publicidades “posesoria” y “cartular”;
- 8) inexistencia de convalidaci3n y fe p3blica registral, entendida esta 3ltima en el sentido tradicional;
- 9) “reserva de prioridad indirecta” establecida a favor de determinados actos;
- 10) ordenamiento de las constancias registrales seg3n el inmueble (folio real) y vuelco de los datos de los documentos mediante “breves notas” (t3cnica de inscripci3n);
- 11) existencia de al menos un registro inmobiliario en cada demarcaci3n, la que decidir3 n3mero, organizaci3n y dependencia funcional.

A excepci3n de las directivas de los puntos 6 y 11, que deben complementarse con lo dispuesto por los ordenamientos locales, todas las dem3s surgen de la normativa vigente a nivel nacional, que en la actualidad es el C3digo Civil y el Decreto Ley N3 17.801/1968, esta 3ltima con las reformas del Decreto Ley N3 20.089/1973 y de las Leyes Nros. 25.345 (en vigencia desde enero de 2001) y 26.387 (junio de 2008). Se controvierte doctrinalmente la eficacia de los Art3culos 80 y 81 de la Ley N3 24.441 sobre el texto de sus pares 3 y 6 del Decreto Ley N3 17.801/1968.

Puede decirse que, con el transcurso del tiempo y tal como lo reseamos en nuestro estudio ya citado, se afianz3 desde hace d3cadas la idea dominante de que este esquema general debe conservarse, por constituir un sistema sumamente exitoso, que ha colocado a nuestro pa3s a la vanguardia del Derecho Comparado.

El aquilatado prestigio internacional del ordenamiento registral inmobiliario argentino encuentra el m3s significativo hito en la organizaci3n del primer Congreso Internacional de Derecho Registral (Buenos Aires, 1972). Del mismo surgi3, como documento aprobado por unanimidad por los pa3ses concurrentes, la famosa “Carta de Buenos Aires”, que sentara las bases de un r3gimen registral seguro y eficaz. Muchas de las propuestas all3 volcadas eran ya legislaci3n vigente en nuestro pa3s a partir de 1968, y por la alta estima y admiraci3n que merecieron por parte de los estudiosos, acad3micos y registradores extranjeros se decidi3 volcarlas en el texto final aprobado. Recordamos las muy significativas afirmaciones respecto de la necesidad del instrumento p3blico como principio general de documento inscribible, la importancia de la calificaci3n registral, la inoponibilidad de lo no inscripto solo a aquellos que desconoc3an la situaci3n jur3dica de buena fe (es decir, que no ten3an la posibilidad de haberla conocido por otros medios con un obrar diligente).

En ese primer encuentro se cre3 el Centro Internacional de Derecho Registral, organismo encargado hasta la fecha de la convocatoria y temario de los sucesivos congresos.

En otros tantos de ellos se ha consolidado el prestigio del sistema nacional, y como simple demostraci3n recordamos aqu3 lo declarado por el XIII Congreso, realizado en Punta del Este, Uruguay, en 2001.

Más allá de diferencias de matices, y para citar autores provenientes de distintas formaciones y ámbitos de especialidad, recordemos que en similar sentido razonaron Alterini¹¹⁰, Coghlan¹¹¹, Borda¹¹², Falbo¹¹³ y Scotti¹¹⁴, pudiendo sumarse la recordada opinión de Gatti en torno a la posesión como “investidura de poder”¹¹⁵.

Esta idea es reflejada en la doctrina y los simposios científicos con inveterada frecuencia. Así, podemos recordar aquí las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (La Plata, Provincia de Buenos Aires, 1981, comisión n° 4); las III Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Civil y I Jornadas Nacionales de Derecho Registral (Mendoza, 1973); las IV Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Civil (Mendoza, 1976, tema VII); la mayoría en la XXVI Jornada Notarial Bonaerense (Tandil, 1986, tema II).

En este ámbito académico, la más significativa muestra de este sentir mayoritario y el éxito que el sistema inmobiliario presenta en nuestro país están representados por los cuatro proyectos de reforma integral de la legislación civil o de unificación con la comercial, que en ningún caso pretendieron alterar los lineamientos medulares de esta estructura.

Pero, y acaso fundamentalmente, el prestigio del régimen registral inmobiliario argentino descansa en una tradición que es mucho más que centenaria, ya que, como lo recuerdan valiosos estudios¹¹⁶ y nos ocupamos de subrayar en uno de nuestros aportes, ya citado (“La registración inmobiliaria argentina. Reflexiones contemporáneas en torno a sus aspectos medulares”), la mayor parte de esos caracte-

¹¹⁰ ALTERINI, Jorge Horacio, “Gravitación de la reforma al Artículo 2505 del Código Civil (con especial referencia a las proyecciones de la tradición y al concepto de terceros)”, *ED* 43-1187 a 1189; ídem, “La buena fe y la publicidad inmobiliaria registral y extrarregistral (con una armonización entre la tradición y la inscripción registral)”, aporte de la Delegación Argentina al II Congreso Internacional de Derecho Registral (Madrid, España, 1974), *Ponencias y comunicaciones presentadas al II Congreso Internacional de Derecho Registral*, Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Hipotecarios, España, págs. 83 a 107.

¹¹¹ COGHLAN, Antonio, *Teoría general de derecho inmobiliario registral*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 1991, pág. 57 y sigs.

¹¹² BORDA, Guillermo Antonio, *La reforma de 1968 al Código Civil*, Buenos Aires, Editorial Perrot, 1971, págs. 377 y 378.

¹¹³ FALBO, Miguel Norberto, “Las reformas al Código Civil y su significación con respecto a la función notarial”, *Revista Notarial*, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, número 784, año 1969, pág. 975.

¹¹⁴ SCOTTI, Edgardo Augusto, “Efectos registrales” (disertación realizada el 18 de noviembre de 1964 en la delegación Junín del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires), en *Aportes al derecho registral argentino*, Avellaneda, Editorial Fides, 2002, pág. 23.

¹¹⁵ GATTI, Edmundo, *Teoría general de los derechos reales*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, tercera edición, 1985, pág. 375; ALTERINI habla de “investidura” [ALTERINI, Jorge Horacio, “Gravitación de la reforma al Artículo 2505 del Código Civil (con especial referencia a las proyecciones de la tradición y al concepto de terceros)”, *ED* 43-1188].

¹¹⁶ BERNARD, Tomás Diego, “Los registros de la propiedad inmueble en las provincias y la Ley Nacional Registral Inmobiliaria (N° 17.801)”, *Revista Notarial*, n° 793, 1970, pág. 1887 y sigs., Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires; FALBO, Miguel Norberto, “La certificación registral con reserva de prioridad”, *Revista Notarial*, n° 819, 1975, pág. 361, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires; LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando Justo, “Evolución histórica del derecho registral en la Argentina”, en *Curso de Derecho Registral Inmobiliario*, organizado por Alberto Domingo MOLINARIO, publicación del Ministerio de Justicia, 1971, pág. 139 y sigs.

INFORME SOBRE EL PROYECTO DE REFORMA AL CÓDIGO CIVIL

teres tenía vigencia antes siquiera de que nuestro ilustre codificador emprendiera su magna obra.

Y lo cierto es que, más allá de la inconstitucionalidad alegada en virtud de encontrarse la legislación local, hasta 1968, en contradicción con el Código Civil, en la realidad argentina continuó operándose con esas previsiones, aun luego de los conocidos fallos de nuestro máximo tribunal (“Jorba, Juan y otros c/ Bambicha, F., y otros”¹¹⁷, el 25-11-1935, y “Papa, José, administrador definitivo de la testamentaria Susso c/ Sociedad Compagno Hnos.”¹¹⁸, el 18-2-1938).

Si sintetizamos esta recordada evolución y la valoración del ordenamiento vigente en el Derecho Comparado es porque, como dijera dos Congresos Internacionales de Derecho Registral (el primero –Argentina, 1972, punto IV del tema I– y el XII –Marruecos, 1998, conclusión décima del tema I–), a la hora de legislar, en pocas materias como en el sistema inmobiliario deben contemplarse las condiciones de tiempo y espacio de la sociedad beneficiaria de las normas.

De allí que las reformas que se proponen a continuación solo alteran el texto vigente mínimamente, para contemplar las ideas que exponemos, y sin reformar frases que, aunque merecieran una más rigurosa expresión, no provocan interrogantes doctrinarios ni jurisprudenciales.

¹¹⁷ Fallos: 174-127.

¹¹⁸ Fallos: 180-25.

REFORMAS VINCULADAS CON EL EFECTO DE LA REGISTRACIÓN

Texto vigente (Decreto Ley N° 17.801/1968, Artículo 2°):

“De acuerdo con lo dispuesto por los Artículos 2505, 3135 y concordantes del Código Civil, para su publicidad, oponibilidad a terceros y demás previsiones de esta ley, en los mencionados registros se inscribirán o anotarán, según corresponda, los siguientes documentos:

- a) los que constituyan, transmitan, declaren, modifiquen o extingan derechos reales sobre inmuebles;
- b) los que dispongan embargos, inhibiciones y demás providencias cautelares;
- c) los establecidos por otras leyes nacionales o provinciales”.

Texto proyectado (Decreto Ley N° 17.801/1968, Artículo 2°):

“De acuerdo con lo dispuesto por los Artículos 2505, 3135 y concordantes del Código Civil, para otorgarles publicidad o complementar la que tuvieron, oponibilidad a terceros interesados de buena fe y demás previsiones de esta ley, en los mencionados registros se inscribirán o anotarán, según corresponda, los siguientes documentos:

- a) los que constituyan, transmitan, declaren, modifiquen o extingan derechos reales sobre inmuebles;*
- b) los que dispongan embargos, inhibiciones y demás providencias cautelares.*

La registración de situaciones jurídicas previstas en legislaciones especiales, estén o no comprendidas en las enumeradas en los dos incisos anteriores, tendrá los mismos efectos.

Las legislaciones locales podrán prever la recepción en los registros inmobiliarios de otras situaciones jurídicas, pero esa registración en ningún caso les atribuirá oponibilidad a terceros, prioridad ni buena fe, salvo que así lo dispusiere una ley nacional”.

En virtud de la existencia de un reducido número de situaciones con vocación registral cuyo efecto declarativo o constitutivo es, cuanto menos, controvertido (bien de familia, medidas cautelares, anotación directa de hipotecas, boletos de compra-venta de Ley N° 14.005 y Decreto Ley N° 19.724/1972, entre otros), sugerimos el

INFORME SOBRE EL PROYECTO DE REFORMA AL CÓDIGO CIVIL

dictado de una norma que establezca, con claridad, que a todas alcanza el régimen general, es decir, el efecto declarativo.

Por otra parte, y a tenor de las publicidades “posesoria” y “cartular” a las que ya hicimos referencia, conviene mantener parcialmente el texto final del Anteproyecto de Ley Nacional Registral de Falbo y Scotti, que en su Artículo 2° establecía que las registraciones se realizarían con “el fin de dar publicidad al estado jurídico de los inmuebles *o complementar* la que tuvieren” (destacado nuestro)¹¹⁹.

El agregado respecto a terceros “interesados de buena fe” recepta lo que es opinión ya consolidada en la ciencia jurídica argentina, y que se volcara, por ejemplo, en los Artículos 1843 y 2156 del Proyecto de Unificación de la legislación civil y comercial de 1998. En la legislación vigente, aunque sin el aditamento de la “buena fe”, se encuentra el dispositivo en el Artículo 5° de la Ley N° 25.509, de creación del derecho real de superficie forestal.

Por otro lado, a tenor de normativas locales que han pretendido otorgar oponibilidad, por vía registral, a situaciones jurídicas que no corresponde la tengan, es conveniente aclarar el alcance de las registraciones que se realicen en virtud del Artículo 2°, inciso c), del Decreto Ley N° 17.801/1968. En este sentido, para citar un reciente pronunciamiento que, en líneas generales, es compartido por la doctrina nacional¹²⁰, el XV Congreso Nacional de Derecho Registral (último realizado hasta la fecha: Santa Fe, 2009) declaró: “[...] La registración de boletos de compraventa no otorga oponibilidad a terceros, prioridad ni buena fe, no obstante lo previsto en las legislaciones locales [...]” y: “[...] La registración de los poderes y de los mandatos no produce efectos jurídicos distintos a los que surgen del Código Civil [...]” (en el primer caso por mayoría, que integramos, y en el segundo por unanimidad).

¹¹⁹ *Registros de la Propiedad Inmueble. Proyecto de Ley Nacional*, edición del Instituto de Derecho Registral, Universidad Notarial Argentina, 1966, que se preparó sobre las bases dadas en la I Reunión Nacional de Directores de Registros de la Propiedad –Provincia de Buenos Aires, 1964–, y se aprobó en la II y III Reunión Nacional –Tucumán, 1965, y Santa Fe, 1966.

¹²⁰ VILLARO, Felipe Pedro, *Derecho Registral Inmobiliario*, Buenos Aires, Astrea, 2010, págs. 22, 81 y 82.

REFORMAS VINCULADAS CON CADUCIDAD DE ANOTACIONES DE MEDIDAS CAUTELARES

Texto vigente (Decreto Ley N° 17.801/1968, Artículo 37):

“Caducan de pleno derecho y sin necesidad de solicitud alguna, por el transcurso del tiempo que expresa este artículo o por el que, en su caso, establezcan leyes especiales:

- a) la inscripción de la hipoteca, al vencimiento del plazo legal si antes no se renovare;
- b) las anotaciones a que se refiere el inciso b) del Artículo 2º, a los cinco años, salvo disposición en contrario de las leyes.

Los plazos se cuentan a partir de la toma de razón”.

Texto proyectado (Decreto Ley N° 17.801/1968, Artículo 37):

“*Caducan de pleno derecho y sin necesidad de solicitud alguna, por el transcurso del tiempo que expresa este artículo o por el que, en su caso, establezcan leyes especiales:*

- a) la inscripción de la hipoteca, al vencimiento del plazo legal si antes no se renovare;*
- b) las anotaciones a que se refiere el inciso b) del Artículo 2º, a los cinco años. Esta disposición se extiende a todas las medidas cautelares, cualquiera sea la naturaleza de las mismas o del proceso judicial en el cual se decreten.*

Los plazos se cuentan a partir de la toma de razón”.

Se propone la supresión de la frase “salvo disposición en contrario de las leyes”, que habilita a las distintas legislaciones locales a establecer diferentes plazos de duración de las medidas cautelares, lo cual ha dado lugar a diferentes problemas de orden práctico. Entre ellos, no es menor el de establecer la legislación aplicable cuando un inmueble se encuentre ubicado en una demarcación que disponga un plazo determinado de duración, y el proceso judicial en el que se lleva a cabo se ventila en otra demarcación, cuya normativa impone un plazo diferente.

Más allá de los distintos criterios y opiniones dispares, no puede haber dudas de que, para respetar la jerarquía constitucional (Artículo 31 de la Constitución de la Nación Argentina), la legislación nacional no puede intervenir en los *requisitos*

INFORME SOBRE EL PROYECTO DE REFORMA AL CÓDIGO CIVIL

de las medidas cautelares (acaso emparentadas con la “administración de justicia” del Artículo 5º de nuestra Carta Magna), pero sí, en cambio, en los *efectos*, ya que esta cuestión se vincula con el derecho de fondo, de competencia nacional por expresa delegación provincial (Artículos 121 y 75, inciso 12, de nuestra máxima normativa).

La advertencia que se agregó al inciso b), relativa a la irrelevancia, a los efectos del cómputo del plazo y de su caducidad, de la naturaleza de las cautelares o de los procesos en los cuales se decreten, tiende a evitar las ideas, absolutamente aisladas pero recurrentes, que prohíjan la excepción del plazo para ciertas medidas (v. gr., anotación de litis) o para cualquiera de ellas cuando se enmarcan en ciertos procesos (v. gr., quiebra).

REFORMAS VINCULADAS CON EFECTOS DE LA “RESERVA DE PRIORIDAD INDIRECTA” Y DE LA REGISTRACIÓN PROVISORIA SOBRE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Texto vigente (Decreto Ley N° 17.801/1968, Artículo 18):

“No obstante lo dispuesto en el artículo anterior y a los efectos a que hubiere lugar por derecho, el Registro procederá de la siguiente forma:

- a) devolverá los documentos que resulten rechazados, dejando constancia de su presentación, tanto en el Registro como en el documento mismo. La forma y el tiempo de duración de esta anotación serán los que rigen respecto de la inscripción provisional;
- b) si al solicitarse la inscripción o anotación existieren otras de carácter provisional, o certificaciones vigentes, o esté corriendo respecto de éstas el plazo previsto en el Artículo 5°, aquélla se practicará con advertencia de la circunstancia que la condiciona;
- c) cuando la segunda inscripción o anotación obtenga prioridad respecto de la primera, el Registro informará la variación producida.

La advertencia o información indicada se dirigirá a quien hubiera efectuado la petición o a quien tuviere interés legítimo en conocer la situación registral, mediante notificación fehaciente”.

Texto proyectado (Decreto Ley N° 17.801/1968, Artículo 18):

“No obstante lo dispuesto en el artículo anterior y a los efectos a que hubiere lugar por derecho, el Registro procederá de la siguiente forma:

- a) devolverá los documentos que resulten rechazados, dejando constancia de su presentación, tanto en el Registro como en el documento mismo. La forma y el tiempo de duración de esta anotación serán los que rigen respecto de la inscripción provisional;*
- b) si al solicitarse la inscripción o anotación existieren otras de carácter provisional, o certificaciones vigentes, o esté corriendo respecto de éstas el plazo previsto en el Artículo 5°, aquélla se practicará con advertencia de la circunstancia que la condiciona. Las medidas cautelares cuya anotación se solicite encontrándose vigente cualquiera de las tres situaciones antedichas no podrán en ningún caso enervar los efectos de las mismas, y deben siempre anotarse condicionalmente en el grado de preferencia que corresponda conforme los Artículos 19 y 40 de esta norma;*

c) cuando la segunda inscripción o anotación obtenga prioridad respecto de la primera, el Registro informará la variación producida.

La advertencia o información indicada se dirigirá a quien hubiera efectuado la petición o a quien tuviere interés legítimo en conocer la situación registral, mediante notificación fehaciente”.

Se propugna el agregado de una oración al segundo párrafo del artículo, que no deje lugar a dudas sobre el efecto producido por la reserva de prioridad indirecta (Artículo 24), la prioridad indirecta o retroprioridad (Artículo 5º) y la registración provisoria (Artículo 8º, inciso b) sobre las registraciones ingresadas al organismo con posterioridad al comienzo de vigencia de las mismas: la registración *condicional*.

No dudamos que sin el agregado propuesto la solución surge prístina del juego del artículo citado con el 17, más las remisiones de ellos a sus pares 19, 40, 24 y 5º. Sin embargo, y con llamativa recurrencia en los últimos tiempos, algunos pronunciamientos judiciales y cuestionables criterios doctrinarios pretendieron apartarse de tan claras directivas de la legislación nacional.

Con la interpretación cuasi unánime hasta la irrupción de estas ideas, no cabía dudas de que, *cualquiera fuere el motivo de su dictado*, toda medida cautelar debía respetar el riguroso orden de preferencia establecido por nuestro Decreto Ley N° 17.801/1968, que diera lugar a la más saludable contribución nacional al Derecho Registral de todo el orbe: la llamada “reserva de prioridad indirecta”.

Es decir que si una medida cautelar ingresa al Registro encontrándose vigente alguno de los institutos mencionados, no existe manera de enervar sus efectos, a no ser que ocurriera la caducidad de la situación registral que le ganaba en prioridad (transcurso del tiempo: Artículos 9º, inciso b, 24 y 37), o la renuncia del titular de la misma.

Contra lo que una curiosa interpretación pregonaba en los albores del régimen vigente, no hay aquí perjuicio alguno para el solicitante de la medida cautelar que no pueda ser solucionado por las vías previstas en la legislación civil, como la acción de fraude, de simulación, de reivindicación o de nulidad, según los casos.

Esta prerrogativa que ostenta una situación jurídica registrada con anterioridad por sobre una medida cautelar que ingresa luego, solo requiere, para fundamentarse, recordar que nos hallamos en presencia de un régimen de inscripción declarativa. Consecuentemente, habiéndose operado la transmisión en sede extraregistral (o mejor, en la inmensa mayoría de los casos, pre-registral), no podría una providencia semejante obstaculizar una mutación *que ya ocurrió*.

Además, y aquí también corresponde hacer hincapié, nos encontramos en la colisión entre el adquirente de un derecho y el *presunto* titular de un derecho (por cuanto a ciencia cierta su *veracidad* solo podrá saberse cuando se dicte sentencia definitiva y no ahora, cuando solo fue verificada por Su Señoría la existencia de la *verosimilitud* del mismo).

Si la transmisión todavía no operó, por cuanto, transcurriendo el plazo de vigencia de la reserva, la escritura no se otorgó aún, la consecuencia es la misma: la medida cautelar debe aguardar el transcurso del plazo total (los 15, 25 o 30 días de validez de los certificados –Artículo 24– más los 45 días para inscribir la trans-

misión, que se cuentan desde el otorgamiento de la escritura –Artículo 5º–, y recién allí, si no se inscribió la mutación jurídica para la cual fue solicitada, la cautelar adquiere posición registral plena.

Se discrepa si en estos supuestos (es decir, medida cautelar ingresada al Registro luego de expedida la certificación, pero cuando aún no se operó la transmisión) puede notificarse judicialmente al Registro Notarial para el cual se expidió la certificación a fin de que se abstengan todos sus integrantes de autorizar el acto, o bien que, haciéndolo, retengan del precio que se entregue en su presencia una cantidad determinada para atender la prerrogativa del acreedor solicitante de la medida¹²¹.

Para quienes propugnan la viabilidad de esa notificación, naturalmente que la misma puede ser extemporánea si, al momento de operarse, el acto ya fue otorgado. Y esto puede ocurrir por cuanto el acreedor que, al rogar la anotación de su medida, fue notificado por el Registro de la existencia de una situación jurídica que le gana en preferencia (la reserva de prioridad), no tiene otra manera de consultar el acaecimiento de la mutación (para la cual se solicitó la reserva) que no sea esa notificación al notario solicitante del certificado.

El proceder que debe rechazarse, y para el cual propendemos el agregado sugerido a la normativa vigente, es intentar paralizar el proceso inscriptorio, al abrigo de cualquier causa que pretenda invocarse por el solicitante (yendo desde la inoponibilidad de la situación que obtuvo prioridad y pretende desplazarse hasta la nulidad de la misma). Reiteramos que el ordenamiento jurídico argentino cuenta con remedios previstos para tal ocasión.

En este sentido lo interpretó la doctrina¹²² y la jurisprudencia (y recordamos aquí un señero fallo de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires¹²³) en las escasas ocasiones en que debió pronunciarse, atento la rigurosidad del ordenamiento registral.

También en la misma tesitura se encuentra lo manifestado en el despacho de mayoría del tema III del ya citado VIII Congreso Nacional de Derecho Registral, al recordar que “suponer la posibilidad de paralizar el proceso inscriptorio por un tiempo indeterminado (a la resulta del proceso) acarrearía no solo el desmoronamiento de un sistema perfectamente concebido, sino la supresión del encaje sincronizado de

¹²¹ Por la negativa, ALTERINI, Jorge Horacio, “Eficacia de los certificados con reserva de prioridad ante medidas judiciales que pretendan impedir la autorización de la escritura respectiva o su inscripción registral”, disertación en el XLIX Seminario Teórico-Práctico “Laureano Arturo Moreira” de la Academia Nacional del Notariado, 2 y 3 de junio de 2005, edición de la misma institución; ídem, “Certificados registrales. Reserva de prioridad y medidas judiciales”, *Revista Notarial*, n° 949, 2004, págs. 620 a 622, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires; por la afirmativa, FALBO, Miguel Norberto, “La certificación registral con reserva de prioridad”, ob. cit., pág. 387.

¹²² ALTERINI, Jorge Horacio, “Eficacia de los certificados con reserva de prioridad ante medidas judiciales que pretendan impedir la autorización de la escritura respectiva o su inscripción registral”, disertación en el XLIX Seminario Teórico-Práctico “Laureano Arturo Moreira” de la Academia Nacional del Notariado, 2 y 3 de junio de 2005, edición de la misma institución; ídem, “Certificados registrales. Reserva de prioridad y medidas judiciales”, *Revista Notarial*, n° 949, 2004, págs., 620 a 622, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires.

¹²³ “Robazza de Gutiérrez Norma y otro c/ Poder Ejecutivo s/ Demanda Contencioso Administrativa”, Acuerdo 47.779, 6-11--19/79, *ED*, t. 89 (1980), pág. 312.

INFORME SOBRE EL PROYECTO DE REFORMA AL CÓDIGO CIVIL

normas y la ineficacia del fin perseguido por la intrínseca naturaleza de la medida cautelar”.

La seguridad jurídica, primordial finalidad e indiscutible éxito del sistema de transmisión de derechos reales inmobiliarios de Argentina, se vería fuertemente afectada si pretendiera alterarse ese sutil mecanismo de relojería encarnado por la prioridad indirecta y su reserva.

REFORMAS VINCULADAS CON LA CERTIFICACIÓN REGISTRAL Y LA “RETROPRIORIDAD”

Texto vigente (Decreto Ley N° 17.801/1968, Artículo 23):

“Ningún escribano o funcionario público podrá autorizar documentos de transmisión, constitución, modificación o cesión de derechos reales sobre inmuebles, sin tener a la vista el título inscripto en el Registro, así como certificación expedida a tal efecto por dicha oficina en la que se consigne el estado jurídico de los bienes y de las personas según las constancias registradas.

Los documentos que se otorguen deberán consignar el número, fecha y constancias que resulten de la certificación”.

Texto proyectado (Decreto Ley N° 17.801/1968, Artículo 23):

“Ningún escribano o funcionario público podrá autorizar documentos que impliquen actos de disposición de derechos reales sobre inmuebles, sin tener a la vista el título inscripto en el Registro, así como certificación expedida a tal efecto por dicha oficina en la que se consigne el estado jurídico de los bienes y de las personas según las constancias registradas.

Los documentos que se otorguen deberán consignar el número, fecha y constancias que resulten de la certificación.

El otorgamiento de un acto de los enunciados en el primer párrafo sin encontrarse vigente la certificación importará la pérdida del efecto previsto en el Artículo 5°, rigiéndose la prioridad por el régimen de los Artículos 19 y 40”.

El último párrafo consagra lo que constituye la posición que podría calificarse de unánime en doctrina y jurisprudencia desde la vigencia de la normativa vigente, a salvo una única excepción, por cierto ya morigerada¹²⁴. En suma, la falta de certificación vigente al momento del otorgamiento del acto ocasiona la

¹²⁴ Villaro sostiene, desde 1980, que el acto es inválido (VILLARO, Felipe Pedro, *Elementos de Derecho Registral Inmobiliario*, Avellaneda, Provincia de Buenos Aires, Scotti Editora, 2003, págs. 83 y 110). No obstante, en sus dos ediciones posteriores (1999 y 2003), aclara en una nota que la interpretación contraria es más saludable para el tráfico. Similar reflexión realiza en su última obra (*Derecho Registral Inmobiliario*, ob. cit., pág. 173).

INFORME SOBRE EL PROYECTO DE REFORMA AL CÓDIGO CIVIL

pérdida de la prioridad indirecta y el sometimiento a las reglas de la prioridad directa.

Por otro lado, la sustitución de los términos utilizados en el Artículo 23 por el de “disposición” abriga el propósito de poner fin a las controversias que un reducido número de actos provoca en cuanto a la necesidad de contar con certificación vigente.

Texto vigente (Decreto Ley N° 17.801/1968, Artículo 24):

“El plazo de validez de la certificación, que comenzará a contarse desde la cero hora del día de su expedición, será de quince, veinticinco o treinta días según se trate, respectivamente, de documentos autorizados por escribanos o funcionarios públicos con domicilio legal en la ciudad asiento del Registro, en el interior de la provincia o territorio, o fuera del ámbito de la provincia, territorio o Capital Federal.

Queda reservada a la reglamentación local determinar la forma en que se ha de solicitar y producir esta certificación y qué funcionarios podrán requerirlas. Asimismo, cuando las circunstancias locales lo aconsejen, podrá establecer plazos más amplios de validez para las certificaciones que soliciten escribanos o funcionarios públicos del interior de la provincia o territorio”.

Texto proyectado (Decreto Ley N° 17.801/1968, Artículo 24):

“El plazo de validez de la certificación, que comenzará a contarse desde la cero hora del día de su solicitud, será de quince, veinticinco o treinta días según se trate, respectivamente, de documentos autorizados por escribanos o funcionarios públicos con domicilio legal en la ciudad asiento del Registro, en el interior de la provincia o territorio, o fuera del ámbito de la provincia, territorio o Capital Federal. En caso de que el acto para el cual se haya solicitado la certificación sea una subasta judicial, decretada en ejecución individual o en quiebra, el plazo de validez de la misma será de ciento ochenta días.

Queda reservada a la reglamentación local determinar la forma en que se ha de solicitar y producir esta certificación y qué funcionarios podrán requerirlas. Asimismo, cuando las circunstancias locales lo aconsejen, podrá establecer plazos más amplios de validez para las certificaciones que soliciten escribanos o funcionarios públicos del interior de la provincia o territorio”.

En primer lugar, y de la mano de la interpretación de gran parte de los registros inmobiliarios argentinos y del respaldo de la doctrina más recibida, se aclara que el plazo de validez de la certificación debe computarse desde la cero hora del día de su *solicitud*. De esta manera, se evita que una interpretación literal que se desentienda del contexto del resto del articulado pretenda que el tiempo que insume la efectiva expedición por el Registro se conjugue en perjuicio del solicitante, por cuanto podría ocurrir que una situación incompatible con la certificación se haya presentado luego de la misma pero sea efectivamente expedida antes. Con lo cual, la ventaja se otorgaría a quien fue, desde el punto de vista del funcionamiento de la prioridad, menos diligente.

En segundo lugar, y acaso sea la reforma que cuente con mayor cantidad de adhesiones sin matices, se prevé expresamente un plazo de duración más extendido para las certificaciones solicitadas a los efectos de una subasta judicial. Indirectamente, además, se pone fin a la controversia sobre la inclusión de esos actos en los del Artículo 23, concluyendo afirmativamente como lo sostiene buena parte de nuestra doctrina¹²⁵.

Se ha sugerido que encuentre publicidad registral el auto que ordena la subasta, con lo cual, si así se procediera, los efectos serían análogos a los que estamos proponiendo aquí. Nuestra opción por la alternativa expuesta estriba en el posible cuestionamiento a la constitucionalidad de una norma que dispusiera la obligatoriedad de registrar dicha medida judicial, en caso de no encontrar eco esa disposición en un código de procedimientos local. Siendo discutible esa variante, el texto proyectado aventa cualquier interrogante.

Texto vigente (Decreto Ley N° 17.801/1968, Artículo 5°):

“Las escrituras públicas que se presenten dentro del plazo de cuarenta y cinco días contados desde su otorgamiento se considerarán registradas a la fecha de su instrumentación”.

Texto proyectado (Decreto Ley N° 17.801/1968, Artículo 5°):

“Las escrituras públicas y los documentos en los que conste la realización de subastas judiciales que se presenten dentro del plazo de cuarenta y cinco días contados desde su otorgamiento, se considerarán registradas a la fecha de su instrumentación”.

De la mano del agregado propuesto para el Artículo 24, en el sentido de comprender en él a las certificaciones solicitadas para reservar la prioridad para una subasta judicial, corresponde incorporar al Artículo 5° las previsiones pertinentes a fin de tener por incluidas, con el efecto de la retroprioridad, a las subastas judiciales.

¹²⁵ Así lo creemos nosotros en función de la frase “escribano o funcionario público” que luce en los Artículos 23 y 24, y nos manifestamos con anterioridad en ese sentido en CASTRO HERNÁNDEZ, Manuel Horacio y URBANEJA, Marcelo Eduardo, *Subasta judicial. Implicancias jurídicas, registrales y notariales*, Buenos Aires, El Derecho, Colección Académica, 2005, págs. 71 y 72. Desde antaño sostiene este parecer VILLARO, Felipe Pedro, *Derecho Registral Inmobiliario*, Buenos Aires, Astrea, 2010, págs. 164 y 165.

REFORMAS VINCULADAS CON LA CALIFICACIÓN REGISTRAL

Texto vigente (Decreto Ley N° 17.801/1968, Artículo 8°):

“El Registro examinará la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos cuya inscripción se solicite, ateniéndose a lo que resultare de ellos y de los asientos respectivos”.

Texto proyectado (Decreto Ley N° 17.801/1968, Artículo 8°):

“El Registro examinará la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos cuya inscripción se solicite, ateniéndose a lo que resultare de ellos y de los asientos respectivos.

Examinará también la situación jurídica contenida en el documento presentado exclusivamente a los efectos de verificar su competencia material y territorial, el cumplimiento del tracto sucesivo, la prioridad que le corresponda y la inexistencia de actos nulos de nulidad absoluta y manifiesta, esto último con el alcance del artículo siguiente.

El conocimiento de cualquier clase de inexactitud registral o ineficacia de las situaciones jurídicas cuya registración se solicite acaecido por cualquier vía que no sea la calificación del documento presentado o de cualquier fuente que no sea de las enunciadas es improcedente para negar la registración definitiva”.

El Artículo 8° es el medular dispositivo vinculado al más polémico de los principios registrales, el de legalidad. De él surge la espinosa cuestión del alcance de la calificación registral, que cuenta con un sinnúmero de opiniones doctrinarias de singular valía.

Prescindiendo de nuestra particular visión sobre el sistema vigente, expuesta en diferentes oportunidades, pretendemos aquí reflejar el sentir mayoritario que, con naturales matices, se expresa por una importante corriente de pensamiento civilista, notarialista y registralista. De esta manera se logra un adecuado balance entre seguridad y celeridad.

El último párrafo atiende a las fuentes de la calificación, enunciadas ya en el primero. Si bien no dudamos, y así lo hemos manifestado¹²⁶, que lo allí proyectado

126 URBANEJA, Marcelo Eduardo, “A propósito de las conclusiones del tema II del XV Congreso

se debe aplicar con el ordenamiento vigente, solitarias e inopinadas ideas reiteradas con cierto énfasis en los últimos años nos mueven a recordar lo que, durante más de treinta años, fue tan elemental que no mereció siquiera una reflexión doctrinaria.

Texto vigente (Decreto Ley N° 17.801/1968, Artículo 9°):

“Si observare el documento, el Registro procederá de la siguiente manera:

- a) rechazará los documentos viciados de nulidad absoluta y manifiesta;
- b) si el defecto fuere subsanable, devolverá el documento al solicitante dentro de los treinta días de presentado, para que lo rectifique. Sin perjuicio de ello lo inscribirá o anotará provisionalmente por el plazo de ciento ochenta días, contado desde la fecha de presentación del documento, prorrogable por períodos determinados, a petición fundada del requirente. Si esto no estuviere de acuerdo con la observación formulada, deberá solicitar al Registro que rectifique la decisión. Esta solicitud implica la prórroga del plazo de la inscripción o anotación provisional si antes no se hubiere concedido. Cuando la decisión no fuese rectificadora podrá promoverse el recurso o impugnación que correspondiere según la ley local, durante cuya sustanciación se mantendrá vigente la inscripción o anotación provisional.

La reglamentación local fijará los plazos máximos dentro de los cuales deben sustanciarse los recursos.

Las inscripciones y anotaciones provisionales caducan de pleno derecho cuando se convierten en definitivas o transcurre el plazo de su vigencia”.

Texto proyectado (Decreto Ley N° 17.801/1968, Artículo 9°):

“Si observare el documento, el Registro procederá de la siguiente manera:

- a) *solo rechazará los documentos en los casos que se indican a continuación:*
 - 1) *cuando contengan actos que sean a la vez nulos, de nulidad absoluta y manifiesta, siempre que esta última surja del propio instrumento, en los términos del Artículo 8°. Cuando se tratare de situaciones con disparidad de interpretación doctrinaria o jurisprudencial deberá inscribir definitivamente. En estos casos se dejará constancia en el folio real de la presentación del documento por ciento ochenta días, a los efectos de la presentación del recurso previsto en el inciso b) de este artículo. Dicha constancia no generará posición registral que afecte la prioridad.*
 - 2) *cuando el acto otorgado carezca de determinación:*
 - a. *de los sujetos, por sus nombres y apellidos en caso de ser personas físicas o su denominación en caso de ser personas jurídicas que la debieran tener;*

Nacional de Derecho Registral”, ob. cit., pág. 143 y sigs.; ídem, “Proyecciones de la publicidad cartular frente a las inexactitudes registrales”, que obra en publicación de la convocatoria correspondiente al tema I, Provincia de Buenos Aires, 2010, pág. 255 y sigs.; ídem, “Metodologías subsanatorias de inexactitudes registrales”, disertación en el LIX Seminario Teórico-Práctico “Laureano Arturo Moreira” de la Academia Nacional del Notariado, 10 y 11 de junio de 2010, edición de la misma institución, pág. 55 y sigs.

INFORME SOBRE EL PROYECTO DE REFORMA AL CÓDIGO CIVIL

- b. *del objeto, mediante la indicación del número de folio real, señalando la subdivisión administrativa local cuando corresponda, o mediante los elementos que disponga la ley local cuando se tratara de técnicas de registración diferentes al folio real;*
 - c. *de la naturaleza de la causa-fuente cuando corresponda;*
- b) *si el defecto fuere subsanable, devolverá el documento al solicitante dentro de los treinta días de presentado, para que lo rectifique. Sin perjuicio de ello lo inscribirá o anotará provisionalmente por el plazo de ciento ochenta días, contado desde la fecha de presentación del documento, prorrogable por periodos determinados, a petición fundada del requirente. Si esto no estuviere de acuerdo con la observación formulada, deberá solicitar al Registro que rectifique la decisión. Esta solicitud implica la prórroga del plazo de la inscripción o anotación provisional si antes no se hubiere concedido. Cuando la decisión no fuese rectificada podrá promoverse el recurso o impugnación que correspondiere según la ley local, durante cuya sustanciación se mantendrá vigente la inscripción o anotación provisional.*

La reglamentación local fijará los plazos máximos dentro de los cuales deben sustanciarse los recursos.

Las inscripciones y anotaciones provisionales caducan de pleno derecho cuando se convierten en definitivas o transcurre el plazo de su vigencia”.

La redacción propuesta altera el inciso a) del Artículo 9° en su vigencia actual. La propuesta atiende a clarificar los casos en los cuales el Registro puede efectuar un *rechazo*, es decir, negar la registración provisoria.

Además de aclarar los supuestos en los cuales los defectos de la situación jurídica presentada para su registración sean los causantes de ese proceder, se manifiestan expresamente los casos en los cuales, por no enunciarse los elementos individualizantes de la situación registral (sujeto, objeto o causa), no puede haber lugar a la registración provisoria.

Además, y de la mano de destacada doctrina que así lo pregona¹²⁷, en los supuestos de invalideces del inciso a) se dejará constancia en el folio real. De esa manera, se evita que, por una equivocada calificación, se perjudique irremediabilmente al rogante.

¹²⁷ VILLARO, Felipe Pedro, *Elementos de Derecho Registral Inmobiliario*, ob. cit., pág. 75.

REFORMAS VINCULADAS CON EL TRACTO SUCESIVO ABREVIADO

Texto vigente (Decreto Ley N° 17.801/1968, Artículo 16):

“No será necesaria la previa inscripción o anotación, a los efectos de la continuidad del tracto con respecto al documento que se otorgue, en los siguientes casos:

- a) Cuando el documento sea otorgado por los jueces, los herederos declarados o sus representantes, en cumplimiento de contratos u obligaciones contraídas en vida por el causante o su cónyuge sobre bienes registrados a su nombre;
- b) Cuando los herederos declarados o sus sucesores transmitieren o cedieren bienes hereditarios inscriptos a nombre del causante o de su cónyuge;
- c) Cuando el mismo sea consecuencia de actos relativos a la partición de bienes hereditarios;
- d) Cuando se trate de instrumentaciones que se otorguen en forma simultánea y se refieran a negocios jurídicos que versen sobre el mismo inmueble, aunque en las respectivas autorizaciones hayan intervenido distintos funcionarios.

En todos estos casos el documento deberá expresar la relación de los antecedentes del dominio o de los derechos motivo de la transmisión o adjudicación, a partir del que figure inscripto en el registro, circunstancia que se consignará en el folio respectivo”.

Texto proyectado (Decreto Ley N° 17.801/1968, Artículo 16):

“No será necesaria la previa inscripción o anotación, a los efectos de la continuidad del tracto con respecto al documento que se otorgue, en los siguientes casos:

- a) Cuando el documento sea otorgado por los jueces, los herederos declarados o sus representantes, en cumplimiento de contratos u obligaciones contraídas en vida por el causante o su cónyuge sobre bienes registrados a su nombre;*
- b) Cuando los herederos declarados o sus sucesores transmitieren o cedieren bienes hereditarios inscriptos a nombre del causante o de su cónyuge;*
- c) Cuando el mismo sea consecuencia de actos relativos a la partición de bienes hereditarios;*
- d) Podrán presentarse simultáneamente al Registro diversas situaciones jurídicas vinculadas al mismo inmueble, trátense de instrumentaciones notariales, judiciales o administrativas. En este caso gozarán de la reserva de*

INFORME SOBRE EL PROYECTO DE REFORMA AL CÓDIGO CIVIL

prioridad que determina el Artículo 25 y del plazo previsto en el Artículo 5° exclusivamente las que se otorguen en el mismo día que aquella para la cual se solicitó la certificación. En tal caso, todos los actos otorgados cuentan con el plazo del Artículo 5° a contarse desde el día del otorgamiento, sin importar cuál de las instrumentaciones ingresa primero al Registro. Las legislaciones locales no podrán impedir que los autorizantes de los distintos actos otorgados en el mismo día tengan competencia territorial en demarcaciones diversas entre sí o respecto al inmueble objeto del acto.

En todos estos casos el documento deberá expresar la relación de los antecedentes del dominio o de los derechos motivo de la transmisión o adjudicación, a partir del que figure inscripto en el registro, circunstancia que se consignará en el folio respectivo”.

Aquí la reforma es sustancial en su texto, pero poco trascendente en cuanto al fondo de lo dispuesto.

En efecto, y como se manifestó, entre un gran número de simposios jurídicos, en el XIV Congreso Nacional de Derecho Registral (Carlos Paz, Córdoba, 2006), el tracto sucesivo abreviado encarna una enumeración enunciativa en su recepción por el Artículo 16 del Decreto Ley N° 17.801/1968. Por lo tanto, y como también se manifestara allí, lo que en rigor corresponde es considerar que se admite la “presentación simultánea” de distintos actos, cualquiera sea la naturaleza del otorgamiento.

El eventual conflicto de prioridades se soluciona dando la que a nuestro entender y al de la mayoría de la doctrina es la recta lectura del texto vigente del inciso d) de este artículo, que admite la posibilidad de una múltiple cantidad de actos otorgados en el mismo día. Todos ellos se encuentran “protegidos” por la prioridad que generó la reserva para el primer acto.

Por último, se pone fin a las inconstitucionales reglamentaciones de la ley que, como en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, indirectamente impiden el otorgamiento por un autorizante de una demarcación distinta a la de dicha ciudad cuando el inmueble se halla en la misma (Artículo 36, Decreto N° 2.080/1980, texto ordenado por Decreto N° 466/1999).

DERECHO INMOBILIARIO – PROPIEDAD HORIZONTAL

PABLO MARÍA CORNA

Propuesta de proyecto de propiedad horizontal para edificios y su extensión a los barrios cerrados y clubes de campo. Norma especial para tiempo compartido.

IDEAS GENERALES

Se propone adoptar el régimen de propiedad horizontal del proyecto de unificación de los Códigos Civil y Comercial de 1998¹²⁸, adaptándose la numeración del articulado para esta presentación. Cabe destacar que la Comisión Reformadora estaría conforme en incluir dentro del nuevo Código la propiedad horizontal después de haber legislado el dominio y el condominio y antes de los derechos reales de disfrute sobre cosa ajena.

La Ley N° 13.512, sancionada en el año 1948, llenó una necesidad para su época. Se completaron los vacíos existentes en ella, a través de desarrollos doctrinarios y jurisprudenciales. Se puede destacar, como aportes importantes del proyecto, el reconocimiento de la personalidad jurídica del consorcio de propietarios, aún negada por una parte minoritaria de la doctrina (ver Arts. 8° a 10 de esta presentación). Tiene importancia el reconocimiento en el Artículo 18 que la sentencia contra el consorcio hace cosa juzgada con respecto a los propietarios y estos responden en forma subsidiaria y en la extensión de sus alícuotas.

El Artículo 21 reconoce que el certificado del administrador hace título ejecutivo para el cobro de las expensas, cuestión no resuelta en la Ley N° 13.512, lo que se encuentra salvado por la mayoría de los códigos de procedimiento locales.

También se propone legislar sobre el consejo de propietarios, que en la actualidad es una creación doctrinaria. Se establecen las funciones del mismo y la posibilidad de que administre el consorcio en caso de renuncia o ausencia del administrador, debiendo convocar a asamblea para designar al reemplazante dentro de los treinta días de ocurrido algunos de estos hechos.

¹²⁸ En el proyecto de reforma corresponde a los Artículos 1972 al 2017 y el Artículo 2029.

INFORME SOBRE EL PROYECTO DE REFORMA AL CÓDIGO CIVIL

Se regula en forma adecuada la designación y remoción del administrador, sus funciones y obligaciones.

Se establece la posibilidad de la existencia de subconsorcios, debiéndose, a ese efecto, estar detallado en el reglamento de copropiedad y administración.

Finalmente, permite que los clubes de campo y barrios cerrados como otros emprendimientos puedan constituirse bajo el régimen de la propiedad horizontal. En este caso, se crea un segundo tipo legal, donde lo principal será cada lote y las demás partes de uso general propiedad común, sin perjuicio de mantener el actual tipo legal para los edificios. De esta manera se legalizarían una serie de barrios cerrados y clubes de campo que las leyes locales han permitido organizarlos en la Ley N° 13.512 y que son de dudosa legalidad, por atribuirse las provincias facultades delegadas al Congreso Nacional, como la sanción de los Códigos de Fondo.

Con respecto al tiempo compartido, permite la aplicación del condominio con indivisión forzosa, al establecer: la asignación de usos y goces sucesivos o alternados por períodos determinados, sobre un conjunto de cosas, puede sujetarse al régimen de los derechos personales o del condominio con indivisión forzosa sin límite de tiempo. En este caso el condominio con indivisión forzosa se constituye por el otorgamiento en escritura pública del reglamento de condominio y administración y su inscripción en el registro inmobiliario (ver el Art. 48 del proyecto en esta numeración, que se realiza para una fácil comprensión). Se debe mencionar, para finalizar, que la actual Ley N° 26.356 de tiempo compartido, que la comisión no modificaría, debería ser reformulada por el Congreso, por los defectos sustanciales que ella detenta. El agregado del artículo en comentario salvaría parcialmente dos cuestiones: la publicidad frente a terceros, que es defectuosa en la ley actual, y la posible aplicación del condominio de indivisión forzosa, bajo un nuevo tipo legal.

Otra cuestión de importancia que trata el proyecto es con respecto a la prehorizontalidad; se propone derogar la Ley N° 19.724, la que en los hechos ha fracasado y es inoperante en la práctica. Se la reemplaza por un seguro, conforme lo desarrolla en el capítulo XII, para proteger a los adquirentes por boleto inscripto, manteniendo la doctrina de los fallos plenarios dictados en la Ciudad de Buenos Aires: “Cotton y Avenida Alvear”, por la Cámara Nacional en lo Civil, los que protegen a los adquirentes.

PROPUESTA

TÍTULO. De la propiedad horizontal.

CAPÍTULO I. Disposiciones generales.

ARTÍCULO 1°.- Definición. La propiedad horizontal es el derecho real sobre un inmueble propio que otorga las facultades de usar, gozar y disponer de conformidad con lo que establece este Título y el respectivo reglamento de propiedad y administración.

ARTÍCULO 2°.- Constitución. El derecho de propiedad horizontal sobre el inmueble y el consorcio de propietarios se constituyen con el otorgamiento por escritura pública del reglamento de propiedad y administración redactado por el titular del dominio y su inscripción en el registro inmobiliario.

El reglamento de propiedad y administración se integra al título suficiente sobre la unidad funcional.

ARTÍCULO 3º.- Unidad funcional. El derecho de propiedad horizontal se determina en la unidad funcional, la que consiste en pisos, departamentos, locales u otros espacios susceptibles de aprovechamiento independiente por su naturaleza o destino, en comunicación con la vía pública, directamente o por un pasaje común.

La propiedad de la unidad funcional comprende la alícuota del terreno, de las cosas y partes de uso común del inmueble o indispensables para mantener su seguridad, y puede abarcar una o más unidades complementarias destinadas a servirla.

ARTÍCULO 4º.- Cosas y partes comunes. Son comunes a todas o a algunas de las unidades funcionales las cosas y partes de uso común de ellas o indispensables para mantener su seguridad y las que se determinen en el reglamento de propiedad y administración. Sobre estas cosas y partes ningún propietario puede alegar derecho exclusivo, sin perjuicio de su afectación exclusiva a una o varias unidades funcionales.

ARTÍCULO 5º.- Cosas y partes necesariamente comunes. Son cosas y partes necesariamente comunes:

- a) El terreno.
- b) Las que comuniquen unidades y a éstas con el exterior.
- c) Los techos, azoteas, terrazas y patios solares.
- d) Los cimientos, columnas, vigas portantes, muros maestros y demás estructuras, incluso las de balcones, indispensables para mantener la seguridad.
- e) Los locales e instalaciones de los servicios centrales. Las cañerías que conduzcan fluidos o energía en toda su extensión si están embutidas y los cableados hasta su ingreso en la unidad funcional.
- f) Los ascensores, montacargas y escaleras mecánicas.
- g) Los muros exteriores y los divisorios de unidades con cosas y partes comunes.
- h) Las instalaciones necesarias para el acceso y circulación de personas discapacitadas, fijas o móviles, externas a la unidad funcional, y las vías de evacuación alternativas para casos de siniestros.

ARTÍCULO 6º.- Cosas y partes propias. Son necesariamente propios con respecto a la unidad funcional las cosas y partes comprendidas en el volumen limitado por sus estructuras divisorias, los tabiques internos no portantes, las puertas, ventanas, artefactos y los revestimientos, incluso de los balcones.

También son propias las cosas y partes que, susceptibles de un derecho exclusivo, sean previstas como tales en el reglamento de propiedad y administración, sin perjuicio de las restricciones que imponga la convivencia ordenada.

ARTÍCULO 7º.- Presunción de comunidad. Se consideran comunes las cosas y partes cuyo carácter de comunes o propias no esté determinado en este Capítulo o en el reglamento de propiedad y administración.

CAPÍTULO II. Consorcio.

ARTÍCULO 8º.- Persona jurídica. El conjunto de los propietarios de las unidades funcionales o el único propietario de todas ellas, constituye la persona jurídica consorcio. Tiene su domicilio en el inmueble. Sus órganos son la asamblea, el consejo de propietarios, si lo hay, y el administrador.

INFORME SOBRE EL PROYECTO DE REFORMA AL CÓDIGO CIVIL

ARTÍCULO 9º.- Patrimonio. El patrimonio del consorcio se integra con el fondo de reserva, otras recaudaciones, los créditos contra los consortes o terceros, las unidades funcionales que se le asignen o adquiriera en el inmueble, y en general las cosas y bienes afectados en su beneficio dentro de los fines que justifican su existencia.

ARTÍCULO 10.- Extinción del consorcio. La personalidad del consorcio se extingue por la desafectación del inmueble del régimen de propiedad horizontal, sea por acuerdo unánime de los propietarios instrumentado en escritura pública o por resolución judicial, inscriptos en el registro inmobiliario.

CAPÍTULO III. Propietarios.

ARTÍCULO 11.- Derechos. Inseparabilidad. El propietario puede enajenar su unidad funcional y constituir derechos reales o personales.

La constitución, transmisión o extinción de un derecho real, gravamen o embargo sobre la unidad funcional, comprende a las cosas y partes comunes y a la unidad complementaria, y no puede realizarse separadamente respecto de éstas.

ARTÍCULO 12.- Determinación de la alícuota. La alícuota que corresponde al propietario en la propiedad de las cosas y partes comunes y en los bienes del consorcio, se determina sobre la base de la superficie de su unidad funcional, con las precisiones complementarias que establezca el reglamento de propiedad y administración.

ARTÍCULO 13.- Uso de cosas y partes comunes. El propietario puede usar las cosas y partes comunes conforme a su destino, sin perjudicar o restringir los derechos de los otros propietarios.

ARTÍCULO 14.- Utilización de muros comunes. El propietario de una unidad funcional puede instalar equipos de refrigeración, calefacción, ventilación, extracción u otros similares, y utilizar los muros comunes en todo su espesor, si no causa perjuicios o molestias que excedan la normal tolerancia, con el alcance establecido en el Artículo 1913. Si la exceden, el propietario o el consorcio afectados pueden pedir que el muro se restituya a su estado anterior, total o parcialmente.

ARTÍCULO 15.- Comunicación de unidades contiguas. Los propietarios de unidades funcionales contiguas pueden comunicarlas, si no perjudican la seguridad del inmueble.

ARTÍCULO 16.- Obligaciones. El propietario está obligado a:

- a) Cumplir con las disposiciones del reglamento de propiedad y administración, y del reglamento interno, si lo hay.
- b) Conservar en buen estado su unidad funcional.
- c) Pagar en la proporción que le corresponde las expensas comunes ordinarias de administración y reparación de las cosas y partes comunes o bienes del consorcio, necesarios para mantener en buen estado las condiciones de seguridad, comodidad y decoro del inmueble y las resultantes de las obligaciones impuestas al administrador. También son expensas comunes ordinarias las requeridas por las instalaciones necesarias para el acceso y circulación de personas discapacitadas, fijas o móviles, y por las vías de evacuación alternativas para casos de siniestros.
- d) Pagar las expensas comunes extraordinarias dispuestas por resolución de la asamblea.
- e) Contribuir a la integración del fondo de reserva, si lo hay.

- f) Permitir el acceso a su unidad funcional para realizar reparaciones de cosas y partes comunes y de bienes del consorcio.
- g) Notificar fehacientemente al administrador su domicilio especial si no quiere que quede constituido en la unidad funcional.

ARTÍCULO 17.- Prohibiciones. Está prohibido a los propietarios y ocupantes:

- a) Destinar las unidades funcionales a usos contrarios a la moral o a fines distintos a los previstos en el reglamento de propiedad y administración.
- b) Perturbar la tranquilidad de los demás de cualquier otra manera que exceda la normal tolerancia.
- c) Ejercer actividades que comprometan la seguridad del inmueble.
- d) Depositar cosas peligrosas o perjudiciales.

ARTÍCULO 18.- Responsabilidad de los propietarios. La sentencia que se pronuncia contra el consorcio tiene autoridad de cosa juzgada con relación a los propietarios.

Los propietarios responden subsidiariamente por las deudas del consorcio en la extensión de sus alícuotas.

CAPÍTULO IV. Expensas y otras contribuciones.

ARTÍCULO 19.- Plazo para el pago. El pago de expensas comunes y otras contribuciones a cargo de los propietarios y sus intereses debe efectuarse dentro de los primeros diez (10) días de cada mes, salvo disposición en contrario del reglamento de propiedad y administración o de la asamblea.

ARTÍCULO 20.- Liberación del pago. Defensas. Los propietarios no pueden liberarse del pago de ninguna expensa o contribución a su cargo por renuncia al uso y goce de las cosas y partes comunes, por enajenación voluntaria o forzosa, ni por abandono de su unidad funcional, salvo lo dispuesto en el Artículo 1997.

Tampoco pueden rehusar el pago de expensas o contribuciones, invocando derechos contra el consorcio, por cualquier causa, salvo compensación, sin perjuicio de su articulación por la vía correspondiente.

ARTÍCULO 21.- Título ejecutivo. El certificado de deudas expedido por el administrador es título ejecutivo para el cobro a los propietarios de las expensas y demás contribuciones.

CAPÍTULO V. Mutaciones materiales en cosas y partes comunes o bienes del consorcio.

ARTÍCULO 22.- Mejoras u obras nuevas. Para realizar mejoras u obras nuevas que afecten las cosas y partes comunes o bienes del consorcio, los propietarios o el consorcio requieren el consentimiento de la mayoría de los propietarios, previo informe técnico de un profesional autorizado.

Quien solicitó la autorización si le fue denegada, o la minoría afectada en su interés particular que se opuso a la autorización, si se concedió, tienen acción para que el tribunal deje sin efecto la decisión de la asamblea.

El tribunal debe evaluar si la mejora u obra nueva es de costo excesivo, contraria al reglamento o a la ley, ponderando la seguridad, solidez, salubridad, destino y aspecto arquitectónico exterior o interior del inmueble. La resolución de la mayoría no se suspende sin una orden judicial expresa.

ARTÍCULO 23.- Mejora u obra nueva que requiere unanimidad. Si la mejora u obra nueva afecta las cosas y partes comunes o bienes del consorcio, aun cuando no

INFORME SOBRE EL PROYECTO DE REFORMA AL CÓDIGO CIVIL

importe elevar nuevos pisos o hacer excavaciones, gravita o modifica la estructura del inmueble de una manera sustancial, debe realizarse con el acuerdo unánime de los propietarios.

ARTÍCULO 24.- Mejoras u obras nuevas en interés particular. Si la mejora u obra nueva autorizada afecta el interés particular, las cosas y partes comunes o bienes del consorcio, el beneficiario debe efectuarlas a su costa y soportar los gastos de la modificación del reglamento de propiedad y administración y de su inscripción. También quedan modificados de pleno derecho los títulos de todas las unidades, de lo que se debe tomar razón en los respectivos asientos registrales.

ARTÍCULO 25.- Reparaciones urgentes. Cualquier propietario, en ausencia del administrador y de los integrantes del consejo de propietarios, si existe, puede realizar reparaciones urgentes en las cosas y partes comunes o bienes del consorcio, con el carácter de gestor de negocios. Si el gasto resulta injustificado el consorcio puede negar el reintegro total o parcial y exigir, si corresponde, la restitución de los bienes a su estado anterior, a costa del propietario.

ARTÍCULO 26.- Grave deterioro o destrucción del edificio. En caso de grave deterioro o destrucción del edificio, la asamblea puede resolver su demolición y la venta del terreno y de los materiales, la reparación o la reconstrucción. Si el costo de la reparación o reconstrucción es excesivo, la minoría está obligada a contribuir, pero cualquiera de sus integrantes puede liberarse por transmisión de sus derechos a terceros o por abandono a favor del consorcio.

CAPÍTULO VI. Reglamento.

ARTÍCULO 27.- Contenido. El reglamento de propiedad y administración debe contener:

- a) Determinación del terreno.
- b) Determinación de las unidades funcionales y complementarias.
- c) Enumeración de los bienes propios.
- d) Enumeración de las cosas y partes comunes.
- e) Enumeración de los bienes del consorcio.
- f) Determinación de la alícuota de cada unidad.
- g) Uso y goce de las cosas y partes comunes.
- h) Uso y goce de los bienes del consorcio.
- i) Destino de las unidades funcionales.
- j) Determinación de la proporción de las expensas comunes y de la oportunidad de su pago si son distintas de las previstas en este Código.
- k) Facultades especiales de las asambleas de propietarios.
- l) Facultades especiales del consejo de propietarios, si lo hay.
- m) Designación, facultades y obligaciones especiales del administrador.

CAPÍTULO VII. Asambleas.

ARTÍCULO 28.- Facultades de la asamblea. La asamblea es la reunión de propietarios facultada para resolver:

- a) Las cuestiones que le son atribuidas especialmente por la ley o el reglamento de propiedad y administración.
- b) Las cuestiones atribuidas al administrador o al consejo de propietarios, si lo hay, cuando le son sometidas por cualquiera de éstos o por quien represente el cinco (5) por ciento de las alícuotas con relación al conjunto.

- c) Las cuestiones no contempladas como atribuciones del administrador o del consejo de propietarios, si lo hay.

ARTÍCULO 29.- Convocatoria y quórum. Voluntad unánime. Los propietarios deben ser convocados a la asamblea por medio fehaciente, con transcripción del orden del día, el que debe redactarse en forma precisa y completa; es inválido el tratamiento de otros temas salvo si están presentes todos los propietarios y acuerdan por unanimidad tratar el tema.

La asamblea puede autoconvocarse para deliberar sin necesidad de citación previa. Las decisiones que se adopten son válidas si el temario a tratar es aprobado por unanimidad.

Son igualmente válidas las decisiones tomadas por voluntad unánime del total de los propietarios aunque no lo hagan en asamblea.

Salvo los casos especiales previstos en esta norma, hay quórum para deliberar cualquiera sea el número de propietarios presentes.

ARTÍCULO 30.- Ocupante no propietario. El ocupante no propietario de la unidad funcional, que acredite su legitimación ante el administrador, puede asistir a las asambleas e intervenir en sus deliberaciones, sin derecho a voto, salvo oposición expresa del propietario de la unidad funcional respectiva.

ARTÍCULO 31.- Mayoría absoluta. Las decisiones de la asamblea se adoptan por mayoría absoluta, computada sobre el conjunto de los propietarios de las unidades funcionales y se forma con la doble exigencia del número de unidades y de la proporción de las alícuotas de éstas con relación al conjunto.

La mayoría de los presentes puede proponer decisiones, las que deben comunicarse por medio fehaciente a los propietarios ausentes y se tienen por aprobadas a los quince (15) días de notificados, salvo que éstos se opongan antes por igual medio, con mayoría suficiente.

El derecho a promover acción judicial de invalidez de la asamblea caduca a los treinta (30) días contados desde que la decisión de la asamblea tuvo principio de ejecución.

ARTÍCULO 32.- Conformidad expresa del titular. Para la supresión o limitación de derechos acordados a las unidades, la mayoría debe integrarse con la conformidad expresa de sus titulares.

ARTÍCULO 33.- Actas. Debe labrarse acta de la asamblea en el libro respectivo, en el que deben firmar los presentes como constancia de su asistencia.

Las actas deben confeccionarse con el resumen de lo deliberado y la transcripción de las decisiones adoptadas o en su caso propuestas por la mayoría de los presentes, y ser firmadas por el presidente de la asamblea y dos (2) propietarios. Al pie de cada acta, el administrador debe dejar constancia de las comunicaciones enviadas a los ausentes, de las oposiciones recibidas y de las eventuales conformidades expresas.

ARTÍCULO 34.- Asamblea judicial. Si el administrador o el consejo de propietarios, en subsidio, omiten convocar a la asamblea, cualquiera de los propietarios puede solicitar al tribunal la convocatoria de una asamblea judicial. El tribunal debe fijar una audiencia a realizarse en su presencia y convocar a ella a los propietarios por medio fehaciente en el domicilio especial previsto en el Artículo 1987, inciso g). La asamblea judicial puede resolver con mayoría simple de presen-

tes. El tribunal puede disponer medidas cautelares para regularizar la situación del consorcio.

CAPÍTULO VIII. Consejo de propietarios.

ARTÍCULO 35.- Atribuciones. La asamblea, aunque no lo prevea el reglamento, puede designar un consejo integrado por propietarios, con las siguientes atribuciones:

- a) Convocar a la asamblea y redactar el orden del día si por cualquier causa el administrador omite hacerlo.
- b) Controlar los aspectos económicos del consorcio.
- c) Ejercer la administración del consorcio en caso de vacancia o ausencia del administrador, y convocar a la asamblea si el cargo está vacante dentro de los treinta (30) días de producida la vacancia.

Salvo los casos indicados en este artículo, el consejo de propietarios no sustituye al administrador, ni puede cumplir sus obligaciones.

CAPÍTULO IX. Administrador.

ARTÍCULO 36.- Representación legal. Requisitos. El administrador es el representante legal del consorcio con el carácter de mandatario. Puede serlo un propietario o un tercero, persona humana o jurídica. Si no es propietario, o el consorcio tiene más de diez (10) unidades, debe ser elegido entre los que previa acreditación de idoneidad están inscriptos en el registro de administradores que determine la reglamentación de la jurisdicción que corresponda.

ARTÍCULO 37.- Designación y remoción. El administrador designado en el reglamento de propiedad y administración cesa en oportunidad de la primera asamblea si no es ratificado en ella; si dicha asamblea no se pronuncia sobre el tema, continúa hasta la próxima y así sucesivamente.

Los administradores sucesivos deben ser nombrados y removidos por la asamblea, sin que ello importe la reforma del reglamento de propiedad y administración.

ARTÍCULO 38.- Acreditación de la personería. La personería del administrador designado en el reglamento de propiedad y administración se acredita con testimonio del reglamento, en la que conste su inscripción registral. Para acreditar la personería ante los propietarios es suficiente la presentación de copia del acta de la asamblea.

La personería del administrador designado por actos posteriores se acredita con testimonio de la escritura pública otorgada por los consorcistas designados al efecto, que transcriba en lo pertinente el acta de la asamblea.

ARTÍCULO 39.- Derechos y obligaciones. El administrador tiene los derechos y obligaciones propios del mandatario y, en especial, debe:

- a) Convocar a la asamblea, redactar el orden del día y labrar el acta respectiva.
- b) Ejecutar las decisiones de la asamblea.
- c) Atender la conservación de las cosas y partes comunes o bienes del consorcio y la seguridad de la estructura del edificio.
- d) Practicar la cuenta de expensas y recaudar los fondos necesarios para satisfacerlas. Para disponer total o parcialmente del fondo de reserva, ante gastos imprevistos y mayores que los ordinarios, el administrador debe requerir la autorización previa del consejo de propietarios o de la asamblea.

- e) Nombrar y despedir el personal del consorcio, con acuerdo de la asamblea o del consejo de propietarios.
- f) Cumplir con las obligaciones derivadas de la legislación laboral y previsional.
- g) Mantener asegurado el inmueble contra incendio y otros riesgos que la asamblea resuelva cubrir.
- h) Llevar en legal forma los libros de actas, de administración y de registro de propietarios. También debe archivar cronológicamente las liquidaciones de expensas y conservar todos los antecedentes documentales de la constitución del consorcio y de las sucesivas administraciones.
- i) En caso de renuncia o remoción, dentro de los quince (15) días hábiles debe entregar a quien lo reemplace los activos existentes, libros y documentos del consorcio, y rendir cuentas.
- j) Notificar a todos los propietarios inmediatamente, y en ningún caso después de las cuarenta y ocho (48) horas hábiles de recibir la comunicación respectiva, la existencia de reclamos administrativos o judiciales que afecten al consorcio.
- k) A pedido de parte interesada, expedir dentro del plazo de cinco (5) días hábiles el certificado de deudas y de créditos del consorcio por todo concepto y de la existencia de reclamos administrativos o judiciales.

ARTÍCULO 40.- Certificado de deudas y de créditos. Toda constitución, transmisión o modificación, voluntaria o forzosa, de derechos reales sobre las unidades funcionales, debe realizarse teniendo a la vista el certificado previsto en el artículo anterior inciso k), el que tiene vigencia por diez (10) días hábiles.

Si en el certificado consta la deuda líquida y exigible, su monto debe ser retenido por el autorizante del acto respectivo a los fines de su extinción.

Solo son oponibles al adquirente las deudas y los reclamos administrativos o judiciales que consten en el certificado. Si el administrador debidamente requerido omite expedir dicho certificado, debe dejarse constancia de ello al celebrarse el acto respectivo.

El administrador responde solidariamente con el anterior titular del derecho, por las deudas y los reclamos administrativos o judiciales no certificados, sin perjuicio de la repetición contra este último.

Si el adquirente manifiesta en forma expresa que asume las deudas y afronta los reclamos administrativos y judiciales, no es obligatorio para el autorizante requerir la certificación respectiva, debiendo dejarse constancia de ello en el acto que se otorgue.

ARTÍCULO 41.- Ingreso a la unidad. El administrador puede ingresar a la unidad funcional para realizar reparaciones urgentes ante la existencia de grave peligro o perjuicio para otra unidad funcional, cosas y partes comunes o bienes del consorcio, si el propietario u ocupante está ausente. Debe requerir la presencia de un escribano para que constate las actividades desarrolladas durante el ingreso y permanencia en la unidad, con el fin de asegurar la privacidad y resguardar los bienes.

CAPÍTULO X. Subconsorcios.

ARTÍCULO 42.- Sectores con independencia. En edificios cuya estructura o naturaleza lo haga conveniente, el reglamento de propiedad y administración puede

prever la existencia de sectores con independencia económica, funcional o administrativa, en todo aquello que no gravite sobre el edificio en general.

Cada sector puede tener una subasamblea, cuyo funcionamiento y atribuciones deben regularse especialmente y puede designarse un subadministrador del sector. En caso de conflicto entre los diversos sectores la asamblea resuelve en definitiva.

Frente a terceros responde todo el consorcio sin tener en cuenta los diversos sectores que lo integran.

CAPÍTULO XI. Disposiciones procesales. Sanciones.

ARTÍCULO 43.- Régimen. En caso de violación por un propietario u ocupante de las prohibiciones establecidas en este Código o en el reglamento de propiedad y administración, o de incumplimiento de la obligación del Artículo 16 inciso f), y sin perjuicio de las demás acciones que correspondan, el consorcio o cualquier propietario afectado tiene acción para hacer cesar la infracción, la que debe sustanciarse en una única audiencia en la que las partes deben acompañar toda la prueba de que intenten valerse. El tribunal puede ordenar allanamientos. La sentencia debe dictarse dentro de los cinco (5) días posteriores a la audiencia, y disponer el cese de la infracción, pudiendo imponer multas, en beneficio del fisco respectivo, de hasta el diez (10) por ciento de la valuación fiscal de la unidad funcional.

Sin perjuicio de lo dispuesto precedentemente, si el infractor es un ocupante no propietario, puede ser desalojado en caso de reincidencia.

CAPÍTULO XII. Prehorizontalidad.

ARTÍCULO 44.- Ámbito. Los contratos preliminares con relación a unidades funcionales celebrados antes de la constitución de la propiedad horizontal deben sujetarse también a las disposiciones de este Capítulo.

ARTÍCULO 45.- Seguro obligatorio. Para poder celebrar contratos preliminares sobre unidades construidas o proyectadas bajo el régimen de propiedad horizontal, el titular del dominio del inmueble debe constituir un seguro a favor del adquirente, para el riesgo del fracaso de la operación de acuerdo a lo convenido por cualquier razón, y cuya cobertura comprenda el reintegro de las cuotas abonadas con más un interés retributivo o, en su caso, la liberación de todos los gravámenes que el adquirente no asuma en el contrato preliminar.

El incumplimiento de la obligación impuesta en este artículo priva al titular del dominio de todo derecho contra el adquirente, salvo los que le corresponden por el cumplimiento íntegro de sus obligaciones, pero no priva al adquirente de sus derechos contra el enajenante.

ARTÍCULO 46.- Exclusiones. Están excluidos los contratos preliminares siguientes:

Aquellos en los que la constitución de la propiedad horizontal resulte de la partición o liquidación de comuniones de cosas o bienes, o de la liquidación de personas jurídicas.

Los que versen sobre inmuebles del dominio privado del Estado.

Los concernientes a construcciones realizadas con financiamiento o fideicomiso de organismos oficiales o de entidades financieras especialmente calificadas por el organismo de control, si de sus cláusulas resulta que los contratos definitivos con los adquirentes deben ser celebrados por el ente financiador o fiduciario, a quien los propietarios deben otorgarle poder irrevocable a ese fin.

ARTÍCULO 47.- Conjuntos inmobiliarios. Los clubes de campo, parques industriales, barrios o cementerios privados, centros de compras y entidades similares pueden sujetarse al régimen de los derechos personales o de la propiedad horizontal.

En los conjuntos inmobiliarios sometidos al régimen de propiedad horizontal o que se sujeten a él, solo son necesariamente comunes las partes del terreno destinadas a vías de acceso y comunicación e instalaciones de uso común.

El reglamento de propiedad y administración puede establecer limitaciones edilicias o de otra índole, instituir una administración con el carácter de mandatario irrevocable, y facultar al consorcio para adquirir nuevos inmuebles para integrarlos al conjunto inmobiliario como unidades funcionales, o cosas y partes comunes. En este caso quedan modificados de pleno derecho los títulos de todas las unidades, de lo que se debe tomar razón en los respectivos asientos registrales.

ARTÍCULO 48.- Tiempo compartido. La asignación de usos y goces sucesivos o alternados por períodos determinados, sobre un conjunto de cosas, puede sujetarse al régimen de los derechos personales o del condominio con indivisión forzosa sin límite de tiempo. En este caso el condominio con indivisión forzosa se constituye por el otorgamiento en escritura pública del reglamento de condominio y administración y su inscripción en el registro inmobiliario. El reglamento puede instituir una administración con el carácter de mandatario irrevocable.

El reglamento de condominio y administración se integra al título de asignación del uso y goce.

LA INDISPONIBILIDAD VOLUNTARIA COMO DERECHO REAL DE GARANTÍA

FERNANDO SEMBEROIZ

Los Proyectos de Código Civil de 1993 y 1998 incorporaron la indisponibilidad voluntaria como derecho real de garantía, accesorio, de la misma forma que los derechos de hipoteca, prenda y anticresis.

En esa misma línea se propicia el reconocimiento de la indisponibilidad voluntaria como garantía entendiéndola como “una restricción al poder dispositivo que integra el contenido de un derecho real, impuesta voluntariamente por un sujeto legitimado, por una causa legítima, que obsta a la realización en forma válida de actos de disposición sobre el objeto de ese derecho real, con la finalidad de asegurar por un plazo determinado la responsabilidad por el incumplimiento de una obligación lícita”.

El instituto tendría las siguientes características: a) la exclusión de las prohibiciones legales, judiciales y administrativas; b) exclusión de las prohibiciones voluntarias mortis causa y a título gratuito; c) exclusión de la prohibición impuesta por el titular de un derecho, en un acto transmisivo, al adquirente del derecho; d) los siguientes elementos positivos configuradores del instituto: 1) tipificación como derecho real de garantía, 2) restricción al poder de disposición de un sujeto, considerado éste como un elemento integrante del derecho subjetivo, 3) constitución voluntaria, 4) a título oneroso, 5) por acto entre vivos, 6) por un sujeto legitimado como titular de un derecho real sobre una cosa determinada, 7) carácter temporal, 8) interés y causa legítima, 9) función de garantía, 10) invalidez de los actos de disposición realizados en contravención a la cláusula de indisponibilidad, 11) no atribución a otro sujeto de un derecho subjetivo correlativo.

Nuestra Constitución Nacional reconoce la libre iniciativa económica privada para la explotación, goce y disfrute de los bienes. Esto requiere de la posibilidad de usar, gozar, utilizar en el más amplio sentido bienes y recursos.

La Constitución Nacional prioriza la economía de mercado (Arts. 42 y 43) y ésta supone descentralización, intercambios de recursos consensual y prescindencia en todo lo posible de la planificación estatal.

La teoría económica demuestra que la indisponibilidad voluntaria de un bien puede favorecer la inversión, una mayor movilidad de los factores productivos.

La circulación de la riqueza no queda afectada por la indisponibilidad de los

bienes por plazos limitados. La figura de la indisponibilidad puede flexibilizar el crédito.

Es posible la atribución de eficacia real a la restricción voluntaria por el titular de un derecho subjetivo de su poder de disposición, considerando la facultad de disposición como segregada de la órbita de la capacidad del sujeto, y la utilización de esa indisponibilidad como figura de garantía, bajo la forma de un derecho real.

La indisponibilidad de la facultad de disposición puede impedir tanto la transmisión de la titularidad de un derecho real, como la constitución de derechos reales limitados, y aún la renuncia a los mismos.

La indisponibilidad voluntaria satisface las características de una garantía real dado que: a) el titular de la obligación garantizada con la indisponibilidad tiene un poder sobre el bien afectado por la indisponibilidad (inherencia), b) ese poder es susceptible de ser ejercitado frente a terceros que pretendiesen adquirir derechos sobre la cosa indisponible y consiste en que el bien no puede ser objeto de actos de disposición hasta tanto no se extinga la indisponibilidad y se cancele su inscripción en el Registro de la Propiedad, ya que la infracción de la indisponibilidad genera la revocación del acto, con efectos reales.

La función de garantía está cumplida con la sujeción del bien para asegurar el cumplimiento y evitar la insolvencia del constituyente de la garantía. En tal sentido, corresponde recordar que la esencia de las garantías no es estrictamente la satisfacción mediante la realización forzosa de la cosa (que corresponde a una segunda fase, la del incumplimiento de la obligación), sino la de brindar un objeto sustitutivo de la prestación.

No existe inconveniente en admitir la indisponibilidad voluntaria de “derechos” o “bienes”, en tanto sea susceptible de individualización y publicidad registral el objeto mediato o inmediato de la indisponibilidad.

Es posible configurar la indisponibilidad como garantía abstracta, no accesoria de un crédito preexistente.

No es conveniente aceptar la indisponibilidad genérica (no de un bien o derecho determinado sino de todo el patrimonio del sujeto gravado), porque aunque también podría ser acogida por el derecho positivo como forma de garantía, no sería susceptible de cumplir el principio de especialidad (en cuanto al objeto de la garantía).

La indisponibilidad voluntaria como derecho real de garantía podría tener lugar tanto en un negocio transmisivo, a título oneroso o gratuito, en un negocio fiduciario o en forma unilateral (indisponibilidad voluntaria) como garantía de cualquier derecho creditorio.

En el caso de negocios transmisivos existirá: a) un constituyente, sujeto que al disponer del bien provoca que el correlativo adquirente lo haga con el gravamen de la prohibición; b) un sujeto gravado con la prohibición, persona que por la aceptación de la transmisión a su favor posibilita que ingrese a su patrimonio el bien que se someterá a la indisponibilidad; c) los posibles beneficiados, que pueden ser el propio constituyente, el gravado o un tercero.

Es inconveniente que pueda constituirse la indisponibilidad voluntaria atribuyendo la facultad dispositiva a un tercero, por la ruptura de la actual lógica de nuestro ordenamiento jurídico que descarta los derechos reales de adquisición preferente.

INFORME SOBRE EL PROYECTO DE REFORMA AL CÓDIGO CIVIL

La causa de una indisponibilidad voluntaria debe consistir en un “interés digno de protección”. En cada negocio concreto y determinado ese interés hay que referirlo a la función económico social que persiguen los constituyentes. Y no es precisa la expresión formal de la causa puesto que rige la presunción de causalidad contractual.

Por su carácter temporal la indisponibilidad voluntaria no atenta contra la moral ni las buenas costumbres. Es una medida de seguridad que flexibiliza el crédito.

La indisponibilidad voluntaria debe entenderse que comprende siempre la imposibilidad de realizar los siguientes actos jurídicos sobre el objeto indisponible: compraventa, permuta, fideicomiso, leasing, dación en pago, constitución de derechos reales de grado menor (derechos de disfrute o servidumbres) y constitución de condominio (salvo pacto de indisponibilidad de todos los condóminos y que la indisponibilidad voluntaria no se extienda más allá de ese plazo).

El objeto indisponible puede ser hipotecado en algunos supuestos (que el vencimiento de la obligación garantizada con hipoteca se pactara para un momento en que el plazo de la indisponibilidad haya expirado, que el acreedor y el deudor acuerden un aplazamiento en el ejercicio de la acción hipotecaria hasta tanto transcurra el plazo de la indisponibilidad, o de no ejercitarla hasta que la indisponibilidad cese en sus efectos por cualquier causa). Idénticas consideraciones caben para la prenda y la anticresis.

La indisponibilidad voluntaria no puede obstar la enajenación forzosa por causa de utilidad pública (expropiación) pero sí las enajenaciones forzosas en el solo interés privado (ejecución en subasta judicial) en tanto éstas últimas se originen en actos de causa o título anterior a la constitución de la indisponibilidad voluntaria.

La indisponibilidad voluntaria debe circunscribirse al ámbito de los actos y negocios inter vivos, no abarcando los actos mortis causa.

La indisponibilidad voluntaria aparece la imposibilidad para el propietario exclusivo de constituir un condominio sobre el bien, pero en caso de titularidad plural (condominio) debe distinguirse: a) indisponibilidad de parte material de la cosa, b) indisponibilidad de una parte indivisa por uno de los condóminos, c) indisponibilidad establecida por todos los condóminos sobre la totalidad de la cosa y las partes indivisas.

Descartamos la indisponibilidad voluntaria de parte material de la cosa por alguno de los condóminos. Pero es factible que cada condómino se inhiba voluntariamente de disponer o gravar su parte indivisa. Ninguna dificultad habría en que todos los condóminos se inhiban voluntariamente de disponer o gravar la cosa común o sus partes indivisas, en forma unánime.

La efectividad de una indisponibilidad voluntaria constituida por los condóminos tendría el límite temporal del Artículo 2693 del Código Civil.

La indisponibilidad voluntaria de parte indivisa no puede impedir en modo alguno la división del condominio. El efecto de la indisponibilidad voluntaria sería el de impedir que cada condómino transmita su cuota a terceros o a los restantes condóminos, o constituya un gravamen sobre ésta. Pero siendo la facultad de pedir la división irrenunciable, en cualquier momento los restantes condóminos podrían ejercerla. Por lo tanto, sería inoperante como garantía a menos que los condóminos

hubieran pactado la indivisión en los términos del Artículo 2693, y solo por el plazo de cinco años en que quedaría suspendido el derecho a solicitar la división.

En relación con la situación de los acreedores: a) en ningún caso la indisponibilidad voluntaria podría tener por efecto impedir que los acreedores de causa o título anterior a la constitución de la indisponibilidad de una parte indivisa, puedan embargar y provocar la venta del inmueble siempre en la proporción de la participación del comunero deudor (art. 2677); b) la indisponibilidad pactada por todos los condóminos tendría efectos respecto de todos los acreedores, por el plazo máximo de cinco años y siempre que se hubiere convenido la indivisión por el referido plazo conforme al Artículo 2693 del Código Civil.

En la indisponibilidad voluntaria el ordenamiento legal debe negar idoneidad al acto dispositivo, pero no por incidir en la relación existente entre sujeto y objeto de la disposición (problema de legitimación), sino sobre la facultad misma de disposición integrada en el contenido del derecho subjetivo. La consecuencia debiera ser la “nulidad” de pleno derecho, no ratificable y con efectos reales. Ello a diferencia de la falta de legitimación que, en cambio, daría lugar a la inoponibilidad del acto o negocio en la esfera del titular, y sería susceptible de ratificación.

A diferencia de la hipoteca, que admite la transferencia del inmueble a terceros, la cosa objeto de la indisponibilidad voluntaria debe considerarse que permanece dentro del patrimonio del constituyente.

Acorde con esta tesis, la infracción de una indisponibilidad voluntaria debería generar los siguientes efectos: a) se trataría de una nulidad y no de anulabilidad; b) sería una nulidad expresa y no implícita (debiendo la ley reconocerle efectos como derecho real); c) sería una nulidad total, afectaría a todo el acto de disposición, y manifiesta; d) sería nulidad relativa (perjudica solo al interés privado).

La indisponibilidad voluntaria en ningún caso puede perjudicar derechos personales o reales anteriores a su constitución. Tampoco puede obstar a la inscripción de actos que de ellos se deriven.

El actual Artículo 1051 del Código Civil no debe ser aplicable en el ámbito de las indisponibilidades voluntarias, de la misma forma que lo propuesto por parte de la doctrina nacional con relación a la resolución del dominio revocable.

TRANSMISIÓN DE DERECHOS POR CAUSA DE MUERTE

ANA M. ORTELLI

I. De las sucesiones: causales de indignidad.

FUNDAMENTOS

Las causales de indignidad han quedado desactualizadas. La realidad actual y la experiencia judicial reclaman la incorporación de nuevas causales de indignidad como un medio más de protección de la familia.

Se propone entonces modificar los Artículos 3291 y siguientes incorporando las siguientes causas de indignidad que se detallan en el acápite “Artículos propuestos”.

II. De la aceptación y repudiación de la herencia.

FUNDAMENTOS

Propongo establecer en diez años el plazo de caducidad para el derecho de opción. El plazo actual del derecho de opción de veinte años atenta contra la seguridad jurídica y el tráfico de bienes.

III. De la porción legítima de los herederos forzosos.

FUNDAMENTOS

El fideicomiso es una herramienta adecuada para velar por los derechos de los herederos incapaces constituyéndose en un medio de protección de la legítima de los mismos. Por tanto, propongo la incorporación expresa de la figura del fideicomiso testamentario al ordenamiento jurídico vigente.

El testador podrá a través del mismo establecer la forma de administración de la porción legítima de éstos de modo de prever los medios para hacer frente a las necesidades del heredero incapaz en caso de muerte del alimentante.

IV. Artículos propuestos.

Artículo 1º: “*Son indignos de suceder:*

1. *Los autores cómplices o instigadores de delitos contra el honor, la honestidad, la libertad y/o la propiedad del causante, sus ascendientes, descendientes, cónyuge o hermanos del causante.*
2. *Los que hayan maltratado gravemente al causante u ofendido su memoria.*
3. *Los que hayan acusado o denunciado al causante por un delito penado con prisión o reclusión, salvo que el acusador o denunciante sea la víctima del delito, su cónyuge, descendiente, ascendiente o hermano, o haya obrado en cumplimiento de un deber legal.*
4. *Los que omitan denunciar la muerte dolosa del causante, dentro de un mes de ocurrida, salvo que antes de ese plazo la justicia hubiere procedido de oficio o a instancia de otra denuncia. Esta causa de indignidad no alcanza a los descendientes, ascendientes, cónyuge y hermano del homicida o de su cómplice.*
5. *Los parientes o el cónyuge que hayan abandonado al causante no cumpliendo con el deber de asistencia o no suministrándole los alimentos debidos conforme a su condición y fortuna; o no lo hayan recogido en un establecimiento conforme a su condición y fortuna si no pudiera valerse por sí mismo.*
6. *Los que hayan inducido o coartado la voluntad del causante para que otorgue testamento, deje de hacerlo o lo modifique.*
7. *Los que hayan ocultado o alterado el testamento del causante.*
8. *El padre o madre que haya sido privado de la patria potestad o que no haya prestado alimentos y asistencia a su hijo conforme su condición y fortuna.*
9. *El padre o madre del hijo extramatrimonial que no lo haya reconocido voluntariamente durante la minoría de edad”.*

Artículo 2º: “*El plazo para ejercer el derecho de opción caduca a los diez años desde la apertura de la sucesión. El heredero que no lo ejerza en ese plazo será tenido por renunciante. Dicho plazo no corre contra los herederos incapaces.”*

Artículo 3º: “*El testador no puede imponer gravamen ni condición alguna a las porciones legítimas; si lo hace, éstos no serán válidos. Sin embargo, podrá constituir fideicomiso por acto entre vivos o por testamento, sobre bienes determinados aun cuando éste exceda la porción disponible, si ello beneficia a herederos incapaces. El plazo de duración del fideicomiso se extenderá hasta que cese la incapacidad”.*

SUCESIONES DERECHO DE OPCIÓN DEL HEREDERO

ELSA PETRELLI

En el Artículo 3313 del Código Civil vigente el derecho de opción del heredero es de veinte años. Ello conlleva que las acciones de colación también tengan una prescripción veinteañal, lo cual es hoy un plazo demasiado extenso. Los plazos extensos (veinte o diez años en materia sucesoria) son producto de una época donde los traslados eran en carreta o barco y las comunicaciones por carta. Cuando una persona fallecía y su heredero se encontraba en otro continente podía tardar meses o años en tomar conocimiento del deceso.

Pero los tiempos han cambiado y como bien expresa el plenario Arce: “En una sociedad donde las comunicaciones son instantáneas y la información circula velozmente, la actividad comercial requiere de la Justicia lapsos más breves para acompañar a la sociedad sin afectar la justicia y la seguridad”.

Hoy, todo inmueble adquirido por donación genera un título que no se perfecciona hasta pasados los veinte años de la muerte del causante –plazo que tiene todo heredero para aceptar o repudiar herencia. Los bancos no otorgan préstamos hipotecarios sobre estos inmuebles, los constructores no compran estos bienes, y es difícil obtener compradores. Se produce una inmovilidad del bien que afecta al tráfico jurídico. Por dicha razón se propone una reducción considerable del plazo de opción.

PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD

ALEJANDRO BORDA

1) Necesidad de simplificar, unificar y disminuir los plazos de prescripción liberatoria.

FUNDAMENTO

Si se acepta que el fundamento de la prescripción liberatoria se encuentra en la seguridad jurídica, en que existe un interés social en que las relaciones jurídicas adquieran certeza, parece indudable que las normas que gobiernan nuestro instituto deben ser simples, no tanto en lo que se refiere al lenguaje –lo que considero debe ser una aspiración de toda ley–, sino sobre todo en lo que respecta a los plazos que se fijen para establecer la prescripción de los derechos.

Nuestra legislación exhibe tal multiplicidad de plazos que no solamente no responden a cuestiones de fondo que justifiquen esa diversidad, sino que impiden al hombre común saber con certeza cuándo su derecho pierde su exigibilidad. Y así las cosas, a la dudosa seguridad jurídica que el régimen presenta, se añade una clara afectación del supremo valor de la justicia que se aspira a respetar.

2) Establecer que los contratantes no pueden tener plazos diferentes de prescripción, según sea la parte que se trate, como ocurre hoy con los contratos de consumo. Debe establecerse un sistema por el cual ambas partes contratantes puedan liberarse de sus obligaciones en idéntico plazo.

FUNDAMENTO

Hoy en día, y fundamentalmente a partir de la reforma introducida a la ley de defensa del consumidor por Ley N° 26.361, los contratantes reciben una clara disparidad de trato, en tanto la misma relación contractual genera derechos más amplios en cabeza del consumidor en lo que respecta al plazo de ejercicio de sus derechos.

INFORME SOBRE EL PROYECTO DE REFORMA AL CÓDIGO CIVIL

En efecto, si el consumidor gozara de un plazo de prescripción mayor de tres años por aplicación de las normas generales, será este plazo mayor el que rija el límite temporal del ejercicio de su derecho; en cambio, el proveedor estará restringido a esos tres años (Art. 50, Ley N° 24.240).

Por otra parte, el plazo de prescripción que corresponde aplicar a los casos en que el proveedor tenga un plazo inferior conforme las reglas generales o especiales –por caso, la acción del hotelero por el cobro del alojamiento dado (Art. 4035, inc. 1, Código Civil)– es este último y no el de tres años, pues el consumidor puede invocar esa norma general, que es la que más lo favorece, tal como lo dispone el Artículo 50 de la Ley N° 24.240.

A mi juicio, la ley crea una disparidad de trato entre consumidor y proveedor que constituye un verdadero exceso y que conspira contra la conmutatividad del contrato. Incluso, no debe ignorarse la posibilidad cierta de que el consumidor demore ex profeso su reclamo a la espera de que prescriban los derechos del proveedor.

Es importante tener presente que el objetivo de la ley de defensa del consumidor no es estatuir un régimen de privilegio a favor del consumidor sino, reconociendo su intrínseca debilidad, protegerlo en su relación con el proveedor, procurando compensar el mayor poderío económico y negocial de este último. Si los plazos de prescripción son diferentes entre los contratantes, estaremos creando un sistema indudablemente inequitativo.

Por ello, cabría incorporar una norma como la que preveían los Artículos 2496 del Proyecto de 1998 y 3987 del Proyecto del Poder Ejecutivo de 1993: “En los contratos con prestaciones recíprocas, la acción para reclamar el crédito de una de las partes no se tiene por prescripta mientras no prescriba la de la otra”.

CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA EVENTUAL UNIFICACIÓN CIVIL Y MERCANTIL

FERNANDO SEMBEROIZ

Es conveniente mantener la distinción legislativa y científica entre el Derecho Civil y el Comercial.

La unidad del Derecho Civil y el Comercial debe limitarse estrictamente al derecho obligacional y contractual y no debe exceder de lo formal. Ambas ramas del Derecho pueden compartir un buen número de principios generales y hasta una ordenación unitaria de ciertos contratos, pero existen zonas intermedias y extremos discutibles entre ambas materias, que exigen tomar recaudos para evitar la “comercialización del Derecho Civil”.

Es absolutamente necesario mantener la identidad sustancial del Derecho Civil y su potencialidad como derecho común para el desarrollo de todo el ordenamiento jurídico.

El Derecho Comercial como el Derecho del Trabajo, el Derecho Agrario, el Derecho Minero, el Derecho Administrativo, etc. se sirvieron de instituciones elaboradas por el Derecho Civil. Las instituciones de Derecho Civil continúan siendo el referente de otras materias en constante desarrollo (como el Régimen de Defensa del Consumidor) y del que toman elementos para su labor constructiva.

Es prioritario respetar la especificidad de la materia civil, evitar su absorción por la dinámica del Derecho Comercial y la consecuente desaparición del primero como derecho común.

La autonomía del Derecho Civil es un elemento de equilibrio social, que pone límite tanto a la invasión de la lógica del mercado a todos los ámbitos de la actividad humana, como a ideologías políticas totalitarias (transformando el Derecho Privado en Derecho Público) evitando la oscilación entre la excesiva protección de los intereses individuales o de los colectivos desconociendo a la persona como centro del Derecho.

Por ende, debe respetarse la variación de contenido y significado de algunos conceptos interpretativos (buena fe, lealtad, diligencia, culpa, dolo, usos y costumbres, prácticas generalizadas para determinadas actividades profesionales, etc.) que sea por su diferencia de amplitud o su susceptibilidad de operar en forma elástica no pueden ser aplicados de la misma forma en ambas materias.

Es diferente el tipo de conflicto de intereses que se producen en las relaciones

mercantiles y civiles. Es diferente la lógica que se aplica en ambos ámbitos. Se ha dicho que “es evidente la sustancial diversidad existente entre una compraventa de un paquete de mantequilla y la de un gran paquete de acciones”. La identidad sustancial entre ambas compraventas es absolutamente irreal.

Existen contratos que se justifican sean calificados como netamente mercantiles: agencia, concesión, distribución, franquicia, corretaje, transporte, contratos bancarios, fideicomiso financiero; manteniendo su diferenciación de contratos tradicionalmente civiles, como la locación de obra, de servicio, etc.

Otros contratos, como el fideicomiso o el leasing, han demostrado ser útiles tanto para las actividades comerciales como civiles, siendo conveniente una regulación común.

Pero el legislador no puede regular y valorar de la misma forma todas las manifestaciones de la autonomía contractual, sin consideración a la diferente causa, interés y naturaleza de la actividad civil y la comercial (por ejemplo, los institutos de la lesión, la imprevisión, el uso regular de los derechos, la buena fe, la usura, tienen diferente alcance según que las partes sean “profesionales” del tráfico comercial o simplemente civiles; la protección del consumidor, la defensa de los locatarios, la adquisición de la vivienda, la actividad de fomento no pueden ser consideradas bajo la misma lógica que la actividad comercial). En materia societaria mantenerse una regulación específica para las asociaciones civiles, fundaciones, sociedades civiles, mutuales, cooperativas, con un objetivo guiado por otros principios diferentes del interés comercial que prevalecen en las sociedades mercantiles.