UCA
Pontificia Universidad Católica Argentina
Biblioteca digital
de la Universidad Catolica Argentina

Lafferrière, Jorge Nicolás

Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012

Facultad de Derecho

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 y de la editorial para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Lafferrière, J. N. (Comp.). (2012). Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012 [en línea]. Buenos Aires : El Derecho. Disponible en: http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/libros/análisis-proyecto-nuevo-codigo-civil [Fecha de consulta:.....]
(Se recomienda indicar al finalizar la cita la fecha de consulta. Ej: [Fecha de consulta: 19 de agosto de 2010]).

ANÁLISIS DEL PROYECTO DE NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL 2012

Facultad de Derecho
Pontificia Universidad Católica Argentina

ANÁLISIS DEL PROYECTO DE NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL 2012

EL DERECHO

Análisis del proyecto de nuevo Código civil y comercial 2012 : informe especial de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina / Jorge Nicolás Laferriere ... [et. al.] ; compilado por Jorge Nicolás Laferriere. - 1a ed. - Buenos Aires : El Derecho, 2012.

695 p. ; 28x20 cm.

ISBN 978-950-9805-74-3

1. Derecho Civil. 2. Derecho Comercial. 3. Códigos. I. Laferriere, Jorge Nicolás II. Laferriere, Jorge Nicolás, comp.

CDD 348.023

EL DERECHO

Todos los derechos reservados

Tucumán 1436 (C1050AAD)
Buenos Aires, República Argentina, agosto de 2012

ISBN: 978-950-9805-74-3

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723
Printed in Argentina - Impreso en la Argentina

AUTORIDADES
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA
"SANTA MARÍA DE LOS BUENOS AIRES"

Rector
Pbro. Dr. Víctor M. Fernández

Vicerrector de Asuntos Académicos e Institucionales
Dr. Gabriel Limodio

Vicerrectora de Investigación
Dra. Beatriz Balián de Tagtachian

Vicerrector de Asuntos Económicos
Dr. Horacio Rodríguez Penelas

Secretario Académico
Dr. Santiago Bellomo

Facultad de Derecho

Dr. Daniel Herrera
Vicedecano a cargo del Decanato

Dr. Néstor Raymundo
Secretario Académico

Dr. Fernando Ubiría
Prosecretario Académico

Dr. Jorge Nicolás Lafferriere
Director de Investigación Jurídica Aplicada

Dr. Gustavo Costa Aguilar
Director de Posgrado

Dr. Guillermo R. Cartasso
Director de Extensión

ÍNDICE

Presentación
Daniel Herrera. Jorge Nicolás Lafferriere 15

Resumen Ejecutivo 16

Fundamentos y Título Preliminar 19

Algunas reflexiones sobre los fundamentos del Código
Daniel A. Herrera 41

Luces y Sombras del Título Preliminar
Gabriel Limodio 55

Comentarios al Capítulo 1 del Título Preliminar
Rodolfo Vigo 63

Comentarios Generales sobre el proyecto de nuevo Código Civil y Comercial
Marcelo U. Salerno 71

Reflexiones preliminares sobre el proceso de reforma del Código Civil
Fernando J. D. López de Zavalía 77

Efectos de la ley con relación al tiempo
Antonio R. Budano Roig 93

LIBRO I - PARTE GENERAL

La persona por nacer
Catalina E. Arias de Ronchietto y Jorge Nicolás Lafferriere 99

Los derechos personalísimos
Juan G. Navarro Floria 107

Algunas normas sobre bioética
Jorge Nicolás Lafferriere 117

El nombre y el apellido de las personas naturales
Diego N. Quirno y Anabella Crisci 127

El Domicilio
María B. Nieto 135

Régimen de Capacidad de los Menores
Carlos Muñiz 139

Personas con incapacidad y con capacidad restringida por razón de discapacidad mental
Carlos Muñiz 149

Fin de la existencia de las personas
Carlos Muñiz 161

Las personas jurídicas
Juan G. Navarro Floria 169

Las asociaciones civiles
Juan G. Navarro Floria 175

Las fundaciones
Gabriel M. Mazzinghi 179

Régimen del dominio público
Ignacio M. de la Riva, Javier Guiridlian y Pedro Coviello 185

Hechos y actos jurídicos
José O. Clariá 191

Las modalidades de los Actos Jurídicos
Antonio R. Budano Roig 197

LIBRO II - DERECHO DE FAMILIA

Introducción y consideraciones sobre la estructura del libro II
Úrsula C. Basset 207

Matrimonio
Úrsula C. Basset 211

Divorcio
Agustín Sojo 229

Régimen patrimonial del matrimonio
Úrsula C. Basset 235

Uniones convivenciales
Úrsula C. Basset 241

Matrimonio y Uniones dehecho: diferencias
Jorge O. Perrino 245

Parentesco. Consideraciones generales
Úrsula C. Basset 271

Parentesco. Alimentos. Primera aproximación
Claudio Belluscio 275

Filiación. Consideraciones generales
Úrsula C. Basset 291

La voluntad procreativa como causa fuente de filiación
Verónica Polverini 303

La maternidad subrogada (Gestación por sustitución)
Eduardo A. Sambrizzi 325

La fecundación *post mortem*
Eduardo A. Sambrizzi 325

La adopción
Atilio Álvarez 333

La patria potestad en iniciativas de reforma a la legislación civil
Daniel H. D'Antonio 343

Responsabilidad parental (Título VII)
Carina Comito y Natalia Comito 347

LIBRO III - DERECHOS PERSONALES. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

Obligaciones en general. Disposiciones generales
Fernando A. Ubiría 353

Obligaciones dinerarias
Marcelo U. Salerno 357

Obligaciones de dar moneda extranjera
Fernando A. Ubiría, Ángel M. Pafundi 361

Obligaciones con Cláusula Penal y sanciones conminatorias
Horacio A. Peix 365

Mora del Deudor
Juan P. Montesano 371

Pago por consignación
Juan P. Montesano 377

Contratos en General
Alejandro Borda 383

Contratos de consumo
Alejandro Borda 389

Contratos de consumo
Walter F. Krieger 391

Compraventa
Néstor Condoleo 397

Permuta
Esteban Centanaro 403

Locación
Santiago P. Iribarne 409

Leasing
Juan C. Hariri 417

Transporte de personas
Ángel M. Pafundi 425

Contratos Bancarios
Eduardo A. Barreira Delfino 429

Contratos de comercialización
Hugo Llobera 441

Franquicia
Ernesto Polotto y Cristina Marín Henríquez 455

Mutuo y Comodato
Daniel G. Alioto 461

Donación
Marcos Elía 467

Fianza
Alejandro Borda 475

Fideicomiso
Néstor Condoleo 479

Dominio Fiduciario
Carlos A. Fossaceca (h.) 483

La responsabilidad civil
Fernando A. Ubiría 489

Deber de prevención del daño. Acción preventiva. Causalidad
Emiliano C. Lamanna Guiñazú 497

Factores de Atribución
Jorge A. Mazzinghi (h.) 505

Responsabilidad del Principal
Manuel Díez Selva 509

Responsabilidad derivada de la intervención de cosas y de ciertas actividades
Ramiro Güiraldes 513

La responsabilidad del Estado
Lucas A. Piaggio 519

Títulos Valores
Pablo E. Czornenki 529

LIBRO IV - DERECHOS REALES

Metodología y parte general
Marcelo E. Urbaneja 539

Relaciones reales y su defensa
Marcelo E. Urbaneja 549

Dominio
Marcelo E. Urbaneja 553

Condominio
Manuel H. Castro Hernández e Ignacio de Garay Lanús 559

Propiedad horizontal en el Proyecto de Código Civil de 2012
Pablo M. Corna 569

Comentario al Título V del Libro Cuarto del Proyecto de Código Civil
Pablo M. Corna y Carlos A. Fossaceca 581

Conjuntos inmobiliarios
Pablo M. Corna 589

Comentario al Título VII del Libro Cuarto del Proyecto de Código Civil
Pablo M. Corna. Carlos A. Fossaceca 595

Usufructo
Marcelo E. Urbaneja 603

Uso y habitación
Marcelo E. Urbaneja 609

Servidumbre
Marcelo E. Urbaneja 611

Derechos reales de garantía
Silvina Rojas Torres 615

Acciones reales y relaciones entre estas y las acciones posesorias
Marcelo E. Urbaneja 623

LIBRO V - TRANSMISIÓN DE DERECHOS POR CAUSA DE MUERTE

La legitima hereditaria
Octavio Lo Prete 629

Legados
Marcela C. Berenguer 635

El fideicomiso testamentario
Ana Ortelli 639

La licitación en la partición de herencia
Marcela C. Berenguer 645

Indignidad y Desheredación
María del Luján C. Cabrera de Gariboldi 647

LIBRO VI - DISPOSICIONES COMUNES A DERECHOS PERSONALES Y REALES. OTRAS LEYES

Prescripción y caducidad
Alejandro Borda 655

Panorama general del Capítulo I del Título IV del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación
Alicia Perugini 659

Informe sobre los aspectos más relevantes en materia de Sociedades Comerciales
Gustavo J. Torassa 685

El derecho eclesiástico
Juan G. Navarro Floria 689

PRESENTACIÓN

La Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina quiere ofrecer su contribución al debate parlamentario relacionado con la posible sanción de un nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. A tal fin, en lo que constituye la culminación de un proceso iniciado en marzo de 2011, presentamos la obra "Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012" elaborada a partir de la generosa investigación de profesores de la Facultad e invitados especiales.

1. Antecedentes

Jornadas sobre la Codificación: La Facultad de Derecho de la UCA ha tenido siempre un especial interés en el estudio del fenómeno de la codificación. Así, no se pueden dejar de mencionar las Jornadas Académicas "La Codificación: raíces y prospectiva" que se realizaron los años 2002 –centradas en "El Código Napoleón"–, 2003 –La codificación en América– y 2004 –¿Qué derecho, qué Códigos, qué enseñanza?–, en coincidencia con el Bicentenario del Código de Napoleón. Esas importantes Jornadas se plasmaron en tres libros publicados por El Derecho y EDUCA que constituyen referencias insoslayables dentro de la reflexión jurídica más reciente en nuestro país sobre el tema de la codificación.

La constitución de la Comisión Redactora: Con tal antecedente, el informe que aquí presentamos constituye la culminación de una serie de actividades impulsadas por esta Facultad en el marco del proceso de reforma del Código Civil. En efecto, en virtud del Decreto 191/2011 del Poder Ejecutivo Nacional se puso en marcha un proceso de reforma del Código Civil y unificación con el Código de Comercio a través de la constitución en febrero de 2011 de una Comisión Redactora integrada por el Dr. Ricardo Lorenzetti, Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la Dra. Elena Highton de Nolasco, miembro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci, ex-integrante de la Suprema Corte de la Provincia de Mendoza. Dicha Comisión designó como Secretario al Dr. Federico De Lorenzo y convocó a distintos sectores de la sociedad para que hicieran llegar sus primeros aportes.

Primer informe en mayo de 2011: En respuesta a tal convocatoria, la Facultad de Derecho de la UCA, en marzo de 2011, por decisión del entonces Decano y actualmente Vicerrector de Asuntos Académicos e Institucionales, Dr. Gabriel Limodio, constituyó una comisión interna coordinada por el Dr. Julio Conte-Grand de tal modo que profesores de diversas asignaturas realizaron sus aportes, de manera sintética y precisa, incluso en muchos de los casos con propuestas de redacción de normas. Ese trabajo fue compilado en un primer informe que se elevó a la Comisión de Reforma en mayo de 2011, dentro del breve plazo fijado para enviar los aportes. Ese informe preliminar con aportes será publicado en el nro. 74 de la Revista Prudentia Iuris de la Facultad. Los profesores que elaboraron

aportes fueron: Rodolfo Vigo, Daniel Herrera, Jorge Nicolás Lafferriere, Bibiana Nieto, Alejandro Borda, Carlos Muñiz, Juan G. Navarro Floria, Ana María Ortelli, Úrsula C. Basset, Marcelo E. Urbaneja, Pablo M. Corna, Fernando Semberoiz y Elisa Petrelli.

Profesores de la UCA en subcomisiones: Al mismo tiempo, algunos profesores de la Universidad (Oscar Ameal, Alejandro Borda y Úrsula Basset) fueron convocados a integrar algunas de las subcomisiones de trabajo que fueron designadas en torno a temáticas particulares que luego eran sistematizadas y ordenadas por la Comisión de Reforma.

Jornadas Nacionales de Derecho Civil: la Facultad impulsó la participación de profesores de Derecho Civil en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil que se realizaron en Tucumán en octubre de 2011. Se trata del evento académico más importante de esta disciplina jurídica, que congrega a más de 2000 profesores de todo el país y de universidades nacionales y privadas y sus conclusiones constituyen una opinión doctrinaria de autoridad para conocer el parecer de civilistas.

Jornadas preparatorias con la Universidad Católica de La Plata: Previamente, se realizaron dos Jornadas preparatorias con la Universidad Católica de La Plata, con la participación de destacados juristas como los Dres. Jorge Perrino, Eduardo Sambrizzi, Eduardo Pettigiani, Catalina E. Arias de Ronchietto, Hernán Mathieu, entre otros, donde también se debatieron estos puntos y se discutieron los temas que fueron eje de las Jornadas Nacionales.

Publicaciones en El Derecho y otras revistas: Al mismo tiempo, tanto en la Revista Jurídica El Derecho, como en otras publicaciones jurídicas como La Ley, distintos profesores de la Facultad han publicado artículos sobre temas relativos al proceso de reforma del Código Civil. Igualmente, se publicó el libro "Estudios de Derecho Civil con motivo del Bicentenario", dirigido por los Dres. Julio Conte-Grand y Gabriel de Reina, que recoge importantes contribuciones sobre esta rama del derecho.

Encuentro con el Secretario de la Comisión Redactora: El 21 de noviembre de 2011, en el marco del Seminario de Investigación sobre Derecho de Familia y las Personas y la Cátedra Internacional Ley Natural y Persona Humana, se organizó un encuentro en la Facultad con el Dr. Federico De Lorenzo, quien es el Secretario de la Comisión de Reforma del Código Civil. En ese encuentro, se dialogó sobre el proceso de reforma y se expresó el interés de la Facultad de continuar aportando al debate. En ese marco, el Dr. De Lorenzo destacó que, aunque habían recibido escritos de cátedras y profesores individualmente considerados, el aporte de la Facultad de Derecho de la UCA había sido el único aporte institucional enviado por una Facultad de Derecho como tal. Hasta ese momento contábamos con algunas versiones preliminares del anteproyecto y se fueron publicando algunos comentarios en revistas académicas.

Constitución de nueva comisión de profesores: En el mes de marzo de 2012, al ser anunciado el envío al Congreso de la Nación del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial, se decidió la constitución de una nueva comisión integrada por profesores de distintas ramas del derecho civil y coordinada por el Director de Investigación Jurídica Aplicada de la Facultad, Dr. Jorge Nicolás Lafferriere, para que estudie el proyecto a fin de elaborar un informe completo, que sea capaz de ponderar los aspectos positivos de la reforma y a su vez exprese con claridad aquellos elementos que no respetan la dignidad de la persona y de la familia y a otras dimensiones del bien común.

Encuentro con profesores y otras Universidades: El 15 de marzo de 2012 la Facultad ofreció el ámbito para un encuentro de profesores de diversas universidades y de distintos lugares del país en el que se debatieron los alcances del anteproyecto en temáticas vinculadas con la vida y la familia. Igualmente, el 19 de junio de 2012 desde la Facultad de Derecho de la UCA se invitó a Decanos y representantes de las Facultades de Derecho de las Universidades Católicas y de inspiración católica a un encuentro sobre el proyecto de nuevo Código Civil.

Convocatoria de los Obispos: Este compromiso con el tema resulta convergente con la invitación formulada por los Obispos Argentinos, quienes en el documento difundido en el 27 de abril de 2012 al término de la 103º Asamblea Plenaria de la Conferencia Episcopal Argentina titulado "Reflexiones y aportes sobre algunos temas vinculados a la reforma del Código Civil" pidieron a las Facultades de Derecho comprometerse en estudios profundos para realizar propuestas serias y meditadas en un tema que hace a la vida y cultura de la Nación.

En este marco, entendemos que el presente informe es un aporte que puede enriquecer el debate parlamentario iniciado a partir del envío al Senado de la Nación del proyecto de ley de nuevo Código Civil y Comercial de la Nación el pasado 8 de junio de 2012 y la decisión de crear una Comisión Bicameral para el estudio del mismo.

2. Estructura del informe

Constituida la comisión de profesores, dada la imposibilidad fáctica de analizar todo el proyecto con exhaustividad, se definieron los temas más relevantes a incorporar en esta publicación, como así también los profesores y colaboradores a quienes se encomendaba la tarea y las pautas de los informes.

En este sentido, en la publicación que aquí presentamos encontrarán artículos que procuran una descripción objetiva y sintética de los principales cambios que presentan los temas en estudio, acompañada de un Análisis jurídico de dichos cambios, de modo también sintético y objetivo, con algunas apreciaciones valorativas en caso que corresponda sobre aspectos positivos y aspectos negativos.

Resulta obvio aclarar que se trata de primeras aproximaciones a las cuestiones en debate y por tal motivo los artículos en general incluyen citas de jurisprudencia y doctrina en caso que sean las más relevantes y de autoridad, y que hayan ejercido influencia o hayan sido omitidas siendo que eran antecedentes de peso.

Vale consignar que existen diversidad de materias involucradas en esta reforma. Así, tenemos que señalar que en torno a la solución propuesta para algunos temas están en juego los denominados "valores no negociables", mientras que otras cuestiones son de apreciación prudencial. Por ello, aclaramos que legítimamente pueden darse una variedad de posturas sobre estos últimos temas aún dentro de nuestra Facultad, de modo que se señala el carácter personal de las valoraciones que se realizan.

Los artículos han sido agrupados en torno a los libros del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial, incluyendo un primer grupo de textos referidos a los fundamentos y el título preliminar, como así también dos contribuciones sobre la reforma en materia de sociedades y el derecho eclesiástico, de naturaleza transversal.

Finalmente, consideramos oportuno incluir un resumen ejecutivo de todo el informe para facilitar una aproximación general al mismo y permitir una rápida apreciación de algunos de los principales hallazgos y conclusiones que se extraen del análisis propuesto.

Corresponde un agradecimiento a todos los profesores que han participado de este informe, y especialmente a quienes han coordinado cada uno de los libros: Daniel Herrera (Fundamentos y Título Preliminar), Juan Navarro Floria y Jorge Nicolás Lafferriere (Libro I), Úrsula C. Basset (Libro II), Fernando Ubiría (Libro III), Marcelo Urbaneja (Libro IV) y Ana Ortelli (Libro V).

Consideramos necesario reiterar el carácter preliminar de muchos de los análisis que aquí se formulan, ordenados sobre todo al debate parlamentario y que ciertamente tendrán que ser confrontados con el debate doctrinario y la experiencia jurídica cotidiana y judicial, en caso que se avance con la sanción del nuevo Código Civil y Comercial.

3. Algunas consideraciones generales

Consideramos oportuno finalizar esta presentación con algunas breves reflexiones generales sobre la importancia de algunos principios rectores del Código Civil y Comercial en la vida de la Nación.

En efecto, en tanto el Código significa la sistematización de normas vinculadas a las relaciones de derecho privado, en sus diferentes dimensiones y etapas regulatorias, entendemos que debe asentarse en la consideración radical y excluyente de la persona humana y en el irrestricto respeto de la vida, de la cual aquella es correlato inescindible, desde la concepción y hasta la muerte natural.

Por añadidura, la materialización en normas positivas de pautas con contenido jurídico, y, en lo que hace referencia a la cuestión que nos ocupa, de naturaleza ius-privatista, torna ineludible la adecuada conceptualización de la persona como centro de toda relación de esta índole.

Asimismo, consideramos que es imprescindible dejar reconocido y consecuentemente establecido en toda norma pertinente, que el desarrollo del hombre no será factible, en plenitud, fuera de un grupo familiar, célula básica de la sociedad, sustentado a su vez en la institución matrimonial, matrimonio en esencia único, indisoluble y heterosexual, reconociendo para otros modos de vinculación eventuales derechos económicos o asistenciales de acuerdo a sus especies, que preserven sus respectivos intereses y eviten su desamparo social. La norma de derecho positivo, que exprese, integre o cree el derecho (esto último siempre que no se afecte un principio del orden natural ni el criterio de razonabilidad), debe respetar las garantías constitucionales y los principios de rango supralegal de naturaleza internacional articulados a nuestro sistema por mandato del art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, en tanto estos se inspiren en la naturaleza de las cosas.

En la misma línea es imperioso mantener un régimen de inaplicabilidad en forma retroactiva de las nuevas normas cuando se vulneren garantías constitucionales, como extremo fundamental del respeto a la seguridad jurídica y, por ende, a la convivencia social en concordia y armonía.

El sistema de relaciones personales y reales debe ordenarse amparando el ejercicio regular de las potestades, y validando su reconocimiento y tutela en consonancia con el bien común.

Finalizamos nuestra presentación haciendo votos para que Dios ilumine la tarea de los legisladores, en esta trascendente hora de la Patria, a fin de que puedan alcanzar un resultado que respete el orden natural, fuente última de las relaciones jurídicas, la persona y su dignidad, y los derechos que de ella emanan en sus diferentes dimensiones y grados.

Buenos Aires, 16 de julio de 2012

Dr. Daniel A. Herrera
Vicedecano a cargo del Decanato

Dr. Jorge Nicolás Lafferriere
Director de Investigación Jurídica Aplicada

RESUMEN EJECUTIVO

A los fines de facilitar la lectura del informe, se presenta esta síntesis de algunos de los aspectos más relevantes contenidos en los trabajos que conforman esta publicación elaborada por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina sobre el proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012.

FUNDAMENTOS Y TÍTULO PRELIMINAR
Coordinación: Daniel A. Herrera

1. La necesidad de la reforma y su procedimiento.

En torno a la necesidad de la reforma y su procedimiento, el artículo señala que es necesario un largo *proceso de recíproca ilustración y aquietamiento de las pasiones* antes que un proyecto tome estado parlamentario, para recoger un consenso previo obtenido informalmente en el espacio público –tanto en la comunidad jurídica, como en la opinión pública- y fuera del juego formal de las instituciones. Igualmente llama la atención sobre las implicancias de derogar un Código que nos ha regido por más de cien años para reemplazarlo por otro llamado a regular nuestras conductas por otro tiempo igual sobre la base de mayorías circunstanciales.

2. Los fundamentos del Proyecto de Código Civil

Se analizan los fundamentos del proyecto, distinguiendo entre aspectos valorativos y metodológicos. Se señala que, a diferencia de la última gran reforma de 1968, estamos ante una derogación del Código elaborado por Vélez que es sustituído por otro totalmente nuevo, que pretende combinar y complementar, no sin dificultad, el Derecho Privado (Civil y Comercial) con las leyes especiales en cada materia por un lado y el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, con la distinción entre principios y normas, como marco universal del nuevo paradigma del Estado de Derecho Constitucional. Se advierten las dificultades de complementar este nuevo paradigma con los distintos fenómenos del multiculturalismo, pues así como es injusto que las mayorías impongan su voluntad sin respetar los legítimos derechos de las minorías, es también injusto lo inverso, que las minorías pretendan imponer sus costumbres, formas de vida o deseos sin respetar los también legítimos derechos de la mayoría y su preponderancia en la composición y dirección de la sociedad en cuestión.

Igualmente, se señala que, sin perjuicio que en un proyecto tan integral siempre hay cosas positivas y negativas, hay que destacar que en aspectos sensibles como respecto al comienzo de la vida

donde se configura una discriminación injusta entre el embrión humano implantado y no implantado, en la familia, donde prácticamente se vacía de contenido al vínculo matrimonial y en filiación donde se desconoce el derecho a la identidad en los casos de fecundación asistida heteróloga, constituye un peligroso retroceso respecto a la auténtica dignidad humana.

3. El título preliminar

3.1. Lo positivo

El mantenimiento del título preliminar: Se considera acertado concentrar en un título preliminar los principios relevantes del ordenamiento, las fuentes del derecho, y la fijación de pautas para la aplicación de la ley y la interpretación jurídica. Igualmente es importante distinguir un título introductorio o preliminar de lo que ha sido la parte general en la enseñanza del derecho civil.

La distinción entre ley y derecho: La distinción entre Derecho (capítulo 1) y Ley (capítulo 2) parece un acierto frente a la estructura originaria del Código Civil que las asimilaba, aunque en el desarrollo de los artículos de ambos capítulos esa distinción queda en buena medida diluida. Igualmente, en el capítulo sobre el Derecho se dedica un espacio decisivo a la ley.

La constitucionalización del derecho privado: Se señala como positivo que el derecho civil genere puentes con el derecho en general, y en particular con la Constitución y los Tratados en que la Argentina sea parte.

La costumbre no contraria al derecho: Se considera importante la referencia del art. 1 a que "los usos, prácticas y costumbres son vinculantes……siempre que no sean contrarios a derecho". De ese modo no basta que exista alguna práctica consolidada o vigente para reconocerle eficacia jurídica, pues el límite es el derecho.

La distinción entre reglas y principios: Se valora la distinción entre reglas y principios y valores, en sintonía con el enclave del Código en el Estado de Derecho Constitucional, pues en éste además de reglas dispuestas autoritativamente hay "derecho" incluido en principios y valores.

3.2. Lo confuso o problemático.

El valor de la ley: Desde una visión realista y contextualizada se comparte con la Exposición de motivos las dudas sobre si no corresponde reforzar el valor y eficacia de la ley y se advierte que esa fuerte y explícita defensa de la ley no se revela en el articulado.

¿Silogismo deductivo judicial?: Se advierte cierta excesiva confianza en el silogismo judicial deductivo, cuando muchos de los casos a los que los jueces se enfrentan en los procesos son "difíciles" y como tales es posible arbitrar más de una solución razonable en el derecho vigente y válido.

El alcance de la Interpretación: Si bien el listado de fuentes del art. 1 del proyecto incluye a la Constitución, los Tratados que la Argentina sea parte, la jurisprudencia y usos y costumbres siempre que no sean contrarias a derecho, el art. 2 expresamente refiere a la "interpretación" de la ley. Esa ambigüedad o falta de claridad se potencia cuando en el artículo 3 se alude a decisiones judiciales "razonablemente fundada". En definitiva, resulta confuso el alcance que corresponde asignar a la interpretación, ello sin perjuicio de no estar exigiendo del Código precisiones o definiciones que le son ajenas.

¿Título dirigido a los jueces y título dirigido a los ciudadanos? Se advierte que la distinción realizada en los fundamentos sobre títulos dirigidos a los jueces y juezas (del Derecho y de la Ley) y títulos dirigidos a los ciudadanos (del ejercicio de los derechos) resulta demasiado forzada y poco realista. Es que en definitiva los jueces deben guiarse por el modo que pretende la ley para el ejercicio de los derechos, más aún, todo el derecho se dirige a ciudadanos y autoridades.

3.3. Lo Negativo.

Mantenimiento de un sistema que pretende contener todo el ordenamiento: Se considera que hay que tomar en cuenta la diferencia entre la teoría general y la filosofía del derecho para tener la audacia de pensar lo jurídico más allá del propio saber de los juristas incorporando la ética, la política, y por que no la comprensión del fenómeno religioso. Por eso, se cuestiona que el proyecto pretende la existencia de un sistema que contenga a todo el ordenamiento jurídico, lo cual de alguna forma limita la propia aplicación de los principios jurídicos transformándolos en los principios generales del derecho, no ya del siglo XIX, sino de un nuevo orden consensuado, pero también hermético.

Fuerte individualismo: Se considera que, aún cuando se mantienen institutos de la reforma de 1968, se ahonda en una visión fuertemente individualista de los derechos personalísimos, olvidando la inserción de la persona en la organización natural de la sociedad.

Ausencia de la equidad: El silencio del Proyecto respecto a la equidad supone un alejamiento de un recurso conceptual fuertemente consolidado y de una enorme tradición que viene del derecho romano. Se recuerda que en las enseñanzas clásicas el objeto de la equidad era suplir para un caso peculiar los defectos de una ley que en general no era injusta.

La función de los principios: Si bien en los Fundamentos se reconoce que el derecho no sólo está en las reglas sino también en principios y valores, ellos no aparecen en la nómina del art. 1 referido precisamente a las "fuentes" sino simplemente en el art.2 cuando se habla de la interpretación de la ley. De ese modo los principios (y valores) sólo tendrían una función interpretativa pero se les desconocería las funciones: integradoras, correctiva y validadora de las reglas.

Las consecuencias olvidadas: Entre las pautas de interpretación no se han considerado las consecuencias desfavorables que puedan tener las decisiones. Desde ya que no se trata de decidir por las consecuencias, sino de la obligación del juez de considerarlas a la hora de resolver un caso, consciente que está incorporando al derecho vigente un precedente que será obligatorio para él, y estará disponible para los demás operadores jurídicos.

Las normas jurídicas no legales: se señala el silencio sobre la forma de considerar a la producción normativa del Poder Administrador en sus diversos ámbitos, advirtiendo que en nuestro tiempo los Estados han ido padeciendo un cercenamiento de su antigua soberanía y una dispersión de los Poderes que tradicionalmente estaban en algunos de los tres clásicos. Más allá del Estado, dentro del Estado y por debajo del Estado, se han ido constituyendo centros de poder con capacidad jurígena importante, que muchas veces prevalece sobre la ley o la pone en tensión.

LIBRO I - PARTE GENERAL
Coordinadores: Juan Navarro Floria y Jorge Nicolás Lafferriere

1. Persona humana

Se recurre a la expresión "persona humana" para denominar a las hasta ahora llamadas "personas físicas o de existencia visible". Se distingue el momento del comienzo de la existencia de la persona según haya sido el origen de la vida humana: si el embrión se ha formado por técnicas de reproducción humana asistida, se toma como momento inicial la "implantación"; mientras que si se trata de una procreación natural se toma como punto de partida la concepción. Se introduce así una irrazonable y arbitraria distinción entre los seres humanos, negando a algunos de ellos la condición de persona. La mención a una ley de "protección" de los embriones no implantados es insuficiente, pues debería reconocerse plenamente la personalidad de esos embriones sin distinción alguna, como lo hace la mayoría de la doctrina civilista en nuestro país.

Se eliminan los artículos que impiden las controversias durante el tiempo del embarazo (67, 68 y 78) y explícitamente se admite el cuestionamiento preventivo de la filiación.

Se omite incluir la norma del actual art. 72 (que rechaza la teoría de la viabilidad) y la regla general del Código para los casos de varios nacimientos en un mismo parto.

2. Derechos Personalísimos

La introducción en el Código Civil de un capítulo específico referido a los derechos personalísimos es uno de los puntos positivos de la reforma propuesta. Responde a los desarrollos de la doctrina, y refleja razonablemente las propuestas de ésta, los contenidos de normas particulares y dispersas hasta ahora, y los postulados de la jurisprudencia.

Se explicita el respeto a la dignidad de la persona humana (art. 51).

Hay una norma específica sobre la imagen y la voz, tanto en su captación como en la reproducción (art. 53), incluyendo su protección "post mortem".

No hay mención expresa del derecho a la vida, salvo en la norma del artículo 54 que establece la prohibición de actos peligrosos.

Se contempla la exigencia del consentimiento informado para la realización de actos médicos (art. 59), siguiendo a la Ley 26.529 de derechos del paciente, que sin embargo conserva su vigencia, con la reforma de la ley 26.742, llamada "de muerte digna". El artículo 60, prevé la posibilidad de formular directivas médicas anticipadas, con prohibición de la eutanasia.

Se reglamenta la investigación en salud humana, y se prohíben las prácticas destinadas a alterar la constitución genética de la descendencia, aunque con algunas excepciones cuestionables (art. 57).

El derecho a la identidad, es mencionado en el artículo 52, aunque parece asimilarse allí al derecho a la imagen, cuando ambos tienen contenidos distintos.

Otra omisión notable es alguna previsión referida a la libertad, y en particular la libertad de conciencia, y específicamente el derecho a la objeción de conciencia, que podría haber sido previsto.

3. Nombre de las personas humanas

El proyecto de Código Civil recoge muchas de las normas de la ley 18248 y sus modificatorias, pero introduce cambios que en algunos casos parecen una imposición abrupta de criterios ajenos a nuestras tradiciones.

En lo que respecta al prenombre, fija un criterio más amplio que la ley vigente, suprimiendo varias restricciones. Se objeta que se haya eliminado el requisito de que el nombre no sea equívoco respecto del sexo de la persona.

No se dice nada sobre la instancia a la que se apela en caso de conflictos con la autoridad administrativa en materia de nombre, dejando un vacío legal.

Se modifica el régimen del apellido para los hijos matrimoniales, quienes llevarán el apellido de alguno de los cónyuges pudiendo, a pedido de ambos, agregar el apellido del otro. Para el caso de desacuerdo entre los consortes, se determinará por sorteo el orden de los apellidos. La solución propugnada implica una modificación sustancial del régimen vigente, que no se condice con la ancestral e inveterada costumbre de imponer a los hijos el primer apellido del padre, para mantener la tradición familiar.

El proyecto establece que cualquiera de los cónyuges puede optar por usar el apellido del otro, con la preposición "de" o sin ella.

El proyecto de reforma no menciona expresamente el principio de la inmutabilidad, pero consagra la premisa de que sólo procederá el cambio cuando existan justos motivos a criterio del juez.

4. Domicilio

El Proyecto ubica en lugares diferentes los artículos referidos al domicilio de la persona humana, y de la persona jurídica.

El régimen del domicilio de la persona humana se simplifica, eliminándose la categoría del domicilio de origen.

En cuanto a las personas jurídicas, se distingue entre domicilio y sede social.

También se regula al domicilio en el libro dedicado al derecho internacional privado.

5. Personas menores de edad

El proyecto ha tomado en consideración la mayoría de los aportes de la doctrina más reciente sobre el tema, elaborando un sistema de capacidad de los menores de edad más flexible y acorde con las pautas que resultan de la Convención sobre los Derechos del Niño.

En líneas generales, avanza hacia el objetivo de construir un sistema claro y eficaz, fundado sobre la base del principio de capacidad progresiva.

En particular, sin entrar en el delicado tema de los derechos personalísimos, se reglamenta en forma precisa y operativa el derecho de los niños a ser oídos en el marco de los procesos en los que se discutan sus intereses.

Subsiste la división de los menores de edad en categorías (ahora, niños hasta los 13 años y adolescentes a partir de los 13 y hasta los 18) que no responden a una realidad ni ontológica ni a una necesidad jurídica.

6. Personas con enfermedad mental

El proyecto avanza en la resolución de los problemas surgidos a partir del dictado de la ley 26.657.

El sistema propuesto en cuanto a las distintas categorías, sus graduaciones y principios parece más claro y responde a las demandas de la doctrina, sin perjuicio de algunos reparos que se han formulado.

Hubiera resultado deseable una mayor clarificación sobre la posibilidad de alternativas intermedias entre la incapacidad absoluta y la capacidad restringida.

Hubiera sido importante clarificar la cuestión relativa a la integración del equipo interdisciplinario, estableciendo algunas garantías mínimas, que permitan establecer el justo alcance de la intervención del profesional médico.

No se presentan innovaciones significativas en materia de registro.

Finalmente, con relación al tratamiento de la internación, subsisten en la redacción problemas que han sido objeto de preocupación por la doctrina.

7. Fin de la existencia de las personas humanas

El proyecto distingue entre el concepto e instante mismo de la muerte, que es metajurídico y transversal a distintas disciplinas, y el establecimiento de criterios de comprobación de que el hecho de la muerte ha acaecido en un caso concreto.

Se trata en forma unificada la cuestión sobre la prueba del nacimiento, la muerte y de la edad.

No hay casi diferencias con el sistema vigente en relación a los medios de prueba supletorios del fallecimiento ante la falta de asiento o registro, como así tampoco en los regímenes de simple ausencia y fallecimiento presunto.

8. Personas Jurídicas

Se abandona la denominación de "personas de existencia ideal" y se adopta exclusivamente la expresión "personas jurídicas".

El Título se estructura en tres capítulos, dedicados respectivamente a una "parte general", a las asociaciones civiles y a las fundaciones respectivamente.

Se mantiene la distinción entre personas jurídicas públicas (entre ellas y correctamente, la Iglesia Católica) y privadas, pero amplía el catálogo en ambos casos.

Entre las personas jurídicas privadas, se incluye a las sociedades; las asociaciones civiles; las simples asociaciones; las fundaciones; las mutuales; las cooperativas; el consorcio de propiedad horizontal; las comunidades indígenas; y otras.

El proyecto incorpora numerosas normas para regular las asociaciones civiles, a diferencia del Código vigente. El proyecto tiene mejor sistemática, pero adolece de excesivo reglamentarismo.

El acto constitutivo se convierte en formal, puesto que requiere de escritura pública, que debe inscribirse "en el registro correspondiente" una vez obtenida la autorización estatal. El proyecto detalla minuciosamente el contenido del acto.

Varias normas tienden a impedir las restricciones abusivas al derecho de participación de los asociados.

Los directivos son responsables frente a la asociación y a los asociados, haciendo aplicables a las asociaciones normas de la ley de sociedades en materia de acciones de responsabilidad.

Respecto de las simples asociaciones, se aclara su régimen pero con un aumento del reglamentarismo y la injerencia estatal.

En materia de fundaciones es un acierto incorporar su tratamiento al articulado del código.

Hay escasas modificaciones en relación al régimen vigente de la ley 19.836. Se establece que el acto constitutivo sea otorgado **en instrumento público** a diferencia de lo establecido en la ley vigente. Se exige un plan trienal no sólo en el tramo inicial de la entidad, sino a lo largo de toda la vida de la institución.

9. Hechos y actos jurídicos

El Proyecto ubica el tema de los hechos y actos jurídicos en el título que trata **"De la parte general"**, superando la crítica que se realizaba a la metodología del código vigente.

En su primer capitulo titulado **"Disposiciones generales"** expresa los conceptos de Hecho jurídico, Simple acto lícito, Acto jurídico, Acto voluntario y Acto involuntario; en términos más claros y precisos.

En los actos involuntarios se modifica la edad del discernimiento para los actos lícitos llevándola a 13 años.

Se legisla acerca del objeto de los actos jurídicos y se mantiene en lo sustancial la disposición del art. 953 vigente.

En la sección segunda se legisla acerca de la **causa del acto jurídico** y se incorpora a la legislación la causa fin como un elemento autónomo del acto jurídico, superando de esa manera las dificultades de interpretación y discrepancias existentes al respecto.

El capitulo 6 se refiere a los **Vicios de los actos jurídicos** (Lesión, Simulación y Fraude) quedando claramente diferenciados de los vicios de la voluntad (Error, Dolo y Violencia). El art. 332 trata el vicio de Lesión manteniendo, en lo esencial, la regulación del actual art. 954. Se sustituye la noción de ligereza del actual Código Civil por la de "debilidad síquica".

El Capitulo 9 trata sobre la **ineficacia de los actos jurídicos** (terminología que no utiliza el actual Código Civil) y se establece que los actos jurídicos pueden ser ineficaces en razón de su nulidad o de su inoponibilidad respecto de determinadas personas. El proyecto suprime la distinción entre actos nulos y anulables.

10. Régimen de bienes del dominio público

En este tema, el Proyecto busca superar un criterio patrimonialista para hacer hincapié en la funcionalidad (individual y/o social) que pueden alcanzar los bienes, más allá de su valor económico.

Hay un cambio metodológico que brinda mayor claridad del régimen troncal de los bienes del dominio público.

Como innovación, se ha incorporado una disposición que contempla específicamente la situación de los bienes del dominio de los particulares, afectados de manera directa a la prestación de un servicio público, para establecer a su respecto que el poder de agresión de los acreedores no puede perjudicar la prestación del servicio.

LIBRO II - DERECHO DE FAMILIA
Coordinación: Ursula C. Basset

1. Matrimonio

Lo más objetable de la regulación del matrimonio se centra en al menos cinco puntos: a) la eliminación de los deberes jurídicos de fidelidad, cohabitación y asistencia en la enfermedad; b) la supresión de la separación personal; c) la imposibilidad de que los cónyuges puedan optar ante estas supresiones por formas más exigentes de convivencia por vía de pactos; y, d) la eliminación de los tiempos de espera y de la discusión de la culpa en torno al divorcio; e) el mantenimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo.

a) Supresión de los deberes de fidelidad, cohabitación y asistencia moral

La supresión de los deberes de fidelidad, cohabitación y asistencia es una de las críticas más importantes que deben hacerse a la reforma, ya que desvirtúan la expectativa social en torno al matrimonio, así como su esencia jurídica. Ni siquiera la ley española los deroga, a pesar de que también tiene matrimonio entre personas del mismo sexo y divorcio exprés.

La supresión de dichos deberes tiene diversas consecuencias jurídicas disvaliosas:

i) La desprotección jurídica de la víctima. Si las dos partes están de acuerdo en otorgarse un pacto de libertad, la regulación no presenta problemas. El problema se da cuando alguien quebró la fe otorgada por el otro. En ese caso, la legislación protege al adúltero, al que abandonó en la enfermedad o abandonó la casa sin causa alguna; y deja indefenso y sin acceso a la justicia al inocente.

ii) La incongruencia con las demás instituciones que presuponen esos deberes. Por ejemplo: Del deber de fidelidad y cohabitación surge el fundamento para presumir que un hijo es hijo de un matrimonio sin violar el derecho a la identidad genética. Si una persona puede tener pluralidad de parejas, no se entiende porqué debe atribuirse el hijo al marido sin averiguar antes. Del deber de cohabitación surge la protección de la vivienda familiar, que no puede ser embargado por acreedores. Si un matrimonio puede tener varias residencias, entonces no se sabe bien cuál de ellas debería estar fuera del alcance de los acreedores y cuál no.

iii) La incongruencia de la derogación de esos deberes con otros sistemas jurídicos. Por ejemplo, si alguien rompe un contrato cualquiera por culpa (y no el matrimonio, que es el más importante de todos los contratos), se debe una reparación económica por daños causados; en cambio, si se rompe culposamente el matrimonio, no habrá sanción alguna. En el derecho laboral, si un empleado obra infielmente respecto de su jefe, es despedido; en cambio en el matrimonio, la infidelidad no tiene

trascendencia. Finalmente, en el mismo Proyecto, se exige fidelidad para las uniones convivenciales (concubinatos) y no para el matrimonio. Es incongruente.

b) Supresión de la separación personal

La supresión de la separación personal es contraria al principio de autonomía de la voluntad, libertad e igualdad incluido en el capítulo de matrimonio. Si alguien no se quiere divorciar por convicciones religiosas y prefiere en cambio separarse, no se entiende porqué la ley lo obliga a divorciarse a la fuerza. Sería preferible una ley que respete la intimidad de conciencia y todos los proyectos de vida por igual, y no solamente a aquellos que son más laxos. Se trata de dar más libertades y más opciones y no de quitar las que ya existen.

c) Imposibilidad de pactos acordes a los proyectos de vida

Ya que el proyecto presenta un sistema jurídico en el cuál se permiten las opciones más laxas de vida (ser infiel, tener muchas parejas y no cohabitar, sería lícito según la nueva regulación); no se ve por qué no se permite también la misma libertad de elección de proyecto de vida a las personas que quieren pactar llevar un estilo de vida más exigente en beneficio de sus hijos y de la sociedad. Debería permitirse pactar los contenidos del matrimonio (deber de fidelidad, asistencia moral, cohabitación, tipo de divorcio, etc.) según la elección de los contrayentes.

d) Divorcio exprés

La incorporación del divorcio exprés, como ha quedado demostrado en las jurisdicciones en dónde rige, no sólo no ha servido para disminuir la litigiosidad, sino que en todas esas sedes los conflictos en materia de familia se han incrementado exponencialmente a lo largo de los años, generando sobrecargas jurisdiccionales.

Es que lo único que reduce la conflictividad en la familia es el acompañamiento interdisciplinario y la prevención.

Pensar que porque se prohíba discutir la culpa, la litigiosidad entre dos personas que se separan va a desaparecer, es un mito. Lo que va a suceder es que se van a seguir peleando, pero por otros temas peores: los niños, las visitas, los alimentos y los bienes.

e) Mantenimiento del matrimonio de personas del mismo sexo

No podemos dejar de señalar como problemática de fondo que se haya mantenido la posibilidad de que dos personas del mismo sexo contraigan matrimonio, en una figura que ha suscitado importantes controversias doctrinarias.

2. Régimen patrimonial del matrimonio

En cuanto al régimen económico del matrimonio, lo principal radica en que deberían darse más opciones para que cada cónyuge pueda elegir de qué manera puede regir sus relaciones económicas. Deberían incorporarse la comunidad total y la participación.

3. Uniones convivenciales

En cuanto a las uniones convivenciales, a nuestro modo de ver lo central está dado en que la regulación no se dirige a la realidad social argentina de hoy. Hoy día, las parejas no tienen el menor interés en registrarse, como lo demuestran las estadísticas de la Ciudad de Buenos Aires. La gente prefiere tener acceso voluntario a efectos puntuales. La regulación ni resuelve el problema real sucesorio, ni el asunto del enriquecimiento sin causa que se planteaba hasta ahora. Para nosotros, lo que va a suceder si es que se sanciona el proyecto (y es el consejo que ya hoy están dando los abogados), es disuadir a las personas de convivir más de dos años. Con lo cuál no sólo bajará la tasa de matrimonio (así como ya sucede) sino que además las personas no van ni siquiera a convivir, para no quedar unidos a la fuerza sin poder decidir los efectos de la convivencia. Por otra parte, la casi completa equiparación con el matrimonio resulta en una desjerarquización de éste.

4. Parentesco

En cuanto al parentesco, la cuestión más grave es la invisibilización del incesto que se producirá por la nueva regulación de fecundación in vitro heteróloga y maternidad subrogada. Dado que la donación anónima es permitida, y no hay organismos de control, cualquier persona concebida con estas técnicas correrá riesgo de tener relaciones románticas con su hermano o medio hermano sin saberlo.

5. Filiación

Con respecto a la filiación, se trata de uno de los capítulos más unánimemente rechazados por la doctrina. Salvo unos pocos autores, la más vasta mayoría de especialistas en derecho de familia está fuertemente opuesta a este capítulo.

Lo más objetable, es que se da marcha atrás con el principio constitucional de protección de la identidad biológica, se viola la dignidad de la mujer y de los niños incorporando el contrato de maternidad subrogada y la fecundación post mortem, y todo eso dejando total libertad a los laboratorios para comprar y vender gametos y embriones, y a las empresas intermediarias para explotar a la madre subrogada. El proyecto presenta un modelo de legislación que prácticamente nadie en el mundo sigue, y que es más funcional a intereses creados que a los derechos de los niños y las mujeres.

La filiación biológica tiene presunciones de filiación matrimonial, siendo que la ley prevé que los cónyuges puedan tener varias parejas al mismo tiempo. Esto es muy grave, porque favorece la filiación complaciente, y la identidad biológica real del niño podría quedar silenciada si nadie advirtiera a ese niño que su padre puede ser otro.

La filiación por técnicas de reproducción asistida, además de las objeciones de fondo que merecen estos procedimientos, tiene su punto más negativo en la admisibilidad irrestricta de las técnicas de fecundación heteróloga con donación de gametos de terceros. Allí se admite el criterio de voluntad procreativa para determinar la filiación. No se exigen registros de identidad a los laboratorios, no se exige a los padres que informen a los hijos que su identidad genética podría ser distinta de su identidad jurídica, no se ponen límites a la cantidad de donaciones de gametos, etc. Abuelas, padres, hermanos y medio hermanos podrían ser donantes de gametos, porque nada está regulado. Es un proyecto altamente liberal, que favorece intereses creados; y como contrapartida no asegura ni la evitación del incesto ni el derecho a la identidad de los niños.

La fecundación post mortem equivale a engendrar huérfanos por disposición legal.

La maternidad subrogada es una forma universalmente considerada como explotación de la mujer. Que no se le pague en forma previa a la homologación a la mujer parece casi anecdótico, siendo que los que persiguen los pagos son los intermediarios. Que el útero de la mujer sea un objeto de comercio gratuito u oneroso, es indignante para cualquier firmante de la Convención para la Eli-

minación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer. Las subrogadas son siempre pobres de países expuestos; los subrogantes ricos. Es un instituto para gente de clase media alta, que sirve como medio de explotación y que convierte la filiación en un contrato. Sería preferible favorecer la adopción.

6. Adopción

En cambio, la adopción, a pesar de las apariencias, supondrá invariablemente un proceso que durará tres o cuatro años. Quiere decir que un niño recién nacido podrá estar institucionalizado al menos dos años antes de ser dado en adopción. Eso es muy triste.

Paralelamente, los efectos de la adopción serán variables según el caso. De este modo, la igualdad entre las filiaciones no se dará jamás. Un adoptado pleno en una misma familia podría tener efectos divergentes de su adopción. Con lo cuál la adopción ya no será ni siquiera una institución igualitaria.

7. Responsabilidad parental

La responsabilidad parental tiene una redacción un tanto confusa. Tiene instituciones benéficas, pero algunas de ellas parecen negativas. La más negativa es la del estatuto del progenitor afín, que sin consultar siquiera el inviolable derecho del niño a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta, obliga al niño a una relación con su padrastro con el cuál tal vez no se lleve bien. Que un padre o una madre quieran contraer nuevas nupcias no significa que el menor también tenga que "casarse" a la fuerza con su nuevo padrastro. Si la madre se casa varias veces, entonces el menor, tendrá varios progenitores afines; y todo eso, sin derecho a opinar sobre el tipo de relación que tenga con ellos. Más grave es el caso de los convivientes. Bastaría que una persona conviva con la madre o el padre sin exigirse los requisitos del Título III, para que el niño sin más sea hijo afín. Esto genera una situación de inestabilidad del niño.

También es grave el espectro de disposiciones que el niño o el adolescente puede tener sobre su propio cuerpo, considerando que algunas de ellas pueden tener consecuencias irreversibles. No se establecen parámetros para decidir quién es "progresivamente autónomo" para ejercer las competencias que da la ley. El juez no está capacitado para hacer un examen de tipo psicológico y emocional para evaluar la capacidad progresiva del niño, dado que no tiene herramientas de formación para ello.

8. Procesos de Familia

Los procesos de familia podrían invadir competencias provinciales. Lo mejor sería revisarlas y acotarlas lo más posible. Algunas instituciones propuestas, pueden encontrar obstáculos en los presupuestos y recursos provinciales.

LIBRO III - DERECHOS PERSONALES
Coordinación: Fernando Alfredo Ubiría

1. Metodología

El Libro Tercero abarca un total de 1157 artículos (desde el 724 hasta el 1882) y se estructura en cinco títulos: Obligaciones en general, Contratos en general, Contratos de consumo, Contratos en particular, y Otras fuentes de las obligaciones, los que a su vez la mayoría se subdividen en capítulos, secciones y parágrafos.

Las diferencias con el Código de Vélez Sársfield son notorias, para comenzar la menor cantidad de normas que se emplean para abordar la rica y compleja materia obligacional y la contractual. Además, resulta coherente con lo normado para el conjunto del articulado la disposición de una parte general para ambas temáticas.

En lo sustantivo, es particularmente relevante la unificación de los regímenes de las obligaciones civiles y comerciales que cuenta con amplio consenso doctrinario vernáculo y extranjero. En la redacción de las normas la gramática utilizada es –en general– clara y precisa, se evitan las frases extensas y farragosas de algunas normas del texto velezano.

2. Obligaciones en general (Título I)

Se introduce una definición de "obligación" insatisfactoria pues no la abarca o dimensiona adecuadamente. A la par, su proposición es errada y pírrica pues su efecto normativo se orienta a negarle carácter obligacional a la denominada "obligación natural" cuando, en rigor, la coercibilidad de la conducta del deudor no interesa al concepto mismo de obligación.

En materia de obligaciones de dar dinero en moneda extranjera, el P.E.N. modificó lo previsto por la Comisión y determinó volver al sistema anterior a la ley N° 23.928 en cuanto permite al deudor liberarse entregando el equivalente en moneda de curso legal. Se regula el anatocismo. Se reconoce la facultad judicial de reducir los intereses.

Se desarrolla el régimen de las obligaciones de hacer y no hacer adecuadamente, se precisa en los distintos casos posibles la naturaleza y entidad del deber prestacional orientado a satisfacer el interés del acreedor.

Se confiere carácter normativo a las obligaciones concurrentes.

Se asienta como principio la mora "automática" a los efectos de proteger adecuadamente el crédito.

En lo referente a las "sanciones conminatorias", la modificación introducida por el P.E.N. resulta arbitraria e infundada. Mínimamente resulta necesario que se precisen los alcances de la remisión practicada a las normas de derecho administrativo cuando son las autoridades públicas las que incumplen los mandatos judiciales.

3. Contratos en general (Título II)

Se contempla un concepto amplio de contrato que resguarda su contenido patrimonial.

Se ha modificado parcialmente el alcance conceptual del principio de buena fe y se ha omitido la expresión "de acuerdo con lo que las partes entendieron o pudieron entender obrando con cuidado y previsión" que le daría mayor claridad.

El sistema de prelación normativa es confuso pues pone en un pie de igualdad a las normas indisponibles de la ley especial y a las del Código sin establecer cuál debe primar si se contradicen.

Desaparece la distinción entre contratos reales y consensuales, todos son de esta última naturaleza. Desaparece la forma *ad probationem*. En materia de formación del consentimiento se regula la teoría de la recepción.

Se regulan los contratos por adhesión, las tratativas contractuales y los contratos preliminares.

En materia de causa se mantiene el sistema causalista, claramente conveniente a tenor de su carácter moralizador.

4. Contratos de consumo

La incorporación de este microsistema al Código crea un doble régimen que resulta inconveniente por la existencia de numerosas incongruencias y contradicciones con la ley vigente. Para peor

se ponen en un pie de igualdad a las normas indisponibles de la ley especial y las del Código, por lo que desaparece cualquier atisbo de prelación normativa, aun cuando se determina claramente que en cualquier caso habrá de estarse a la regla favor consumidor.

Es valorable que se defina el contrato de consumo y que se precise contundentemente el respeto por la dignidad de la persona conforme a los criterios generales que surgen de los tratados de derechos humanos.

La definición de consumidor importa un retroceso pues elimina la figura del denominado "consumidor expuesto" que había sido uno de los avances de la ley 26.361, decisión que no se justifica pues obedece únicamente a cuestiones relacionadas con el contrato de seguro y su extensión, dejando de lado la adecuada protección de las víctimas de daños, por ej., por incumplimiento del deber de seguridad y daños causados por productos y servicios.

Las prohibiciones de publicidad normadas y las acciones que se reconocen a los consumidores afectados constituyen una herramienta interesante para perseguir la finalidad de brindar la mayor cantidad de información veraz posible para que su decisión sea plenamente libre.

El P.E.N. modificó el art. 52 bis de la ley 24.240 y lo convirtió en una repetición del art. 1714 del Proyecto que legisla las "sanciones pecuniarias disuasivas", en este caso orientado a punir el "grave menosprecio hacia los derechos del consumidor".

5. Contratos en particular

En materia de compraventa, en general se incorpora lo regulado en el Código de Comercio. El boleto de compraventa es considerado contrato y resulta oponible frente a la quiebra o concurso del vendedor.

Respecto a la permuta se unifica su denominación y se mejora metodológicamente su tratamiento. Si bien se excluye expresamente la posibilidad de transferir el dominio de dinero, lo cierto es que como el P.E.N. reformó el art. 765, a la moneda extranjera (que no es de curso legal en la Republica) se le aplica el régimen de las obligaciones de dar cantidades de cosas.

En cuanto a la locación, el régimen que se propone estriba únicamente en la locación de cosas ya que se regulan separadamente los contratos de locación de servicios y de obra debido a las importantes diferencias en las contraprestaciones. En lo atinente al "objeto", además de las cosas muebles e inmuebles se incorpora a la "universalidad que incluya alguna de ellas", lo que parece estar dirigido a un tópico controvertido cual es la posibilidad de locar un fondo de comercio.

En materia de leasing, si bien su inclusión importa un avance, su regulación evidencia importantes imperfecciones, más aún considerando que el tráfico negocial exige aquí una operatoria especialmente ágil, simple y confiable que no se plasma.

Respecto a los contratos bancarios, su tratamiento es muy simple y tiene el mérito de darle una base legal mínima que refuerza el encuadramiento del contrato y sus derivaciones contables, impositivas e interpretativas. No se profundizó en su esencia financiera ni se resaltó la principal función económica de la cuenta corriente bancaria, como es el mecanismo novatorio de las obligaciones exigibles a su vencimiento autorizadas a debitar para transformarlas en no exigibles y luego cancelarlas por compensación.

Se contemplan también los contratos de agencia, concesión y franquicia, habiéndose omitido la forma más genérica y utilizada como es el contrato de distribución. Resulta conveniente normar disposiciones generales, para recién después legislar sobre cada uno de esos contratos con sus particularidades y así evitar repeticiones, dándole una mejor sistematización.

El mutuo y el comodato son transformados en contratos consensuales y bilaterales debido a la supresión de los reales. También se invierte la regla vigente de la gratuidad del mutuo civil y comercial y se presume su onerosidad, salvo pacto en contrario, facultándose a los jueces a reducir intereses excesivos, aún de oficio.

En materia de donación, se establece que su oferta caduca con la muerte del donante, por lo que elimina la posibilidad de aceptación *post mortem*. La donación de cosas muebles registrables debe

ser hecha por escritura pública bajo pena de nulidad, por lo que se amplía el espectro de bienes que obligan al cumplimiento de formas solemnes.

Se regula el arbitraje como contrato, lo que resulta criticable y se le reconfiere un marco muy amplio pues se lo regula como mecanismo de solución de controversias respecto de relaciones jurídicas contractuales o no contractuales.

En cuanto al fideicomiso, se definen los roles de cada uno de los contratantes, principalmente del fiduciario, fijándose por ejemplo el alcance de su responsabilidad. Crea la figura del condominio para el caso que se nombren varios fiduciarios, quienes pueden otorgar actos de disposición únicamente de manera conjunta salvo pacto en contrario.

Finalmente, se norma al "dominio fiduciario" dentro del ámbito contractual y fuera del correspondiente a los derechos reales. Se admite la posibilidad sobresaliente de acordar cláusulas que limiten las facultades del fiduciario, y son inoponibles a los terceros interesados de buena fe no obstante su inscripción en los registros pertinentes.

6. Otras fuentes de las obligaciones y la Responsabilidad civil (Título V)

Se estructura como un sistema más amplio en tanto se orienta a cumplir tres funciones: la preventiva, la disuasiva y la resarcitoria, dimensionándolas en general de manera adecuada.

Resulta novedosa y satisfactoria la incorporación de normas expresas sobre prevención del daño.

Se valora adecuadamente la conducta del agente y se fusionan normas que comparten similar operatoria, se sienta con claridad el principio general de valoración objetiva a excepción de los casos que suponen una confianza especial. Se refuerza el carácter nuclear de la causalidad adecuada en materia de reparabilidad de las consecuencias dañosas.

Dentro del concepto de culpa se incorpora la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión, enriqueciendo y dimensionando adecuadamente a la figura. En materia de dolo se amplia su concepto al incluirse la "manifiesta indiferencia por los intereses ajenos". En cuanto al factor objetivo se procura asignarle un alcance general y abarcativo, limitándose a prescribir que en tal caso "la culpa del agente es irrelevante" y que libera únicamente si se demuestra al *casus*.

Se incluye y asimila el régimen de responsabilidad derivado de actividades riesgosas al de los daños derivados del riesgo de las cosas, determinándose de manera expresa su carácter objetivo.

Se precisa el carácter concurrente de las obligaciones de responder del dueño y guardián frente a la víctima.

En materia de responsabilidad del Estado el P.E.N. introdujo una importante reforma al orientarla hacia el derecho público administrativo nacional o local y determina la competencia de la Nación o de las provincias en sus respectivas órbitas, lo que resulta objeto de seria crítica. A tenor de la eliminación del art. 1112 CC, la ausencia actual de una regulación precisa generará lagunas e inseguridad jurídica.

LIBRO IV - DERECHOS REALES
Coordinador: Urbaneja, Marcelo Eduardo

1. Metodología

El Libro Cuarto abarca un total de 395 artículos (desde el 1882 hasta el 2276) y se organiza en 14 títulos, divididos algunos de ellos en capítulos.

Contrasta la cantidad indicada con la regulación vigente, que contempla la materia desde el artículo 2311 hasta el 3261. A su vez, todos los institutos han sido regulados en una cantidad de artículos sensiblemente menor a la actual.

Siguiendo la tesitura del Código de 1871, se definen la mayor parte de los derechos contemplados.

En torno a la metodología, hay diferencias notorias respecto al Código Civil en vigor, como la inclusión de una profusa parte general, la incorporación de la prescripción adquisitiva en este libro y la exclusión del mismo del régimen de las cosas.

2. Parte General

Se introducen como nuevos derechos reales a la "propiedad comunitaria indígena", los "conjuntos inmobiliarios" (que a su vez contiene diversas especies) y la "superficie" (sin la limitación al ámbito forestal como en la actualidad). No se encuentra entre ellos la "indisponibilidad voluntaria", propuesta que sí reflejaba el Proyecto de 1998.

Respecto al contenido, se inicia el tratamiento con la parte general, más abarcativa y completa que la que actualmente se regula. Se establecen numerosos principios comunes y reglas que en el Código vigente se hallan dispersas o bien no surgen expresamente y son inferidas por la doctrina.

Se establece también normativa general sobre las causas de adquisición de los derechos reales, conservando en el ámbito inmobiliario el principio de la registración declarativa, en feliz rectificación del inicial propósito reformista que pretendía, con crítica doctrinaria cuasi unánime, imponer la registración constitutiva.

3. "Relaciones reales" (relaciones de poder) y su defensa

Se cambia la denominación tradicional en la doctrina por la de "relaciones de poder", y expresamente se consigna como tales sólo a la posesión y la tenencia, excluyendo a la yuxtaposición (que múltiples concepciones consideran vigente).

Se reflejan diversos aspectos de ambas instituciones, tanto comunes como particulares.

4. Dominio

Se explicitan los caracteres y clasificación, pero no se regula aquí lo relativo al dominio fiduciario, sino que se lo hace en el sector de contratos (vinculada a la normativa relativa al contrato de fideicomiso).

Relativo a las distintas causas de adquisición de cosas muebles e inmuebles, se mantienen algunas de las soluciones y se innova respecto a otras, siendo algunas de esas soluciones compartibles y otras objetables.

Una ostensible reducción y reordenación de normas exhibe la materia de las restricciones y límites al dominio.

5. Condominio

Se conservan los aspectos sustantivos de la regulación actual, aunque se ha cambiado la ubicación del tratamiento del condominio por confusión de límites, que se regula junto con la acción de división en el título de las acciones reales.

Están depuradas la mayoría de las disposiciones que en el Código vigente ocasionaron opiniones encontradas.

6. Propiedad Horizontal

La desaparición de la ley 13.512, que postula el proyecto especial de ley abrogatoria previsto por la Comisión al efecto, es reemplazada por una regulación completa del instituto, receptando buena parte de las propuestas doctrinarias y jurisprudenciales.

Entre otras modificaciones, además de la depuración de la enumeración de partes privativas y comunes y el régimen de quórum y mayorías, se establece expresamente la personalidad del consorcio. Se ha receptado la propuesta de admitir subconsorcios a los efectos de la administración (útil para los "grandes consorcios"), pero, en cambio, no se contempló, como es reclamado desde diversos sectores, un régimen menos riguroso para los "pequeños consorcios". Al contrario, se crea como organismo obligatorio el consejo de propietarios.

El reprochable y tortuoso régimen vigente de prehorizontalidad es reemplazado por un sistema de seguro.

7. Propiedad Comunitaria Indígena

Su sola inclusión en un Código Civil es una iniciativa novedosa, por cuanto, a raíz de haberse incorporado expresamente su existencia en la reforma constitucional de 1994, las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (2001) postularon la inconveniencia de este proceder.

La regulación prevista puede encontrar escollos en esa normativa constitucional y en tratados de jerarquía equivalente.

8. Conjuntos Inmobiliarios

La consagración en la legislación nacional de estos institutos ha sido largamente reclamada por la doctrina, y contemplada en legislaciones locales diversas, en muchos casos con dudosa constitucionalidad.

Se admite su constitución por tres sistemas: derecho real (necesariamente propiedad horizontal, con las alteraciones que el mismo Proyecto establece), derecho personal o sistema mixto.

9. Superficie

Ampliando el estrecho marco forestal que en la actualidad se admite, la incorporación de este derecho real implica abrogar la vigente ley 25.509.

Además de la multiplicidad de modalidades (que incluye entonces a la posibilidad edilicia), se contemplan las variantes de ejercerse sobre cosa propia o sobre cosa ajena (propiedad superficiaria y derecho de forestar o edificar). Hay una regulación más prolija que la actual, aclarando algunas lagunas y vacilaciones.

10. Usufructo

Hay simplificación de algunas reglas, suprimiendo artículos que reflejaban una casuística no siempre necesaria.

Varios de los interrogantes que hoy existen no son superados por el Proyecto. Se subraya lo reprochable de ese proceder en tanto estamos en presencia de un derecho real sumamente utilizado, aunque su divulgación casi exclusivamente familiar ocasione escaso reflejo en la jurisprudencia.

Como novedad, se admite la posibilidad de transmitir el derecho, pero extinguiéndose junto con la vida del primitivo usufructuario, por lo que la innovación respecto de la actual posibilidad de cesión del ejercicio es menor.

11. Uso y Habitación

Con mejor técnica legislativa que el derecho vigente, se precisan cuáles son los derechos que cada uno de estos titulares podrá constituir.

No obstante, se mantienen interrogantes y vacíos, como el que rodea al concepto de "casa", que no precisa el Código Civil ni tampoco el Proyecto, conspirando contra su eficacia práctica.

12. Servidumbre

Estando en presencia del derecho real con la casuística más numerosa en la normativa vigente, se advierte una plausible reducción de las disposiciones que lo regulan. No obstante, el Proyecto se resiente en la supresión de directivas que se inducen más fácilmente en el Código actual.

Se disipan con precisión las vacilaciones actuales en torno a las servidumbres personales.

No hay regulación específica para las servidumbres típicas, y se han eliminado las clasificaciones vinculadas a la existencia de signos exteriores (aparentes o no aparentes) y a la necesidad del hecho del hombre (continuas y discontinuas).

13. Derechos reales de garantía

En metodología postulada por numerosa doctrina, se incorpora una regulación general para todos los derechos reales de garantía, acompañada por las partes especiales pertinentes para cada uno de ellos, que continúan siendo hipoteca, prenda y anticresis.

La novedad más relevante resulta la contemplación expresa de la garantía "de máximo", que en torno a la hipoteca ha causado los debates más arduos en materia de garantías.

En cuanto a la hipoteca en particular, se han eliminado normas superfluas, pero se han conservado, en técnica legislativa reprochable, artículos que debieran integrar la parte general de los derechos reales (v. gr., vinculadas a la descripción del objeto y la necesidad de aceptación por el acreedor).

Se aclara la vinculación entre la hipoteca de parte indivisa y la partición, motivo de concepciones encontradas desde los orígenes del Código Civil.

En materia de anticresis, con la evidente intención de revertir la escasísima utilización del instituto, se innova al ampliar su objeto a las cosas muebles (conservando, naturalmente, los inmuebles) y otorgarle privilegio.

La prenda ha recibido modificaciones que emprolijan algunas contradicciones y oscuridades de la normativa vigente. Se postula el reemplazo de la norma que regula especialmente a la prenda con registro por las disposiciones ahora incorporadas, que superan en claridad y tecnicismo a las de aquella.

14. Acciones reales y su relación con las defensas de la posesión y la tenencia

Conservando las tres acciones reales típicas que el Código de Vélez Sársfield contiene, el Proyecto se ha apartado expresamente de diversas propuestas autorales que ponderaban la reunión de todas las acciones de este tenor en una sola.

Por lo tanto, se mantiene la existencia de la acción reivindicatoria, confesoria y negatoria, pero con sustanciales innovaciones respecto a la normativa vigente. Se clarifica, fundamentalmente, el aspecto más controvertido, cual es el de la legitimación activa de cada una.

No obstante, algunos textos que contemplaban cuestiones de envergadura, como el vinculado a la prueba en la acción reivindicatoria, han sido reemplazados por disposiciones que no contribuyen a disipar las controversias actuales.

Se destaca, como hiciéramos notar al comentar el condominio, el cambio de ubicación de la acción de deslinde, que el Proyecto contempla en este título.

Las relaciones entre el "petitorio" y el "posesorio" mantienen las directivas actuales, con la incorporación de preceptos que llenan alguna orfandad legislativa.-

LIBRO V - TRANSMISIÓN DE DERECHOS POR CAUSA DE MUERTE
Coordinación: Ana Ortelli

A continuación se presentan algunas de las principales conclusiones correspondientes a los trabajos sobre el proyecto de Código Civil y Comercial en torno al libro V sobre transmisión de derechos por causa de muerte:

- **Legítima:** Se reduce la porción legítima de los descendientes a dos tercios y la de los ascendientes a un medio, manteniendo la del cónyuge supérstite. Se amplía la porción disponible cuando existen herederos con discapacidad.
- **Nuera viuda:** Se suprime el derecho hereditario de la nuera viuda sin hijos.
- **Exclusión del cónyuge supérstite:** Se modifica, en consonancia con los cambios introducidos en derecho de familia, las causales de exclusión del cónyuge supérstite.
- **Persona concebida post-mortem:** Dentro de los sucesores incorpora a la persona nacida de las técnicas de reproducción humana asistida post mortem.
- **Indignidad:** Modifica las causales de indignidad, adecuándolas al Código Penal vigente. Asimismo, vincula las causales de indignidad con las causales de revocación de las donaciones. Atento ello, deroga el instituto de desheredación.
- **Aceptación de herencia:** En materia de aceptación, regula expresamente las consecuencias del silencio. Asimismo, enumera expresamente los actos que suponen aceptación, expresa, táctica y forzada, como así también los que no la configuran. Se establece que la aceptación efectuada por el representante legal de una persona incapaz o con capacidad restringida no obliga a éste *ultra vires.*
- **Renuncia:** Con relación a la renuncia, se acepta expresamente la renuncia en acta judicial
- **Cesión de herencia:** Se regula expresamente la cesión de herencia
- **Petición de herencia:** Se limita la acción de petición de herencia a la determinación del carácter de heredero, librando a otras acciones reales, las cuestiones relativas a los bienes. Se reconoce expresamente la imprescriptibilidad de esta acción.
- **Responsabilidad de los herederos:** En relación a la responsabilidad de los herederos, establece que la misma es intra vires, limitándose al valor de los bienes, salvo expresas excepciones.
- **Colación:** En relación a la acción de colación, se incluye al cónyuge supérstite entre los legitimados pasivos, obligados a colacionar.
- **Atribución preferencial de bienes:** Se establecen casos de atribución preferencial de bienes, sin perjuicio del derecho de habitación del cónyuge supersite el cual se regula en términos amplios.
- **Oposición a la división de establecimiento:** Se reconoce el derecho del heredero a oponerse a la división del establecimiento que constituye una unidad económica si, antes de la muerte del causante, ha participado activamente en su explotación. Asimismo, se admite la dispensa de colación tanto por testamento como en el mismo acto de donación.

- **Valor de los bienes:** Se establece que el valor de los bienes sujetos a colación debe calcularse al momento de la partición.
- **Prescripción adquisitiva:** Se admite la excepción de prescripción adquisitiva frente a la acción de reducción.
- **Cómputo de hijuelas:** Con relación al cómputo de las hijuelas que corresponden a cada heredero, sólo se toman en cuenta las donaciones colacionables o reducibles, efectuadas a partir de los trescientos (300) días anteriores a su nacimiento o, en su caso, al nacimiento del ascendiente a quien representa, y para el del cónyuge, las hechas después del matrimonio
- **Partición parcial:** En materia de partición se admite la partición parcial. Se restringe la partición por ascendientes a los bienes propios del causante.
- **Testamento de incapaz:** En materia testamentaria se admite la validez del testamento otorgado por el incapaz declarado judicialmente, que tiene discernimiento en el acto de testar.
- **Testamento cerrado:** Se suprime la forma ordinaria de testamento cerrado
- **Legatario de cuota:** Suprime la figura del legatario de cuota.
- **Revocación del testamento:** Se limita la causal de revocación de testamento por matrimonio posterior del testador al caso en el que el instituido heredero sea el futuro cónyuge del testador.
- **Normas procesales:** Se incorpora un capítulo referido al procedimiento sucesorio.

LIBRO VI - DISPOSICIONES COMUNES A LOS DERECHOS REALES Y PERSONALES. OTRAS LEYES
Coordinación: Dr. Alejandro Borda

Prescripción
Alejandro Borda

La valoración que cabe hacer del Título I, del Libro VI *Prescripción y caducidad* (arts. 2532/2572), es, en general, positiva. Existen algunas omisiones, pero ellas no impiden señalar que se ha establecido un régimen más simple y preciso y con plazos más breves, lo que también es conveniente. Este Proyecto ha tenido muy en cuenta el llamado Proyecto de 1998, fuente de casi todas sus normas.

Derecho Internacional Privado
Dra. Alicia Perugini Zanetti

Se realiza un análisis de los antecedentes históricos de legislación y codificación en materia de derecho internacional privado (DIPr.), que reconocen dos fuentes: desde los expertos internacionalistas y desde los civilistas. Se analiza la estructura del Título IV del Libro VI del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial y algunos de los artículos correspondientes a las disposiciones generales.

Se recuerda que existen profundas implicancias según se considere al DIPr. una parte del Derecho Civil y Comercial o se le reconozca el derecho a su autonomía, sea como ley o código. En el primer caso la influencia del ámbito material de ambos derechos repercute casi fatalmente en la disciplina. A título de ejemplo, se afirma que el Título IV del Libro VI del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial no ha tratado cuestiones sustanciales de esta disciplina. Si el DIPr. es un apéndice del Código Civil las cuestiones seguirían dispersas o sin solución legislativa. Tal acontece con el derecho laboral, el derecho societario, el derecho concursal, el derecho de propiedad intelectual, las formas electrónicas de contratación, la responsabilidad civil por contaminación transfronteriza o por el producto elaborado, el caso de lesiones al derecho de la personalidad.

Se valora la incorporación de DIPr. en una codificación del derecho privado pero se señala que falta un mayor reconocimiento de su autonomía y también un reconocimiento a los esfuerzos realiza-

dos con anterioridad. Se pondera el esfuerzo realizado por los autores del Título IV del Libro VI por ser bueno, realista y pragmático, aunque se aclara que el trabajo sólo analiza algunos artículos. Se estima, no obstante, que después de ochocientos años el DIPr. merece ser reconocido como acreedor a la libertad de una disciplina adulta y con el ejercicio de la responsabilidad por parte de una rica doctrina argentina - pasada y presente, tuvo y tiene - . Responsabilidad como para elaborar una ley o un código autónomo pero complementario al Código Civil y Comercial.

Otras leyes y temas

Reformas a la ley de sociedades

Gustavo Torasa

El artículo considera saludable la incorporación de la sociedad unipersonal. También se considera apropiada la regulación de todas las sociedades –comerciales o civiles- en un único cuerpo normativo, como así también el tratamiento de todas las figuras asociativas en el Código Civil y Comercial, pues se trata de meros contratos que no dan lugar al nacimiento de personas jurídicas distintas de las personas que celebran dichos acuerdos de voluntades. La separación de dichos contratos de la actual LSC clarifica su naturaleza jurídica y promueve la utilización de estas formas asociativas entre los empresarios.

Derecho eclesiástico

Juan G. Navarro Floria

Se analizan las disposiciones del proyecto de Código Civil relativas al derecho eclesiástico, particularmente las disposiciones sobre el carácter de persona jurídica pública de la Iglesia Católica y la ley aplicable, la situación de las asociaciones religiosas, los bienes eclesiásticos y otras cuestiones de esta rama del derecho.

ANÁLISIS DEL PROYECTO DE NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL 2012

FUNDAMENTOS Y TÍTULO PRELIMINAR

Coordinador: Daniel A. Herrera

Facultad de Derecho
Pontificia Universidad Católica Argentina

Agosto de 2012

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LOS FUNDAMENTOS DEL CÓDIGO

Daniel A. Herrera

1. Antecedentes del Código

"*Las leyes no son meros actos de autoridad; son, por sobre todo, actos de sabiduría, de justicia, de raciocinio. Al crearlas, el legislador ejerce menos una autoridad que un sacerdocio. Por ello no debe jamás olvidar que las leyes son hechas para los hombres y no los hombres para las leyes; que estas deben adecuarse al carácter, a los usos, a la realidad humana e histórica de un pueblo para el cual son dictadas; que cuando se legisla es preciso ser sobrio en cuanto a novedades"*[1].

Estas palabras no fueron dichas por Aristóteles, ni por Cicerón, ni mucho menos por Tomás de Aquino, sino por un ilustrado como Portalis, en su célebre discurso inaugural del Código de Napoleón, que sin duda fue una de las fuentes principales de nuestro Código Civil que hoy se quiere reformar. Para el movimiento de codificación imperante en aquella época, los códigos constituían un ordenamiento sistemático de normas que regulaban de forma unificada un determinado sector de la realidad jurídica, en este caso el Derecho Civil.

Ahora bien, esto no quiere decir que dichas normas eran creadas de la nada, o deducidas de ideas claras y distintas, conforme al método del racionalismo cartesiano, sino que en cuanto al contenido fueron más bien compilaciones o consolidaciones de normas preexistentes, romanas o consuetudinarias, satisfaciendo sobre todo las necesidades que la realidad histórica demandaba[2]. "El meollo del problema –como dice Quintana– no se encuentra en la materialidad del derecho legislado en el *Code,* sino en las escuelas interpretativas y hermenéuticas que se apoderaron *a posteriori* de él, viabilizadas por el método racionalista, que no es un simple instrumento, sino una concepción filosófica, que prescindiendo de la realidad, abrirá sí, paso a los ideales iluministas e ilustrados que se nutrían del empirismo y del utilitarismo"[3].

Esta idea de Códigos completos y autosuficientes, con rigurosidad científica y seguridad jurídica (aun a costa de la justicia), donde el interprete se ajustaba a repetir las palabras de la ley, entra en una primera crisis a finales del siglo XIX, como lo refleja las criticas de Geny y cae en una crisis terminal después de la segunda guerra mundial, cuando el Estado Legal de Derecho, apoyado en la ley como la fuente principal del derecho, va a ir siendo reemplazado por un Estado Constitucional de Derecho, donde la Constitución como un orden de principios o valores a los que se incorpora el

1. Portalis, *Discurso preliminar del Código Civil Francés.*

2. Cfr. Fassó, Guido, *Historia de la Filosofía del Derecho,* Madrid, Ediciones Pirámide, 1996, vol. 3, pág. 18.

3. Quintana, Eduardo Martín, "*El Código Civil Francés, la ilustración y el positivismo jurídico*", publicado en el libro "*La Codificación, raíces y prospectiva, el Código de Napoleón",* coordinado por el Dr. Carlos Raúl Sanz, Buenos Aires, Educa, 2003, vol. I, pág. 119.

Derecho Internacional de los Derechos Humanos, va a desplazar a la ley como fuente fundamental del derecho.

Nuestro Derecho y nuestro Código Civil no estuvieron ajenos a este proceso. El Código Civil de Vélez como dijimos fue tributario junto con otras fuentes (como el esbozo de Freitas) del Código de Napoleón y el movimiento interpretativo y exegético posterior fue también un reflejo de su símil francés. Luego de varios intentos de reforma frustrados, el Código fue reformado parcialmente en 1968, por la ley 17.711, de clara inspiración en la jurisprudencia desarrollada a partir de la década del veinte del siglo pasado y contraria a la primera jurisprudencia exegética, incorporando soluciones de justicia a través de distintas instituciones (el abuso del derecho, la lesión subjetiva-objetiva, la teoría de la imprevisión, etc.) pero manteniendo la estructura del Código original.

La idea de hacer un código nuevo desde su estructura, método y contenido (aun manteniendo en este aspecto muchas normas del código vigente), no es nueva, como tampoco es nuevo su intento de unificación con el Código Comercial. Al respecto podemos citar los proyectos de 1987 y 1998. Ya en la última parte del siglo pasado asistimos al intento de unificación de la legislación civil y comercial, lo que constituiría la base del Derecho Privado, coexistiendo junto con leyes especiales que regularan distintas materias específicas y muy especializadas de ambas áreas. En este marco se inscribe la presente reforma, al que agrega aquel otro marco (al que ya nos referimos) del Estado Constitucional de Derecho con la inclusión de un orden principial o valorativo. El problema es determinar cuales son los principios o valores que la animan y que constituyen sus fundamentos.

2. Los fundamentos del proyecto de nuevo código unificado.

El proyecto distingue entre aspectos valorativos y metodológicos. Entre los primeros podemos señalar los siguientes: 1) Código con identidad cultural latinoamericana; 2) Constitucionalización del Derecho Privado; 3) Código de la igualdad; 4) Código basado en un paradigma no discriminatorio; 5) Código de los derechos individuales y colectivos; 6) Código para una sociedad multicultural; 7) Código para la seguridad jurídica en las transacciones comerciales. Por su parte entre los segundos indica: 1) Amplia participación y discusión de la doctrina; 2) Consensos y decisiones valorativas; 3) un título preliminar y partes generales para las diversas instituciones que regula. Redacción de las normas. 4) El Código y las demás normas del sistema.

2.1. Aspectos valorativos.

2.1.1. Código con identidad latinoamericana

Dice el Proyecto: "*Existe una concepción orientada a integrar el bloque cultural latinoamericano. Este es un cambio relevante, toda vez que la historia revela la extraordinaria influencia de la tradición romana e hispánica, y luego francesa, a partir de la codificación. El Código Civil Francés, sancionado por ley del 21 de marzo de 1804, influyó con sus criterios a Europa –Italia (1865), Portugal (1867), España (1889), y América (Quebec [1866] , Louisiana [1870]), Perú (1852), Chile (1857), Argentina (1871) y Brasil (1917). Esta tradición ha sido muy importante durante toda la historia del derecho argentino y la hemos respetado en sus aspectos esenciales. Sin embargo, también hemos incorporado nociones propias de la cultura latinoamericana así como una serie de criterios que se consideran comunes a la región*".

Como expresamente dice, el proyecto pretende compatibilizar las tradiciones románica, hispánica y francesa (en sus aspectos esenciales) que influyeron en nuestra codificación como lo demuestra la historia del Derecho Argentino, con nociones propias de la cultura latinoamericana, especialmente de origen indigenista, porque las tradiciones hispanoamericanas ya se encontraban en

la vertiente anterior, y de esta manera incorporar al Derecho Privado Argentino dentro del bloque cultural latinoamericano.

Ahora bien, esta tarea de compatibilización no es fácil, dadas las diferencias culturales y jurídicas de las distintas tradiciones. Ya no fue sencillo en su momento complementar las fuentes romanas e hispanoamericanas con la influencia francesa, de su código y sobre todo de su escuela exegética posterior. A esto hoy se le agrega, la incorporación de instituciones de un origen e identidad totalmente distintas como son las provenientes de los llamados pueblos originarios.

Sería realmente loable poder armonizar tradiciones tan distintas y poder hacerlo sin afectar las identidades culturales, a través de una integración cultural común que respete la originalidad de cada aporte. Ahora bien, ¿Existe esta integración? ¿Cual es el resultado de la misma? ¿Cuales son las características del llamado bloque cultural latinoamericano? ¿Se puede imponer esta integración por ley o es la ley la que refleja una previa integración cultural? Estos son solo algunos de los interrogantes que quedan sin respuesta en el presente proyecto, que en lo personal pienso que apela más bien a lugares comunes, antes que fundamentar sus afirmaciones (a pesar de llamarlas fundamentos).

Por si esta integración ya fuera dificultosa, tenemos que agregar la integración con el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos que nos remite al segundo de los aspectos valorativos.

2.1.2. Constitucionalización del derecho privado.

Dice el Proyecto: "*La mayoría de los Códigos existentes se basan en una división tajante entre el derecho público y privado. En nuestro anteproyecto, en cambio, tomamos muy en cuenta los tratados en general, en particular los de derechos humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al receptar la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina. Esta decisión se ve claramente en casi todos los campos: la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, los derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, de los consumidores, de los bienes ambientales y muchos otros aspectos. Puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado*".

Este *nuevo paradigma del Estado de Derecho Constitucional* no funciona como un sistema de normas puramente formal, en el cual el legislador de turno podría incorporar cualquier contenido, sino que constituye en sí mismo un sistema de *normas y principios* con contenido sustancial o material que el ordenamiento jurídico tiene que incluir. Justamente, son los derechos fundamentales o los derechos humanos los que surgen de esos principios u operan a modo de principios.

Esta distinción entre normas o reglas y principios la encontramos tanto en *Dworkin* que fundándose en ella elaboró su crítica al positivismo que consideraba al derecho como un sistema exclusivo de normas dictadas por los órganos competentes y de acuerdo a un determinado procedimiento formal[4], como en *Alexy* que distingue los principios como *mandatos de optimización* a ser realizados en el marco de las posibilidades fácticas y jurídicas y las normas como *mandato definitivos* que deben ser realizados, consistiendo ambos tanto en permisiones como en prohibiciones. Para el iusfilósofo alemán los derechos individuales pueden tener tanto la forma o el carácter de mandato de optimización (*principio*), como de mandato definitivo (*norma*). Esto se da porque el derecho lleva necesariamente una pretensión de corrección que complementa su coerción, implicando una conexión

4. Cfr. Dworkin, Ronald, "*Los derechos en serio",* Barcelona, 1999, Ed. Ariel.

necesaria entre el derecho y la moral como se ve en su aspecto más radical en su reformulación de la fórmula de Radbruch: *La injusticia extrema no es derecho*[5].

Una distinción semejante la encontramos en el *neoconstitucionalismo italiano* tanto de *Zagrebelsky* como de *Ferrajoli*. Para *Zagrebelsky* los principios constitucionales con su apertura a los derechos del hombre y a los grandes principios de justicia limitan a la ley. Ahora bien, aunque para el jurista italiano los principios constitucionales no son de derecho natural, sino más bien la instancia suprema del derecho positivo, que justamente positiviza lo que hasta entonces era una prerrogativa exclusiva del derecho natural, sin embargo, en cuanto a la determinación de la justicia y de los derechos humanos, se asemejan, en su formulación universalista y abstracta a los principios de derecho natural, sin serlo, lo que constituye una seria dificultad para su justificación[6]. En cambio para Ferrajoli *todos los derechos fundamentales equivalen a vínculos de sustancia y no de forma*, que condicionan la validez sustancial de las normas producidas y expresan al mismo tiempo, como manifestación máxima del derecho positivo, los fines a que está orientado ese moderno artificio que es el Estado constitucional de derecho, por lo que no trasciende el ámbito del derecho positivo, e incluso del propio positivismo jurídico[7].

También desde una perspectiva pospositivista, pero idénticamente posmetafísica, Jürgen Habermas, basado en su *teoría de la acción comunicativa* a través del lenguaje, manifiesta que se puede reconstruir un consenso perturbado por medio del procedimiento democrático en el que los participantes lo hagan desde sus distintas tradiciones culturales y religiosas, con la sola condición de que las convicciones desde las que participan puedan ser traducidas al lenguaje posmetafísico común a todos, a fin de poder alcanzar un consenso al menos mínimo de valores y derechos que un Estado de Derecho constitucional democrático tiene que reconocer[8]. El carácter especialmente procedimental y posmetafísico del lenguaje de la razón comunicativa, hace que la traducción propuesta vacíe de contenido sustancial a los principios con que los participantes confluyen desde sus tradiciones y culturas, lo que lleva a una dicotomía en la propia persona, considerado como ciudadano por un lado, y como creyente o no creyente por el otro. En otras palabras, se divide lo que en realidad es en sí mismo indivisible, pues es el mismo hombre el que es portador de tradiciones o creencias y el que participa desde ellas en el proceso democrático deliberativo.

En la actualidad parece imponerse una idea de derecho también originada en occidente, como es la idea de *los derechos humanos*, hoy internacionalizada o pseudoglobalizada mediante lo que se conoce como *el Derecho Internacional de los Derechos humanos*, transformado en virtud de los pactos y tratados internacionales en una especie de *superderecho* o *supraderecho* por encima de los derechos nacionales de cada uno de los estados, que por otra parte deben incorporarlo como parte liminar del mismo, lo que constituye una verdadera transformación de la noción de soberanía nacional en el plano jurídico.

En el aspecto jurídico en el nuevo paradigma del *Estado de Derecho Constitucional* se produce *una constitucionalización de todo el derecho*, tanto público como privado, pues como dice el proyecto, se "establece una comunidad de principios entre la Constitución, el Derecho Público y el Derecho Privado". Hoy cualquier cuestión jurídica se convierte en una cuestión constitucional, según ha sucedido explícitamente en nuestro país al constitucionalizarse en la reforma de 1994 el derecho internacional de los derechos humanos, con la inclusión de los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional por el art. 75 inc. 22.

5. Cfr, Alexy, Robert, "*El concepto y la validez del derecho",* Barcelona 2008, Gedisa, pág. 185. y "*El concepto y la naturaleza del derecho",* Madrid-Barcelona, 2008, Marcial Pons, pág. 62 y 69.

6. Cfr. Zagrebelsky, Gustavo, "*El derecho dúctil",* Madrid, 1995, Ed. Trotta, pág. 115.

7. Cfr. Ferrajoli, Luigi: Derechos y garantías, la ley del más débil. Ed. Trotta.1999, pág. 19

8. Cfr. Habermas, Jürgen, "*Las bases premorales del Estado Liberal*", diálogo con el filósofo Jürgen Habermas en la Academia de Baviera, enero 2004, La Nación 28 de junio de 2005.

Ahora bien, como fruto de esta incorporación de los tratados internacionales, simultáneamente con esta constitucionalización de todo el derecho se ha producido *una internacionalización del Derecho constitucional* y de todo el derecho tanto público como privado, pues como dice el proyecto: "puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de los derechos humanos con el derecho privado". Internacionalización que no se limita al *aspecto normativo* con la supremacía constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos respecto a las leyes, sino que se extiende al *aspecto jurisdiccional* con la aparición de las cortes internacionales tanto a nivel regional (la Corte Interamericana o la Corte Europea) como mundial (la Corte Penal Internacional, etc.). En materia de derechos humanos, tanto la corte europea como la americana ejercen el *control de convencionalidad*, que es una especie de control de constitucionalidad internacional y que más allá del reconocimiento de ciertos márgenes de apreciación exclusiva de los Estados, obligan a estos a adaptar su ordenamiento jurídico tanto legal como jurisdiccional a los términos de la convención regional de derechos humanos.

Con motivo del nacimiento de verdaderos sistemas internacionales de protección de los derechos humanos, aparece *la persona humana* con su intrínseca dignidad como *nuevo sujeto de derecho internacional* junto con los estados nacionales y contra esos mismos estados en tanto y en cuanto no reconozcan o violen esos derechos fundamentales. Como dice el profesor español Rafael de Asís, el proceso de internacionalización de los derechos humanos, "*se caracteriza por un cambio en la relación entre el individuo y el Estado. Por el lado del Estado, aparece una instancia de poder superior a él, lo que a su vez produce que el concepto clásico de soberanía se tambalee. En determinados ámbitos del Derecho se amplía su esfera de validez limitada anteriormente a las fronteras nacionales. Por el lado del individuo, su status varía, estableciendo ciertas relaciones con esa nueva instancia, lo que produce a su vez modificaciones respecto a las que mantenía con el poder estatal. Desde esta perspectiva, los derechos fundamentales ya no se refieren exclusivamente a una relación de dos polos, individuo y Estado, sino que aparece un tercer elemento representado por una instancia supranacional*"[9].

Ahora bien, este nuevo modelo o paradigma, ni es la panacea que resuelve definitivamente todos los problemas, ni es una catástrofe que hace volar por los aires toda la estructura jurídica. En él podemos distinguir tanto cosas positivas o ventajas como aspectos negativos o riesgos. A continuación haré un breve detalle de algunas ventajas y riesgos.

Entre las ventajas podemos señalar las siguientes:

1. La centralidad de la persona humana y su dignidad frente a la centralidad del Estado en el modelo legalista anterior.
2. La rematerialización del derecho con la incorporación de los derechos fundamentales como contenido sustancial, a diferencia del esquema formalista anterior.
3. La rehabilitación de la dimensión práctica valorativa o axiológica de la realidad jurídica en reemplazo de una visión meramente descriptiva como la del positivismo legalista.
4. La interpretación a partir de principios (aunque se dificulta por la indeterminación y vaguedad de los mismos) en lugar de la aplicación mecánica de normas positivas independientemente de su contenido.
5. La Constitución con sus principios y valores como fuente del derecho a la cual se tiene que acomodar el resto del ordenamiento, en sustitución a la idea de una Constitución entendida como un mero programa político dirigido fundamentalmente al Poder legislativo que tenía que traducirlo en derecho normativo.

9. De Asís, Rafael, "*Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder",* Madrid, 2000, Editorial Dykinson, pág. 57.

Entre los riesgos podemos destacar:

1. Si no justificamos racionalmente los principios más allá de la propia Constitución que tiene que reconocerlos, solamente sustituiremos un positivismo legalista por un positivismo constitucionalista, subiendo solamente un escalón en la jerarquía de la estructura normativo-positiva, considerada como única realidad jurídica.
2. La expansión del derecho constitucional sobre las otras ramas o disciplinas del derecho, tanto público, como privado, mediante la aplicación directa de las normas constitucionales operativas por encima de las normas legales, restándole virtualidad jurídica a las mismas.
3. El peligro de caer en un positivismo judicial mediante una interpretación "libre" de los derechos o principios contenidos en la Constitución, favorecida por la textura abierta de las normas o cláusulas constitucionales. Aquí habría que distinguir entre el modelo europeo unificado por la jurisprudencia de los tribunales constitucionales y el sistema americano difuso donde cada juez realiza el control de constitucionalidad.
4. La posible inseguridad jurídica que surgiría de esa interpretación "libre" a que hicimos referencia en el número anterior.
5. La relación existente entre los principios y valores constitucionales y cierto relativismo moral, considerado como la única postura ética compatible con el actual pluralismo. Esta indeterminación de los principios lleva a una tensión inevitable entre una ética o moral más flexible y la rigidez del derecho y sus instituciones que se afianzan con el correr de los años.

2.1.3. Código de Igualdad.

Dice el Proyecto: "*Los textos vigentes regulan los derechos de los ciudadanos sobre la base de una igualdad abstracta, asumiendo la neutralidad respecto de las asignaciones previas del mercado. En nuestra posición, se busca la igualdad real, desarrollando una serie de normas orientadas a plasmar una verdadera ética de los vulnerables*".

Más allá de expresiones cargadas de alto grado de emotivismo como por ejemplo, hablar de una verdadera ética de los vulnerables, en lugar de una ética que como tal tiene que incluir a todos, con especial consideración a los más vulnerables y que como tal no es otra que la Ética, sin aditamentos, que se ocupa del hombre y de su obrar, de todo el hombre y de todos los hombres.

Por otra parte, el proyecto distingue entre una *igualdad abstracta* asumiendo la neutralidad respecto de las asignaciones previas del mercado, de una *igualdad real* en las relaciones jurídicas. Ahora bien, esta preferencia por lo que el proyecto hoy llama igualdad real, ya fue realizada por la reforma de 1968 al incorporar instituciones como el abuso del derecho, la lesión subjetiva-objetiva y la teoría de la imprevisión, al mismo tiempo que les dio a los jueces mayores potestades para morigerar las desigualdades a través de un reajuste equitativo de las relaciones jurídicas, tanto contractuales como extracontractuales.

2.1.4. Código basado en un paradigma no discriminatorio.

Dice el Proyecto: "*En la tradición histórica, el sujeto de derechos privados ha sido el hombre. Hemos cambiado este paradigma para concebirlo en términos igualitarios, sin discriminaciones basadas en el sexo, la religión, el origen o su riqueza. En los textos proyectados aparecen la mujer, el niño, las personas con capacidades diferentes, el consumidor, las comunidades originarias, y muchos otros que no habían tenido una recepción sistemática hasta el momento*".

El paradigma de la no discriminación es uno de los principios centrales del nuevo modelo, a tal punto que hoy constituye uno de los aspectos centrales de una nueva noción de orden público. Hoy el orden público parece reducirse al respeto irrestricto por la autonomía de la voluntad casi

sin límites (paradójicamente el orden público es uno de los límites de la autonomía de la voluntad como señala el artículo 21 del Código Civil, mantenido por el artículo 12 del Proyecto) y a la no discriminación.

Ahora bien, para ser justos, tenemos que distinguir o discriminar (porque discriminar es distinguir) entre discriminaciones justas e injustas. Es correcto afirmar la no discriminación injusta por cualquier causa (sexo, raza, religión, condición social, etc.), pues lo repudiable es la injusticia que se realiza mediante la discriminación. Distinto es el caso de las discriminaciones o distinciones justas como las que se realizan por capacidades, actitudes y aptitudes que deben ser reconocidas y distinguidas en algunos casos o rechazadas y sancionadas en otros, como cuando uno selecciona o elige al que considera más capacitado para una tarea o función, o premia y castiga según cual sea la actitud y su obrar consecuente. Como decía Aristóteles, es tan injusto tratar desigual a los iguales, como tratar igual a los desiguales

Mientras que las discriminaciones injustas no pueden aceptarse, las segundas no solo pueden ser aceptadas, sino que son necesarias para la mejor convivencia social. En este punto considero que los fundamentos tendrían que distinguir (o discriminar) mejor las distintas situaciones.

2.1.5. Código de los derechos individuales y colectivos.

Dice el Proyecto: "*En su mayoría, los códigos del derecho privado comparado regulan solo los derechos individuales. El anteproyecto que presentamos da una importancia relevante a los derechos de incidencia colectiva, en consonancia con la Constitución Argentina y de modo coordinado con la brasileña. Esto tiene un impacto significativo en el modo de relacionamiento con los recursos naturales. En materia de bienes, la mayoría de los códigos decimonónicos han quedado desactualizados. En efecto, aparecieron bienes que, siendo de la persona, no tienen un valor económico, aunque sí una utilidad, como sucede con el cuerpo, órganos, genes, etc. La relación exclusiva entre los bienes y la persona también ha mudado y aparecen las comunidades, como ocurre con los pueblos originarios. Finalmente, los conflictos ambientales, se refieren a bienes que son mencionados en el código como del dominio público, pero la Constitución y la ley ambiental los considera colectivos, y no solamente de propiedad del Estado. Todo ello requiere una concepción mas amplia, que ha sido receptada en el proyecto*".

La distinción que hace el proyecto entre derechos individuales y derechos de incidencia colectiva, es conforme a la distinción que hace la Constitución Nacional entre los derechos y garantías individuales y los nuevos derechos (de incidencia colectiva) y garantías incorporados al texto constitucional por la última reforma de 1994. También en otra parte de los fundamentos el proyecto cita la distinción que hace la Corte Suprema de Justicia, en el caso "*Halabi*", respecto a la legitimación de los derechos individuales en cabeza de su titular y de los derechos colectivos que son ejercidos por el Defensor del Pueblo, las asociaciones que concentran el interés colectivo y el afectado, como sucede con los problemas ambientales o los derechos de los consumidores, etc.

Un caso especial, es el que se refiere a la propiedad comunitaria de los pueblos originarios en consonancia con el art. 75, inc. 17 de la Constitución Nacional, que consagra un nuevo tipo de propiedad, cuyo titular no es ni una persona humana, ni una persona jurídica, sino una colectividad sin personería unificada, lo que ocasiona no pocos problemas técnicos de compatibilización con las formas de dominio y personería reguladas en el código.

Otro caso complejo lo constituyen los bienes personales no susceptibles de valor económico, como ser el cuerpo, órganos, genes, etc. Sin lugar a dudas es repudiable convertir al cuerpo humano y sus distintos componentes en objeto de comercio, al no poder diferenciarse al cuerpo de la propia persona humana. Ahora bien, el proyecto habla que aunque no tengan valor económico si pueden tener utilidad (terapéutica, para la investigación científica, etc.), lo que plantea no pocos dilemas éticos respecto a los limites de la ciencia y de la técnica. En este punto es bueno recordar el principio que establece que *no todo lo técnicamente posible es por eso éticamente admisible.*

Otro supuesto, ética y jurídicamente inadmisible es el de la gestación subrogada o también llamada "alquiler de vientres", que más allá de los que dice la ley respecto al no valor económico de las partes del cuerpo, se presta como todos sabemos a un mercado negro o comercio ilegal de vientres, especialmente respecto de las mujeres más vulnerables y carenciadas.

A su vez, el proyecto deja en un vacío de protección legal al embrión humano no implantado (art. 19), cuya protección remite a una ley especial posterior, o sea, que todavía no existe, ni tampoco sabemos cual será su alcance. Más allá de las objeciones éticas y jurídicas respecto a las técnicas de fecundación asistida, no puede desconocerse que en caso de utilizarse las mismas el embrión concebido es un ser humano ontológicamente igual a cualquier otro ser humano en el mismo estadio de su desarrollo y por tanto igualmente digno. Por tanto, la afirmación que realiza en otra parte de los fundamentos, respecto al Título I, capítulo I, sobre el comienzo de la existencia, en cuanto a que el embrión no implantado no tiene posibilidad de desarrollo fuera del seno materno, es solamente una circunstancia accidental (de lugar) consecuencia de una arbitraria decisión de no seguir el proceso de gestación. Lo que constituye una discriminación injusta entre los seres humanos en estado embrionario implantados y no implantados, violatorio del principio de no discriminación al que se refiere el fundamento anterior.

2.1.6. Código para una sociedad multicultural.

Dice el Proyecto: "*En materia de familia se han adoptado decisiones importantes a fin de dar un marco regulatorio a una serie de conductas sociales que no se pueden ignorar. En ese sentido, se incorporan normas relativas a la filiación que tienen en cuenta la fecundación in vitro; en el régimen legal de las personas menores de edad también se receptan muchas novedades como consecuencia de los tratados internacionales; en materia de matrimonio, se regulan los efectos del sistema igualitario ya receptado por el legislador y la posibilidad de optar por un régimen patrimonial; también se regulan las uniones convivenciales, fenómeno social cada vez más frecuente en la Argentina. Ello no significa promover determinadas conductas o una decisión valorativa respecto de algunas de ellas. De lo que se trata es de regular una serie de opciones de vidas propias de una sociedad pluralista, en la que conviven diferentes visiones que el legislador no puede desatender*".

El proyecto asocia el multiculturalismo y las identidades culturales colectivas con las opciones de vida individuales que en el pleno ejercicio de la autonomía de la voluntad se ejercen en una sociedad pluralista. A tal efecto señala algunos ejemplos como el caso del Derecho de Familia donde se regula los efectos jurídicos del régimen del llamado "matrimonio igualitario", o los efectos filiatorios como consecuencia de la concepción obtenida por fecundación asistida, o el caso de los menores de edad, especialmente el supuesto de los menores adultos con la sustitución del régimen rígido de incapacidad del código actual, con algunas excepciones, por un régimen más flexible de capacidad progresiva en el caso de los adolescentes a partir de los 13 años, donde se tiene que tomar en cuenta no solo la edad, sino también el grado de madurez.

En primer lugar habría que distinguir el multiculturalismo de otras situaciones parecidas, pero no iguales. Como dice Francesco Viola: "*El multiculturalismo es el pluralismo de las culturas al interior de una misma sociedad política. No se trata pues, del pluralismo de los intereses, de las necesidades o de las preferencias, sino de las 'culturas', esto es, de los universos simbólicos que confieren significado a las elecciones y a los planes de vida de aquellos que la habitan. En razón de la peculiaridad de este objeto nos encontramos de frente a una forma de pluralismo que no es parangonable a las otras, no es una especie de un género común*"[10].

10. Viola, Francesco, "*La democracia deliberativa entre constitucionalismo y multiculturalismo",* México, DF, 2006, Universidad Nacional Autónoma de México, pág. 35.

El iusfilósofo italiano distingue dos tipos de sociedades multiculturales: 1) las que desde siempre han tenido como componentes culturas locales minoritarias que se integran en una sociedad política común, pero reivindicando su identidad propia; 2) las que como resultado de un proceso de inmigración han recibido nuevas entidades culturales que aspiran a conservar su identidad de origen y a participar en la vida política común[11].

Esta distinción es coincidente con la que realiza Will Kymlicka entre *Estados multinacionales y Estados poliétnicos.* Los *primeros* se trataría de países que contienen más de una nación, donde según este autor las culturas locales más pequeñas conforman "minorías nacionales", que integran, no un Estado-Nación o una Nación-Estado, sino un verdadero Estado multinacional, como sería para Kymlicka, por ejemplo, Estados Unidos donde existen los indios americanos, los portorriqueños, los descendientes de mexicanos de los territorios anexados tras la guerra con México (1846-1848), los hawaianos, etc., o Canadá, con la federación de ingleses, franceses y aborígenes. En cambio, los *segundos*, serían países multiculturales, pluriculturales o poliétnicos al admitir un gran número de individuos y familias de otras culturas a integrar y participar de la sociedad política, permitiéndole el mantenimiento de algunas de sus particularidades étnicas, en la medida que no atenten contra la cultura común. En este segundo tipo, podemos citar los grandes movimientos migratorios, tanto de Europa a América, a principios del siglo pasado, como sucedió en el citado caso de Estados Unidos o en la Argentina, como de América a Europa en las últimas décadas del siglo pasado, coexistiendo con la inmigración africana y musulmana en la misma época. Sin perjuicio de la distinción, un mismo país puede ser a la vez *multinacional* (como resultado de la colonización, la conquista o la confederación de comunidades nacionales) y *poliétnico* (como consecuencia de la inmigración individual y familiar), como sucede con Estados Unidos y Canadá por ejemplo[12].

Aquí se puede distinguir: a) por un lado un *modelo asimilacionista* imperante hasta la década del sesenta, por la cual las minorías inmigrantes tenían que asimilarse e integrase en la sociedad política y cultural dominante, considerado esencial para el mantenimiento de la estabilidad política; b) Por otro lado un *modelo pluralista,* que se expande a partir de los años setenta, aunque con excepciones y reticencias, que permite y de hecho estimula la integración de los inmigrantes, sin perjuicio, que mantengan diversos aspectos de su herencia étnico-cultural[13].

Algunos utilizan el término multicultural en un sentido más amplio, incluyendo otros grupos sociales (no étnicos) que siendo minoritarios, de alguna manera han sido excluidos o marginados en algún momento de la cultura dominante, como por ejemplo, las mujeres, la clase obrera o los discapacitados. Sin perjuicio de que han existido y en algunos casos todavía existen situaciones injustas respecto a estos grupos, que han sido o son objeto de reivindicaciones sociales, como sucedió en el siglo XX con los derechos civiles, políticos y laborales de las mujeres, con los derechos laborales y de la seguridad social de los trabajadores o los derechos de los discapacitados, no constituyen en sí mismos culturas diferentes sino que son distintos sectores que participan de la misma cultura, por lo que en estos casos no es apropiado hablar de multiculturalismo.

Otro caso que algunos pretenden asimilar al multiculturalismo es el que se conoce bajo el nombre de *perspectiva de género,* tanto en las versiones feministas (que llevan al extremo las reivindicaciones de la mujer oponiéndolas a la versión contraria del machismo anterior), como en las homosexuales (gays, lesbianas, transexuales, etc.), constituyendo una nueva ideología que gira sobre la idea de que la condición sexuada del ser humano no es algo dado naturalmente, sino construido culturalmente. Por eso, aunque algunos utilicen la palabra cultura para identificar las costumbres o el *ethos* de estos grupos y así hablen de "*cultura gay*", etc., no es una terminología apropiada porque

11. Cfr. Viola, Francesco, "*La democracia deliberativa entre constitucionalismo y multiculturalismo",* op.cit , pág. 37.

12. Viola, Francesco, "*La democracia deliberativa entre constitucionalismo y multiculturalismo",* México, DF, 2006, Universidad Nacional Autónoma de México, pág. 35.

13. Cfr. Kymlicka, Will, "*Ciudadanía multicultural, una teoría liberal de los derechos de las minorías",* Barcelona, 1996, Paidós, pág. 30.

no responde a una cosmovisión o identidad de un pueblo, etnia o nación que pueda ser localizada y diferenciada de otras, sino que son grupos o si se quiere identidades grupales que tienden a darse en mayor o menor medida según el caso en el interior de todas las sociedades y de todas las culturas (aunque no es lo mismo por ejemplo como se da en la civilización occidental secularista que en la islámica fundamentalista).

En este sentido podemos mencionar al ya citado Kymlicka, que sin perjuicio de proclamarse defensor de las reivindicaciones de estos sectores (por lo que no puede ser sospechado de tener animadversión respecto a ellos) y aceptar la existencia de ciertas analogías con los casos de las minorías nacionales o étnicas, no los incluye dentro del fenómeno que se conoce como multiculturalismo. Al respecto sostiene: "*No incluyo aquí* [en el multiculturalismo] *el tipo de estilos de vida grupal, movimientos sociales y asociaciones voluntarias* [de feministas, homosexuales, trabajadores o discapacitados, etc.] *que otros engloban dentro del ámbito del multiculturalismo. Y no porque piense que las cuestiones que plantean estos grupos no sean importantes; antes al contrario, doy por supuesto que la acomodación de las diferencias étnicas y nacionales es solo uno de los aspectos de una lucha más amplia para lograr una democracia más tolerante e inclusiva"*[14].

En este sentido, se trata de perspectivas sectoriales que estando por encima de las distintas identidades culturales (occidental, islámica, hindú, etc.) atraviesa a todas ellas penetrando en el interior de las mismas y buscando su transformación, mediante una implosión social a través de la modificación de las instituciones culturales y jurídicas básicas de la sociedad, como por ejemplo, el matrimonio y la filiación (ya sea natural mediante la utilización de técnicas de fecundación asistida o adoptiva). Nadie discute, que como toda persona humana deba respetarse su dignidad y sus derechos, y no ser injustamente discriminados o perseguidos, pero esto no se logra desnaturalizando instituciones que natural y culturalmente han sido diseñadas para situaciones diferentes, como en el citado caso del matrimonio, igualando lo que es distinto, pretendiendo un igualitarismo de lo diferente en tanto que es diferente (ya decía Aristóteles que es tan injusto tratar de forma desigual a los iguales, como de forma igual a los desiguales).

De la misma manera, resulta igualmente criticable la inclusión del régimen filiatorio en los casos de fecundación asistida y del sistema de capacidad progresiva como ejemplos de multiculturalismo. Sin perjuicio de ello, corresponde señalar la discriminación injusta que hace el proyecto entre los hijos concebidos en forma natural y los concebidos mediante técnicas de fecundación asistida, en cuanto al conocimiento de su origen biológico y genético, específicamente en el caso de la fecundación heteróloga (mediante de donación de gametos por un tercero), que más allá de las objeciones ético-jurídicas que se puede hacer respecto al uso de la técnica, esto no puede afectar el derecho a la identidad que tiene el ser humano concebido en esas circunstancias.

Al respecto, creo que el proyecto confunde el fenómeno del multiculturalismo entendido en sentido estricto como la pluralidad de culturas dadas en el interior de una sociedad política (como sería por ejemplo el caso de los pueblos originarios de los que trata en otra parte del proyecto) con la multiplicidad de opciones de vida individuales como resultado del ejercicio de la autonomía de la voluntad, que no se trata de casos de diversidad cultural colectiva, sino más bien, decisiones y elecciones individuales en el marco de un proyecto personal de vida.

2.1.7. Código para la seguridad jurídica en las transacciones comerciales

Dice el Proyecto: "*En tanto se trata de la unificación del derecho civil y comercial, también se han adoptado decisiones para promover la seguridad jurídica en las transacciones mercantiles. Por eso se regulan contratos de distribución, bancarios, financieros, fideicomisos, régimen contable de*

14. Kymlicka, Will, "*Ciudadanía multicultural, una teoría liberal de los derechos de las minorías",* Barcelona, 1996, Paidós, pág. 36.

los comerciantes y muchos otros temas. Para esos fines se ha tenido en cuenta la legislación internacional y el aporte de numerosos especialistas".

Este es otro de los aspectos centrales del proyecto que apunta a la unificación de la legislación civil y comercial, como ha sido el caso de otros antecedentes en la materia como fueron los proyectos de 1987 y 1998. Al respecto, no hay un consenso generalizado entre los expertos, pues así como hay algunos que adhieren y promueven esta unificación, sin perjuicio de reservar algunas materias a la regulación de leyes especiales, hay otros que consideran esta unificación como un retroceso respecto a la especificación alcanzada por el derecho comercial respecto al derecho civil como derecho común. En una y otra posición podemos distinguir pros y contras.

2.2. Aspectos metodológicos.

2.2.1. *Amplia participación y discusión de la doctrina.*

Dice el Proyecto: "*La comisión comenzó su trabajo de manera inmediata a su designación, y se convocó a una amplia participación en dos niveles: a) se permitió que el público en general hiciera propuestas hasta un plazo determinado, y todas ellas fueron motivo de análisis y discusión. b) se formaron grupos de trabajo para permitir una amplia participación de todos los especialistas del país y varios del área latinoamericana.*

Mediante estos grupos de labor se ha tenido en cuenta la opinión de más de setenta juristas representativos de todas las tendencias y todas las regiones del país. A medida que la comisión fue avanzando con la redacción de las partes generales, las distribuyó para que todos opinaran. Una vez recibidas las observaciones, se volvió a discutir.

Puede decirse que la elaboración del anteproyecto tuvo una amplísima participación de los especialistas y de la comunidad. Asimismo, hubo un proceso muy dinámico de discusión con los distintos grupos, de manera de aprovechar al máximo la inteligencia colectiva".

El párrafo transcripto reseña el procedimiento de participación elegido tanto respecto a la participación general como a la de los expertos que integraron cada una de las subcomisiones de expertos divididos por materias.

En un caso como en el otro ha habido cosas positivas y otras negativas. Respecto al primer modo de participación, no se conocen los numerosos aportes que se han recibido, salvo aquellos que se han hecho públicos y que en su mayoría como ha sucedido con el realizado por la Facultad de Derecho de la UCA no han sido receptados al momento de la redacción de los distintos artículos. Por su parte, respecto al segundo modo de participación por subcomisiones de especialistas por materia, a los que se agradece en el anexo al que se refiere el texto citado, también ha generado problemas pues allí aparecen como avalando el proyecto en su conjunto, cuando su participación fue mas bien acotada a determinados artículos específicos y muchos de ellos están en total desacuerdo con otras partes sustanciales del proyecto respecto de las cuales no fueron consultados.

2.2.2. Consensos y decisiones valorativas

Dice el Proyecto: "*Este procedimiento hace que el anteproyecto tenga dos caracteres importantes:*

- La mayoría de los artículos expresan un alto grado de consenso existente en la comunidad
- En aquellos supuestos controvertidos, se tomaron decisiones que no estuvieron orientadas por nuestras impresiones personales, sino por los valores representados en el bloque de constitucionalidad y las decisiones legislativas o jurisprudenciales ya adoptadas en nuestro país".

Respecto al primer punto en cuanto a que la mayoría de los artículos expresan un consenso existente en la sociedad, me remito a lo dicho en el punto anterior. Tratándose de un cuerpo normativo tan extenso y variado, sin duda que hay puntos donde existe tal consenso y otros donde falta por completo, privilegiándose alguna de las alternativas que incluso no siempre coincide con la mayoritaria de la doctrina y jurisprudencia.

Respecto al segundo punto, es cierto que de la interpretación integral del proyecto surge la intención de incorporarlo dentro de un bloque de constitucionalidad, junto con otras decisiones legislativas y jurisprudenciales ya adoptadas, que no siempre reflejan un consenso generalizado como se ha señalado en el párrafo anterior.

2.2.3. Un título preliminar y partes generales para las diversas instituciones que regula. Redacción de las normas.

Dice el Proyecto: "*Se ha ordenado un título preliminar y luego una parte general para todo el Código, así como partes generales para diversas instituciones que regula. En este aspecto, se sigue la opinión de muchos autores, entre ellos, Freitas, quien introdujo en su proyecto para Brasil una parte general. En esta tesis cabe computar todos los proyectos de reforma integral realizados en el país: el Anteproyecto de Reformas de Bibiloni de 1926, el Proyecto de 1936, el Anteproyecto de 1954, y el Proyecto del Poder Ejecutivo de 1993 y el de 1998.*

Por unanimidad hemos decidido no incluir notas, como lo decidiera también el anteproyecto de 1998 y por las mismas razones.

En cuanto a las definiciones, hemos tratado de incluir solo aquellas que tienen efecto normativo y no meramente didáctico, en consonancia con la opinión de Vélez Sarsfield, primer codificador, expresada en la nota al artículo 495 del Código Civil.

La comisión ha puesto una especial dedicación para que la redacción de las normas sea lo más clara posible, a fin de facilitar su entendimiento por parte de los profesionales y de las personas que no lo son. Por esta razón, se han evitado las remisiones, el uso de vocablos alejados del uso ordinario, las frases demasiado extensas que importan dificultades de lectura. Hemos tratado de conservar, en lo posible, las palabras ya conocidas y utilizadas por la doctrina y jurisprudencia. Sin embargo, hay numerosos cambios sociales, científicos, culturales, económicos, que demandan el uso de palabras ajenas al lenguaje jurídico. Por estas razones es que ha sido inevitable recurrir a nuevas expresiones para reflejar nuevos fenómenos.

También se ha puesto énfasis en la gramática, y en especial, se ha tratado de usar el tiempo presente en la redacción de todo el articulado, porque es el que más se adapta a la buscada claridad expositiva".

En el aspecto estrictamente metodológico de redacción podemos señalar nuestra coincidencia en los distintos aspectos señalados, a saber: 1) la conservación de un título preliminar de todo el código y el mantenimiento de partes generales para las distintas partes del mismo; 2) la ausencia de definiciones, pues es a la doctrina a la que le corresponde definir, mientras que a la ley le cabe regular los diferentes elementos y consecuencias jurídicas de las distintas instituciones; 3) La redacción clara y sencilla que pueda entenderse tanto por expertos como por legos. La confección de artículos cortos que favorecen la tarea de interpretación; 4) El énfasis en la gramática y la utilización del tiempo presente en la redacción de todo el articulado.

2.2.4. El Código y las demás normas del sistema.

Dice el Proyecto: "*El Código se relaciona con otras normas ya existentes en el sistema, y ello ha demandado un esfuerzo importante a fin de lograr la mayor coherencia posible, sobre todo teniendo en cuenta que esas leyes contienen reglas, frases y vocablos disímiles.*

Como consecuencia de la constitucionalización del derecho privado hay un importante contenido de normas de orden público en áreas relevantes.

Es interesante señalar la función del derecho supletorio como modelo. En materia contractual, por ejemplo, se describen reglas que pueden ser dejadas de lado por las partes, pero que cumplen la función de aportar una guía que, si es seguida, disminuye los costos de transacción y la litigiosidad.

El vínculo del Código con otros microsistemas normativos autosuficientes es respetuoso. Es decir, se ha tratado de no modificar otras leyes, excepto que ello fuera absolutamente necesario. Es inevitable una reforma parcial de la ley de defensa de consumidores, a fin de ajustar sus términos a lo que la doctrina ha señalado como defectuoso o insuficiente. También ha sido inevitable una reforma parcial a la ley de sociedades, para incorporar la sociedad unipersonal y otros aspectos también sugeridos por la doctrina. En otros casos se incorporan las leyes con escasas modificaciones, como ocurre, por ejemplo, con las fundaciones y el leasing. Finalmente, en otros, no hay ninguna modificación, como sucede con la ley de seguros o de concursos y quiebras".

Como ya se dijo el proyecto busca coordinar el Código Civil con las otras partes del ordenamiento, especialmente la constitución, por arriba, pero también las distintas leyes especiales, por debajo.

Respecto al proceso de constitucionalización del derecho privado ya me referí en el punto 2.1.2, al que me remito. En cuanto a la relación con las leyes especiales, también es loable la coordinación, aunque en este caso son las leyes especiales las que modifican a las generales. Por su parte, sobre el derecho supletorio, especialmente en materia contractual se mantienen los criterios actualmente vigentes.

3. Reflexión final

Como vemos, a diferencia de lo que fue la última reforma de 1968, se trata de una reforma integral del Código Civil que modifica la estructura del Código elaborada por Vélez y la sustituye por otra totalmente nueva. Esta reforma pretende combinar y complementar, no sin dificultad, el Derecho Privado (Civil y Comercial) con las leyes especiales en cada materia por un lado y el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, con la distinción entre principios y normas, como marco universal del nuevo paradigma del Estado de Derecho Constitucional. Al mismo tiempo trata de complementar este nuevo paradigma con los distintos fenómenos del multiculturalismo, como es por ejemplo el caso de las comunidades originarias y sus identidades culturales diversas, junto con otros que forzadamente se los quiere incorporar al multiculturalismo, como el caso de la perspectiva de género, que más bien se trata de minorías dentro de la misma sociedad política. En realidad, así como es injusto que las mayorías impongan su voluntad sin respetar los legítimos derechos de las minorías, es también injusto lo inverso, que las minorías pretendan imponer sus costumbres, formas de vida o deseos sin respetar los también legítimos derechos de la mayoría y su preponderancia en la composición y dirección de la sociedad en cuestión.

Por otro lado, sin perjuicio que en un proyecto tan integral siempre hay cosas positivas y negativas, hay que destacar que en aspectos sensibles como respecto al comienzo de la vida donde se configura una discriminación injusta entre el embrión humano implantado y no implantado, en la familia, donde prácticamente se vacía de contenido al vínculo matrimonial y en filiación donde se desconoce el derecho a la identidad en los casos de fecundación asistida heteróloga, constituye un peligroso retroceso respecto a la auténtica dignidad humana.

LUCES Y SOMBRAS DEL TÍTULO PRELIMINAR

Gabriel Limodio

I. Preliminar

El proyecto de Código Civil 2012 parte del criterio de incorporar al código unificado un Título Preliminar, el cual tiene los alcances que corresponden al mismo en cuanto a su sentido, es decir que no es capítulo previo o introductorio sino, que su función es la de aportar reglas que confieren una significación general a todo el articulado, así se propone un sistema que lo caracteriza y que sirve de marco de comprensión de una gran cantidad de cuestiones de interpretación y de integración de lagunas[1].

Sin perjuicio de lo dicho es necesario hacer una aclaración, ya que si efectivamente el título preliminar aporta reglas para interpretar e integrar habrá que leer el mismo en consonancia con aquellos aspectos valorativos que ha querido darle el codificador. Entonces habrá que tener en cuenta, de manera permanente cada vez que se lea, aplique, interprete o integre el código esta valoración que surge de los Fundamentos que han escrito aquellos a quienes se encomendó la redacción y muy principalmente la nota de remisión del Poder Ejecutivo de fecha 7 de junio pasado en la cual, se acentúa el criterio en cuanto a que el sentido de la nueva codificación profundiza la igualdad de derechos que cree encontrar en la constitucionalización del derecho privado y por fin la adecuación de este último a la realidad social de los tiempos presentes[2].

Más allá de estas salvedades cabe decir que el anteproyecto parte de ciertos aspectos que considera valorativos que resume en los siguientes principios: es un código con identidad cultural latinoamericana, que implica la constitucionalización del derecho privado, basado en la igualdad real, sustentado en un paradigma no discriminatorio, que regula los derechos individuales y colectivos, aceptando la realidad de una sociedad multicultural.

La lectura de dichos aspectos valorativos, demuestra que a pesar que en algunos puntos, por ejemplo cuando se refiere al derecho, no se inclina por una definición, propone un nuevo paradigma para la sociedad civil, lo cual implica una fuerte toma de posición[3].

En honor a la verdad no queda demasiado clara la intención de soslayar el tema de la definición del derecho, pues al sostener que se ha querido reconstruir la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado, y otras aseveraciones de similar tenor que se hacen a lo largo de los Fundamentos y la Nota de Remisión no pareciera que se adopta un criterio indiferente, en todo

1. Lorenzetti, Ricardo, "Aspectos valorativos y principios preliminares del anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación", en L.L., diario del 23 de abril de 2012, págs. 1/5.

2. PEN nota de remisión de fecha 7 de junio de 2012 folio 1 y folio 12.

3. Así puede verse que Los Fundamentos se inician con un primer capítulo que se titula Aspectos Valorativos, y luego de explicar los mismos concluye "estos valores y principios están presentes en nuestra propuesta legislativa y ausentes de manera sistemática en una gran mayoría de los Códigos de otros países, lo cual le confiere una singularidad cultural remarcable".

caso el mismo es solamente académico, pues si desde la misma fundamentación se hace referencia a determinados valores, ellos serán los que necesariamente darán su contenido a toda la obra de codificación, es una postura muy difícil no adoptar ciertas opciones cuando el mismo código en temas de fundamental importancia se ve obligado a hacerlo porque debe legislar en cuestiones de enorme impacto como son aquellos que hacen a la persona, al comienzo de su existencia, a su muerte, al denominado derecho sobre el propio cuerpo, la capacidad, la minoridad, la familia, la filiación, y un sinnúmero de temas que son aquellos que identifican al derecho civil.

Lo cierto es que sería imposible no adoptar ciertas opciones y desestimar otras, porque la permanente tarea del jurista, del legislador, del juez, será escoger por aquello que entiende es más cercano a lo justo.

Las mismas palabras que se utilizan nos muestran un contenido "fuerte", porque precisamente no es lo mismo adherir a una concepción que identifica al derecho como objeto de una virtud, o aquel que piensa que este es sinónimo de la subjetividad. Así se recorre todo el pensamiento de Occidente, encontrando un primer momento que podemos considerar fundacional en el cual los mismos textos preparados para los estudiantes que inician sus estudios claramente hablan de un criterio objetivo, y otro cuando el proceso cambia a partir del siglo XIV, que significará una suerte de corrimiento de la principal significación del derecho, que terminará caracterizándose con un claro tinte subjetivo.

Claramente el proyecto se inclina por esta visión subjetiva del derecho, con el matiz que dice hacerlo en nombre de una ética de los más vulnerables, como se verá al tratar de aclarar ciertas ideas se producen contradicciones.

En verdad la postura que adopta va más allá de la noción clásica de derecho subjetivo, que ya avanzado el siglo XX pudo definirse muy genéricamente como "el interés jurídicamente protegido"[4], para avanzar en un claro individualismo, interpretando de este modo los derechos individuales, como un sistema de garantías, e identificando con el modelo garantista el paradigma del Estado Constitucional de Derecho.

No es este el lugar para ahondar en las cuestiones que apenas se han mencionado en los párrafos anteriores, pero como cuestión preliminar es necesario dejar sentado, que al adoptarse para el anteproyecto el paradigma del estado constitucional de derecho, se le da al mismo uno de los contenidos que pueden atribuírsele, debiendo destacarse que bien se pudieron adoptar otros, ya que claramente, el siglo XX, sobre todo después de la Segunda Guerra Mundial, se aleja claramente del estado de derecho liberal, pero no es estrictamente cierto que el neoconstitucionalismo implique una referencia a una especie de constitución global, cosmopolita, que recoge una suerte de derecho del individuo reunido en convenciones y declaraciones regionales o universales y extendido interpretativamente por tribunales supremos, que no encuentra otra explicación que esta constitucionalización e internacionalización de los derechos humanos, y por lo pronto todo lo que allí se resuelva es intrínsecamente bueno y justo. Existe también una mirada desde el neoconstitucionalismo, que se inscribe en el realismo jurídico y rechaza la postura mencionada por considerarla un nuevo iuspositivismo ideológico.[5]

Con esta salvedad corresponde avanzar en este breve análisis.

4. Dabin, Jean, "El Derecho Subjetivo", se cita la traducción de Francisco Javier Osset para la edición de la Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955.

Se hace referencia a este autor porque respecto a este tema, ha sido lectura poco menos que obligatoria para toda una generación de civilistas, por citar a los más caracterizados los tratadistas Borda y Llambías.

Asimismo no puede pasarse por alto el hecho que todos los iuscivilistas en los libros clásicos y en general lo vinculados a la llamada Parte General, dedican varios capítulos a explicar las cuestiones que hacen al derecho, su definición, las divisiones del mismo, la ley, la interpretación jurídica (Llambías "Tratado de Derecho Civil Parte General", Buenos Aires, Lexis Nexis - Abeledo-Perrot, 21 ed., 2007, págs. 17 a 151), Borda, Guillermo "Tratado de Derecho Civil Parte General", Buenos Aires, La Ley 13ª. Ed., 2008 Capítulos I y II.

5. Sin pretender agotar el tema para una lectura de la cuestiones que se mencionan, puede consultarse Bandieri, Luis María "En torno a las ideas del constitucionalismo en el siglo XXI", en AA VV, "Estudios de Derecho Constitucional con motivo del Bicentenario", Buenos Aires, El Derecho, 2012, págs. 33/ 51.

Santiago, Alfonso (h), "En las fronteras entre el derecho constitucional y la filosofía del derecho", Buenos Aires, Marcial Pons, 2010.

II. Luces

En primer lugar parece un acierto distinguir entre un título preliminar en un código y una parte general en la enseñanza. Esto parece decir la fundamentación del anteproyecto cuando claramente los distingue, sin perjuicio que luego adopta el nombre de parte general para referirse al primer libro, lo que demuestra que el tema no ha sido llevado desde el punto de vista académico hasta las consecuencias que hubiese correspondido. Se dice esto porque al referirse a la cuestión menciona a "la Pandectística" como uno de las escuelas de juristas que modificaron la lectura del derecho romano, haciendo de este más que una permanente respuesta jurídica a los hechos que se sucedían, una especie de entramado lógico, donde lo más importante era precisamente llevar todo a este campo para generar conceptos abstractos. Así parece entenderse en los Fundamentos cuando dice "Una de las funciones que puede cumplir un título preliminar es la de adoptar algunas reglas que confieren una significación general a todo el Código. De este modo el sistema adquiere un núcleo que lo caracteriza y que sirve de marco de comprensión de una gran cantidad de cuestiones de interpretación y de integración de lagunas. No se trata de una parte general al modo en que fuera pensado en la pandectística alemana, sino del diseño de unas líneas de base enfocadas en la argumentación jurídica razonable dentro de un sistema de derecho basado en principios y reglas"[6]

Cabe distinguir entonces entre la conveniencia que un código presente un título previo y otra cuestión es que la necesidad de una parte general que sirva de preámbulo a la enseñanza del derecho civil.

En cuanto a lo primero, puede decirse que se ha discutido en doctrina acerca de la conveniencia de incorporar a un código un título preliminar, los autores del proyecto así lo reconocen cuando hacen un somero repaso respecto a los proyectos de reforma.

Y finalmente se inclina el anteproyecto por la regulación de un título preliminar que, sin tener pretensiones de ordenar de modo cerrado todo el sistema, incluya los contenidos referidos.

Desde esta perspectiva se inclina por la conveniencia de mantener un Título Preliminar al igual que otros códigos del derecho comparado como el caso de la Republica Federativa del Brasil, al que citan explícitamente toda vez que se trata de un precedente cercano en el tiempo.

Por otra parte, consideran los autores del proyecto que los Títulos Preliminares del actual código tienen la categoría de tales, si bien nunca ha quedado claro si esta fue la idea de Vélez, o para decirlo de otra manera, si todos los principios establecidos en los primeros veintidós artículos contenían todo lo que el codificador pretendía como los lineamientos generales de su obra. Sea como fuere, y a pesar de reconocer que el tema no fue pacífico en cada uno de los anteproyectos, se inclinan por el criterio de mantenerlo.

Desde esta perspectiva parece un acierto concentrar en un título preliminar los principios relevantes del ordenamiento, las fuentes del derecho, y la fijación de pautas para la aplicación de la ley y la interpretación jurídica.

Por otra parte cabe insistir en deslindar, como se ha dicho más arriba, el acierto de un Título Preliminar, con el desacierto de seguir llamando parte general a un conjunto de cuestiones que desde el punto de vista de la enseñanza propiamente tienen que ver más con la noción de principios de derecho privado y las instituciones medulares del mismo.

Esto es así pues ciertamente la parte general no es otra cosa que una pretensión de introducir la enseñanza del derecho civil, no con una serie de principios que expliquen la articulación de los distintos componentes del mismo, sino postulando conceptos abstractos, que en la medida que sean aprehendidos exhaustivamente en las proposiciones jurídicas, permitirán que el derecho sea comprendido de manera científica, y como tal aplicado. Esta fue la forma de enseñar el derecho que tomo relevancia a partir de comienzos del siglo XIX y que respondió al modelo exegético. Al decir de Vigo "en el marco teórico del positivismo dogmático parece comprensible que se reconozca como el

6. Fundamentos, Punto 3, primer párrafo.

único estatuto epistemológico apropiado al de la ciencia. Las pretensiones de certeza, objetividad y seguridad se cubrían a través del conocimiento científico riguroso"[7]

Si bien no es este el lugar para ahondar en el tema, la denominada parte general del derecho civil, que fue el primer curso de enseñanza en los comienzos del siglo XX para esta rama del derecho, no es sino la aplicación a la misma de la ya mencionada teoría general, que a comienzos del siglo XIX desplaza en el campo de la enseñanza a la filosofía jurídica[8].

Cabe como tal dejar planteado el tema, ya que tiene una proyección académica más que legislativa, pero no está demás señalarlo porque una clara distinción, será beneficioso a la hora de interpretar e integrar el código.

A nuestro juicio otro acierto es el distinguir entre derecho y ley. Desde esta perspectiva es clara la opinión de los juristas que han presentado el proyecto en cuanto a que no puede considerarse todo el derecho contenido en la ley, que es solo una fuente de derecho.

En este sentido merece tenerse en cuenta la teoría de las fuentes del derecho que sustenta el proyecto desplazando del lugar privilegiado en el que estaba en el siglo XX a la ley positiva.

Es esta una cuestión que no se distinguía en el código de Vélez, en el cual se habla de derecho como sinónimo de ley, quizá sin advertir con toda intensidad su implicancia, lo cual surge del propio título que menciona sin más la nomenclatura de "De las leyes".

Por otra parte, esta visión de las fuentes del derecho, se corresponde con la noción del estado de derecho constitucional, y no ya con la visión del estado de derecho, propio del siglo XIX, normativista y por ende positivista. Lo que habría que ponderar es si efectivamente, como se verá más abajo, esto no significa una nueva forma de positivismo, pero ahora dentro del marco de las constitucionalización del derecho privado. Con todo se impone que los académicos afronten con éxito un trabajo de configuración de nuevos conceptos que permitan entender, justificar o criticar la realidad, y entre las nuevas teorías está en un lugar de privilegio proponer una teoría de las fuentes del derecho que resulte funcional al Estado de Derecho Constitucional.[9]

Tampoco puede pasarse por alto como muy saludable la fuerte convicción de la importancia de los principios jurídicos. Desde esta perspectiva, cabe destacar que en doctrina, y desde hace poco más de dos décadas el tema ha adquirido singular importancia, sobre todo aceptando que los principios jurídicos proponen un ámbito integrativo del ordenamiento jurídico, pero diferenciado de las reglas o normas jurídicas.[10]

Se trata entonces de encontrar en el plexo del derecho privado y constitucional la existencia de estos principios, que no solamente están en los textos legales, sino en la opinión de los que estudian, de los que interpretan, de los que juzgan y de los que litigan. De esta manera el derecho positivo presenta una posible interpretación a partir de los principios que se han esbozado y que pueden encontrarse en el texto legal, pero también en todas las demás pretendidas fuentes.

De esta manera se explica que el derecho no quede contenido en la ley, cae así el andamiaje que pretende un sistema cerrado, autosuficiente, en el cual solo es posible resolver las cuestiones a partir de la ley vigente y la interpretación que se haga de la misma a partir de cánones tan cerrados como el exegético. Quedan abiertas las puertas (más allá de ciertos reparos que pueden encontrarse en el propio anteproyecto) para considerar que los principios jurídicos, han adquirido una suerte de autorización permanente para corregir la aplicación de la ley o de otras fuentes, ante los "casos difíciles" cuando no puede decidirse en base a lo que ha sido expedido por la autoridad ejecutiva o legislativa.

7. Vigo, Rodolfo, "Interpretación jurídica (del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas)", Buenos Aires, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores 1999), pág. 41.

8. Hernández Gil, Antonio, "Metodología de la Ciencia del Derecho", Madrid, Ed. del autor, 1971, pág. 178.

9. Vigo, Rodolfo, "Fuentes del Derecho en el Estado de Derecho y el neoconstitucionalismo", en L.L., 24 /2/2012 1/3.

10. Vigo, Rodolfo, "Los principios jurídicos - Perspectiva Jurisprudencial",– Buenos Aires, Depalma, 2000, págs. 1/5.

III. Sombras

Aunque parezca una paradoja, las sombras del título preliminar pueden encontrarse en las mismas razones que originan las luces.

Así es llamativo que comprendiendo la diferencia entre título preliminar y una parte general, adopte a esta como el primer libro del código. Quizá para el abogado y el jurista no especializado en estas cuestiones puede ser un tema inocuo, sin embargo cabe llamar la atención sobre este hecho, porque aceptar que el tema de la persona, de sus derechos personalísimos, de sus atributos integran una parte general significa que todas estas cuestiones quedan encerradas en un sistema autosuficiente. Así de acuerdo a la opinión de importante doctrina, si los principios generales del derecho encuentran su límite en el mismo ordenamiento, se es consecuente con esta idea si se habla de parte general, ya que la misma implica una lógica interna que se corresponde con una teoría general que no hace otra cosa que buscar las respuestas dentro del propio sistema.[11]

Podría decirse, que la diferencia entre la teoría general y la filosofía del derecho es la audacia de pensar lo jurídico más allá del propio saber de los juristas, incorporando otros saberes, como la ética, la política, e incluso el dato religioso.

Así se advierte que el proyecto pretende la existencia de un sistema que contenga a todo el ordenamiento jurídico, lo cual de alguna forma limita la propia aplicación de los principios jurídicos transformándolos en los principios generales del derecho, no ya del siglo XIX, sino de un nuevo orden consensuado, pero también hermético.

Más allá de esto, habrá que esperar a la interpretación de jueces y juristas, ya que la aplicación de la norma a cada caso es la que permitirá saber definitivamente si se sigue dentro de un sistema hermético o se podrá salir de este basándose en razones no autoritarias, y estas primordialmente se refieren a la justicia.

No queda entonces del todo claro, si la crítica al espíritu decimonónico del Código de Vélez (por otra parte no podría pensarse otra cosa porque precisamente el Código fue redactado en esa época), se limita al aspecto económico o dicha crítica puede ampliarse a toda una propuesta individualista. De la lectura de los Fundamentos de la remisión del Proyecto que hace el Poder Ejecutivo Nacional, pareciera que "la igualdad real" a la que se hace referencia, se refiere a una particular mirada sobre los denominados derechos individuales.

Es obvio que si lo que pretendía resolverse, eran las inequidades sociales que pudo haber generado el código vigente desde 1871 bien podría solucionarse ahondando los criterios establecidos en la reforma del año 1968, que fundamentalmente se refieren al exacerbado individualismo en lo que hace al derecho de propiedad y a la libertad contractual.

Sin embargo, si bien se mantiene el criterio de la reforma de 1968, se ahonda en una visión muy particular de los derechos personalísimos, que no hacen sino recuperar un fuerte individualismo, propio de las declaraciones de derechos inmediatos a la Revolución Francesa, olvidando que en el siglo XX se trabajaron los derechos de las personas, respetando la inserción de la misma en la organización natural de la sociedad; en este sentido las referencias que se hacen a las ideas que plasmaran los constituyen de 1949 y 1994, pueden avanzar en ese sentido, pero incorporar a la noción de dignidad de la persona la elección de su forma de vida, tal como dice la nota de elevación implica adoptar un paradigma que no está en estricta línea con lo que surge de dichos textos constitucionales[12].

Se eligió un camino distinto. Esto puede leerse en la aceptación de un pluralismo como hecho, que pareciera sostener que la trama social está constituida por una gran cantidad de grupos en conflicto, los cuales se van resolviendo sin pretender que exista algún tipo de valores respecto de los cuales no se puede disponer.

11. Rivera, Julio César, "Instituciones de Derecho Civil – Parte General", Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997, pág. 150 y sgts.

12. En este sentido pueden leerse el primer párrafo del folio 1, y el último párrafo del folio 5, de la nota de elevación de fecha 7 de junio de 2012.

IV. Algunos Institutos

Dado lo sintético de este aporte corresponde simplemente hacer referencia a alguna de las instituciones, que en los Fundamentos se incluyen en el capítulo de ejercicio de los derechos. No corresponde desarrollar aquí todos los institutos que se mencionan en el título preliminar, pero corresponde hacer mención a los mismos, además por su carácter paradigmático tales como el abuso del derecho, que junto con la buena fe se incorporan como principios generales; también se hace especial mención al orden público y al fraude a la ley.

Cabe detenerse en el abuso del derecho. Como bien señalan los autores del proyecto la incorporación del abuso del derecho a nuestro derecho positivo se dio con la reforma del año 1968, en el nuevo código la novedad se produce por una parte en el hecho que se incorpora este instituto al Título Preliminar, lo cual lo transforma en un verdadero principio jurídico, y le da una entidad que si bien en la jurisprudencia ya estaba incorporado, su nueva ubicación en el código permite hacer una referencia clara como principio fundamental y regla de interpretación.

No está demás detenerse en este instituto, además de su importancia porque genera la posibilidad incluso de poner un límite al individualismo, más allá de lo que pueda pretender el codificador.

Es oportuno recordar a uno de los teóricos del instituto, como Louis Josserand cuando caracterizaba al mismo diciendo "este es el concepto del absolutismo de los derechos que ha recibido en Francia un refuerzo poderoso gracias a la Declaración de los Derechos del Hombre; el derecho revolucionario está marcado con la huella de un exagerado individualismo, considera al hombre como un fin que se basta a sí mismo más que como un elemento de la comunidad; como individuo más bien que como célula primaria de la sociedad", reconoce finalmente, que no constituye ninguna novedad, pero que ante la pretensión del individualismo de desconocer la misión social que tienen los derechos ("su espíritu del cual no podrían separarse") ha retomado vuelo de la mano de los autores, la jurisprudencia y la incorporación a los nuevos códigos.[13]

Lo dicho demuestra, de la mano de unos de los teóricos del instituto que en la propia concepción del derecho subjetivo el mismo debe ser considerado como un límite que le impone la realidad.

La incorporación al derecho positivo argentino se produce con la Constitución de 1949 la cual puntualmente sostenía en su artículo 35 "Los derechos y garantías reconocidos por esta Constitución no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio, pero tampoco amparan a ningún habitante de la Nación en perjuicio, detrimento o menoscabo de otro. Los abusos de esos derechos que perjudiquen a la comunidad o que lleven a cualquier forma de explotación del hombre, configuran delitos que serán castigados por las leyes".

Cabe por fin señalar en el proyecto se incorpora la noción del "ordenamiento" como guía final para saber si una conducta puede calificarse como abusiva.

Para dejarlo consignado brevemente parece importante que la denominada teoría del abuso del derecho aparezca legislada claramente dentro del título preliminar de un código.

Otra cuestión a analizar es la incorporación como principio en el Título Preliminar del de "buena fe". Cabe recordar al respecto que la misma fue introducida en el Código Civil mediante la reforma de la ley 17.711, si bien no aparece puntualmente en los libros preliminares, sino en el capítulo de los actos jurídicos. En el anteproyecto se la ubica en el Título Preliminar como un principio aplicable al ejercicio de los derechos lo cual hace que puede referirse a todo el entramado del derecho civil y comercial, como la ha entendido calificada doctrina.[14]

Por fin la referencia al orden público, mantiene el artículo 21 de la actual codificación, su vinculación al tema del fraude a la ley puede acercarlo a una confusión con las denominadas leyes de orden público, pero quizá sea prematuro expedirse sobre la cuestión ya que el debate respecto acerca

13. Josserand, Louis, "Cours de droit civil positif français", Librairie du Recueil Sirey, París, 1938. Traducción de André Brun sobre la 3ra. edición Bosch y Cía. Editores, Buenos Aires, 1950.

14. De Castro y Bravo, Federico, "El negocio jurídico", Madrid, Ed. Civitas, reimpresión 1997, págs. 89/90. Borda, Guillermo, op. cit., págs. 18 a 24.

de cómo se compondrá el orden público, será tema permanente de fallos judiciales y aportes de la doctrina, sobre todo a partir de la incorporación de los principios jurídicos al texto legal. Es del caso esperar que la aplicación del texto con la incorporación de los principios jurídicos supere el peligro de un nuevo dogmatismo, esta vez bajo la máscara de la constitucionalidad.

V. Conclusiones

Una mirada ingenua nos alienta a pensar que es obligación del legislador en una suerte de reverencia hacia la pacificación de la comunidad aceptar todas las posiciones, y legislar para todos, pero preferimos el realismo de Aristóteles, Cicerón y los juristas romanos que eran concientes que la ley humana debe hacer buenos a los hombres, bondad que desde el punto de vista jurídico puede referirse al bien común político. Tampoco es del caso desprenderse de aquella tesis clásica según la cual las leyes se dictan para comprender los exactos límites de la libertad humana que sirva también para que los débiles se sientan protegidos en medio de aquellos que tienen una inclinación a hacer daño.

Constituye una característica esencial a toda ley la ejemplaridad, que produce al mismo tiempo la educación de la sociedad, porque la ley es ante todo un modelo para la conducta que induce a obrar de determinada manera o a abstenerse de hacerlo.

Nos apresuramos a decir que hemos utilizado el adjetivo ingenuo, porque a esta altura del avance del activismo judicial y doctrinario ya nadie puede creer que a alguien le importe la función docente de la ley desde la perspectiva de lo que puede ser el bien común político, sino que el mismo se construye a partir de ciertos consensos.

No se puede dejar de señalar el sesgo ideológico que muestra el proyecto, el que se percibe con toda su contundencia en el primer párrafo de la Nota de Remisión cuando se revela que la intención es profundizar la igualdad de derechos consagrados en los últimos años mediante normas como "el matrimonio igualitario" o la "identidad de género", haciendo luego una lectura muy particular de "la libertad y la dignidad de las personas para elegir su forma de vida en el marco de las leyes que rigen nuestro país". Sobre esto ya se ha hecho mención más arriba en este texto, a pesar de parecer reiterativos nunca está demás recordarlo, y leer el proyecto dentro de este marco que sus autores e inspiradores le han querido dar.

Como puede advertirse hay una clara adscripción al modelo de estado constitucional liberal y se pierde entonces la posibilidad de cumplir con la propuesta de alcanzar mayor equidad social, ya que por lo menos en el título preliminar no se advierte que haya una referencia a instituciones de derecho privado civil y comercial que merezcan una fuerte impronta, en verdad lo que quiere modificarse es el paradigma del derecho civil adecuándolo a la realidad social[15]. La Nota de Remisión, más que los Fundamentos, desenmascaran esta intención, cuando dice que resulta claro que los pilares del proyecto son la adecuación que se ha mencionado y la recepción de las reglas y principios constitucionales de "nuestro Estado social y democrático de derecho"[16]

También puede parecer ingenuo insistir con una relectura de lo clásico, pero el derecho privado que se origina en la prudente tarea de interpretar la realidad, propio de los jurisconsultos romanos, propuso y propone un trayecto que con eje en las cosas tal como suceden, tiene que ver con las instituciones tal como son, respetando la esencia de las mismas, que no se construye, sino que tienen una entidad tal que necesita ser respetada.

Desde esta perspectiva, sin opinar sobre el resto de la obra, que a los especialistas les corresponde, el Título Preliminar, más allá de unos aciertos necesarios, muestra claramente una ideología que puede ser válida como cualquiera, pero como toda ideología parte de una lectura de la realidad, que quede claro, de una lectura, no de la realidad misma. Parafraseando a los codificadores, es cierto

15. Folio 12 de la nota de elevación.
16. Ídem anterior, penúltimo párrafo.

que se ha cambiado el paradigma, pero esta mirada no ya sobre el hombre blanco burgués[17] que es para quien se ha legislado en el siglo XIX, sino que se legisla para quien demanda derechos en una sociedad occidental, adulta, excesivamente individualista y encerrada en si misma.

¿Podemos estar seguros de que no se nos ha quedado algún vulnerable en el camino?

17. Kennedy, Duncan, "La enseñanza del derecho como forma de acción política", Buenos Aires, Siglo XXI editores, 2012. Traducción de Teresa Arijón.

Ferrajoli, Luigi, "Derechos y Garantías. La ley del más débil", Madrid, Editorial Trotta, 1999. Traducción de Perfecto A. Ibáñez y Andrea Greppi.

COMENTARIOS AL CAPÍTULO 1 DEL TÍTULO PRELIMINAR

Rodolfo Vigo[1]

La presente contribución se propone comentar desde la iusfilosofía los tres artículos que componen el Capítulo 1 del Título Preliminar, que tiene un total 18 artículos distribuidos en cuatro capítulos. El capítulo 1 al que se limita este comentario trata básicamente el tema de las fuentes del derecho y las reglas de interpretación dirigidas al juez, según se lee en la Exposición de motivos.

Lo positivo

1. Las dudas sobre el Título Preliminar: La Exposición de motivos se hace cargo de la cuestión de si hay que mantener o no un Titulo Preliminar, lo cual supone una duda legítima que avalamos, no solo porque su existencia originaria se explica por el papel que cumplió el Derecho Civil y su Código en el derecho característico del Estado de Derecho Legal generado en la Francia revolucionaria, sino porque buena parte de su contenido ha sido reivindicado en la actualidad por el Derecho Constitucional y por la Teoría del Derecho (Lucas Verdú, Pizzorusso, etc.). De todas maneras, el argumento para incluirlo en el Proyecto es la tradición y el papel que sigue cumpliendo el Código como centro del ordenamiento del derecho privado, a lo que podría agregarse las currículas habituales de nuestras Facultades de Derecho y una sólida y desarrollada cultura académica y científica al respecto. Frente a ese planteo y no obstante la opinión personal que en algún escrito anterior hemos vertido a favor de su supresión (Cfr. nuestro libro "De la ley al derecho", Porrúa, México, 2005, ps. 169 a 203), estimamos que es una opción posible que puede razonablemente sostenerse a tenor también de los otros rasgos positivos que se aluden a continuación.

2. "Ley" no es igual a "Derecho": La distinción entre Derecho (capítulo 1) y la Ley (capítulo 2) parece un acierto frente a la estructura originaria del Código Civil que las asimilaba, aunque –como ampliaremos en las críticas– en el desarrollo de los artículos de ambos capítulos esa distinción queda en buena medida diluida. Es que esa diferenciación fue decisiva en la gestación del nuevo Estado de Derecho Constitucional con posterioridad a la condena de Nuremberg contra los criminales nazis por haber cumplido la "ley" y violado el "derecho". Será la ley fundamental de Bonn del 49 la que consagrará en Europa continental esa crucial y decisiva distinción, dejando atrás la sinonimia proclamada por la revolución francesa y sus códigos. El desafío para la teoría jurídica y los juristas

1. Aclaración previa: Dado que en el presente comentario el autor incluye críticas al Proyecto del nuevo Código Civil pero que al mismo tiempo fue designado Jurista Consultor de la Comisión creada por Decreto del Ejecutivo nacional n° 191/2011, se ve en la obligación de aclarar que debido a inconvenientes en las comunicaciones no le resultó posible intervenir oportunamente en aquel desde su especialidad académica (la teoría general del derecho o la iusfilosofía).

es controlar sustancialmente a toda ley más allá de las formas, para de ese modo constatar racionalmente si ha logrado emerger o no al derecho, dado que frente a esa contradicción solo corresponde hacer prevalecer el derecho y declarar inválida a la ley.

3. La constitucionalización del derecho privado: El derecho civil deja de ser una rama insular o autista para abrirse y generar puentes con el derecho en general, y en particular con la Constitución y los Tratados que la Argentina sea parte, aquí se mencionan expresamente los tratados de derechos humanos. Recordemos que en el paradigma europeo legalista decimonónico la Constitución se reducía a un programa político dirigido al legislador, pero no podían los jueces y juristas recurrir a ella en orden a buscar respuestas jurídicas para los problemas o casos de los que se ocupaban. En el actual Estado de Derecho Constitucional la Constitución se ha constituido en una fuente del derecho y la fuente encargada de controlar a las demás fuentes, más aún, se ha puesto en crisis la propuesta de normas constitucionales meramente "programáticas" en el sentido que ellas aún carecen de eficacia jurídica mientras no surjan otras normas legales o administrativas. En ese sentido un ejemplo jurisprudencial puede ser "Ekmekdjian" cuando la Corte torna operativo el derecho de réplica no obstante que no se había sancionado la ley respectiva que exigía el Pacto de San José en ese punto.

4. Costumbre no contraria a derecho: Nos parece importante la referencia del art. 1 a que "los usos, prácticas y costumbres son vinculantes… siempre que no sean contrarios a derecho". De ese modo no basta que exista alguna práctica consolidada o vigente para reconocerle eficacia jurídica, pues el límite es el derecho. Este problema tiene su relevancia actual en nuestro continente en relación a "usos, prácticas y costumbres" de los pueblos indígenas que pueden estar en conflicto con los derechos humanos. De todas maneras, es cierto que el Proyecto podría haberse recurrido a la fórmula del Código español que exige la compatibilidad de la costumbre con la moral y el orden público (art. 1. 3.), sobre todo porque el Proyecto reiteradamente apela a "la buena fe, la moral y las buenas costumbres", pero aquel limite del derecho puede entenderse como sinónimo de "razón" dado que el art. 3 impone a los jueces resolver "razonablemente".

5. No solo reglas jurídicas: En la Exposición de Motivos ("Aspectos Valorativos") se advierte que los operadores jurídicos recurren no solo a reglas "sino también principios y valores". Se trata de una definición que guarda sintonía con el enclave del Código en el Estado de Derecho Constitucional, pues en este además de reglas dispuestas autoritativamente hay "derecho" incluido en principios y valores. Recordemos que frente al reductivismo del derecho en la ley de la teoría exegética decimonónica, Kelsen amplió la visión del derecho al resto de las reglas que constituían el sistema jurídico, pero rechazó la posibilidad de admitir "principios o valores" dentro del derecho. Las teorías neoconstitucionalistas en armonía con los postulados que desde siempre reivindicó el iusnaturalismo, reclaman el reconocimiento y operatividad de principios y valores, incluso se señala una cierta identidad entre estos dado que en definitiva sus contenidos apuntan al origen legitimador y a la finalidad ("el fin tiene razón de principio" enseña la metafísica clásica) intrínseca del derecho que es servir al bien del hombre en común.

Lo confuso o problemático

6. El valor de la ley: Hemos insistido en que la función judicial tiene por objeto central el derivar racionalmente desde el derecho vigente y válido la solución justa para cada caso. Por supuesto que el derecho vigente y válido no es idéntico al derecho positivo, dado que corresponde a los jueces discernir racionalmente la validez de las exigencias incluidas en el mismo. Los jueces no están propiamente para ejecutar la ley, ni incluso para la paz social, sino para decir el derecho en cada caso, sin perjuicio de reconocer que desde la justicia se construye la paz. Esas convicciones teóricas hay que confrontarlas siempre con la realidad dado que –como enseña la ética clásica– lo mejor puede

ser enemigo de lo bueno. Semejante responsabilidad en manos de los jueces reclama una muy clara y sólida preparación científica, prudencial y ética, pues el riesgo de la discrecionalidad es que degenere en arbitrariedad y el reductivismo del derecho a la jurisprudencia.

Por eso desde una visión realista y contextualizada nos hacemos cargo de las dudas que se incluyen en la Exposición de motivos sobre si no corresponde reforzar el valor y eficacia de la ley. Advirtamos que en ella se destaca que los casos deben ser resuelto en primer lugar conforme a la ley, "porque de lo contrario, aparecen sentencias que no aplican la ley, o se apartan de ella sin declarar su inconstitucionalidad, siendo esta una decisión 'contra legem' que origina litigiosidad innecesaria. La aplicación de la ley significa delitimar el supuesto de hecho y subsumirlo en la norma, es decir una deducción". De todas maneras esa fuerte y explícita defensa de la ley que aparece claramente en la Exposición no se revela en el articulado, lo que sí podría consagrarse en fórmulas como la siguiente: "El juez para apartarse de la solución prevista en la ley aplicable o en el autoprecedente como en los precedentes que lo obliguen, deberá dar razones expresas y suficientes que justifiquen ese apartamiento".

7. ¿Silogismo deductivo judicial?: Transcribimos en el punto inmediato anterior la confianza de los codificadores en el silogismo judicial, y a este respecto si bien el silogismo es un modo legítimo y conveniente de razonar judicialmente, corresponde advertir no solo que se trata del campo del saber práctico (por ende, intervienen valoraciones, provee una certeza excepcionable, requiere debate, etc.), sino especialmente que la premisa mayor casi nunca es simplemente el enunciado de una norma legal. Afirmar esto nos remite a creer que los jueces se enfrentan a "casos fáciles" que son instancias individuales de los genéricos previstos en la ley, y en realidad, lo habitual o normal es que los casos a los que los jueces se enfrentan en los procesos son "difíciles", que como tales es posible arbitrar más de una solución razonable en el derecho vigente y válido. En ese marco se explica que los jueces al resolver un caso no se limiten a reproducir una norma dada, sino a crear un precedente que permite esa resolución particular, pero que se pone a disposición en el derecho vigente para casos análogos futuros.

8. ¿El derecho no es lo mismo que la ley?: Ya hemos señalado favorablemente que los codificadores asumen esa distinción, sin embargo en el articulado no aparece asumida la misma claramente. Es que en los dos primeros artículos del capítulo 1 del Derecho se habla básicamente solo de la ley y de su interpretación, y así las fuentes mencionadas en el art. 1 son en relación a la interpretación, incluso la admisión de la costumbre remite a las leyes. El art. 3 agrega el deber para los jueces de resolver y hacerlo razonablemente, pero sería demasiado exagerado entender esta previsión como una habilitación a juzgar más allá de las leyes. En una palabra, en el capítulo supuestamente dedicado al derecho termina hablándose solo de la ley y su interpretación. Es cierto que podría entenderse el concepto de "leyes" del art. 1 en un sentido no formal como sinónimo de "reglas", pero ello obligaría a incluir expresamente a los "principios y valores" como una fuente distinta y superior a las leyes y reglas.

9. El alcance de la Interpretación: El listado de fuentes del art. 1 incluye: la Constitución, los Tratados que la Argentina sea parte, la jurisprudencia y usos y costumbres siempre que no sean contrarias a derecho. Sin embargo, insistamos que las menciona en conexión con la "interpretación", mientras que el art. 2 expresamente refiere a la "Interpretación" de la ley. Esa ambigüedad o falta de claridad se potencia cuando en el artículo 3 se alude a decisiones judiciales "razonablemente fundada". En definitiva, resulta muy confuso el alcance que corresponde asignar a la interpretación, ello sin perjuicio de no estar exigiendo del Código precisiones o definiciones que le son ajenas.

10. ¿Título dirigido a los jueces y título dirigido a los ciudadanos?: En el punto 6.1. de la Exposición de Motivos se insiste que "Los dos primeros títulos "Del Derecho" y "De la ley" contienen guías dirigidas a los jueces y juezas. El título referido al ejercicio de los derechos(el capítulo 3)

tiene por destinatario principal a los ciudadanos". Más allá que esa distinción puede tomarse como una orientación general, debemos señalar que nos resulta demasiado forzada y poco realista. Es que en definitiva los jueces deben guiarse por el modo que pretende la ley para el ejercicio de los derechos, más aún, todo el derecho se dirige a ciudadanos y autoridades (incluidos los jueces) por eso en el marco del Estado de Derecho Constitucional, autores como Peter Häberle han reclamado ir de una sociedad cerrada de intérpretes "hacia la interpretación por y para la sociedad abierta". Incluso Alexy a los fines de superar la "objeción contramayoritaria" respecto a la legitimidad democrática de los jueces, ha aducido la legitimidad argumentativa en tanto los jueces se legitiman políticamente aduciendo las razones que daría la sociedad si se constituyera en una comunidad dialógica y racional con conciencia constitucional. Aquella forzada distinción se revela también en el art. 10 del Proyecto que contempla que el juez "debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva".

11. ¿Las fuentes del derecho?: Pérez Luño advirtió en un libro *ad hoc* el tema actual de "El desbordamiento de las fuentes del derecho". Es que la noción de ellas más extendida aún vigente remite a la explicación hidrológica contenida en "El sistema de derecho romano actual" de Savigny. De ahí que esa teoría de las fuentes del derecho decimonónica revista las siguientes características: a) jerárquica, pues la más importante era la ley y las demás debían ajustarse siempre a la misma; b) exhaustiva, la nómina de las fuentes estaban indicadas taxativamente sin que pudieran agregarse nuevas; c) pocas, solo había un número muy reducido, centralmente:: ley y costumbre;; d) general: se suponía que las fuentes eran normas generales y por eso permitían resolver casos individuales; e) estatal, sin la aprobación del Estado no había fuente del derecho; y f) escritas: se suponía que las fuentes se publicaban en el Boletín Oficial, de ahí las dificultades para aceptar la costumbre. Más allá de la apertura del art. 1 y la crítica formulada por su anclaje en la interpretación, nos gustaría llamar la atención de las propuestas actuales que –como Aarnio– conectan las fuentes del derecho a "toda razón que de acuerdo con las reglas generalmente aceptadas en la comunidad jurídica puede ser usada como base justificatoria de la interpretación".

Lo criticable y los silencios

12. Los casos y la equidad: El art. 2 habla de interpretación de ley, pero su mayor pecado es el juridicismo de su redacción en tanto solo habla de derecho (de las palabras, finalidades, leyes análogas, derechos humanos, principios y valores y coherencia con el ordenamiento) pero se ignora específicamente a los casos, pues ello no queda cubierto por la mención del artículo 1 en relación a la inclusión entre las fuentes de la jurisprudencia dictada. Lo que estamos reclamando es suficientemente conocido entre los juristas, pues se trata de resolver los casos ajustando la respuesta a sus particularidades, o sea resolviendo por medio de la "equidad". Quizás haya que conectar esta crítica u olvido a la confianza de los codificadores en la subsunción silogística arriba consignada, pero para contrarrestar ese juridicismo podríamos apelar a Kaufmann cuando en clave hermenéutica subraya que "aplicar el derecho es descubrirlo", o también a una acertada fórmula de nuestra Corte nacional en cuanto que los jueces "derivan razonadamente de todo el derecho la solución equitativa para el caso"(Cfr. Fallos: 271-130; 288-373; 281-202; 296-356; 300-349; 301-1089; 305-1945 y 2040; 306-1658; 308-956; 311-2223; etc.). La invocación a la justicia de los casos o equidad se consagra expresamente en el art. 3. 2. del Código Civil español, por eso la doctrina la ha llegado a incluir como una fuente del derecho. Más allá de esas referencias, el silencio del Proyecto respecto a la equidad supone un alejamiento de un recurso conceptual fuertemente consolidado y de una enorme tradición que viene del derecho romano. Recordemos que en las enseñanzas clásicas el objeto de la equidad era suplir para un caso peculiar los defectos de una ley que en general no era injusta.

13. El tímido reconocimiento a los principios: Ya hemos consignado que en la Exposición se reconoce que el derecho no solo está en las reglas sino también en principios y valores, pero si vamos al capítulo del derecho ellos no aparecen en la nómina del art. 1 referido precisamente a las "fuentes" sino simplemente en el art. 2 cuando se habla de la interpretación de la ley. De ese modo los principios (y valores) solo tendrían una función interpretativa pero se les desconocería las funciones: integradoras, correctiva y validadora de las reglas. Estimamos importante ir al derecho comparado y traer a colación el Título Preliminar del Código Civil español que les reconoce a los "principios generales del derecho" su "carácter informador del ordenamiento jurídico"; al Código Civil de Quebec que dispone su vigencia "en armonía con los principios generales del derecho; al Código Civil alemán que rechaza una aplicación "inconciliable con principios esenciales del derecho alemán", etc. En términos doctrinarias vale la pena repetir con Larenz: "toda ley, inevitablemente, tiene lagunas… Se trata, por tanto, de un desarrollo del Derecho ciertamente 'extra legem', al margen de la regulación legal, pero 'intra ius', dentro del marco del orden jurídico total y de los principios jurídicos que le sirven de base". Esas referencias y la Exposición de motivos nos avalan para reclamar un reconocimiento más importante y claro de los principios y valores, sobre todo cuando los codificadores llegan a afirmar: "la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación … reiteradamente ha hecho uso de los principios que informan el ordenamiento y ha descalificado decisiones manifiestamente contrarias a valores jurídicos".

14. La jurisprudencia como fuente: El art. 1 dedicado a las "fuentes" menciona que la interpretación deberá tener "en cuenta la jurisprudencia en consonancia con las circunstancias del casos". Llama la atención Asís Roig para el derecho español, pero que resulta extendible para nuestro derecho, que se constata "una importante contradicción entre la regulación formal de las fuentes del derecho y la realidad". Pues en nuestro derecho constitucional los jueces deciden para el caso, de esa manera no se le reconoce efectos erga omnes a la jurisprudencia sino simplemente una autoridad moral. Sin embargo, está claro que sin perjuicio que hay Constituciones provinciales que prevén el carácter obligatorio de la jurisprudencia y su publicación en el Boletín Oficial, en el ámbito federal se sigue repitiendo aquella enseñanza aunque no sea seguida ni siquiera por la misma Corte nacional. En efecto, hay un sinnúmero de creaciones jurisprudenciales que tienen un alcance indiscutido general (recurso extraordinario por sentencia arbitraria, amparo, derecho de objeción de conciencia, etc.) y la misma Corte se pronuncia muchas veces con esa pretensión generalizadora (Rocza, pesificación, Priebke, Bahamondez, Casal, etc.). En torno a la creación judicial hoy se afirma que en cada caso si bien hay una norma individual para las partes del mismo, también se crea un enunciado normativo jurídico judicial de alcance general que vale para los casos análogos. De ahí la obligación de respetar el autoprecedente a los fines de preservar la igualdad jurídica, pero también la obligatoriedad de la jurisprudencia constitucional. Aquí puede incluirse la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, e incluso sus Opiniones Consultivas, no simplemente como un criterio interpretativo sino como una respuesta jurídica que resulta obligatoria para todos los destinatarios del derecho argentino.

15. La importancia de la verdad: Hablando del modo en que deben resolverse los casos por los jueces, parece forzoso alguna mención a la importancia que tiene la verdad en el proceso. Frente a la tesis decimonónica y liberal que el proceso es de las partes y que hay dos verdades, corresponde insistir en la responsabilidad de los jueces de arbitrar los medios que están a su alcance como para conocer la verdad de los enunciados fácticos en conflicto. Recordemos con Michele Taruffo que "la verdad es condición de la justicia", y por supuesto que la verdad es una y que el proceso puede ser visto como un esfuerzo epistemológico con ese propósito; desde ese marco es evidente que si el juez asume como verdadero lo que es falso, inexorablemente será injusto. Una cultura juridicista se siente cómoda en el terrenos de las normas y el derecho, pero cada vez más se requiere de jueces conscientes de la importancia de los hechos y la verdad, resultando a tales fines un medio decisivo la prueba científica. Esta prevención es un buen antídoto contra los formalismos o un uso indebido del proceso.

El presente reclamo por los hechos y la verdad es armónico con lo arriba denunciado en relación a cierto juridicismo y marginamiento de los casos individuales.

16. Las consecuencias olvidadas: Es inequívocamente una pauta de interpretación no mencionada en el art. 2 las consecuencias de las decisiones adoptadas, y al respecto hay documentos como el art. 43 del Estatuto del Juez Iberoamericano (con el respaldo que suponen las 22 Cortes supremas de Iberoamérica) que las contempla expresamente bajo el Título "Principio de Equidad": "En la resolución de los conflictos que lleguen a su conocimiento, los jueces, sin menoscabo del estricto apego a la legalidad vigente y teniendo siempre presente el trasfondo humano de dichos conflictos, procurarán atemperar con criterios de equidad las consecuencias personales, familiares o sociales desfavorables". Por supuesto que no hablamos de decidir por las consecuencias, sino de la obligación del juez de considerarlas a la hora de resolver un caso, consciente que está incorporando al derecho vigente un precedente que será obligatorio para él, y estará disponible para los demás operadores jurídicos.

17. Las normas jurídicas no legales: Sin perjuicio de lo ya indicado críticamente respecto a la regulación de las fuentes del derecho del nuevo Código, quisiéramos alertar respecto a otros silencios, así por ejemplo y en un lugar destacado a la producción normativa del Poder Administrador en sus diversos ámbitos, sea centralizado como descentralizado, pensemos en Decretos de necesidad y urgencia, Resoluciones Ministeriales, Circulares del Banco Central, Resoluciones de la AFIP, etc. Es que hay que advertir que en nuestro tiempo los Estados han ido padeciendo un cercenamiento de su antigua soberanía y una dispersión de los Poderes que tradicionalmente estaban en algunos de los tres clásicos. Más allá del Estado, dentro del Estado y por debajo del Estado, se han ido constituyendo centros de poder con capacidad jurígena importante, que muchas veces prevalece sobre la ley o la pone en tensión. A este respecto y con el solo propósito de ejemplificar, pensemos en el derecho laboral y cuantas regulaciones finalmente son confiadas a los actores en ese terreno, no solo nacionales (Empresas, Sindicatos, etc.)sino también internacionales. Recordemos que el Código Civil italiano en el art. 1 de las "Disposiciones sobre la ley en general" menciona a "los reglamentos" entre las "fuentes del Derecho".

18. Soluciones razonables: Ha sido Dworkin el que ha postulado la posibilidad y responsabilidad judicial de resolver cada caso según la "única solución correcta", pero frente a esa propuesta Alexy se inclina por la tesis de la respuesta correcta como "idea regulativa" dado que en algunos casos es posible alcanzar la respuesta, corresponde que los jueces la busquen en todos los casos. El realismo jurídico clásico por supuesto que confía en la razón práctica como para descubrir la respuesta correcta, pero autores de la escuela como John Finnis se limitan a reclamar a la razón que establezca los límites de las alternativas que resultan razonables. El problema que queremos destacar es que el jurista habitualmente tendrá más de una respuesta razonable disponible para el caso en el que le toca actuar, y por supuesto el reclamo no es que elija al azar o de una manera irresponsable, sino que se esfuerce por escoger la mejor, o sea la más justa. No olvidemos que el Código Modelo de Ética Judicial para Iberoamérica establece que la función judicial tiene por fin la justicia por medio del derecho.

19. La argumentación: El art. 3 se abre a la argumentación señalando la obligación del juez de resolver "mediante una decisión razonablemente fundada". Esta referencia nos parece criticable: a) nos parece que la adjetivación debe ser respecto a la fundamentación y no al revés, o sea lo que se pida que la fundamentación sea razonable; b) desde Perelman se ha consolidado (especialmente después de Aarnio en "Lo racional como razonable") la distinción entre racional –vinculado a la lógica– y razonable –vinculado a lo axiológico–, por ende, se brinda la posibilidad de entender aquella expresión ("razonable") en un sentido restringido o abarcativo de lo racional; c) sin necesidad de avanzar en definiciones en el Código o en adscripciones de escuelas, nos parece conveniente alguna precisión mayor en orden a regular el modo de decisión judicial, y al respecto estimamos que el Código de Ética Judicial para Iberoamérica brinda un antecedente no solo aprobado por Argentina sino

teóricamente interesante, de ese modo nos inclinaríamos por la siguiente redacción: "Los jueces deben resolver los asuntos sometidos a su jurisdicción 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, suficiente y ordenada las razones o argumentos idóneos jurídicamente válidos aptos para justificar esa elección".

Balance final

Sin perjuicio de asumir cierta culpa dado que tuvimos la oportunidad de colaborar en el Proyecto analizado en razón de habernos designado la Comisión creada a ese efecto como Jurista Consultor, pero desgraciadamente no supimos o pudimos concretarlo; de todas maneras no podemos silenciar nuestra impresión de que los codificadores, más allá de sus indiscutidas condiciones de juristas reconocidos, debieron afrontar en el capítulo 1 problemas que desbordaban en los detalles a sus especialidades académicas. Es que las discusiones acerca de lo que es el derecho, las fuentes o la argumentación jurídica hoy cuentan con un desarrollo y precisiones notables, por lo que nos parece que solo los que estamos en el campo de la teoría del derecho o la filosofía jurídica estamos en condiciones de conocerlas exhaustivamente. Así como confesamos nuestra incompetencia para formular un juicio de valor detallado sobre el resto del Código, pensamos que la materia del título preliminar y en especial el capitulo 1, entra en nuestro propio terreno académico, y sería improcedente pedirles a iusprivatistas que dominen esas cuestiones. De todas maneras, también aclaramos que este trabajo ha tenido el propósito expreso de esforzarse por señalar aquello que nos merece críticas u observaciones, no con un propósito destructivo sino para cumplir con nuestro compromiso académico de aportar en orden al mejor derecho en la medida de nuestras posibilidades.

COMENTARIOS GENERALES SOBRE EL PROYECTO DE NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

Marcelo U. Salerno[1]

I

Durante el período de la organización nacional, surgió la idea de codificar el derecho argentino, a fin de hacerlo inteligible para los habitantes de nuestro territorio. La Constitución de 1853-1860 así lo dispuso, además de inducir "la reforma de la legislación en todas sus ramas", precepto que se encuentra en vigor (art. 24). Entonces todo estaba por hacerse en lo institucional.

La codificación comenzó con la rama mercantil, ya que en el año 1862 se sancionó el Código de Comercio. En su versión original incorporó normas del "ius commune", de manera que en cierto sentido fue unificado, pues contenía en su normativa disposiciones de naturaleza civil, las que luego serían suprimidas (ley 2637 del año 1889). Más tarde, fue aprobado el Código Civil, durante la presidencia de Sarmiento, cuando recién había concluido la guerra de la Triple Alianza. Causó la ruptura formal con el pasado jurídico, consagrando el principio de exclusividad; todas las leyes anteriores perdieron vigencia (art. 22 Cód. Civ.) Nació un nuevo orden privado en el país.

Pertenece al senador Bartolomé Mitre la moción en la Cámara Alta de sancionarlo sin ningún debate, aduciendo que era la obra científica de un hombre de ciencia. El Congreso aprobó a libro cerrado el Proyecto que redactó Dalmacio Vélez Sarsfield. Dicho modo de aprobación a posteriori ocasionó algunos problemas, debido a la rapidez con que procedieron los senadores y los diputados. La ley 340 sancionó el "corpus" encargando a la Corte brindarle un informe anual sobre las dudas y dificultades que ofreciere en la práctica, así como "los vacíos que encontraren en sus disposiciones" (art. 20º). Años después se le hicieron más enmiendas (ley 893 de 1872). En 1882 se dictó otra ley de fe de erratas sobre la base de la edición oficial impresa en Nueva York el año 1870.

Al día de hoy perduran ambos "códices", el Civil y el Comercial, aunque tuvieron diversas modificaciones en su texto; por alguna razón han podido subsistir, resistiendo los embates del tiempo. Fueron reformados en varias oportunidades para adecuar su normativa a las necesidades del tráfico moderno. Entre las enmiendas de mayor importancia cabe destacar la incorporación del matrimonio civil en el año 1888 (ley 2393) y las relativas a las sociedades comerciales y los concursos. La aprobación de una serie de leyes correspondientes al derecho privado, algunas de carácter complementario y otras no, dieron lugar al fenómeno calificado como "descodificación". Simultáneamente durante el siglo XX se emprendieron varios intentos de dictar nuevos Códigos, a fin de hacer una revisión integral de los vigentes. El pensamiento actual tiende a la unificación no solo de los contratos, sino de todas las instituciones, en un solo cuerpo legal. La Carta Política de 1994 encomienda al

1. Comunicación leída en el Plenario de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires del 23 de abril de 2012.

Congreso dictar los Códigos Civil y Comercial "en cuerpos unificados o separados" (CN art. 75 inc. 12); también dispone se dicte un "Código del Trabajo y de la Seguridad Social", asignatura pendiente por el momento.

Resulta usual atribuir a Vélez Sarsfield la autoría de nuestro sistema, lo cual es cierto respecto a su estructura que no varió con el tiempo. Pero esa afirmación no es veraz por cuanto la ley se independiza del legislador, habiendo caído en desuso la hermenéutica mediante las fuentes históricas. En la actualidad, aún las normas que permanecen incólumes en el sentido literal que les diera el codificador, se hallan reformuladas por obra de la doctrina y la jurisprudencia; ya no dicen lo que decían cuando las aprobó el Congreso en 1869. Se disiparon muchas dudas y fueron colmadas las lagunas. Todavía algunas normas guardan secretos a descubrir.

II

El 27 de marzo de 2012 fue presentado a consideración de la opinión pública el "Anteproyecto de Código Civil y Comercial" que comisionó el Poder Ejecutivo a tres calificados juristas, dos de ellos integrantes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, los doctores Elena Highton de Nolasco y Ricardo Lorenzetti, y a la académica doctora Aída Kemelmajer de Carlucci. La obra, divulgada a través de Internet, viene precedida por una extensa fundamentación con sustento en citas de autoridad e invocación de precedentes nacionales en la materia, especialmente un Proyecto similar del año 1998 (encomendado por el decreto 685/95). Ese aparato erudito acredita la laboriosa tarea de los redactores, celosos en demostrar la solidez de sus propuestas, a las que insuflaron un aire de vanguardia. Brinda una nómina de los juristas que fueron consultados, entre quienes hay prestigiosos catedráticos, aunque no menciona haber requerido el parecer de entidades religiosas, culturales, empresarias, gremiales y profesionales.

Consta de seis libros, precedidos por un "Título Preliminar", a saber:

Libro I: "De la parte general";
Libro II: "De las relaciones de familia";
Libro III: "De los derechos personales";
Libro IV: "De los derechos reales";
Libro V: "De lo transmisión de derechos por causa de muerte",
Libro VI: "De las disposiciones comunes a los derechos personales y reales"

Nuestra corporación no participó en los trabajos preparatorios; por tanto tendrá que abordar urgentemente el análisis y el examen de ese "Anteproyecto", pues así lo imponen sus estatutos. Dicha iniciativa tiene una importancia trascendental para los destinos de la sociedad argentina y la vida de las generaciones venideras. Innova en muchos temas, deroga reglas arraigadas, propone reformas que ofrecerán resistencia y, sobre todo, suscitará arduas polémicas en torno a principios tradicionales de la convivencia. Es indispensable conocer la metodología aplicada, los lineamientos generales y las modificaciones sugeridas al orden vigente. La tarea a emprender exigirá un detenido estudio, rigor científico, objetividad de criterio y elevación de miras.

Adelantaré mis impresiones para informar sobre los temas que suscitan especial interés, brindando una somera descripción de su contenido. Mi comunicación lleva el subtítulo de "miscelánea jurídica", a raíz serme imposible en el breve lapso asignado para exponer, efectuar un estudio completo de las normas con las que se pretende gobernar en un futuro la conducta de la población. La compleja trama de este "corpus" debe ser deshilvanada para penetrar en el espíritu que lo anima y el significado de sus artículos. Lo haré a titulo eminentemente personal, apoyado en mis convicciones y experiencias. Mi evaluación, inspirada en perfeccionar el orden jurídico, criticará modificaciones que, sea por razones de fondo o de técnica jurídica, no creo convenientes incluir en nuestra legislación.

Dejo abierto el debate sobre diversos aspectos de esta iniciativa, deseando que sea constructivo.

III

La primera impresión que produce la lectura del texto corresponde a tres instituciones, de las que paso a ocuparme, a saber: vulnera el orden familiar, arrincona la actividad comercial-empresaria, y excluye bienes intangibles.

1. Vulnera el orden familiar

Poco o nada queda en pie del derecho de familia tradicional, pues se relegan valores tutelados con firmeza durante más de un siglo. Surgen las relaciones convivenciales, el matrimonio se debilita, cambia el régimen del divorcio, la figura del padre pierde autoridad, aparece la maternidad subrogada, cosifica los embriones extracorpóreos, entre otras novedades. Habrá que centrar el foco atencional en todas estas reformas para establecer si hacen al bien común y protegen los derechos de la niñez, según lo disponen convenciones internacionales con jerarquía constitucional. El tema es sumamente delicado como para pronunciarse en forma apresurada, sin contar con todos los elementos de juicio. Hace al ámbito afectivo de la existencia humana, al hogar donde trascurren los días, y a los sentimientos más respetables.

2. Arrincona la actividad comercial-empresaria

Pareciera haberse olvidado que este "Anteproyecto" tiene por objeto un nuevo "Código Civil y Comercial", pues solo trata sobre el llamado derecho común. La actividad mercantil, a la que se refiere el art. 14 de la Constitución, quedó en un rincón, como si estuviera en penitencia por supuestas faltas incurridas hacia la microeconomía del país. Desaparece el "status" del comerciante y se eliminan los actos de comercio ¿Será la igualdad real predicada, la que permite dar por extinguida una profesión ancestral? De modo que nada se unificó, procediéndose a eliminar una de las partes que hace al todo. ¿Acaso se olvidó la vigencia del "Uniform Commercial Code" desde 1962 en todo el territorio de los Estados Unidos de América, país del "common law" que, sin embargo, dispuso codificar el derecho relativo al comercio? Ese criterio contradice la realidad negocial de nuestra época e implica un retroceso ante la notable evolución del derecho empresario.

Observo con preocupación que el moderno instituto de la empresa carezca de emplazamiento en el "Anteproyecto". Como sostuve en varias publicaciones anteriores, el concepto jurídico-económico de empresa es el eje de las relaciones económicas de nuestra época, tal como lo hiciera el Código Civil del Brasil del año 2002 en su Libro II. Ahora sería el momento para armonizar las normas en esbozo alrededor de esa idea fuerza, la cual ya fue receptada en la legislación fiscal y laboral. Ello sería coherente con haber incorporado la sociedad unimembre, la cual tendría que se ser regulada con mayor precisión, a fin de resguardar el derecho de los terceros. Asimismo, la ocasión parecía ser propicia al incorporar nuevos contratos, tales como el factoraje, la agencia, la franquicia y la concesión. Destaco que ocasionalmente se utiliza el vocablo "empresario", sin reparar en el equívoco.

3. Excluye bienes intangibles

Encuentro desacertado que no haya incluido como categorías jurídicas a los bienes intangibles y a los bienes culturales, de los que me ocupé en una comunicación leída en esta Academia el año pasado. Recordemos que son bienes de creciente valuación pecuniaria en la economía nacional y

mundial que merecían ser sistematizados. Quedó al margen del "Anteproyecto" el fértil campo de la propiedad intelectual "in genere", de las obras científicas, literarias y artísticas, más los inventos y las marcas de los productos industriales. La copiosa legislación, sobre la materia, incluidas las convenciones internacionales, debió ser ordenada e incorporada al esbozo de algún modo, pero no tenía que mantenerse dispersa como lo está ahora. Advierto que tampoco son regulados los contratos que se celebran en esa área (v.gr. los informáticos, para citar uno de los tantos casos marginados).

IV

Como la moneda cumple funciones esenciales, ello justifica dedicar un breve comentario a las "obligaciones de dar dinero".

La Comisión adoptó el principio nominalista, aunque en los fundamentos aclaró que ese enunciado regiría siempre que exista un "proceso de estabilización de la economía". Vuelve así al criterio del codificador, quien consideraba en su época "cosa casi imposible" la devaluación del signo nacional por el Congreso. Difiere con el régimen vigente en cuanto al momento en que se debe cuantificar el poder adquisitivo de la moneda. Ahora lo es al día del nacimiento de la obligación, y el "Anteproyecto" propone lo sea al día de "constitución de la obligación", que es bien distinto.

Continúa la prohibición de indexar establecida por la ley 25.561, pese a que cada vez más se hace sentir el fenómeno inflacionario en varios sectores. Agréguese a ello que el país se encuentra en situación de emergencia económica desde hace una década, hecho que obsta en justicia seguir la teoría nominalista, pues corresponde neutralizar la depreciación monetaria. La cuestión merecía una respuesta concreta sobre esta compleja problemática.

No obstante ello, incorpora las llamadas "deudas de valor", admitidas para casos puntuales desde el año 1968 por la ley 17.711. El monto cuantificado debe representar el valor real de la prestación (v.gr. el resarcimiento de los daños inferidos en los bienes o en la persona del acreedor). Esta solución fue inducida por la doctrina italiana a mediados del siglo XX a fin de resguardar la obligación de las contingencias económicas sobrevinientes a su nacimiento según el alea normal de las circunstancias. Incluso se contempla a la teoría de la imprevisión a fin de hacer frente a los riesgos que tornen excesivamente oneroso el cumplimiento.

En suma: nada nuevo. Deja fuera de texto incógnitas sin resolver para librarlas a políticas erráticas destinadas a disciplinar al mercado, tarea nada sencilla.

V

¿Es indispensable sancionar un nuevo Código?

He postergado la pregunta para el final. Cabe ampliar el interrogante: ¿Leyes nuevas o leyes consolidadas en las vivencias del pueblo? El sigo XXI podría ser una buena oportunidad para que el legislador haga las reformas que algunos esperan y otros no desean. Reformar e innovar con sobriedad, sin menoscabo de las garantías constitucionales, pareciera ser lo más razonable, a "derecho constante", como se hace en Francia, para estar al día en forma permanente. La codificación mercantil ha sido cuestionada en sí misma por las escuelas que postulan el análisis económico del derecho, estas últimas impulsadas por la explosión del comercio internacional y el crecimiento de los denominados "contratos business". ¿Será esa la finalidad del "Anteproyecto"?

La mirada que realicé al leer el "Anteproyecto" no fue completa, ni minuciosa; desconozco su versión definitiva. Recién ahora comenzaré la paciente tarea de estudio e investigación, la cual me demandará muchas horas de trabajo y pensamiento. Luego podré formular algunas conclusiones sobre las ventajas y desventajas de esta iniciativa, no solo del punto de vista jurídico, sino además sociológico y económico.

Apreciaré los fenómenos sociales con la mejor perspectiva, para tener una visión fiel del porvenir que asoma. Nadie puede negar las crisis y transformaciones habidas en las últimas décadas, al ritmo acelerado de la historia, las que deben ser ponderadas con un criterio maduro e intemporal. Esas transformaciones no habrán de conmover los principios, ni los valores, que son el cimiento de nuestra civilización y cultura.

REFLEXIONES PRELIMINARES SOBRE EL PROCESO DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL

Fernando J. D. López de Zavalía[1]

1. Una opinión que invita a la reflexión[2]

Esta contribución nace a partir de un intercambio con el distinguido profesor cordobés José Fernando Márquez, quien en un foro de discusión destinado a debatir el Proyecto "Lorenzetti, Highton, y otros" de derogación del Código de don Dalmacio Vélez Sarsfield, y sustitución por otro completamente nuevo, publicó este breve comentario:

"En el día de ayer tuve oportunidad de compartir con Jorge Mosset Iturraspe una mesa de debate sobre los derechos de incidencia colectiva, en general, y en el anteproyecto en particular, en el marco de una multitudinaria reunión de estudiantes de derecho que se está llevando a cabo en Embalse, Provincia de Córdoba. Más allá de las posiciones de cada uno, concluimos en que es imprescindible respetar la institucionalidad del sistema de dictado de normas, lo que implica que cada órgano de poder debe cumplir con la función que se le asigna. En este momento es el Poder Ejecutivo quien debe elevar la propuesta y luego serán los legisladores quienes la aceptarán o no la aceptarán. Y si así fuera, y luego una nueva legislatura entiende que lo sancionado no se adecua a los intereses generales, podrá modificarla. Y los jueces, en definitiva, y dentro de las facultades que les son propias, definirán la aplicación de las normas en el caso concreto. Estoy convencido de que el respeto a la institucionalidad, más allá de mis propias posiciones valorativas, es la única manera de pensar en un país que debe ir madurando, para no repetir experiencias totalitarias como las vividas en el pasado"

Las palabras del profesor Márquez –coincidentes con las de algunos que hablan de un rápido proceso, que habría de culminar con una sanción en un breve plazo[3], no mayor de un año– sacudieron

1. Profesor Universidad del Norte Santo Tomás de Aquino (Tucumán).

2. Como se desprende de su texto, las presentes reflexiones parten de un primer esbozo publicado en un foro generado para debatir por Internet sobre el Anteproyecto, al que luego hice agregados y correcciones. Agradezco a los Profesores Luis MOISSET DE ESPANÉS, y Gabriel ZANOTTI, que tuvieron la paciencia de leer el "penúltimo borrador", antes de que fuera publicado en la página web de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba. Este texto, con algunas modificaciones, es hijo de aquel. Aunque resulte una obviedad, no por eso quisiera dejar de manifestar que cualquier error aquí expresado –sea de naturaleza jurídica, histórica, o filosófica– me pertenece en plena y exclusiva propiedad.

3. Esa "prisa" parece inspirar al proyecto de ley elevado al Congreso, para la aprobación del texto de un nuevo Código Civil, que se acompaña como anexo. De su lectura se desprende que se persigue eludir un debate serio en la comunidad jurídica, y en la sociedad civil. Los arts. 9 y 10 deben interpretarse como un trámite de estudio previo a la aprobación; pero en ese trámite previo no está prevista la consulta al mundo académico, ni a la sociedad, sino un monólogo "solipsista" con una comisión que ya se ha expedido, y que difícilmente pueda cambiar de opinión. Lo razonable sería que en el seno de esa comisión bicameral, se formara otra comisión de asesoramiento para la revisión del texto (como se hiciera en Portugal) integrada por juristas que no hubieran tomado todavía ningún tipo de intervención, y otorgarles un plazo para dictaminar, por lo menos igual a aquel que dispusiera la primera comisión para elaborar el Anteproyecto. Recién entonces debería darse

entonces mi espíritu, hasta retumbar en lo más profundo, como una invitación a reflexionar sobre su alcance y contenido, pues despertaron la memoria de lecturas pasadas que creía ya definitivamente sepultadas en el olvido. Y amparándome en esos textos recuperados del foso de los recuerdos, y en la máxima "***Amicus Plato sed magis amica veritas***", me sentí impulsado a disentir con el distinguido profesor cordobés, para afirmar que el verdadero consenso democrático no se satisface de la forma allí expresada, e incluso obrando de ese modo muchas veces puede llegar a frustrarse de manera irremediable.

Para no despertar sospechas, pues es por todos conocida mi profesión de fe cristiana, voy a renunciar a autores de mi mismo credo o a cualquier postura de tinte metafísico, y hablar aquí en términos habermasianos, es decir de una muy selecta crítica neomarxista frankfurtiana llevada a su más elevada expresión discursiva, sin que ello implique, obviamente, aceptar todos los puntos de vista y conclusiones del agudo autor –ni la de sus glosadores que aquí se habrán de citar– sino tan solo aquellas que hacen al objeto central de esta amigable réplica.

Dicho objeto central, se habrá de circunscribir exclusivamente al problema del consenso democrático rectamente entendido como fuente de legitimación del orden jurídico. No se ha de extender a la cuestión, más controvertida en nuestros días, de si este constituye la fuente última de legitimación, aunque si habremos de dejar sentada nuestra respuesta negativa postulando que la verdad no es algo que pueda plebiscitarse; que hay valores, principios y bienes indisponibles que se encuentran por encima de cualquier consenso humano[4]; y que, de sancionarse este proyecto, ellos se habrán de ver profundamente afectados[5].

---

nueva intervención a la "Comisión creada por el Decreto Nº 191/11. Pero más grave aún, es que el texto pueda ser tratado "en el plenario" aún sin despacho de comisión, lo que demuestra que no hay ninguna intención de provocar un debate serio. Por lo demás, ese artículo 11 es inconstitucional, pues el PEN no puede modificar por decreto los "reglamentos" de ambas cámaras. Cabe apuntar que el aludido proyecto de ley es desconcertante, y ya ha despertado críticas en algunos foros de debate; en ese sentido ya varios hemos observado que los primeros ocho artículos resultarían incompatibles con los arts. arts. 9 a 11; en realidad, en la hipótesis más favorable a su posición, el PEN, debió enviar dos proyectos de ley distintos; un primero (de discutible constitucionalidad, porque se trata de competencia perteneciente a la zona de reserva exclusiva del Congreso), fijando las reglas de "procedimiento", con las materias reguladas en los arts. 9 a 11; y otro de "aprobación" del proyecto adjunto, con lo previsto en los arts. 1 a 8.

4. Como el tema excede los límites de estas reflexiones, y la lista de autores en la que apoyamos nuestra postura sería enorme, nos limitamos a citar a OLLERO TASSARA, Andrés: (1993): *"Verdad y consenso democrático"*. En AAVV: *Ciencias humanas y Sociedad (págs. 461-482)*, Madrid, Fundación Oriol-Urquijo; ZANOTTI, Gabriel: *Hacia una filosofía cristiana del diálogo*, Sapientia, julio de 2000.

5. A mero título de ejemplo, pues no se detienen allí las violaciones de derechos humanos fundamentales y principios bioéticos por parte del Anteproyecto –y Dios mediante, esperamos poder escribir algo sobre ello más adelante– vaya el siguiente: el Anteproyecto aborda el problema de los embriones, verdaderos individuos de la especie humana según las ciencias biológicas (ver, entre otros: PARDO, Antonio: *La determinación del comienzo de la vida humana: Cuestiones de método*, en Cuadernos de Bioética, XVIII, 2007/3ª, p. 335; del mismo autor: *Embrión y preembrión*, en Cuadernos de Bioética, 1997;8(4):1416-31; también: *Bioética y tecnología del fecundación humana*, en AA. VV. Bioética en las Ciencias de la Salud. Alcalá la Real, Asociación Alcalá, 2001: 203-220; RHONHEIMER, Martin: *"Ética de la procreación"*, RIALP, Madrid 2004, caps. III y IV, p. 175 a 222; OLLEROS, Andrés: *Dignità e statuto giuridico dell' embrione umano,* en *Colloqui sulla dignità umana. Atti del Convengo internazionale Palermo, ottobre 2007 (págs. 113-149)*; HONNEFELDER, L: *Naturaleza y estatus del Embrión. Aspectos filosóficos, Cuadernos de Bioética. 1997 VIII (31):1034-47;* ANDORNO, Roberto: *El embrión humano, ¿merece ser protegido por el derecho?,* Cuadernos de Bioética, 15, 3º 93, pp. 39-48; BALLESTEROS, Jesús: *El estatuto del embrión* en http://www.bioeticaweb.com; HERRANZ, Gonzalo: *El mito del preembrión*, en http://www.bioeticaweb.com/content/view/4177/40/; NÚÑEZ LADEVÉZE: *Sobre el sujeto de los derechos humanos*, Madrid, 2007; del mismo autor: "De la propiedad del cuerpo y la ética de la especie" en *Persona y Derecho*, nº 52. Julio-agosto, 2005; WALDSTEIN, W: *Natural law and the defence of life in Evangelium Vitae,* incluido en el volumen: "Evangelium Vitae": Five Years of Confrontation with the Society, *Proceedings of the VI Assembly of the PAV (11-14 February, 2000)*, Libreria Editrice Vaticana, Vatican City, 2001); pero las soluciones dadas al caso de tales individuos de la especie humana antes de la implantación (art. 19), son inconstitucionales, pues violan los arts 29 y 75, inc. 23 de la Constitución Nacional, 4.1 del Pacto de San José de Costa Rica –conjugado con los arts. 3 y 24 del mismo Tratado– y 1º de la Convención sobre los Derechos del Niño –incorporados a nuestra Constitución por el art. 75, inc. 22– vulneran derechos humanos fundamentales, y afectan los fundamentos mismos de la legitimidad del Estado. "La legitimidad del Estado moderno se basa ante todo en su función de protector de la vida. Esa protección

Tampoco habrá de examinarse si la corriente interpretación de Habermas según la cual nuestro autor coloca al consenso como criterio de la verdad –y por tanto, por encima de esta– es correcta, o si, como quieren otros, ello no configura la verdadera sustancia de su pensamiento, cuestión debatida entre sus intérpretes.

El tema habrá de circunscribirse al problema de lo que, con propiedad, debemos entender cuando hablamos de consenso democrático. En el camino propuesto, habré de exponer ideas, y sus respectivas glosas, que no me pertenecen; más bien una síntesis de lecturas a las que soy aficionado en mis ratos de ocio, pero que –aunque no pertenezcan al campo de mi especialidad– estimo son plenamente aplicables a la situación presente.

2. La peligrosa ilusión de un proyecto filosófico y político que no fue

Dice el Profesor Márquez que "el respeto a la institucionalidad […] es la única manera […] de no repetir experiencias totalitarias como las vividas en el pasado", y a primera vista la afirmación parecería inobjetable para cualquier hombre de derecho; sin embargo, a poco que se medita sobre ella se advierte que, desafortunadamente, encierra una ilusión que puede desembocar en una trampa harto peligrosa, y que en ese cruel laboratorio constituido por la experiencia humana se demuestra con solo recordar que la constitución de Weimar de 1918 siguió rigiendo durante todo el período nacionalsocialista, en el cual su líder –a quien ni siquiera me atrevo a nombrar– contó con las mayorías parlamentarias necesarias para reformular todas las leyes que quiso[6]; o que la Italia fascista también

---

no es el resultado de una decisión mayoritaria, sino que es la condición para que se pueda exigir a las minorías que se sometan a las decisiones de la mayoría. Allí donde se priva de derechos a la minoría, ni siquiera la mayoría puede legitimar" (SPAEMANN: *"Límites acerca de la dimensión ética del actuar"*, EIUNSA, Madrid 2003, cap. 28). Como bien escribiera para Alemania el diputado socialdemócrata Adolf ARNDT, la interpretación constitucionalmente relevante del principio general de igualdad de la Constitución alemana, significa que al Estado le ha sido sustraída toda capacidad de determinar quien es persona, porque conforme al artículo 3, a todo ser vivo que haya sido engendrado por hombres le corresponde la misma dignidad (citado por SPAEMANN, op. cit. cap. 29). Conceder al Estado el derecho de determinar arbitrariamente qué individuo de la especie humana es persona en el sentido de la ley y quien no, y a partir de qué momento lo es, "significaría privar a los derechos humanos de su carácter de derechos fundamentales. Pues mediante la respectiva definición de hombre se podría limitar en todo momento el número de aquellos a quienes les está permitido reclamar ese derecho" (SPAEMANN, op. cit. cap. 28.). Como bien lo apuntara ya Sergio COTTA, "En el centro de la reflexión antropológica debe estar la noción de *individuo real.* Esta es preferible a la en el fondo ambigua de persona" (*Sei tesi per una riflessione politica sulla società attuale*) En el mismo sentido expresa NÚÑEZ LADEVÉZE (*Sobre el sujeto de los derechos humanos,* Madrid, 2007 p. 17 y 18): "lo que se entiende como *igualdad de la naturaleza humana* o de *todos los hombres* es distinto de lo que se entiende por *igualdad* de todos ante la ley. La palabra "todos" en "igualdad de *todos* ante la ley" es discriminatoria, y no puede aplicarse a *todos* los hombres; pero la palabra *todos* en "*todos* los hombres", o "todas las *personas*", no puede ser decidida por la ley, ya que su contenido no puede ser acordado por transacción o compromiso político. Si se decidiera así no tendrían sentido los Derechos Humanos, porque, o bien tienen un fundamento en algo previo e incuestionable, a lo que llamamos "naturaleza humana", que es anterior a los sentimientos sobre lo que ha de ser esa naturaleza, o bien los Derechos Humanos son convenciones relativas, susceptibles de modificación o de pacto y adaptables a las necesidades políticas de cada Estado particular. El "todos" de "*todos* los hombres" se define con relación a "la *naturaleza* humana". Pero si hay algo así como una "naturaleza humana", ha de ser trascendente a lo que la ley, los pactos, las convenciones o las decisiones asamblearias digan sobre qué es o no ha de ser, sobre qué ha de protegerse o qué ha de quedar excluido de la protección legal relativa a esa presunta "naturaleza". Y si no hay una naturaleza humana que incluya en el *input* cromosómico el ingrediente de la racionalidad, el "todos" de la Declaración es aleatorio, arbitrario y equívoco, cualquier cosa menos Universal".

6. Dice bien Gabriel ZANOTTI: "Como todos los alemanes de su generación, y antes también, Habermas queda horrorizado por la experiencia de la segunda guerra. Muchas cavilaciones filosóficas se hicieron entonces –y se siguen haciendo– sobre qué es lo que culturalmente condujo a dicha situación. Muchos postmodernos ven en la segunda guerra la caída total del paradigma de racionalidad que guiaría a Europa después de la Revolución Francesa. Pero no es ese el camino de Habermas, quien se considera heredero de la modernidad" (*Crisis de la razón, y crisis de la democracia*, UCEMA, febrero de 2008, nº 370, p. 26).

contó con los "consensos institucionales" para hacer otro tanto, como que el Código italiano de 1942 fue obra suya[7].

Esa "trampa totalitaria", nace de una ilusión, que a su vez configura uno de los mayores fracasos del proyecto político y filosófico de la "ilustración"[8], la ilusión de creer que el mero funcionamiento formal de las instituciones republicanas, sería suficiente para garantizar legitimidad en las decisiones; pero basta la lógica, y lo corroboran los ejemplos históricos dados, para concluir que ese juego institucional solamente puede otorgar validez formal, es decir "legalidad", pero no legitimidad política a las decisiones. No es el "consenso" de los órganos investidos de poder estatal lo que otorga legitimidad, y no advertirlo es caer en una peligrosa trampa[9].

7. Y su ideología terminó "contagiando" e impregnando ese texto, monumental en otros aspectos, como lo ha demostrado SOMMA, Alessandro: *El derecho fascista de los contratos: Una comparación con el modelo nacionalsocialista*, incluido en ps. 70 a 113 de la obra *Estudios sobre el contrato en general*, Lima, 2002, p. 81. El trabajo del autor italiano, cuya lectura íntegra recomendamos calurosamente, configura un sólido, brillante y valiente intento por desenmascarar ciertas perspectivas teóricas *non sanctas* subyacentes en la doctrina y legislación italiana de los años fascistas. Del mismo autor, en colaboración con Pier G. MONATERI, puede consultarse también *The Fascist Theory of Contract. A Comparative and Historical Inquiry into the Darker Side of Contract Law*, en Cardozo Electronic Law Bulletin. Accepted Paper – Serie 2009.

8. Ilusión y fracaso, que, a modo de síntesis, reflejan muy bien los siguientes pasajes: "Si en la época liberal la individuación de una parte de la población era necesaria para la adaptación de la sociedad en su conjunto al estadio alcanzado por la técnica, hoy el funcionamiento del aparato económico exige una dirección de las masas que no se vea ya perturbada por la individuación. La tendencia –determinada por la economía– de la sociedad compleja, que se ha impuesto siempre en la constitución espiritual y física de los individuos, atrofia los órganos del individuo que obraban en el sentido de ordenar autónomamente la existencia de este […] La irracionalidad de la adaptación dócil y solícita a la realidad llega a ser para el individuo más racional que la razón. Si en otro tiempo los burgueses habían introyectado –en sí mismos y en los trabajadores– la constricción como deber de conciencia, el hombre entero se ha convertido, entretanto, en sujeto-objeto de la represión. En el progreso de la sociedad industrial, que pretende haber exorcizado la ley –por ella misma engendrada– de la depauperación creciente, perece ahora la idea misma que justificaba todo: el hombre como persona, como sujeto de la razón. La dialéctica de la Ilustración se invierte objetivamente hasta convertirse en locura […] Esta locura caracteriza a la actual realidad política […] La incompatibilidad misma de las ideologías, proclamada por los políticos de los partidos adversos, no es ya más que una ideología de la ciega constelación de poder. El estilo de pensamiento según *Tickets,* producto de la industrialización y de su propaganda, se adapta a las relaciones internacionales. El que un burgués elija la lista comunista o la fascista se decide ya según que le impresione más el Ejército Rojo o los laboratorios de Occidente. La reificación –gracias a la cual la estructura de poder, hecha posible únicamente por la pasividad de las masas, se presenta ante estas como una realidad indestructible– es ya tan acabada que toda espontaneidad, e incluso la simple idea del verdadero estado de cosas, se ha convertido fatalmente en utopía excéntrica, en sectarismo marginal […] La apariencia –la ilusión– se ha hecho tan densa que el hecho mismo de penetrar en ella y desenmascararla adquiere objetivamente el carácter de alucinación. Elegir una lista significa en cambio cumplir la adaptación a la apariencia petrificada como realidad, que a su vez se produce indefinidamente gracias a dicha adaptación. Justamente por ello, quien vacila es marcado como desertor. Desde Hamlet, la duda ha sido para los modernos, signo de pensamiento y de humanidad. El tiempo perdido representaba y mediaba a la vez la distancia entre lo individual y lo universal, lo mismo que en la economía la circulación media entre el consumo y la producción. Hoy los individuos reciben de los poderes sus listas ya cerradas, lo mismo que los consumidores sus automóviles de las agencias de venta de las fábricas. Sentido de la realidad, adaptación al poder, no son ya resultado de un proceso dialéctico entre el sujeto y la realidad, sino producidos directamente por el mecanismo industrial […] Si los desencadenados colosos de la productividad han superado al individuo, no es porque lo hayan satisfecho plenamente, sino en cuanto que lo han extinguido como sujeto. Justamente en ello reside su perfecta racionalidad, que es idéntica a su locura" (HORKHEIMER – ADORNO: *Dialéctica de la ilustración. Fragmentos filosóficos*, Trotta, Madrid 1998, p. 247-248).

9. "[…] la experiencia de los regímenes del socialismo real ha mostrado que la supresión revolucionaria del régimen de producción capitalista no trae consigo de forma necesaria la emancipación de los individuos […] A estos hechos se añadió muy pronto un tercero: la creciente colaboración y posterior integración tanto de la oligarquía capitalista como de las masas trabajadoras en el estado nacionalsocialista. La teoría crítica ve en este desarrollo, no un acontecimiento contingente sino la consecuencia del proceso de racionalización desencadenado por la Ilustración, que de forma necesaria lleva a la administración total de la sociedad en forma de un estado autoritario. De este modo la teoría crítica se convierte en una crítica total de la razón ilustrada, que de la defensa de los derechos y libertades del individuo pasa a la imposición de unas estructuras de dominación tecnológica que convierte a los hombres en meras ruedas del engranaje social" (BENGOA RUIZ DE AZÚA, Javier: *De Heidegger a Habermas. Hermenéutica y fundamentación última en la filosofía contemporánea*, Herder, Barcelona 1992, p. 127). Y a propósito de la cita, piénsese que todo el problema de la "dominación tecnológica"

Es la trampa del sueño de la razón transformado en pesadilla, por la que "la dialéctica de la Ilustración se invierte objetivamente hasta convertirse en locura", pues conduce a atrofiar "los órganos del individuo que obraban en el sentido de ordenar autónomamente la existencia de este". En virtud de dicha racionalidad instrumental[10] devenida en locura, hoy "los individuos reciben de los poderes sus listas ya cerradas, lo mismo que los consumidores sus automóviles de las agencias de venta de las fábricas"; y los derechos y libertades del individuo ceden a la imposición de unas estructuras de dominación política, económica, y especialmente científico tecnológica, que constituyen nuevas formas de alienación pues convierten a los hombres en meras ruedas del engranaje social; todo ello determina que "los desencadenados colosos de la productividad han superado al individuo, […] en cuanto que lo han extinguido como sujeto. Justamente en ello reside su perfecta racionalidad, que es idéntica a su locura"[11]

Y es la trampa de la "metafísica estatal" que Habermas rechaza, con solo considerar que al vivir en la época posmetafísica, ya no hay explicación que justifique seguir considerando al estado como el eje absoluto de la actividad humana, lo que no implica que deje de ser un importante elemento en las sociedades complejas[12]. A ello Habermas ha de contraponer la siguiente idea:

"Sospecho, sin embargo que el malestar y la inquietud tienen una raíz más profunda, a saber: el presentimiento y sospecha de que, bajo el signo de una política completamente secularizada, el estado de derecho no puede tenerse ni mantenerse sin democracia radical. Convertir este presentimiento en una idea es la meta de la presente investigación"[13]

3. Habermas y su intento por rescatar a la razón secularizada

Frente al horror del sueño de la razón transformado en pesadilla que describen sus predecesores, Habermas va a intentar salvar a la razón, y al proyecto de la ilustración, corrigiendo aquellas fallas que objetivamente terminan desembocando en su crisis y fracaso. Para este autor dicho proyecto no ha fracasado, sino que se encuentra incompleto e inacabado, por no haber dado a la razón su cauce natural de expresión que, según se ha de ver, va a encontrar en la acción comunicativa humana.

Para Habermas, la legitimidad del ordenamiento jurídico, y por tanto la superación de la permanente tensión entre facticidad y validez, no es otra cosa que un juego del lenguaje, un resultado de la acción comunicativa humana desplegada a fin de perseguir una conciliación de variadas representa-

---

se introduce en el Proyecto con el problema del embrión –verdadero individuo de la especie humana, reducido a mera *res* biológica hasta la implantación en el útero– incluso para favorecer y proteger ese auténtico "negocio" del dominio tecnológico –y a costa de la dignidad humana– con normas tales como el anonimato de los donantes de gametos, que violan el derecho a la identidad de aquellas personas "producidas en masa" mediante dichas técnicas de laboratorio.

10. Desde la perspectiva de análisis de la teoría crítica, racionalidad instrumental, por oposición a racionalidad emancipadora, no es otra cosa que la razón humana misma, deliberadamente puesta al servicio del dominio, sea de la naturaleza, de la economía, o de los hombres. En ese sentido, ha dicho ZANOTTI: "Modernidad es igual, para esta escuela, a control […] La racionalidad de la modernidad es una racionalidad instrumental: la eficiencia de los medios respecto a los fines. Esto es, dominio. Dominio respecto de la naturaleza (la tecno-ciencia), dominio respecto de las personas, que esta escuela ve fundamentalmente en la racionalidad capitalista, donde los seres humanos son reducidos a medios con respecto a la producción industrial y la ganancia capitalista […] En este sentido, se podría decir que para esta escuela la modernidad, al identificarse con la racionalidad instrumental, se identifica con la dominación, con la explotación y, en ese sentido, ha fracasado" (*Crisis de la razón, y crisis de la democracia*, UCEMA, febrero de 2008, nº 370, p. 26). Nuevamente, adviértase que todo el problema biotecnológico es racionalidad instrumental desplegada como medio al fin del "dominio" de la vida, y que muchos de los aparentes problemas que propone son "falsos problemas" desde una perspectiva ética y jurídica, derivados de permitir que sea la técnica quien dicte la "agenda" al Derecho, y no a la inversa.

11. Ver las tres notas anteriores.

12. BOTERO BERNAL, Andrés: *Aproximación al pensamiento iusfilosófico de Habermas*, Revista Telemática de Filosofía del Derecho, nº 5, 2001/2002, pp. 9-29.

13. HABERMAS, J.: *Facticidad y validez*, Madrid: Trotta, 1998. p. 61.

ciones del mundo y su significado[14]; ese juego exige la articulación mental (articulación espiritual), de un espacio público de múltiples voces, donde todas y cada una pueda hacerse oír[15], todo ello a fin de alcanzar "una "conciliación" del arbitrio de cada uno con el arbitrio de todos los demás, es decir, la integración social, solo es posible sobre la base de reglas normativamente válidas, que desde un punto de vista moral –"conforme a una ley general de la libertad"– merezcan el reconocimiento no coercitivo, es decir, el reconocimiento racionalmente motivado de sus destinatarios"[16].

En su célebre *Teoría de la acción comunicativa*[17], Habermas ha de presentar al debate en el ámbito del espacio público como la verdadera posibilidad de superar las tensiones y conflictos sociales, mediante la búsqueda de consensos que permitan el acuerdo y la cooperación, a pesar de los naturales y comprensibles disensos[18]. Para el autor, la opinión pública, es un elemento central de su propuesta de política deliberativa, la verdadera alternativa para superar los déficits democráticos de los sistemas políticos contemporáneos que se denuncian desde la escuela crítica de Frankfurt. Esa opinión pública, puede ser manipulada y deformada, pero pagando altísimos costos, pues constituye el verdadero e insustituible eje de la cohesión social, de la construcción y legitimación (o deslegitimación) política[19]. Las libertades individuales y políticas dependen de la dinámica que se suscite en dicho espacio público, que Habermas ha caracterizado del siguiente modo, a lo largo de los años:

"Por espacio público entendemos un ámbito de nuestra vida social, en el que se puede construir algo así como opinión pública. La entrada está fundamentalmente abierta a todos los ciudadanos. En cada conversación en la que los individuos privados se reúnen como público se constituye una porción de espacio público. [...] Los ciudadanos se comportan como público, cuando se reúnen y conciertan libremente, sin presiones y con la garantía de poder manifestar y publicar libremente su opinión, sobre las oportunidades de actuar según intereses generales. En los casos de un público am-

14. "La razón comunicativa empieza distinguiéndose de la razón práctica porque ya no queda atribuida al actor particular, o a un macrosujeto estatal-social. Es más bien el medio lingüístico, mediante el que se concatenan las interacciones y se estructuran las formas de vida, el que hace posible a la razón comunicativa [...] Las formas de comunicación articuladas en términos de Estado de derecho, en las que se desarrollan la formación de la voluntad política, la producción legislativa y la práctica de decisiones judiciales, aparecen, desde esta perspectiva como parte de un proceso más amplio de racionalización de los mundos de la vida de las sociedades modernas, sometidas a la presión de los imperativos sistémicos" (HABERMAS, J.: *Facticidad y validez*, p. 65- 67).

15. *Fe y Saber*, 2001 [Discurso de agradecimiento pronunciado por Jürgen Habermas en la *Pauslkirche* de Frankfurt el día 14 de octubre de 2001, con motivo de la concesión del "premio de la paz" de los libreros alemanes].

16. HABERMAS, J.: *Facticidad y validez*, p. 91.

17. Taurus, Madrid, 1992.

18. "La racionalidad comunicativa, por lo tanto, es una acción dialógica, implica un diálogo con el otro, para lo cual existen por ende tres condiciones de diálogo: verosimilitud, rectitud, sinceridad. A lo cual habría que agregar una cuarta: que el que dialoga con nosotros acepte nuestras intenciones de diálogo mediante una consideración crítica, analizada racionalmente ('racionalmente motivado') y no por otros motivos, como son los premios o castigos, donde entonces se termina el diálogo y comienza nuevamente la dominación [...] Quisiera que detrás de estos tecnicismos no se olvide la intención de este autor: rescatar la racionalidad, y con ello, la modernidad. La libertad de la cual hablaba la Revolución francesa no se ha perdido del todo en la alienación de la racionalidad instrumental. Queda aún la libertad en el diálogo, la comunicación con el otro, que debe ser aquello que alimenta de fondo a una vida democrática. El diálogo es, por ello mismo, esa instancia donde se encuentran todas las personas que piensan diferente en temas religiosos y metafísicos, pero que se encuentran libres e iguales en una acción dialógica. Acción dialógica que es la norma básica, la ética del discurso fundamental en la cual todos deben coincidir precisamente por lo que difieren, una especie de imperativo categórico donde se salva la racionalidad del otro y su libertad, y debe ser base de toda vida democrática [...] La racionalidad de la modernidad, por ende, no ha fracasado, porque ella no es un proyecto con resultados palpables, sino la ética del discurso que debe imperar en una sociedad de personas libres e iguales, una vez que las diferencias religiosas y metafísicas han sido superadas por esta racionalidad poskantiana. La modernidad no ha fracasado en la medida que la modernidad sea igual a la ética del discurso. Una democracia constitucional moderna no es más que un intento de plasmar políticamente ese ideal" (ZANOTTI: *Crisis de la razón, y crisis de la democracia*, UCEMA, febrero de 2008, nº 370, p. 26).

19. BOLADERAS CUCURELLA, Margarita: *La opinión pública en Habermas*, Anàlisi 26, 2001, P. 51-70.

plio, esta comunicación requiere medios precisos de transferencia e influencia: periódicos y revistas, radio y televisión son hoy tales medios del espacio público".[20]

"La esfera o espacio de la opinión pública es, ciertamente, un fenómeno social tan elemental como la acción, el acto, el grupo, o el colectivo; pero escapa a los conceptos tradicionales del orden social. La esfera o el espacio de la opinión pública no puede entenderse como institución y, ciertamente, tampoco como organización; no es un entramado de normas con diferenciación de competencia y de roles, con regulación de las condiciones de pertenencia, etc.; tampoco representa un sistema; permite, ciertamente, trazados internos de límites, pero se caracteriza por horizontes abiertos, porosos y desplazables hacia el exterior. El espacio de la opinión pública, como mejor puede describirse es como una red para la comunicación de contenidos y tomas de postura, es decir, de *opiniones*, y en él los flujos de comunicación quedan filtrados y sintetizados de tal suerte que se condensan en opiniones públicas agavilladas en torno a temas específicos".[21]

"El *common sense* democráticamente ilustrado no es ninguna entidad singular, sino que se refiere a la articulación mental (a la articulación espiritual) de un espacio público de múltiples voces. Las mayorías secularizadas no deben tratar de imponer soluciones en tales asuntos antes de haber prestado oídos a la protesta de oponentes que en sus convicciones religiosas se sienten vulnerados por tales resoluciones; y debe tomarse esa objeción o protesta como una especie de veto retardatorio o suspensivo que da a esas mayorías ocasión de examinar si pueden aprender algo de él".[22]

4. El uso público de la razón, como fuente de legitimidad de las decisiones colectivas

Desde estos presupuestos, Habermas ha de discurrir sobre caminos ya trazados por Kant, para quien las leyes y las decisiones políticas requieren una justificación que solo pueden encontrar en la fuerza de la razón, una razón que se hace manifiesta en el debate de la opinión pública. El uso público de la razón tiene el poder de la fuerza coactiva de la no coacción[23]:

"La verdadera política no puede dar ni un paso sin rendir antes tributo a la moral, y aun cuando la política es por sí misma un arte difícil, de ningún modo es su asociación con la moral arte alguno; porque esta atajaría gordianamente el nudo que aquella fuera incapaz de desatar tan pronto como ambas comenzaran a disputar".[24]

Sin embargo, desde la crítica neomarxista ejercida por la escuela de Frankfurt, Habermas tiene frente a su horizonte intelectual una constatación efectuada por sus predecesores, a saber: que la discusión parlamentaria muchas veces no manifiesta la razón de todos los afectados por la legislación, de todos los ciudadanos teóricamente representados, sino la voluntad del grupo o de los grupos socialmente dominantes[25]. Hay un dominio de determinados sectores sociales en la vida parlamentaria

20. HABERMAS, J.: *Kultur und Kritik*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1973, p. 6, citado por BOLADERAS CUCURELLA, Margarita: *La opinión pública en Habermas*, Anàlisi 26, 2001.

21. HABERMAS, J.: *Facticidad y validez*, p. 440

22. HABERMAS: *Fe y Saber*, 2001 [Discurso de agradecimiento pronunciado por Jürgen Habermas en la *Pauslkirche* de Frankfurt el día 14 de octubre de 2001, con motivo de la concesión del "premio de la paz" de los libreros alemanes].

23. BOLADERAS CUCURELLA, Margarita: *La opinión pública en Habermas*, Anàlisi 26, 2001.

24. KANT, *Werke*, vol. VI, E. CASSIRER (ed.), Berlín: Cassirer, p. 467, citado por J. HABERMAS, *Historia y crítica de la opinión pública. La transformación estructural de la vida pública.* Barcelona: G. Gili, 1981, p. 136.

25. JIMÉNEZ REDONDO, Manuel, en la *Introducción* a la traducción de la obra *Facticidad y validez* de Jürgen HABERMAS, pág. 42.

y en las decisiones del ejecutivo, con lo cual se pone en cuestión la legitimación política del orden burgués[26]:

"Como es natural, el *consensus* fabricado tiene poco en común con la opinión pública, con la unanimidad final resultante de **un largo proceso de recíproca ilustración**; porque el 'interés general', sobre cuya base […] podía llegar a producirse libremente una coincidencia racional entre las opiniones públicamente concurrentes, ha ido desapareciendo exactamente en la medida en que la autopresentación publicística de intereses privados privilegiados se lo iba apropiando"[27]

5. La acción comunicativa humana, expresada en la libre formación de la opinión pública, como auténtica fuente del verdadero consenso democrático

Los ciudadanos son verdaderos "portadores del espacio público" y en él dialogan en **un largo proceso de recíproca ilustración**. Tal es la interacción comunicativa, es decir, la práctica comunicativa cotidiana que se produce a partir de la inteligibilidad general de los lenguajes, sean estos seculares o religiosos. El autor llega a reprochar a la fenomenología el no haber todavía "comprendido plenamente que el lenguaje es la telaraña de cuyos hilos cuelgan los sujetos, y en los cuales llegan a formarse como sujetos"[28].

Este intercambio comunicativo produce argumentos, influencias y *opiniones.* La opinión pública puede manipularse e instrumentalizarse, pero a costa de perder su fuerza de eficacia para proporcionar una legitimación racional. Cuando el espacio del juego lingüístico no permite la sinceridad en las expresiones y las críticas abiertas, se pierde la capacidad de interacción entre los agentes sociales y la articulación necesaria entre ellos (integración social); la coacción puede reprimir y enmascarar, pero no elimina las contradicciones, sino que, por el contrario, las incrementa[29]..

De la buena salud, de la espontaneidad del espacio de opinión pública, y la verdadera autonomía de la voluntad de los ciudadanos, dependen la legitimación de las decisiones políticas y la regulación de la cohesión social. Por ello, el autor entiende necesario distinguir entre poder comunicativo y poder político[30]; el primero pertenece a la opinión pública y consiste en la posibilidad de producir discursivamente motivaciones y convicciones compartidas, que se concretan en una voluntad común; el segundo concierne a la pretensión de dominio sobre el sistema político y el empleo del poder administrativo. De allí que Habermas proponga:

"considerar el derecho como el medio a través del cual el poder comunicativo se transforma en administrativo. Pues la transformación de poder comunicativo en poder administrativo tiene el sentido de un facultamiento o autorización, es decir, de un otorgar poder en el marco del sistema o jerarquía de cargos establecidos por las leyes. La idea de Estado de derecho puede interpretarse entonces en general como la exigencia de ligar el poder administrativo, regido por el código 'poder', al

26. BOLADERAS CUCURELLA, Margarita: *La opinión pública en Habermas*, Anàlisi 26, 2001.

27. HABERMAS, J.: *Historia y crítica de la opinión pública.…*, p. 222, el destacado me pertenece.

28. HABERMAS, J.: *Zur Logik der Sozialwissenschaften*, p. 124, citado por BENGOA RUIZ DE AZÚA, Javier: *De Heidegger a Habermas. Hermenéutica y fundamentación última en la filosofía contemporánea*, p. 133.

29. HABERMAS, J.: *Facticidad y validez,* op. cit., p. 444-445.

30. HABERMAS, J.: *Facticidad y validez,* op. cit., p. 216-217; glosando su contenido, se ha dicho: "En este capítulo cuarto son centrales la reformulación que se hace del principio de 'división de poderes' en términos de 'teoría del discurso' y el concepto que se introduce de 'poder comunicativo', en el que se funden, como en una única fuente, poder y derecho; es el punto en el que Habermas lleva hasta sus últimas consecuencias la idea democrática de autonomía política y, por tanto, de la posibilidad de disolver el poder de la razón, haciendo derivar del 'poder producido por la voluntad en el que deliberativamente muchos se ponen de acuerdo' […] el poder político-administrativo encargado de imponer el derecho introduciendo con ello una fundamental diferenciación en el concepto de poder político, y por tanto, en el concepto de lo político" (JIMÉNEZ REDONDO, Manuel, en la *Introducción* a la traducción de la obra *Facticidad y validez* de Jürgen HABERMAS, pág. 11).

poder comunicativo creador de derecho, y mantenerlo libre de las interferencias del poder social, es decir, de la fáctica capacidad de imponerse que tienen los intereses privilegiados"[31]

Para Habermas el auténtico y verdadero motor de la política democrática, no solamente en un sentido real empírico, sino incluso también en sentido normativo, es el espacio del libre juego de la opinión pública. Por ello, el modelo a seguir, a fin de superar y no agravar debilidades del sistema democrático, es el de política deliberativa. En este modelo, "la soberanía popular" equivale a la libre formación de la opinión pública, y ocupa un lugar central en los requisitos procedimentales que *deben* exigirse para la legitimación de las prácticas y las decisiones políticas:

"Los procedimientos democráticos estatuidos en términos de Estado de derecho [...] permiten esperar resultados racionales en la medida en que la formación de la opinión dentro de las instancias parlamentarias permanezca sensible a los resultados de una formación informal de la opinión en el entorno de esas instancias, formación que no puede brotar sino de espacios públicos autónomos. Sin duda, [...] el presupuesto de un espacio público político no hipotecado, es un presupuesto carente de realismo; pero bien entendido, no se le puede calificar de utópico en sentido peyorativo. Pues podría cumplirse a medida que surgiesen sociedades formadoras de opinión en torno a las que pudiesen cristalizar espacios públicos autónomos, y, resultando estos perceptibles como tales, introdujesen cambios en el espectro de los valores, los temas y las razones que en los medios de comunicación de masas, en las organizaciones formales, y en los partidos solo se canalizan a través de relaciones de poder, delimitando innovadoramente ese espectro, a la vez que filtrándolo críticamente"[32]

6. Significado actual de los Códigos históricos, como auténticos modos de expresión de la cultura de un pueblo

Con prescindencia de los hechos que les dieran origen, y del juicio crítico que ello merezca, al día de hoy los códigos históricos[33] –enriquecidos con sucesivas reformas, y por la paciente labor de aplicación de frondosa doctrina y jurisprudencia– forman parte del depósito cultural de los pueblos donde han regido, y a fuer de tales configuran verdaderos hitos de carácter democrático, porque allí se encuentran plasmados tácitos consensos acerca del sistema de representaciones sobre la vida en común.

Su espontáneo acatamiento por parte de la comunidad, es prueba del acuerdo social sobre los valores allí reflejados, y por lo tanto representan verdaderas "piedras vivas y angulares" en un sistema democrático, que deben ser tratadas con sumo respeto.

No es que no pueda hacerse, pero –a fin de evitar una auténtica avalancha– ha de tenerse extremo cuidado, máxima precaución a la hora de remover esas "piedras vivas", tal como lo señala la mejor tradición filosófica y jurídica de occidente.

31. HABERMAS, J.: *Facticidad y validez,* op. cit., p. 217-218.

32. HABERMAS, J.: *Facticidad y validez,* op. cit., p. 614.

33. Textos legales nacidos (en especial, el *Code Napoleón*), en la generalidad de los casos, al calor de una explosión de "racionalismo jurídico" constructivista, que pretendía imponer al orden social el plan o programa transformador de la razón. Pese a que –por múltiples motivos, que sería imposible sintetizar siquiera en estas líneas– el de don Dalmacio VÉLEZ SARSFIELD escapa en buena medida a dicha calificación, a todo evento, cabe destacar que los excesos de racionalismo terminan a la larga por ser corregidos por la vida misma, y eso fue lo que aportaron estos más de ciento cuarenta años de historia, con su cotidiana aplicación –plasmada en muy valiosa doctrina y jurisprudencia– y con sus sucesivas reformas. Como esperamos demostrarlo con detalle en un posterior trabajo, en nuestra modesta opinión un nuevo Código implicaría un nuevo y excesivo ejercicio de "racionalismo" jurídico, solo que –y a diferencia de los que ocurriera en el Siglo XIX– habría esta vez de nacer herido de muerte por el signo de lo anacrónico, pues –al menos en este aspecto– el programa racionalista codificador es un proyecto "fracasado", como lo demuestra la constatación efectuada por Natalino IRTI sobre el hecho cierto e innegable de que hoy estamos viviendo inmersos en la "edad de la decodificación".

Es que el derecho no se reduce a la ley. La voz del legislador, genera un coro de voces en la doctrina, en la jurisprudencia, y en las conductas espontáneas de los ciudadanos; todo ese entramado de múltiples voces, de distinto tono y volumen, tiene el sello de la juridicidad, y olvidarlo configura el anacrónico ejercicio de un racionalismo excesivo para nuestros tiempos[34]. Cuando se suprime la voz del legislador, ese coro polifónico se desvanece, porque las restantes voces –las pertenecientes a la Asamblea, si se me permite la analogía litúrgica– quedan retumbando en el vacío, como un eco muerto y carente de sentido.

Pues como enseñaba el maestro Guillermo Borda:

"Aunque admitimos que la cuestión es delicada, pensamos que la reforma integral sería gravemente dañosa. En sus cien años de vida, el Código ha dado lugar a un muy valioso aporte doctrinario y a una no menos importante jurisprudencia. Todas sus disposiciones han sido sopesadas, analizadas, coordinadas y valoradas. La vida del derecho, el funcionamiento del Código –si se nos permite el término– ha puesto de manifiesto sus defectos y cualidades. Y aquellos han sido subsanados en lo más importante, unas veces mediante una inteligente elaboración jurisprudencial. Toda esa enorme labor, todo ese ponderable esfuerzo, quedaría en buena medida inutilizado. El nuevo Código, mientras no haya sido sometido a una labor de crítica similar a la provocada por el actual, dará lugar a incertidumbres y a no pocos trastornos"[35]

Es una respuesta que se aproxima muchísimo a la que proporcionaba Santo Tomás:

"Objeciones por las que parece que la ley humana debe modificarse siempre que se encuentra algo mejor […] **En cambio** está lo que se dice en el *Decreto,* dist.12: *Es una vergüenza ridícula y abominable que toleremos la violación de las tradiciones que desde la antigüedad recibimos de nuestros mayores* **Solución.** Hay que decir: Según ya vimos (a.1), en tanto es legítimo cambiar una ley en cuanto con su cambio se contribuye al bien común. Ahora bien, por sí mismo, el cambio de las leyes comporta ciertos riesgos para el bien común. Porque la costumbre ayuda mucho a la observancia de la ley, tanto que lo que se hace en contra de la costumbre ordinaria, aunque sea más llevadero, parece más pesado. Por eso, cuando se cambia una ley se merma su poder de coacción al quitarle el soporte de la costumbre. De aquí que la ley humana no debe cambiarse nunca a no ser que, por otro lado, se le devuelva al bien común lo que se le sustrae por este. Lo cual puede suceder, ya porque del nuevo estatuto deriva una grande y manifiesta utilidad, ya porque el cambio se hace sumamente necesario debido a que la ley vigente entraña una clara iniquidad o su observancia resulta muy perjudicial. Por eso dice el Jurisconsulto que *la institución de nuevas leyes debe reportar una evidente utilidad que justifique el abandono de aquellas otras que durante mucho tiempo fueron consideradas equitativas"*[36].

34. Bien expresa ORTEGA y GASSET (*La rebelión de las masas. Prólogo para franceses*, IV, pág. 13): "En las revoluciones intenta la abstracción sublevarse contra lo concreto; por eso es consustancial a las revoluciones el fracaso. Los problemas humanos no son, como los astronómicos, o los químicos, abstractos. Son problemas de máxima concreción, porque son históricos. Y el único método de pensamiento que proporciona alguna probabilidad de acierto en su manipulación es la 'razón histórica'. Cuando se contempla panorámicamente la vida pública de Francia durante los últimos ciento cincuenta años, salta a la vista que sus geómetras, sus físicos y sus médicos se han equivocado casi siempre en sus juicios políticos, y que han sabido, en cambio, acertar sus historiadores. […] Tres siglos de experiencia "racionalista" nos obligan a recapitular sobre el esplendor y los límites de aquella prodigiosa *raison* cartesiana. Esta *raison* es solo matemática, física, biológica. Sus fabulosos triunfos sobre la naturaleza, superiores a cuanto pudiera soñarse, subrayan tanto más su fracaso ante los asuntos propiamente humanos e invitan a integrarla en otra razón más radical, que es la 'razón' histórica. […] Esta nos muestra la vanidad de toda revolución general, de todo lo que sea intentar la transformación súbita de una sociedad y comenzar de nuevo la historia, como pretendían los confusionarios del 89. Al método de la revolución opone el único digno de la larga experiencia que el europeo actual tiene a su espalda".

35. BORDA, Guillermo: *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, Vol I, nº 124.

36. SUMMA: I – II, q 97, a 2.

Tales enseñanzas, mantienen toda su actualidad en la hora presente donde, con "tres palabras rectificadoras del legislador", podríamos estar a punto de convertir "bibliotecas enteras en basura", para emplear la conocida fórmula de Julius Von Kirchmann, y producir un hecho de características "revolucionarias", según incluso lo ha definido un vocal de la Excma. CSJN.

Pero toda revolución implica una verdadera ruptura en la lógica de los antecedentes, y por lo tanto ha de sopesarse con extrema prudencia su conveniencia, pues, tras sus banderas, no pocas veces en la historia se han enmascarado actos de características antidemocráticas impuestos autoritariamente a la mayoría, por una minoría. Vaya, si no, la siguiente cita de Ortega y Gasset –a quien, ciertamente, no podría acusarse de tomista– coincidente con Tomás de Aquino acerca de la necesidad de una continuidad en el plano del derecho, y de lo peligroso de las revoluciones: "Las revoluciones, tan incontinentes en su prisa, hipócritamente generosa, de proclamar derechos, han violado siempre, hollado y roto el derecho fundamental del hombre, tan fundamental, que es la definición misma de su sustancia: el derecho a la continuidad. La única diferencia radical entre la historia humana y la "historia natural" es que aquella no puede nunca comenzar de nuevo […][37].

No es ciertamente poco aquello que perdería el país desde un punto de vista cultural, reduciendo gran parte del pasado y la tradición a virtual ceniza por un mero acto legislativo impuesto desde arriba a la sociedad civil, lo que no puede discutirse que habrá de empobrecer nuestra cultura jurídica con la forzosa amputación de todo aquello que *ipso facto* habrá de pasar a ser "tejido muerto".

Resulta, en efecto, muy difícil no pensar en todos esos años que maestros de la talla de Salvat, Lafaille, Colmo, Fornieles, Orgaz, Molinario, Llambías, Borda o Moisset de Espanés –por citar solo algunos de nuestros grandes civilistas– dedicaron a estudiar concienzudamente el Código de Vélez, años de valioso y sacrificado estudio que quedarán reducidos a polvo, y ello torna difícil encontrar una necesidad real y de peso que lo justifique[38]; mentalmente puedo representarme esos debates memorables, que automáticamente pasarán a integrar el archivo de curiosidades históricas más dignas del arqueólogo que del jurista, y no puedo impedir que un amargo sabor invada mi boca.

Solo eso –que no es poco, ciertamente– ya debiera ser suficiente argumento como para pensarlo dos veces, y no "lanzarse" precipitadamente al vacío. Ha de empeñarse toda prudencia a fin de

37. Y continúa nuestro autor, del siguiente modo: "Köhler y otros han mostrado cómo el chimpancé y el orangután no se diferencian del hombre por lo que, hablando rigorosamente, llamamos inteligencia, sino porque tienen mucha menos memoria que nosotros. Las pobres bestias se encuentran cada mañana con que han olvidado casi todo lo que han vivido el día anterior, y su intelecto tiene que trabajar sobre un mínimo material de experiencias. Parejamente, el tigre de hoy es idéntico al de hace seis mil años, porque cada tigre tiene que empezar de nuevo a ser tigre, como si no hubiese habido antes ninguno. El hombre, en cambio, merced a su poder de recordar, acumula su propio pasado, lo posee y lo aprovecha. El hombre no es nunca un primer hombre: comienza desde luego a existir sobre cierta altitud de pretérito amontonado. Este es el tesoro único del hombre, su privilegio y su señal. Y la riqueza menor de ese tesoro consiste en lo que de él parezca acertado y digno de conservarse: lo importante es la memoria de los errores, que nos permite no cometer los mismos siempre. El verdadero tesoro del hombre es el tesoro de sus errores, la larga experiencia vital decantada gota a gota en milenios. Por eso Nietzsche define el hombre superior como el ser 'de la más larga memoria'. […] Romper la continuidad con el pasado, querer comenzar de nuevo, es aspirar a descender y plagiar al orangután. Me complace que fuera un francés, Dupont-White, quien, hacia 1860, se atreviese a clamar: 'La continuité est un droit de I'homme: elle est un hommage à tout ce qui le distingue de la bête'"[…] (*La rebelión de las masas. Prólogo para franceses*, IV, pág. 13/14).

38. Detrás de la "biblioteca" profesional de cada letrado, muchas veces existen verdaderas historias de vida; de ilusiones y esfuerzos, de sacrificios, y privaciones, empeñados en edificarla, y –por su dimensión existencial– esas historias merecen algún respeto y consideración. Obviamente, ello no es un argumento de peso para resistirse a una reforma legislativa cuando ella es generalmente sentida como necesaria, pero sí una invitación a reflexionar con honestidad intelectual cuándo ella habrá de revestir realmente el carácter de lo necesario. Y una reflexión que nos debiera llevar a plantearnos sinceramente si acaso no nos habremos acostumbrado tanto a devaluar nuestra moneda, y nuestras instituciones todas, hasta el extremo de sentirnos también habilitados a devaluar –sin necesidad real que lo justifique– los títulos universitarios de miles y miles de profesionales del Derecho –en particular en los pueblos, y pequeñas ciudades del interior de la República– de quienes no resulta descabellado pensar que sus ocupaciones laborales o profesionales les habrán de dificultar –cuando no directamente impedir– actualizar sus conocimientos.

que –entre la prisa y el entusiasmo– por inadvertencia no terminemos repitiendo el gravísimo error histórico reflejado en aquel célebre episodio del Emperador Shi Huang Ti[39].

Y desde luego, no es esa la única razón que invita a la prudencia, pero reflexionar sobre todas ellas excedería con creces los límites de este trabajo[40].

7. Aplicación de las anteriores premisas en la hora presente

Aplicando las anteriores premisas al problema de la derogación del Código de Vélez que nos ha regido por casi ciento cincuenta años, y su sustitución por Código completamente nuevo, cabe decir que, en los países serios y con verdadera cultura democrática, ello requiere, para emplear palabras de Habermas, **un largo proceso de recíproca ilustración**.

Es un proceso que se mide en años, y no en meses, como parecería estar en mente de ciertas autoridades en el orden nacional, y de algunos de los actores privados promotores de la reforma.

Es que no se pueden hacer "a las apuradas" cosas de esta envergadura…

Para formarse una muy pálida idea acerca del tiempo y estudio que debe llevar un proceso de reformas, me permito recordar que el Anteproyecto de Reforma del Código Civil francés en materia de obligaciones y de prescripción data del año 2005, y todavía no ha sido sancionado, y que el Antepro-

39. Este monarca quiso que su pueblo olvidara cuanto había sucedido antes de que él fuera Emperador, y por eso decidió llamarse Shi Huang ti, esto es: el Primer Emperador. Su propósito era que la historia empezara con él, ya que pretendía fundar una dinastía inmortal y que sus herederos se llamaran Segundo Emperador, Tercer Emperador, así sucesivamente hasta el final de los tiempos. Shi Huang Ti se percató muy pronto de que los libros eran un gran obstáculo para poner en práctica su idea, pues había libros en los que se hablaba de lo acontecido antes de él, y cualquiera que abriera un libro sabría que habían existido otros emperadores anteriores. Había además otros libros y documentos, en los que los antiguos habían dejado escritas también sus observaciones de las estrellas y de la luna, las clases de flores que alegran los campos en primavera, las cuentas aritméticas, la canciones que cantaban los campesinos cuando llegaba la cosecha del arroz, y las amargas quejas de las mujeres cuando sus hijos y esposos iban a luchar por sus emperadores contra los enemigos de China. Todas estas cosas y muchas más se contaban en miles de libros y documentos. Pero al Emperador Shi Huang Ti no le importó para nada todo ese depósito cultural, y luego de mucho cavilar llegó a la conclusión de que mientras hubiera libros, él no podría llamarse Primer Emperador de la China, y por ello dispuso que fueran quemados todos los libros escritos antes de su reinado… Desde luego, Shi Huang Ti no pudo salirse con la suya, sino que más bien produjo el efecto contrario, pues cuando murió, sus historiadores se encargaron de narrar lo acontecido; pero como el daño a la cultura ya estaba consumado, Shi Huang Ti pasó a la historia precisamente como el gobernante autoritario que, en su afán de gloria vana, había quemado todas las bibliotecas, y reducido a cenizas ese valioso legado cultural…

40. En realidad, en el actual contexto nacional y global, un nuevo Código puede representar una "jugada" peligrosa que incremente el riesgo país, incluso con independencia de su contenido.

Se trata de un problema de sentido común, pues no parece prudente introducir cambios legislativos significativos, en momentos de grave crisis económica y financiera a nivel global, en el que todo esfuerzo debiera dirigirse a superarla, cuidando de no introducir factores irritativos que agraven el riesgo país. Las reformas que pueda parecer conveniente sancionar deben ser puntuales. Pero derogar el Código Civil y el Código de Comercio que nos rigen, para reemplazarlos por un nuevo texto, es incidir en la columna vertebral del orden jurídico del país, en todos los temas del Derecho Patrimonial. No es de esperar que los actuales y los potenciales inversores extranjeros –por no hablar de los nacionales– vean sin preocupación tales cambios, porque estos afectan a las reglas de juego con las que se mueven o se moverán. La estabilidad jurídica es un factor decisivo en la estabilidad económica. O, para expresarlo en términos de sabiduría criolla: "No hay que cambiar de caballo, en medio del río".

Se trata también de no agudizar la crisis judicial, uno de cuyos factores es el incremento de la litigiosidad, no solo en cuanto al número de procesos, sino, también en cuanto a la multiplicación de articulaciones de todo tipo, dentro de cada proceso. Si eso acontece con leyes que han tenido la decantación de más de un siglo, con abundancia de doctrina y jurisprudencia, es fácil pronosticar lo que acontecerá con un Código nuevo, para el que cada regla deberá ser sometida a análisis. Hasta que se elabore una nueva doctrina y se asiente la jurisprudencia, pasarán años, años perdidos en devaneos jurídicos que difícilmente el pueblo comprenderá. Preguntémonos qué ocurrirá si ahora se sanciona un nuevo Código. Jura novit curia. Los jueces deberán estudiarlo y, sobrecargados como ya están de trabajo, no podría pedírseles que roben horas al sueño, a ese dulce sueño que –al decir de Shakespeare– alimenta la vida. Fatalmente se producirá una disminución del tiempo empleado para sentenciar, incrementándose la del estudio del Código por venir.

yecto de Ley de Modificación del Código Civil en materia de Derecho de Obligaciones y Contratos de la Comisión General de Codificación de España es del año 2009, con idéntico resultado negativo.

Con mayor razón ese tiempo es mucho más extenso, cuando se trata de la derogación de códigos históricos, y su sustitución por otros completamente nuevos. Una vez más, y solo a fin de formarse una idea, la Comisión que redactara el Código italiano de 1942 entró en funciones en 1925, presidida por V. Scialoja, y trabajó por más de 10 años. Dicho sea siquiera al pasar, el italiano es uno de los contados "ejemplos" de códigos completamente nuevos, pues la mayoría de los países trata con muchísimo respeto su legado cultural, pero es un caso que tiene su explicación en la aspiración nacionalista de contar con un Código "propio", pues el de 1865 era, con variantes, un texto tributario del Code Napoleón.

Otro ejemplo histórico que confirma la necesidad de **un largo proceso de recíproca ilustración** a fin de legitimar racionalmente la sustitución de un Código por otro, puede verse en el proceso codificador en Portugal. Allí, una Comisión integrada por los más destacados juristas portugueses, (Universidades de Coimbra, Lisboa y Oporto), trabajó empeñosamente durante 22 años en la elaboración del proyecto que recibió sanción en 1966. El trabajo fue paciente y cuidadoso; los miembros de la comisión, a medida que redactaban sus anteproyectos, publicaban en el "Boletim do Ministerio da Iustiça" artículos de doctrina para explicar el alcance de las modificaciones que proponían. Los anteproyectos de los distintos libros fueron presentados a partir del año 1956, y sobre ellos trabajó una comisión revisora, que produjo una serie de opiniones y dictámenes, compilados en cinco volúmenes, con el título de "Primera Revisión Ministerial", que fueron publicados entre 1961 y 1963, para facilitar su conocimiento y análisis por los entendidos. Después de recibir numerosas sugestiones y críticas, se efectuó una "Segunda Revisión Ministerial", publicada entre 1964 y 1966, en siete volúmenes, que también fuera objeto de discusión, antes de arribarse al Proyecto definitivo, que se presentó en mayo de 1966, y acabó por convertirse en ley seis meses después[41].

Al igual que el Código italiano de 1942, se trató de un Código nuevo que vino a reemplazar al de 1867. Pero al igual que en Italia, fue fruto de un hecho autoritario de la dictadura de Antonio Oliveira Salazar….

Y no obstante ello, en ambos casos se siguieron procedimientos formales de discusión mucho más "democráticos", mucho más sinceramente dirigidos a una búsqueda de verdadero y auténtico consenso entre los destinatarios de esas leyes (y no meramente entre los encargados de sancionarlas), que los que parecería –y digo parecería, desnudando mis temores más profundos, pero esperando de corazón estar equivocado– que hoy pretende aplicarse en nuestro país…

8. El verdadero consenso democrático a buscarse, a la hora de la derogación del Código de Vélez, para sustituirlo por un nuevo código

En síntesis, si de verdad se quiere que la derogación del Código de Vélez, y su sustitución por otro enteramente nuevo, goce de auténtica legitimidad democrática, es necesario articular un espacio público de múltiples voces en el que todas tengan el tiempo y la oportunidad de expresarse, a fin de generar **un largo proceso de recíproca ilustración** entre todas ellas.

Es imprescindible ese proceso –extendido en un tiempo que se mide en años, y no en meses– de recíproca interacción comunicativa, no solamente entre los miembros de la comunidad jurídica, sino también y muy especialmente entre todos los integrantes del espacio público, pues en definitiva serán los destinatarios últimos de la reforma.

Y, en atención a la naturaleza misma de algunas de las reformas propuestas, entre esas voces que deben ser escuchadas muchas veces, con sumo respeto y atención, reviste capital importancia la

41. MOISSET DE ESPANÉS, Luis: *El nuevo Código civil de Portugal – 1967*, Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Córdoba, año XXX, 1966, Nº 4-5, pp, 243-245.

de las distintas confesiones religiosas[42], en especial la de aquella que nuestra Constitución Nacional dice "sostener", en su artículo 2.

Pues, retomando el pensamiento del conocido filósofo alemán enrolado en la escuela de Frankfurt, el diálogo y el consenso en que se fundamenta la legitimidad de la toma de decisiones en un estado pluralista y democrático moderno, no es una cuestión de meras mayorías circunstanciales, sino que supone **la articulación mental de un espacio público de múltiples voces.** Entre esas múltiples voces se encuentra "**una tradición religiosa de cuyos contenidos normativos nos seguimos, sin embargo, nutriendo**", y por ello "**debe tomarse su objeción o protesta como una especie de veto retardatorio o suspensivo que da a esas mayorías ocasión de examinar si pueden aprender algo de él**"[43]

Es imprescindible que todas las voces posibles tengan múltiples oportunidades de hacerse oír eficazmente; que quienes tuvieron ya ocasión de hacer oír su voz, por haber contado con el privilegio de participar en la elaboración del proyecto, guarden hoy un respetuoso silencio, y se dispongan

42. Bien ha dicho Habermas, sobre el punto: "Tan pronto como una cuestión existencialmente relevante –piensen ustedes en la de la tecnología genética – llega a la agenda pública, los ciudadanos, creyentes y no creyentes, chocan entre sí con sus convicciones impregnadas de cosmovisión, haciendo una vez más experiencia del escandalizador hecho del pluralismo confesional y cosmovisional. Y cuando aprenden a arreglárselas sin violencia con este hecho, cobrando conciencia de la propia falibilidad, se dan cuenta de qué es lo que significan en una sociedad postsecular los principios seculares de decisión establecidos en la constitución política. Pues en la disputa entre las pretensiones del saber y las pretensiones de la fe, el Estado, que permanece neutral en lo que se refiere a cosmovisión, no prejuzga en modo alguno las decisiones políticas en favor de una de las partes. La razón pluralizada del público de ciudadanos solo se atiene a una dinámica de secularización en la medida en que obliga a que el resultado se mantenga a una igual distancia de las distintas tradiciones y contenidos cosmovisionales. Pero dispuesta a aprender, y sin abandonar su propia autonomía, esa razón permanece, por así decir, osmóticamente abierta hacia ambos lados, hacia la ciencia y hacia la religión […] Cuando se describe lo que una persona ha hecho, lo que ha querido hacer y lo que no hubiera debido hacer, estamos describiendo a esa persona, pero, ciertamente, no como un objeto de la ciencia natural. Pues en ese tipo de descripción de las personas penetran tácitamente momentos de una autocomprensión precientífica de los sujetos capaces de lenguaje y de acción, que somos nosotros. Cuando describimos un determinado proceso como acción de una persona, sabemos, por ejemplo, que estamos describiendo algo que no se explica como un proceso natural, sino que, si es menester, precisa incluso de justificación o de que la persona se explique. Y lo que está en el trasfondo de ello es la imagen de las personas como seres que pueden pedirse cuentas los unos a los otros, que se ven desde el principio inmersos en interacciones reguladas por normas y que se topan unos con otros en un universo de razones y argumentos que han de poder defenderse públicamente […] Y esta perspectiva que es la que siempre estamos suponiendo en nuestra existencia cotidiana, explica la diferencia entre el juego de lenguaje de la justificación y el juego de lenguaje que representa la pura descripción científica […] El common sense está, pues, entrelazado con la conciencia de personas que pueden tomar iniciativas, cometer errores, corregir errores, etc. Y ese common sense afirma frente a las ciencias una estructura de perspectivas que tiene una lógica propia y que tiene un sentido propio […] de hecho, el reverso de la libertad religiosa fue una pacificación del pluralismo cosmovisional que supuso una diferencia en las cargas de la prueba. Pues la verdad es que hasta ahora el Estado liberal solo a los creyentes entre sus ciudadanos les exige que, por así decir, escindan su identidad en una parte privada y en una parte pública. Son ellos los que tienen que traducir sus convicciones religiosas a un lenguaje secular antes de que sus argumentos tengan la perspectiva de encontrar el asentimiento de mayorías. Y así hoy, católicos y protestantes, cuando reclaman para el óvulo fecundado fuera del seno materno el estatus de un portador de derechos fundamentales, hacen la tentativa (quizá algo apresurada) de traducir el carácter de imagen de Dios que tiene la creatura humana al lenguaje secular de la constitución política. La búsqueda de razones que tienen por meta conseguir la aceptabilidad general, solo dejaría de implicar que la religión queda excluida inequitativamente de la esfera pública, y la sociedad secular solo dejaría de cortar su contacto con importantes recursos en lo tocante a creación y obtención de sentido de la existencia, si también la parte secular conservase y mantuviese vivo un sentimiento para la fuerza de articulación que tienen los lenguajes religiosos. Los límites entre los argumentos seculares y los argumentos religiosos son límites difusos. Por eso la fijación de esos controvertidos límites debe entenderse como una tarea cooperativa que exige de cada una de las partes ponerse también cada una en la perspectiva de la otra […] El common sense democráticamente ilustrado no es ninguna entidad singular, sino que se refiere a la articulación mental (a la articulación espiritual) de un espacio público de múltiples voces. Las mayorías secularizadas no deben tratar de imponer soluciones en tales asuntos antes de haber prestado oídos a la protesta de oponentes que en sus convicciones religiosas se sienten vulnerados por tales resoluciones; y debe tomarse esa objeción o protesta como una especie de veto retardatorio o suspensivo que da a esas mayorías ocasión de examinar si pueden aprender algo de él" (HABERMAS: Fe y Saber, 2001 [Discurso de agradecimiento pronunciado por Jürgen Habermas en la Pauslkirche de Frankfurt el día 14 de octubre de 2001, con motivo de la concesión del "premio de la paz" de los libreros alemanes]).

43. HABERMAS, Jürgen: *Fe y Saber* , antes citado.

a escuchar a quienes todavía no tuvieron oportunidad de expresarse. Después habrá de venir el turno de defender lo hecho y contestar, para luego aguardar pacientemente una nueva réplica en un largo proceso dialéctico y hermenéutico hacia la búsqueda de verdaderos consensos[44], que en definitiva persigan capturar ese aspecto dialógico que existe en la estructura misma del aprendizaje de la verdad.

Pues la verdad no puede imponerse por la fuerza física, pero tampoco por la fuerza lingüística, esto es, por recursos lingüísticos emocionales, o persuasivos; de allí "cada vez que tratamos de explicar y enseñar la verdad, por más certeza que tengamos sobre ella, el otro tiene derecho a interpelarnos [...] Por ende, toda verdad propuesta es un camino hacia un diálogo implícito. Y ese diálogo es, a su vez, el camino humano hacia la verdad [...] Por supuesto, todo esto es así en caso de que el ser humano esté cumpliendo con el deber de buscar la verdad, concomitante al deber de proponer, no imponer y dejarse interpelar [...] De lo anterior se desprende que estar abierto a la crítica del otro no es fruto de dudar de lo que uno dice, sino de reconocer en el otro su condición de persona, que solo puede ver la verdad mediante argumentos y evidencias que dejan de lado toda coacción [...] Se debe desconfiar moralmente, por ende, de cualquiera que esté en condición de hablar sin tener la posibilidad de ser interpelado de algún modo"[45]

Todo ello requiere un largo proceso, un extenso tiempo que no pueden proporcionarlo los procedimientos de debate parlamentario, a fin de que decanten los argumentos, y maduren las ideas.

Y sobre todo, un tiempo necesario a fin de que se apacigüen las ambiciones, se aquieten las pasiones, y puedan brillar las ideas. Las pasiones de quienes pusieron su fuerza espiritual en la elaboración del proyecto, y es humanamente comprensible que quieran ver materializada en la realidad esa obra de su espíritu. E igualmente, las pasiones de quienes no hubieran sido llamados a participar en dicha labor, y puedan –con razón, o sin ella– sentirse preteridos, desplazados, u olvidados, pues ello también es humanamente atendible.

Pues únicamente el tiempo posee esa virtualidad de generar los necesarios espacios vitales que conduzcan a purificar las intenciones, diluir las pasiones, y clarificar las ideas…

9. Conclusiones finales

Solamente después de años de debate, de muchas Jornadas y Congresos convocados para discutir su contenido, únicamente luego de haberse cumplido ese **largo proceso de recíproca ilustración y aquietamiento de las pasiones**, el anteproyecto debería tomar estado parlamentario, para recoger un consenso previo[46] obtenido informalmente en el espacio público –tanto en la comunidad jurídica, como en la opinión pública– y fuera del juego formal de las instituciones.

44. "Y de ahí que con toda razón se haya visto lo específico de la democracia en el procedimiento dialéctico, en ese procedimiento que se desarrolla a través de manifestaciones, réplicas y contrarréplicas, mediante el que se prepara la producción de normas en las asambleas populares y parlamentarias" (JIMÉNEZ REDONDO, Manuel, en la *Introducción* a la traducción de la obra *Aclaraciones a la ética del discurso* de Jürgen HABERMAS).

45. ZANOTTI, Gabriel: *Hacia una filosofía cristiana del diálogo*, Sapientia, julio de 2000.

46. En realidad fue esa prisa la que, en buena medida, terminó por frustrar los intentos anteriores de reforma integral. De no haberse ella interpuesto en este proceso, probablemente hoy nos encontraríamos en condiciones de convertir en ley, alguno de esos proyectos. En ese sentido el ex diputado nacional y profesor salteño Osvaldo CAMISAR, en el matutino La Nación del Martes 13 de marzo de 2012 ha invitado a no desestimar el valioso aporte representado por el proyecto Sancionado como ley 24.037, luego vetado por el PEN. A dicho texto me permito agregar, por haber recibido sanción legislativa, el elaborado sobre la base del anterior por la denominada Comisión Federal de la Cámara de Diputados de la Nación que redactó otro proyecto de unificación, que fue sancionado el 3 de noviembre de 1993, y pasó en revisión al Senado; la Comisión Honoraria redactora fue integrada por los doctores Héctor ALEGRÍA, Jorge Horacio ALTERINI, Miguel Carlos ARAYA, María ARTIEDA de DURÉ, Alberto Mario AZPEITÍA, Enrique C. BANCHIO, Alberto J. BUERES, Osvaldo CAMISAR, Marcos M. CÓRDOBA, Rafael MANÓVIL, Luis MOISSET DE ESPANÉS, Jorge MOSSET ITURRASPE, Juan Carlos PALMERO, Ana Isabel PIAGGI, Efraín Hugo RICHARD, Néstor E. SOLARI, Félix Alberto TRIGO REPRESAS y Ernesto C. WAYAR.

Pretender que pueda prescindirse de ese **largo y necesario proceso de recíproca ilustración y aquietamiento de las pasiones,** a fin de que un parlamento dado –es decir una mayoría meramente circunstancial[47]– derogue un Código que nos ha regido por más de cien años para reemplazarlo por otro llamado a regular nuestras conductas por otro tiempo igual, pretextando para justificar la prisa que luego otro parlamento –o sea, una nueva mayoría circunstancial– si "entiende que lo sancionado no se adecua a los intereses generales" puede dar marcha atrás, no solamente es no haber entendido como funcionan los mecanismos de diálogo y consenso democrático propios de la dinámica postsecular, sino que incluso suena como una tácita burla a sus principios rectores.

47. Y, por lo tanto, que –desde una perspectiva de análisis frankfurtiana– no manifieste la razón de todos los afectados por la legislación, de todos los ciudadanos teóricamente representados, sino la voluntad del grupo o de los grupos –académicos, científicos, tecnológicos, o productivos– socialmente dominantes

EFECTOS DE LA LEY CON RELACIÓN AL TIEMPO

Antonio R. Budano Roig

El Anteproyecto de reforma del Código Civil 2012 incorpora en el capítulo 2 del Título Preliminar una norma sobre la "eficacia temporal" de la ley. La norma proyectada repite, casi sin cambios, el actual artículo 3 del Código Civil según fuera reformado por la ley 17711 (1968).

Así, la norma proyectada dice:

"ARTÍCULO 7º.- Eficacia temporal. A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes.

Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales.

Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo".

En este breve comentario haremos un sintético análisis de la norma y sus antecedentes y algunas consideraciones sobre los cambios y también sobre las cuestiones que no fueron abordadas.

El tema de la eficacia temporal de la ley ha sido intensamente debatido a lo largo de la tradición civilista argentina. El sistema original de Vélez Sarsfield, fundado en los artículos 3, 4, 5, 4044 y 4045, fue objeto de diversas críticas, entre las que sobresalía la postura de Guillermo Borda, quien siguiera las enseñanzas de Paul Roubier, célebre decano de la Facultad de Derecho de París[1].

Con la finalidad de recordar los lineamientos del Código original en este punto, transcribimos a continuación el texto de los artículos citados:

Artículo 3: Las leyes disponen para lo futuro; no tienen efecto retroactivo, ni pueden alterar los derechos ya adquiridos.

Artículo 4: Las leyes que tengan por objeto aclarar o interpretar otras leyes, no tienen efecto respecto a los casos ya juzgados.

Artículo 5: Ninguna persona puede tener derechos, irrevocablemente adquiridos contra una ley de orden público.

Artículo 4044: Las leyes deben ser aplicadas a los hechos anteriores, cuando solo priven a los particulares de derechos que sean meros derechos en expectativa.

Artículo 4045: Las leyes nuevas deben aplicarse, aun cuando priven a los particulares de facultades que les eran propias y que aun no hubieren ejercido, o que no hubiesen producido efecto alguno.

1. Paul Roubier, "Les conflits des lois dans le temps", Sirey, París, 1929.

Sintetizando estas disposiciones, podemos encontrar las siguientes notas que presentaban:

- El artículo 3, en particular encontraba sus fuentes evidentes tanto en el Código Civil Francés (art. 2) como en las enseñanzas de Savigny, a quien Vélez cita en la nota a la citada norma, y de quien afirmaba que había rebatido con éxito la opinión de los primeros comentaristas de aquel Código y de los otros autores. Así, agregando al texto del art. 2 del Código Napoleón (*"La loi en dispose que pour l'avenir; elle n'a point d'effet rétroactif"*) las enseñanzas del autor del "Sistema Romano Actual" citadas por el Codificador en la aludida nota al art. 3 ("*las leyes no pueden tener efectos retroactivos ni alterar los derechos adquiridos"*), fue que quedó originariamente conformado el artículo 3 de nuestro Código, en redacción no del todo feliz desde que era el resultado del ensamble de dos textos diferentes.
- La regla era la irretroactividad de la ley y para determinar cuándo una ley era retroactiva había que tener en cuenta la noción de derechos adquiridos (art. 3)[2].
- Cabe quizás recordar que la teoría de los derechos adquiridos refleja el pensamiento del individualismo liberal que ha dominado el siglo XIX. Del mismo modo, del conflicto de competencia de las leyes antiguas y nuevas se pasa a una defensa de los derechos subjetivos adquiridos bajo el imperio de la legislación anterior contra el derecho objetivo en vigor. Esto lleva a que en la práctica, el subjetivismo se agravie haciendo un juicio de valor sobre la ley nueva en resguardo de un derecho subjetivo contra el cual ella parece atentar. Por otra parte, toda reforma afecta los derechos adquiridos. El respeto de todos los derechos adquiridos es así incompatible con la evolución del derecho. Finalmente, cabe consignar sobre este particular que puede también reprocharse a la teoría de los derechos adquiridos, el convertirse en hacedora de la parte más bella del conservadorismo jurídico y de frenar el progreso, o en todo caso la evolución querida por el legislador.[3] Sobre este particular, y en sentido coincidente, enseña Llambías que la teoría de Savigny sobre la esencia del derecho subjetivo es solo una muestra de la concepción individualista que, entre otras cosas, ha llevado a que la sociedad sea considerada un artificio humano en lugar de algo exigido por la propia naturaleza del hombre.[4] En el sentido expuesto precedentemente, cabe agregar que la teoría de *los derechos adquiridos* ha sido desplazada del ordenamiento jurídico positivo argentino por la noción de *hechos cumplidos* o de *consumo jurídico*. Así, la nueva ley imperativa se aplicará de inmediato inclusive a las relaciones y situaciones jurídicas existentes al entrar aquella en vigor. Y será considerada retroactiva solamente si afecta los hechos ya cumplidos, los que han agotado la virtualidad que les es propia, de aquellas relaciones y situaciones jurídicas en curso de desarrollo. Por ello, no habrá retroactividad sino solamente efecto inmediato de la nueva ley, si esta se aplica exclusivamente a los aspectos todavía no ocurridos de las relaciones y situaciones jurídicas vigentes.
- La irretroactividad de la ley cedía ante las leyes de orden público (art. 5), lo que suscitaba un intenso debate sobre cómo se determinaba qué leyes eran consideradas de orden público.
- Las leyes interpretativas, es decir, las que simplemente se limitaban a aclarar los alcances de una ley anterior, no eran consideradas retroactivas (art. 4).
- La privación por parte de la ley de derechos en expectativa (art. 4044) o de meras facultades (art. 4045) no era una forma de irretroactividad.

2. Los autores antiguos (Merlín, Chabot de L'Allier o Blondeau) definían a los derechos adquiridos como aquellos que han ingresado definitivamente al patrimonio de su titular, aunque combatían el principio de irretroactividad de las leyes defendido enfáticamente por Savigny.

3. Conf. Ghestin, Jacques et Goubeaux, Gilles en Traité de Droit Civil - Introduction Générale, 4ª édition (avec le concours de Muriel Fabre-Magnan), Nº 361, pág. 328.

4. Llambías, Jorge J., en Tratado de Derecho Civil - Parte General, 9na. ed., Perrot, actualizada por Patricio Raffo Benegas, t. I, 1, Nº 17, pág.26.

El sistema del Código Civil despertó algunas críticas sobre todo por la dificultad para resolver las situaciones jurídicas que se cumplían a lo largo del tiempo y en las que era difícil determinar en qué momento se cumplían todas las condiciones para que un derecho se considere adquirido. Es decir, si una nueva ley irrumpía en una situación jurídica vigente que todavía no había terminado de agotar toda su virtualidad, surgía la duda sobre su aplicación inmediata y si tal aplicación no configuraba una forma de retroactividad vedada por el mencionado artículo 3.

Así, ya en el Congreso de Derecho Civil de Córdoba del año 1962 se aprobó un despacho que, casi sin cambios, daría lugar a la redacción del actual artículo 3 y en la que se propiciaba el cambio en el sistema del Código Civil.

Con la sanción de la ley 17711 se modificó el texto del artículo 3 y se derogaron los artículos 4, 5, 4044 y 4045.

Art. 3° A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplicarán aún a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, salvo disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley en ningún caso podrá afectar derechos amparados por garantías constitucionales.

A los contratos en curso de ejecución no son aplicables las nuevas leyes supletorias.

Con la nueva norma el sistema basado en la teoría de *los derechos adquiridos* fue desplazada del ordenamiento jurídico positivo argentino por la noción de *hechos cumplidos* o de *consumo jurídico* que permite que permite que la nueva ley imperativa se aplique de inmediato inclusive a las relaciones y situaciones jurídicas existentes al entrar aquella en vigor. Y será considerada retroactiva solamente si afecta los hechos ya cumplidos, los que han agotado la virtualidad que les es propia, de aquellas relaciones y situaciones jurídicas en curso de desarrollo. Por ello, no habrá retroactividad sino solamente efecto inmediato de la nueva ley, si esta se aplica exclusivamente a los aspectos todavía no ocurridos de las relaciones y situaciones jurídicas vigentes.

Así, el sistema de la ley 17711 puede sistematizarse de la siguiente forma:

- **Principio de efecto inmediato**: en la primera parte del artículo 3 se dispone que las nuevas leyes se aplican de inmediato aún a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. De esta manera, se asume la idea de consumo jurídico para indicar que las consecuencias no cumplidas de una relación o situación jurídica existente pueden verse afectadas por la nueva ley, mientras que las consecuencias ya cumplidas no podrán verse afectadas.
- **Principio de irretroactividad**: la segunda frase del artículo 3 consagra del principio de irretroactividad de la nueva ley. En este caso, y en concordancia con la derogación del artículo 5 del CC, se aclara que serán indistinto si la nueva ley es o no de orden público para establecer esta irretroactividad. Sin embargo, la irretroactividad establecida por el artículo 3 reconoce como límite la voluntad del legislador, que podrá establecer la retroactividad de la ley.
- **Límite a la retroactividad**: en los casos en que, haciendo uso de la excepción prevista en el artículo 3, el legislador dispusiera la retroactividad de una norma, el artículo 3 contempla un límite preciso para esa irretroactividad: no se podrán afectar derechos amparados por garantías constitucionales.
- **Principio de ultraactividad o efecto diferido de la nueva ley supletoria**: finalmente, el controvertido párrafo final del artículo 3 se refiere a las nuevas leyes supletorias. En este caso, se establece que las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución. Como bien explica Moisset de Espanés, se trata de una propuesta de Borda que fue aceptada solo parcialmente en el III Congreso de Derecho Civil de Córdoba de 1962 y que, sin embargo, fue incorporada en la ley 17711[5].

5. Moisset de Espanés, Luis, "La irretroactividad de la ley y el efecto inmediato", J.A., 1972, p. 814.

Con estos antecedentes, el Anteproyecto de 2012 realiza algunas modificaciones al actual artículo 3:

Art. 3° A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplicarán aún a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, salvo disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley en ningún caso podrá afectar derechos amparados por garantías constitucionales. *A los contratos en curso de ejecución no son aplicables las nuevas leyes supletorias.*	*ARTÍCULO 7º.- Eficacia temporal. A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes.* *Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales.* *Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo.*

a) Se incorpora el epígrafe titulado “eficacia temporal”.

b) Se hacen cambios puramente gramaticales: se reemplaza el tiempo verbal futuro (se aplicarán) por el presente (se aplican), se quita el “aún” y se agrega el sujeto “Las leyes” en la segunda frase y se quita la expresión “en ningún caso”.

c) No se aclaró, en relación a la primera parte del artículo referida al efecto inmediato de la nueva ley imperativa, que esa aplicación comprende a las consecuencias “no cumplidas” de las relaciones y situaciones jurídicas vigentes.

d) Se agrega una excepción en materia de efecto prolongado de la ley en cuanto se dispone que las nuevas normas supletorias que fueran más favorables al consumidor en las relaciones de consumo sean aplicables de inmediato. Sobre este último punto, la excepción parece justificada en la tendencia general de favorecer al consumidor en todo lo que lo beneficie en las relaciones de consumo. Sin embargo, la aplicación práctica de la norma en esta cuestión podrá generar dificultades en términos concretos, particularmente por la litigiosidad que puede surgir en torno a interpretar cuáles son las relaciones de consumo en las que estas nuevas leyes supletorias pueden entrar en vigor de inmediato. Por otra parte, con ello se desnaturaliza un tanto el concepto mismo de ley supletoria desde que, si se aplicara compulsivamente a los contratos, parecería haberse convertido en imperativa. Mucho más adecuado hubiese sido considerar que son imperativas las leyes que regulan los derechos del consumidor en lugar de alterar el principio existente en el último párrafo del actual artículo 3.

Si bien el tratado pormenorizado de la cuestión excede el objeto de este breve texto, podemos constatar que las relaciones de consumo parecen escapar cada vez más del ámbito puramente contractual para constituirse en una situación jurídica general e imperativamente regulada por la ley. Particularmente por considerarse que la persona del consumidor adolece de una debilidad manifiesta respecto de la otra parte.

En síntesis, aunque con las observaciones que nos ha merecido y hemos dejado expuestas, el anteproyecto 2012 no introduce cambios sustanciales en relación a los efectos de la ley con relación al tiempo y de algún modo ratifica la vigencia de la reforma introducida sabiamente por la ley 17711 que aún sigue siendo decisiva en la materia.

ANÁLISIS DEL PROYECTO DE NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL 2012

LIBRO I - PARTE GENERAL

Coordinadores: Juan Navarro Floria y Jorge Nicolás Lafferriere

Facultad de Derecho
Pontificia Universidad Católica Argentina

Agosto de 2012

LA PERSONA POR NACER

Catalina E. Arias de Ronchietto y Jorge Nicolás Lafferriere

1. Persona humana

El libro I comienza con un Título I dedicado a la "Persona Humana", que se abre con un Capítulo 1 referido al "Comienzo de la existencia".

El Proyecto de Código Civil elimina el actual art. 30 CC que contiene la conocida definición de persona: *"son personas todos los entes susceptibles de adquirir derechos, o contraer obligaciones"*. Terminológicamente recurre a la expresión "persona humana" para hablar de las "personas físicas o de existencia visible" del CC.

A su vez, también se elimina el art. 51 CC que contiene una definición amplia de persona física, que incluye a todos los seres humanos: "todos los entes que presentasen signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes, son personas de existencia visible".

En este punto se sigue al proyecto de 1998 de manera explícita, pues se afirma en los fundamentos: "El libro primero se abre con la regulación de la persona humana; ella es, conforme a la doctrina judicial de la Corte Federal, la figura central del Derecho. En seguimiento del Proyecto de 1998, que tanta influencia tiene en este proyecto, se utiliza la denominación "persona humana" y se elimina la definición del artículo 30 del código civil vigente".

A su vez, el Proyecto de 1998 decía en sus fundamentos: "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".

2. El comienzo de la existencia de la persona

El capítulo 1 del Título I, del Libro I, está dedicado al comienzo de la existencia de la persona y consta de 3 artículos: 19 (comienzo de la existencia de la persona), 20 (duración del embarazo) y 21 (nacimiento con vida).

"ARTÍCULO 19.- Comienzo de la existencia. La existencia de la persona humana comienza con la concepción en el seno materno. En el caso de técnicas de reproducción humana asistida, comienza con la implantación del embrión en la mujer, sin perjuicio de lo que prevea la ley especial para la protección del embrión no implantado".

El artículo proyectado reproduce parcialmente las normas del Código Civil de Vélez Sarsfield que hablan de "la concepción en el seno materno" (artículos 63 y 70), aunque con una sustancial modificación que parece responder a las situaciones impuestas por las biotecnologías procreativas, que suscita concretos y, consideramos, trascendentes interrogantes.

El Proyecto propone dos momentos para el comienzo de la existencia de la persona según haya sido el origen de la vida humana: si el embrión se ha formado por técnicas de reproducción humana asistida, se toma como momento inicial la "implantación"; mientras que si se trata de una procreación por la unión de varón y mujer, se toma como punto de partida la concepción. A su vez, se hace una remisión a una ley especial "para la protección del embrión no implantado".

En la primera versión de los fundamentos del anteproyecto se afirmaba: "La norma relativa al comienzo de la persona tiene en consideración el estado actual de las técnicas de reproducción humana asistida, conforme el cual, no existe posibilidad de desarrollo de un embrión fuera del seno materno". En la versión final, se modificaron los fundamentos, de tal modo que la redacción elevada al Senado de la Nación sostiene: "Es importante señalar que, dentro de un Código Civil, la persona es regulada a los fines de establecer los efectos jurídicos que tienen fuente en esa personalidad, tanto en el orden patrimonial como extrapatrimonial en el ordenamiento civil, sin ingresar en otros ámbitos, como puede ser el derecho penal, conducido por otros principios. Desde esa perspectiva, el proyecto no varía el estatus legal del comienzo de la persona, en tanto se reconocen efectos desde la concepción en seno materno, como ocurre en el derecho vigente, a punto tal, que se ha conservado hasta su antigua terminología. Conforme con la regulación de la filiación por técnicas de reproducción humana asistida, el proyecto agrega los efectos para el caso del embrión implantado en el cuerpo de la mujer; en este sentido, se tiene en cuenta que, conforme con el estado actual de las técnicas de reproducción humana asistida, no existe posibilidad de desarrollo de un embrión fuera del cuerpo de la mujer. Esta posición en el código civil no significa que los embriones no implantados no tengan protección alguna, sino que, tal como sucede en el derecho comparado, corresponde que esta importantísima cuestión sea regulada en leyes especiales que, incluso, prevén su revisión periódica, dado el permanente avance científico en la materia".

Algunas breves observaciones sobre los fundamentos son las siguientes:

- La mención del Proyecto de 1998 lleva a confusión, pues justamente el Proyecto en comentario no ha seguido uno de los puntos centrales del Proyecto de 1998 en torno a la persona, cual era la clara definición afirmando el inicio de la vida en la concepción.
- Resulta insuficiente y débil fundamento sostener que se niega la personalidad al embrión por el hecho de que no tenga posibilidad de desarrollo pleno fuera del seno materno. El embrión logra desarrollo por sí solo fuera del seno materno durante varios días, como lo atestiguan audaces y parciales experimentos que se realizan in vitro.
- Por otro lado, un recién nacido abandonado de todo auxilio por sus progenitores tampoco podría sobrevivir, y como es obvio, no podría dudarse de su condición humana ni de su plena personalidad.
- No aclaran nada los fundamentos sobre qué es el embrión no implantado.
- No consideran todas las normas constitucionales, de tratados internacionales y legislación, e incluso de derecho público provincial, junto con fallos judiciales, que consideran a la concepción como momento inicial de la vida humana.
- Se apartan de la tendencia mayoritaria de la doctrina civilista que se pronunciaba por afirmar simplemente que comienza la existencia de la persona desde la concepción.
- La afirmación de que esta regulación de la persona es solo a los fines del ordenamiento civil es contradictoria con otras disposiciones del propio texto del proyecto y de sus fundamentos. En efecto, al inicio de los fundamentos se sostiene: "Constitucionalización del derecho privado. La mayoría de los códigos existentes se basan en una división tajante entre el derecho público y privado. El Proyecto, en cambio, toma muy en cuenta los tratados en general, en particular los de Derechos Humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de

constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al receptar la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina. Esta decisión se ve claramente en casi todos los campos: la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, los derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, de los consumidores, de los bienes ambientales y muchos otros aspectos. Puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado".

- Pues bien, queda claro que tal "comunidad de principios" se quiebra justamente en el punto más fundamental y decisivo de todo el sistema de derechos cual es el pleno reconocimiento de la personalidad del ser humano desde la concepción.
- Pretender limitar los alcances del Código Civil en el reconocimiento de la persona, con específica remisión a la problemática penal, parece una actitud calculadora y especulativa, contraria a la idea de ampliación de derechos que debería imperar en un tema tan sensible.

Mientras que la primera frase del art. 19 del Proyecto reafirma el reconocimiento de la personalidad humana desde la concepción, en línea con la tradición jurídica argentina, la segunda frase introduce una irrazonable y arbitraria distinción entre los concebidos humanos, que lleva a una desprotección a los embriones humanos –hijos, hermanos y pacientes- no transferidos.

La mención a una ley de "protección" de los embriones no implantados es insuficiente, pues debería reconocerse plenamente la personalidad de esos embriones sin distinción alguna. En ningún lugar se prohíbe la destrucción de los embriones, ni la concepción de embriones con fines comerciales o biotecnológicos. Por otra parte, si tenemos en cuenta los proyectos de ley existentes actualmente en el Congreso de la Nación sobre fecundación artificial, constatamos que ninguno de ellos contiene protecciones especiales para los embriones no implantados.

La mayoría de la doctrina civilista en nuestro país coincide en interpretar los artículos 70 y 63 del Código Civil vigente en el sentido que: "...en nuestro derecho positivo se es persona desde el momento de la concepción sin que incida sobre ello que esta se haya producido en el seno materno o fuera de él"[1]. Varios argumentos se utilizan para ello:

- una apelación al momento histórico en que fue redactado el Código Civil, de tal modo que difícilmente el Codificador podía imaginar la posibilidad de concebir seres humanos fuera del cuerpo materno;
- una interpretación armónica y sistemática del Código Civil, integrando otras normas, como el artículo 264 CC, que habla de la patria potestad y que señala que la misma comienza desde la concepción, sin especificar lugar;
- una interpretación de carácter ontológico, a partir de la definición de persona física brindada por el artículo 51 CC, entendiendo que el embrión fuera del seno materno posee "signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes", entre ellos un código genético propio;
- una interpretación del art. 51 CC en el sentido que el "lugar" de la concepción era un mero "accidente" y que por tanto no podía tener incidencia en la definición de la persona física o de existencia visible;

1. Cfr. Rivera, Julio César, *Instituciones de Derecho Civil. Parte General,* Buenos Aires, Lexis Nexis, 2004, 3ra. edición actualizada, Tomo I, p. 380, quien refiere a la mayoría doctrinaria que se pronunció en el mismo sentido durante las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil que se realizaron en 2003 en la Ciudad de Rosario. Ver también Tobías, José W. "Persona", en *Derecho de las personas. Instituciones de Derecho Civil Parte General*, Buenos Aires, La Ley, 2009, pp.1-22, entre muchos otros autores.

- una interpretación constitucional, que toma en cuenta las disposiciones de los Tratados Internacionales más importantes en la materia y que establecen que todos los seres humanos tienen el derecho al reconocimiento de su personalidad (Declaración Universal de Derechos Humanos); que persona es todo ser humano y lo es desde la concepción (artículos 1 y 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos) y que "…se entiende por niño a todo ser humano desde su concepción hasta los 18 años" (Declaración Argentina al ratificar la Convención sobre los Derechos del Niño, según la ley 23.849).
- una interpretación que integra otras normas jurídicas, como las leyes sobre asignaciones familiares (24.714 – artículo 9) o a la ley de prestaciones para personas con discapacidad (24.901 – artículo 14), o el expreso y específico reconocimiento de las Constituciones Provinciales Argentinas. También, lo corroboran otras normas de diverso rango.
- una interpretación jurisprudencial que en diversos fallos ha reconocido el estatuto de persona al embrión concebido extracorpóreamente.

El Código Civil Argentino vigente brinda amplias garantías humanistas en la extensión del reconocimiento de la personalidad del embrión y se inscribe en una tradición jurídica que se remonta al derecho romano, donde se había acuñado el adagio: *nasciturus pro iam nato habetur (al por nacer se lo tiene por nacido)*, citado por Vélez Sarsfield en la nota al artículo 63 del Código Civil.

Con estos y otros antecedentes de derecho público y provincial, también del derecho comparado, se podría decir que se esperaba una reforma que simplificase la cuestión, estableciendo que la existencia de la persona comienza desde la concepción, sin indicar lugar.[2]

Hay que señalar que los embriones no implantados se han convertido en codiciado material biológico por un conjunto de factores entre los cuales se destacan:

- El surgimiento de un mercado reproductivo que no se limita a la dación de gametos sino que abarca también a los embriones;
- La importación y exportación de embriones humanos, tema de creciente regulación en el mundo como lo demuestra la ley alemana de 2002 y los Lineamientos de los *National Institutes of Health* de los Estados Unidos de julio de 2009;
- La concepción de embriones con fines comerciales o de investigación biotecnológica;
- La utilización para fines comerciales o biotecnológicos de los embriones sobrantes, congelados y abandonados, o bien destinados a esos fines por quienes encargaron su concepción;
- La patentabilidad de embriones, tema sobre el cual se tiene en Europa una postura marcadamente prohibitiva, mientras que Estados Unidos presenta una posición permisiva aunque monopólica (caso WARF);
- Los estudios genéticos que permiten predecir enfermedades y la consiguiente presión de obras sociales y empresas de medicina prepaga para la selección de embriones "aptos" y el consiguiente descarte de los embriones "sobrantes", con presión adicional sobre médicos y profesionales de la salud;
- Los intentos de selección genética de las características deseadas de la descendencia, a través de la selección de gametos o bien de la selección de embriones que reúnan ciertas condiciones genéticas buscadas por los que encargan la técnica.

Como se advierte de la enunciación anterior, un conjunto de factores –que no se limitan a los problemas de infertilidad y de técnicas de fecundación artificial- llevan a considerar la cuestión del embrión humano como uno de los temas fronterizos en los que se discute una visión humanista de la vida. Creemos que el proyecto no ha tomado debidamente en cuenta este contexto y se ha quedado con el limitado análisis referido a las técnicas de fecundación artificial.

2. La posibilidad de concepción por técnicas de fecundación artificial suscita serias objeciones ético-jurídicas, que exceden el presente informe.

Las consecuencias que tiene el proyecto en este punto son muchas y muy serias. A continuación, en función de los objetivos planteados por este trabajo presentamos solo algunas de ellas:

- Se produce una discriminación según el lugar donde se encuentran o el origen de la concepción; ¿en algunos casos sería el embrión una persona y en otros casos una cosa o, al menos, no estaría definida su situación jurídica?
- Se genera una indefinición jurídica sobre los embriones no implantados: ¿son cosas, bienes o personas? ¿Se rigen por el derecho de familia o por los derechos reales? ¿Qué deberes tienen para con el embrión no implantado quienes lo han generado o han contribuido a generarlo con su decisión y consentimiento?
- No se brindan soluciones a los problemas de los embriones crioconservados en los casos de divorcio o separación de los padres; muerte de uno de ellos o de ambos; abandono.

Creemos que el concebido nunca es una cosa, ni material genético disponible, ni mero instrumento, sino que es **otra persona humana** que exige reconocimiento jurídico en el ámbito de la alteridad.

3. La persona por nacer

La persona por nacer no está definida en ningún lugar del Proyecto. Se la menciona en el artículo 24:

"ARTÍCULO 24.- Personas incapaces de ejercicio. Son incapaces de ejercicio:
a) la persona por nacer..."

Y también en el artículo 101:

"ARTÍCULO 101.- Enumeración. Son representantes:
a) de las personas por nacer, sus padres..."

En el artículo 574 sobre reconocimiento del hijo por nacer:

"ARTÍCULO 574.- Reconocimiento del hijo por nacer. Es posible el reconocimiento del hijo por nacer, quedando sujeto al nacimiento con vida".

En el artículo 592 sobre "impugnación preventiva de la filiación presumida por la ley:

"ARTÍCULO 592.- Impugnación preventiva de la filiación presumida por la ley. Aun antes del nacimiento del hijo, el o la cónyuge pueden impugnar preventivamente la filiación de la persona por nacer. Esta acción puede ser ejercida, además, por la madre y por cualquier tercero que invoque un interés legítimo. La inscripción del nacimiento posterior no hace presumir la filiación del cónyuge de quien da a luz si la acción es acogida. Esta disposición no se aplica en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida cuando haya mediado consentimiento previo, informado y libre, con independencia de quienes hayan aportado los gametos".

El proyecto en otros artículos recurre a la expresión "concebido". Así en el artículo 21:

"ARTÍCULO 21.- Nacimiento con vida. Los derechos y obligaciones del concebido o implantado en la mujer quedan irrevocablemente adquiridos si nace con vida.
Si no nace con vida, se considera que la persona nunca existió.

El nacimiento con vida se presume".

Finalmente, tenemos que mencionar el artículo referido a los herederos:

"ARTÍCULO 2279.- Personas que pueden suceder. Pueden suceder al causante:
a) las personas humanas existentes al momento de su muerte;
b) las concebidas en ese momento que nazcan con vida;
c) las nacidas después de su muerte mediante técnicas de reproducción humana asistida, con los requisitos previstos en el artículo 563;
d) las personas jurídicas existentes al tiempo de su muerte y las fundaciones creadas por su testamento".

En el Proyecto se eliminan los artículos 63, 64, 65, 66, 67, 68 y 69 referidos a la persona por nacer. También se modifica el artículo sobre patria potestad, que en el código vigente es el art. 264 y señala que la patria potestad comienza desde la concepción:

*"**ARTÍCULO 638.- Responsabilidad parental. Concepto.** La responsabilidad parental es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado".*

Realizando un análisis crítico del texto propuesto encontramos que:

- Se elimina la definición de persona por nacer del art. 63 CC aunque se mantiene la denominación. Adviértase que en el caso de menores de edad se mantiene una definición en el artículo 25 del proyecto.
- Se eliminan los artículos que impedían las controversias contra la mujer durante el tiempo del embarazo (67, 68 y 78)y explícitamente se admite el cuestionamiento preventivo de la filiación.
- Se utiliza distintas expresiones para referirse al por nacer: persona por nacer, concebido, embrión, concebido que nazca con vida.

4. El cuerpo humano y el inicio de la vida

La distinción propuesta en el artículo 19 no guarda coherencia con otras normas incorporadas en el Proyecto. En efecto, es relevante considerar al artículo 17 que dice:

"ARTÍCULO 17.- Derechos sobre el cuerpo humano. Los derechos sobre el cuerpo humano o sus partes no tienen un valor económico, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social, y solo pueden ser disponibles por su titular cuando se configure alguno de esos valores y según lo dispongan leyes especiales".

Si consideramos atentamente esta disposición, más allá de la disidencia filosófica de fondo que podemos tener con su enfoque de "derecho al cuerpo", podríamos interpretar que los embriones no implantados constituyen un "cuerpo humano" (art. 17), pues no cabe duda que no son parte de ningún cuerpo (ni de su padre ni de su madre) y por tanto serían un cuerpo humano distinto.

Si ya hay un "cuerpo", entonces por coherencia tendría que haber una persona, pues en los fundamentos del Proyecto, comentando el artículo 17 se afirma: "Tradicionalmente se ha considerado que el cuerpo es soporte de la noción de persona y sobre este aspecto no hay mayores discusiones".

Por otra parte, el inicio del "cuerpo" es indudablemente la concepción y no la implantación, que es simplemente un acto de "alojarse" el cuerpo en otro cuerpo.

A su vez, si fueran "cuerpo humano", ¿quién sería el "titular" que puede disponer de ellos y en virtud de que norma o principio jurídico lo es?

Estos interrogantes muestran la grave incoherencia en que incurre al proyecto al pretender por un lado dar una protección jurídica al cuerpo humano y por otra al desconocer a los embriones el carácter de persona.

5. Duración del embarazo y época de la concepción

El segundo artículo que contiene el capítulo 1 referido a comienzo de la existencia de la persona es el artículo 20 que propone:

"ARTÍCULO 20.- Duración del embarazo. Época de la concepción. Época de la concepción es el lapso entre el máximo y el mínimo fijados para la duración del embarazo. Se presume, excepto prueba en contrario, que el máximo de tiempo del embarazo es de TRESCIENTOS (300) días y el mínimo de CIENTO OCHENTA (180), excluyendo el día del nacimiento".

El artículo 20 se corresponde con los artículos 76 y 77 sobre la época de la concepción y casi no presenta diferencias con la redacción vigente.

Llamativamente en este punto que refiere a la concepción no se mencionan las técnicas de fecundación artificial ni el proceso de implantación, de modo que surge una duda sobre si sus disposiciones son aplicables a todos los niños o si los niños concebidos por técnicas de fecundación artificial –cuya existencia no comenzó en la concepción sino en la "implantación" deberían probar de otro modo la duración del embarazo.

6. Nacimiento

Una palabra final sobre las normas del "nacimiento", con las que se concluye el capítulo 1 referido a comienzo de la existencia de la persona. Dice el artículo 21:

"ARTÍCULO 21.- Nacimiento con vida. Los derechos y obligaciones del concebido o implantado en la mujer quedan irrevocablemente adquiridos si nace con vida. Si no nace con vida, se considera que la persona nunca existió. El nacimiento con vida se presume".

En este punto se sigue textualmente al proyecto de 1998.

Lamentamos que se haya mantenido la expresión de que si no nace con vida "se considera que la persona nunca existió". El Código actual utiliza la expresión "como si no hubiese existido" (art. 74 CC). Estas disposiciones no deben entenderse como negatorias de la personalidad del concebido.

Por otra parte, existe acuerdo en determinar que se trata de una disposición que se vincula con los derechos patrimoniales. En este sentido, en las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, la Comisión nro. 1 que consideró el tema del comienzo de la existencia de la persona, aprobó una ponencia que sostuvo: "la condición resolutoria legal consagrada por el artículo 74 del Código Civil para el caso de nacimiento sin vida de la persona natural debe interpretarse limitada solo a la capacidad de derecho en su faz patrimonial que ella adquiriera durante su etapa de gestación, excluyéndose todo lo vinculado a los derechos extrapatrimoniales"[3].

3. Adhirieron a esta conclusión: Peyrano, Barbieri, Herrera, Arias de Ronchietto, González del Cerro, Sambrizzi, Vives, Rodil, Méndez Sierra, Cossari, Lafferriere, Cartaso, Leal, Cobas, San Martín, Azvalinsky, Medina, Peyrano, Fernández de Vigay, Arribere, Molina Quiroga, González, C.

El Proyecto elimina algunas normas que marcan una preferencia por el nacimiento con vida. De alguna manera, las disposiciones de los actuales artículos 71, 72, 73 y 75 se subsumen en la expresión: "El nacimiento con vida se presume".

La cuestión de la "viabilidad": el proyecto abandona el actual art. 72 que rechaza la teoría de la viabilidad. Entendemos que la no incorporación de ninguna norma en sentido contrario y las disposiciones sobre el nacimiento con vida hacen suponer que se puede considerar a la teoría de la viabilidad como rechazada por el Código. Hubiéramos preferido mantener la redacción del artículo 72, que por otra parte brinda un claro criterio axiológico sobre la no discriminación de las personas en razón de sus características físicas.

Caso de varios nacimientos en un mismo parto: finalmente, no se incluye la regla general del Código para los casos de varios nacimientos en un mismo parto: "Si nace más de un hijo vivo en un solo parto, los nacidos son considerados de igual edad y con iguales derechos para los casos de institución o sustitución a los hijos mayores" (art. 88).

LOS DERECHOS PERSONALÍSIMOS

Juan G. Navarro Floria

1. Introducción

Una de las novedades relevantes que propone el Proyecto de Código Civil, es la regulación ordenada e inserta en el cuerpo del Código de los derechos personalísimos. Se trata de un capítulo de la tradicionalmente llamada "Parte General" del Derecho Civil, que ha irrumpido con fuerza notable en las últimas décadas, y probablemente el que más ha innovado en la regulación jurídica de la persona humana.

Como es sabido, la existencia y naturaleza de estos derechos no era desconocida por Vélez Sarsfield, no obstante lo cual no consideró necesario legislar al respecto. Decía el codificador, en su nota al artículo 2312: "Hay derechos y los más importantes, que no son bienes, tales como ciertos derechos que tienen su origen en la existencia del individuo mismo a que pertenecen, como la libertad, el honor, el cuerpo de la persona, la patria potestad, etc. Sin duda, la violación de estos derechos personales puede dar lugar a una reparación que constituye un bien, jurídicamente hablando; pero en la acción nada hay de personal: es un bien exterior que se resuelve en un crédito. Si, pues, los derechos personales pueden venir a ser la causa o la ocasión de un bien, ellos no constituyen por sí mismos un bien *in jure*."

Esos "derechos personales", no exteriores sino interiores al hombre, son los que hoy conocemos como derechos personalísimos.

El desarrollo legislativo, jurisprudencial y doctrinario de esta materia obedece a múltiples razones, y justifica y exige su incorporación al Código.

Por una parte, la regulación de los derechos personalísimos es el eco, en el Derecho Civil, del gran desarrollo que en el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional Público han tenido a partir de la segunda mitad del siglo XX los llamados "derechos humanos". Se trata en ambos casos, de una exigencia del reconocimiento de la dignidad connatural e innata de toda persona humana, que es el fundamento de tales derechos.

Por otra parte, el avasallante desarrollo de la ciencia y de la técnica plantea al Derecho nuevos desafíos que, en parte, encuentran acá su respuesta. Las posibilidades actuales de ingerencia sobre el cuerpo humano (transplantes de órganos, tratamientos médicos de toda índole, posibilidades de manipulación genética y de intervención externa en la reproducción humana), o de intromisión en la esfera de privacidad (medios de comunicación masiva, informática, Internet, medios de registro de la imagen o la voz humana y de almacenamiento de datos, etcétera), son ejemplos de esto. El Derecho suele ir a la zaga de los cambios tecnológicos, pero debe dar una respuesta a los desafíos que ellos suponen.

2. Los derechos personalísimos en el derecho vigente

Como dijimos antes, Vélez Sarsfield omitió en el Código un tratamiento mínimamente ordenado y completo de esta materia, aún en lo que podría haber sido conocido en su época. Eventualmente, previó las consecuencias de la vulneración de estos derechos, como lo insinúa el actual artículo 1075[1], y se concreta en algunos de los inmediatamente siguientes.

La regulación legal actual de la materia en derecho civil[2], es desordenada e inorgánica.

Alguno de los derechos personalísimos ha encontrado lugar en el Código, como el derecho a la intimidad (artículo 1071 bis). La tutela de otros ha quedado alojada en leyes complementarias, incluso muy antiguas (como es el caso de la Ley 11723 de propiedad intelectual, que en su artículo 31 protege el derecho a la imagen). En los últimos años, se han dictado leyes más directamente vinculadas a ellos, como las sucesivas leyes de transplantes de órganos, la de derechos del paciente, la de protección de los datos personales, la de salud mental, y otras a las que iremos aludiendo más abajo.

La teoría y las normas generales, no tienen entre nosotros expresión legislativa, pero sí doctrinaria[3] y jurisprudencial.

3. Los derechos personalísimos en el proyecto de código civil

Los redactores del Anteproyecto se propusieron entre otros objetivos atender a la "constitucionalización del Derecho Civil", y explican en los Fundamentos: "*En nuestro anteproyecto, en cambio, tomamos muy en cuenta los tratados en general, en particular los de derechos humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al receptar la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina.* […]. *Puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado*".

A los "derechos y actos personalísimos", está dedicado el Capítulo 3 del Libro I, referido a su vez a la Persona Humana[4]. Son tratados en conjunto, sin hacer las distinciones que acostumbra la

1. *"Todo derecho puede ser materia de un delito, bien sea un derecho sobre un objeto exterior, o bien se confunda con la existencia de la persona".* Diversas normas prevén la consecuencia de la violación de derechos personalísimos específicos, como los artículos 1089, 1090, 1084, 1086, etcétera.

2. Los derechos personalísimos reciben también protección del Derecho Penal, como por ejemplo ocurre con la tipificación de delitos contra el honor (calumnias, injurias, denuncia calumniosa); y del Derecho Internacional Humanitario, hoy mayormente constitucionalizado (cfr. Artículo 75 inciso 22 de la Constitución nacional).

3. Actualmente la bibliografía sobre el tema, y especialmente sobre algunos derechos en particular, es abundante. En general, puede verse una muy completa síntesis de antecedentes históricos, derecho comparado y derecho nacional en CIFUENTES, Santos, "Derechos personalísimos", Buenos Aires, Ed. Astrea, 3ª edición actualizada y ampliada, 2008. También, en RIVERA, Julio César, "Instituciones de Derecho Civil – Parte General", 3ª edición actualizada, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2004.

4. Los redactores del Anteproyecto lo resumen así: "Se incorpora un régimen sistemático de los derechos de la personalidad, largamente reclamado por la doctrina argentina; a ese fin se ha tomado en consideración la incorporación a la Constitución del Derecho supranacional de Derechos Humanos, cuya reglamentación infraconstitucional debe tener lugar en el Código Civil. El capítulo se abre con una declaración acerca de la dignidad de la persona humana y se reconocen explícitamente los derechos a la intimidad, honor, imagen e identidad. Se regula el derecho a la disposición del propio cuerpo con limitaciones fundadas en principios bioéticos. Están prohibidas las prácticas destinadas a alterar la constitución genética de la descendencia, excepto las que tiendan a prevenir enfermedades genéticas o la predisposición a ellas. En este aspecto hemos aceptado sustituir el vocablo prácticas eugenésicas, que se ha utilizado con frecuencia en derecho, por la expresión ya citada en el texto, que ha sido aconsejada por la comunidad científica, según consultas realizadas por la comisión. En relación a la investigación médica con seres humanos, se fijan requisitos claros: debe ser la única alternativa frente a otras de eficacia comparable; no debe implicar para el participante riesgos y molestias desproporcionados en relación con los beneficios que se espera obtener de la investigación; debe asegurar al participante la atención médica pertinente, durante y finalizada la investigación; debe requerirse el consentimiento previo, libre, escrito, informado y

doctrina al clasificarlos en un grupo de derechos referidos a la integridad física, vinculada al cuerpo de la persona; un segundo grupo referido a la integridad espiritual de la persona; y un tercer grupo referido a la libertad personal.

El Proyecto no contiene –ni tenía necesidad de hacerlo– una definición de derechos personalísimos.

Sí presenta una norma genérica sobre ellos, acaso sistemáticamente desubicada (aparece en el medio del capítulo, cuando sería más lógico colocarla al comienzo o al final) referida a la "disposición" de esta clase de derechos, estableciendo que "*El consentimiento para la disposición de los derechos personalísimos es admitido si no es contrario a la ley, la moral o las buenas costumbres. Este consentimiento no se presume, es de interpretación restrictiva, y libremente revocable*"[5]. Resulta feliz el mantenimiento de la moral como limitación a la autonomía de la voluntad, también en este campo.

El Anteproyecto elude, en este capítulo, la compleja cuestión de la "competencia" para el ejercicio de los derechos personalísimos. El tema es abordado parcialmente en los capítulos referidos a la capacidad de las personas, sin perjuicio de la vigencia además de las leyes 26.061 sobre niños, niñas y adolescentes, y 26657 de Salud Mental.

Precisamente en relación a los menores, se enumera entre los "deberes de los progenitores" (artículo 646) el de "*respetar el derecho del niño y adolescente a ser oído y a participar en su proceso educativo, así como en todo lo referente a sus derechos personalísimos". No está claro cómo los progenitores "participan" en "lo referente a los derechos personalísimos", pero es correcto reconocerles el derecho a intervenir cuando ellos están en juego. Sería más claro reconocerles el derecho de guiar al niño en el aprendizaje progresivo de su ejercicio. Por otra parte, el Anteproyecto sí establece "la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos*" (artículo 639 inciso b), pero omite fijar una regla rígida acerca del momento en que el niño o adolescente podrá ejercer por sí esta clase de derechos.

Otra norma general –y novedosa en su formulación– que alude a estos derechos en general, se encuentra en el capítulo del derecho de daños, cuando establece que la indemnización "Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida" (artículo 1738)

3.1 Inviolabilidad y dignidad de la persona

El proyectado artículo 51 expresa, de manera inobjetable: "*La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad*".

La igual y esencial dignidad de toda persona humana no es estrictamente un "derecho", sino el fundamento de los derechos que le deben ser reconocidos. Pero está bien lo que la norma dice.

Naturalmente, el problema se traslada a la definición de "persona humana". El artículo 51 parece suponer –con razón– que todo ser humano es persona, y por tanto merecedor del respeto de su dignidad intrínseca. Sin embargo, el artículo 19 del Anteproyecto relativiza este concepto, ya que allí se excluye del reconocimiento como personas a una categoría de seres humanos (biológica y antropológicamente tales, sin duda), como son los embriones no implantados. Esa discriminación rompe

---

específico de la persona que se sujeta a la investigación, la previa aprobación de la investigación por un comité de ética, y la autorización del organismo público correspondiente. El consentimiento es libremente revocable. Se prevén las directivas anticipadas, las investigaciones médicas con personas humanas en el marco del consentimiento informado. Finalmente se establece un régimen sobre la disposición del cadáver, siguiendo los criterios de la jurisprudencia."

5. La fuente de la disposición sería el primer párrafo del artículo 108 del Proyecto de 1998. Solo que en aquel proyecto estaba referida exclusivamente a los derechos a la intimidad, el honor y la imagen, y no a todos como ahora.

el principio de reconocimiento universal de la dignidad humana y los derechos que de ella derivan a todo ser humano.

3.2 Afectaciones a la dignidad

El artículo 52[6] engloba bajo ese título la referencia a varios de los derechos personalísimos tradicionalmente reunidos bajo el rótulo de "derechos de la integridad espiritual", y que de hecho se interrelacionan estrechamente: los derechos a la intimidad, al honor, a la imagen y a la identidad, remitiendo para su protección al Libro Tercero.

No obstante ello, a continuación (artículo 53) hay una regulación específica del derecho a la imagen, como veremos.

3.3 Derecho al honor

El derecho al honor (llamado en el artículo 52 "honra o reputación"), curiosamente, no tiene una protección específica, más allá de su mención genérica. Únicamente se prevé en el anteproyecto la responsabilidad por "acusación calumniosa" en el artículo 1771, en estos términos: "*En los daños causados por una acusación calumniosa solo se responde por dolo o culpa grave. El denunciante o querellante responde por los daños derivados de la falsedad de la denuncia o de la querella si se prueba que no tenía razones justificables para creer que el damnificado estaba implicado*"[7].

Se recogen así algunas de las limitaciones que la jurisprudencia y la doctrina han ido imponiendo a la norma del actual artículo 1090, delimitando cuando la acusación es efectivamente calumniosa y cuando es el mero ejercicio de un derecho.

En Anteproyecto no contiene norma equivalente al actual artículo 1089. Sin embargo, prevé la reparación del daño causado por la afectación del honor de las personas, tanto pecuniaria como mediante la publicación de la sentencia que lo reconozca[8].

Los redactores, acaso para evitar conflictos con los medios de prensa, han omitido prever alguna reglamentación del **derecho de rectificación o respuesta**, contenido –como se sabe– en el Pacto de San José de Costa Rica (artículo 14), y que según la conocida jurisprudencia de la Corte Suprema a partir del caso "Ekmekdjian c. Sofovich", es directamente operativo. Sería razonable incluir en el Código algunas pautas para su aplicación, al menos las ya fijadas por una abundante jurisprudencia de la Corte.

3.4 Derecho a la imagen

Como dijimos, una norma específica –el artículo 53[9]– se ocupa de este derecho, mejorando la actual previsión del artículo 31 de la ley 11.723[10].

Se protege tanto la captación como la reproducción, sea de la imagen o de la voz (esto es novedoso, y correcto) de una persona, *"de cualquier modo que se haga"*. Siempre se requiere el

6. Su fuente parece ser el artículo 105 del Proyecto de 1998.

7. La norma sigue el modelo del artículo 106 del Proyecto de 1998.

8. *ARTÍCULO 1740.- **Reparación plena**. La reparación del daño debe ser plena. Consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie. La víctima puede optar por el reintegro específico, excepto que sea parcial o totalmente imposible, excesivamente oneroso o abusivo, en cuyo caso se debe fijar en dinero. En el caso de daños derivados de la lesión del honor, la intimidad o la identidad personal, el juez puede, a pedido de parte, ordenar la publicación de la sentencia, o de sus partes pertinentes, a costa del responsable.*

9. Coincide básicamente con los artículos 107 y 108 del Proyecto de 1998.

10. Su derogación estaba propuesta en el Artículo 3º de la "ley de derogaciones" que acompañaba al Anteproyecto; pero no así en el proyecto de ley remitido por el Poder Ejecutivo, por lo que aparentemente coexistirían (innecesariamente) ambas normas.

consentimiento, salvo "*a) que la persona participe en actos públicos; b) que exista un interés científico, cultural o educacional prioritario, y se tomen las precauciones suficientes para evitar un daño innecesario; c) que se trate del ejercicio regular del derecho de informar sobre acontecimientos de interés general*."

Se proponen varias pautas novedosas en la ley positiva, y acertadas, para la protección "post mortem" de este derecho. El consentimiento para la reproducción (obviamente ya no la captación) de la imagen o voz de la persona compete a los herederos (concepto más amplio que la enumeración que hace la norma actual), "*o el designado por el causante en una disposición de última voluntad"*. La protección post mortem se sigue extendiendo por veinte años, pasados los cuales la reproducción es libre, pero siempre que no sea ofensiva.

3.5 Derecho a la intimidad

Mencionado en el artículo 52 como derecho a la "intimidad personal o familiar" (lo que introduce un interesante elemento de protección a la familia), su protección específica aparece en el artículo 1770, que copia en líneas generales al vigente artículo 1071 bis.

Dice: "***Protección de la vida privada.*** *El que arbitrariamente se entromete en la vida ajena y publica retratos, difunde correspondencia, mortifica a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturba de cualquier modo su intimidad, debe ser obligado a cesar en tales actividades, si antes no cesaron, y a pagar una indemnización que debe fijar el juez, de acuerdo con las circunstancias. Además, a pedido del agraviado, puede ordenarse la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida es procedente para una adecuada reparación*."

Es curioso que, fuera de la adecuación del tiempo verbal al presente, escogido con buen criterio por los redactores, se hayan mantenido expresiones que hoy día resultan superadas, apartándose del buen criterio con que se redactaron otras normas, como el ya mencionado artículo 53. Así, la referencia al "retrato" es estrecha y anacrónica, lo mismo que la del "diario o periódico" (cuando debería buscarse una expresión genérica que incluya a la radio y la TV, o bien mencionarlas expresamente).

Por otra parte, la previsión de la publicación de la sentencia aparece duplicada, porque está también en el artículo 1740.

3.6 Derecho a la vida (o derecho de vivir)

Si bien suele mencionarse al derecho a la vida como el primero de los derechos personalísimos, en concordancia con la norma, por ejemplo, del Artículo 4 del Pacto de San José de Costa Rica, el Proyecto no lo menciona expresamente.

Solamente encontramos un artículo referido a una de sus derivaciones, el 54[11], que dice: ***Actos peligrosos.*** *No es exigible el cumplimiento del contrato que tiene por objeto la realización de actos peligrosos para la vida o la integridad de una persona, excepto que correspondan a su actividad habitual y que se adopten las medidas de prevención y seguridad adecuadas a las circunstancias*.

La indisponibilidad de la propia vida resulta también de la parte final del artículo 60, que establece que "*las directivas* [médicas anticipadas] *que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas se tienen por no escritas"*[12]. Guarda coherencia con lo previsto en la Ley 26.529.

11. Reproduce, en general, el artículo 115 del Proyecto de 1998.

12. Esta frase fue agregada en la última revisión del Anteproyecto hecha por la comisión redactora, a pedido de la Conferencia Episcopal Argentina.

3.7 Disposición del propio cuerpo

El artículo 56[13] limita los actos de disposición del propio cuerpo prohibiendo aquellos "*que ocasionen una disminución permanente de su integridad o resulten contrarios a la ley, la moral o las buenas costumbres, excepto que sean requeridos para el mejoramiento de la salud de la persona, y excepcionalmente de otra persona, de conformidad a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico"*. El consentimiento para los actos no prohibidos, "*no puede ser suplido, y es libremente revocable*".

En materia de ablación para transplantes, remite a la legislación específica (previsión innecesariamente repetida en el artículo 94, referido a la comprobación de la muerte de la persona).

En los "Fundamentos" del Anteproyecto, se lee: "Tradicionalmente se ha considerado que el cuerpo es soporte de la noción de persona y sobre este aspecto no hay mayores discusiones. El problema jurídico surge cuando se advierte que el cuerpo humano y sus partes, tales como las piezas anatómicas, órganos, tejidos, células, genes, pueden ser separados, aislados, identificados, y luego trasplantados, patentados, transferidos comercialmente. Un modo de resolver el problema es recurrir a los derechos de la personalidad. El derecho a la integridad personal se extiende, tanto al cuerpo como a las piezas anatómicas una vez extraídas del cuerpo, mientras sea posible la identificación de las mismas con dicha persona. La información sobre las distintas partes del cuerpo y, en especial, los genes, forman parte del derecho de la persona. Todo se incluye dentro del derecho a la autodeterminación, de lo que se deriva, además, que estos derechos están fuera del comercio. No tienen un valor económico, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social. Dentro de este modelo puede citarse el Código Civil francés (arts 16.1, 16.5 incorporados por Ley 94-653 del 29/07/1994) que dispone que el cuerpo humano es inviolable, y que sus elementos y productos no podrán ser objeto de ningún derecho de naturaleza patrimonial, lo cual hace que sean nulos los contratos que tengan como finalidad conferirles un valor patrimonial."

Sin embargo, no hay en este capítulo del Proyecto norma alguna referida a las partes separadas del cuerpo. La norma se encuentra en el Título preliminar, artículo 17, que dice: "***Derechos sobre el cuerpo humano.*** *Los derechos sobre el cuerpo humano o sus partes no tienen un valor económico, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social, y solo pueden ser disponibles por su titular cuando se configure alguno de esos valores y según lo dispongan leyes especiales*".

Es una disposición algo oscura y de alcances poco definidos, pero que al menos permite colocar tanto al cuerpo humano como a sus partes, como regla fuera del comercio y en el ámbito extrapatrimonial.

Un punto especial y sobre el que no hay claridad es el referido a los gametos (óvulos o espermatozoides) humanos. Cuando el Proyecto se ocupa de la reproducción humana asistida (artículos 560 y siguientes) da por supuesta la utilización de gametos de terceros y su tráfico, pero omite reglas al respecto, lo que por lo tanto no excluye su comercio. En el mismo orden, el régimen de la "maternidad por sustitución" o alquiler de vientres (artículo 562) requiere que la gestante no haya recibido retribución previa al contrato, pero no veda que la reciba después, posibilitando el comercio del propio cuerpo.

3.8 Actos médicos en general

El artículo 59 prevé y regula la exigencia del consentimiento informado para la realización de actos médicos, que debe ser necesariamente dado por el paciente o, ante la imposibilidad de que él lo haga, "*por el representante legal, el cónyuge, el conviviente, el pariente o el allegado que acompañe al paciente. En ausencia de todos ellos, el médico puede prescindir del consentimiento si su actuación es urgente y tiene por objeto evitar un mal grave al paciente*".

La norma reproduce casi textualmente las previsiones de los artículos 5º y 6º de la Ley 26.529 de derechos del paciente, que sin embargo conserva su vigencia. En la redacción final del Proyecto

13. La norma sigue, en general, la redacción del Artículo 110 del Proyecto de 1998.

(posterior al Anteproyecto hecho por la comisión redactora), se incluyeron dos nuevos incisos (g y h) que recogen la reforma de la ley 26.742, llamada "de muerte digna", que sin embargo no se deroga. El agregado reitera la posibilidad de privar al enfermo terminal de la hidratación o la alimentación, pese a que se trata de medios extraordinarios o desproporcionados sino, en principio, debidos siempre.

Es claro que esta previsión no podía faltar en una regulación integral y orgánica de los derechos personalísimos, aunque cabe preguntarse si es de buena técnica multiplicar normas repetidas, cuya superposición puede dar lugar a dudas interpretativas allí donde haya alguna diferencia entre ellas. En este caso en particular, ocurre que, además, hay normas específicas sobre consentimiento informado en otras leyes nacionales (como el artículo 13 de la Ley 24.193 de transplantes), por no hablar de múltiples leyes provinciales. En todo caso, lo dispuesto en el Código Civil deberá complementarse con esas otras leyes, particularmente con los artículos 9 y 10 de la Ley 26.529 referidos a las excepciones a la exigencia de consentimiento, y a su revocabilidad.

El consentimiento informado es exigido por el propio Proyecto, para la utilización de técnicas de reproducción humana asistida (artículo 560).

En orden a la capacidad para dar este consentimiento, recordemos que el Proyecto introduce en nuestro derecho la categoría de "adolescentes" (los menores a partir de los trece años cumplidos), y sobre esto dispone que "*Se presume que el adolescente entre TRECE (13) y DIECISÉIS (16) años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física. Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico. A partir de los DIECISÉIS (16) años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo***"*** (artículo 26)[14]**.**

Se trata de una norma fuertemente invasora de la intimidad familiar, que deteriora en modo sumo la autoridad de los padres, necesaria para el orden familiar. Un niño de trece años no podrá ser operado de apendicitis o someterse a un tratamiento de ortodoncia por decisión de sus padres si él no está de acuerdo, y el disenso deberá someterse al juez. Si en cambio tiene ya dieciséis años, su decisión será soberana. Parece excesivo.

El artículo 60, prevé la posibilidad de formular directivas médicas anticipadas, en estos términos: "*La persona plenamente capaz puede anticipar directivas y conferir mandato respecto de su salud y en previsión de su propia incapacidad. Puede también designar a la persona o personas que han de expresar el consentimiento para los actos médicos*[15] *y para ejercer su curatela. Las directivas que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas se tienen por no escritas"*.

Cabe notar que la previsión es más amplia que la contenida en artículo 11 de la Ley 26.529, y también que lo que anuncia el título del artículo, porque incluye además de las directivas médicas, la previsión del mandato para ser ejercido en caso de incapacidad de la persona, y la elección del propio curador. Se trata de innovaciones positivas y largamente reclamadas por la doctrina, y especialmente por los escribanos[16]. Sin embargo, esta norma debería armonizarse con el propuesto Artículo 1329, que prevé la caducidad del mandato por la incapacidad del mandante, con lo que la previsión del artículo 60 resultaría vacía de contenido. Una interpretación armónica exige considerar a este una excepción a aquella regla.

14. La preocupación por reconocer a los niños a partir de los trece años la posibilidad de decidir por sí y al margen de sus padres acerca de "tratamientos no invasivos", probablemente se relacione con el deseo de favorecer el suministro de anticonceptivos.

15. La frase "*que han de expresar el consentimiento para los actos médicos"* fue añadida en la redacción final del Proyecto por parte del Poder Ejecutivo, y es correcta para dar coherencia al sistema.

16. Ver entre otros, la clásica obra de Nelly TAIANA DE BRANDI y Luis Rogelio LLORENS, "Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad" (Buenos Aires, Astrea, 1996).

La redacción final del Proyecto agregó un segundo párrafo al artículo (*"Esta declaración* [anticipada] *de voluntad puede ser libremente revocada en todo momento por quien la manifestó"*), que ofrece alguna dificultad, ya que o bien es redundante por estar la revocabilidad ya prevista en el artículo 55, o bien estaría apuntando a reconocer capacidad para la revocación a quien se ha tornado incapaz, en un nuevo golpe al régimen tradicional de incapacidad.

3.9 Investigación médica con personas humanas

Es de gran importancia el artículo 58, que condiciona "*La investigación médica en salud humana*[17] *relativa a intervenciones (tratamientos, métodos de prevención, pruebas diagnósticas o predictivas) cuya eficacia o seguridad no están comprobadas*" a la reunión de varios y exigentes requisitos.

Sin embargo, parecen aquí algo confundidos dos supuestos distintos: el de los tratamientos médicos (para los cuales son razonables los requisitos establecidos y la regla del consentimiento informado) y las experimentaciones propiamente dichas. Respecto de ellas, deberían llanamente prohibirse aquellas de las que con razonable certeza se ha de seguir la muerte o la disminución física severa de la persona.´

La redacción final del Proyecto, precisó algo los conceptos, ya que reemplazó el primer requisito ("*ser la única alternativa frente a otras de eficacia comparable"*), que parecía orientado al tratamiento y no a la investigación, por otro más preciso: *"ser precedida* [la investigación] *de una cuidadosa comparación de los riesgos y las cargas para las personas que participan en la investigación en relación con los beneficios previsibles para ellos y para otras personas afectadas por la enfermedad que se investiga"*.

Vinculada con este tema aparece otra importante previsión, como es la prohibición de "*las prácticas destinadas a alterar la constitución genética de la descendencia, excepto las que tiendan a prevenir enfermedades genéticas o la predisposición a ellas*" (artículo 57). Sin embargo, era mejor y más completa la norma que sobre la misma materia incluía el Proyecto de 1998, que es de lamentar no haya sido mantenida en toda su extensión[18]. El recorte probablemente tenga que ver con el favor con que mira el Proyecto a la procreación artificial, tal como se manifiesta en el título referido a la filiación, aunque al menos es de agradecer que se haya vedado en principio la manipulación genética.

3.10 El cadáver humano y sus exequias

Siguiendo también la huella del Proyecto de 1998, el Proyecto actual contiene una previsión referida al cadáver humano, y a las exequias.

Dice el artículo 61: "***Exequias.*** *La persona plenamente capaz 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 la voluntad del fallecido no ha sido expresada, o esta no es presumida, la decisión corresponde al cónyuge, al con-*

17. El Anteproyecto hablaba de investigación "con seres humanos", mientras que el Proyecto enviado al Congreso habla de investigación "en salud humana", lo que es conceptualmente más amplio porque ella no necesariamente se realiza sobre seres humanos. Otro cambio en sentido correcto de la redacción final, es que en el artículo 59 se incluye la exigencia del consentimiento informado también para "investigaciones en salud".

18. Decía ese Proyecto: "**ARTÍCULO 111.- Prácticas eugenésicas.** Quedan prohibidas las prácticas eugenésicas tendientes a la selección de genes, sexo o caracteres físicos o raciales de seres humanos. Ninguna modificación puede ser realizada a los caracteres genéticos con la finalidad de alterar los caracteres de la descendencia de la persona, salvo que tenga por objeto exclusivo evitar la transmisión de enfermedades o la predisposición a ellas. Es prohibida toda práctica que afecte la integridad de la especie humana, o que de cualquier modo tienda a la selección de las personas, o la modificación de la descendencia mediante la transformación de los caracteres genéticos. Quedan a salvo las investigaciones que tiendan a la prevención y tratamiento de enfermedades genéticas".

viviente y en su defecto a los parientes según el orden sucesorio, quienes no pueden dar al cadáver un destino diferente al que habría dado el difunto de haber podido expresar su voluntad."

Es una norma digna de aplauso, que reconoce que el cadáver, no siendo ya una persona, no es tampoco una cosa; y que merece una consideración especial en homenaje la persona que lo habitó. Con todo, también en este caso era más completo el antecedente, ya que en aquel se expresaba que los parientes "*no pueden dar al cadáver un destino contrario a los principios religiosos del difunto*". No sería ocioso mantener esa mención[19].

Cabe mencionar por su vinculación con el tema, que el Proyecto legisla de modo novedoso acerca del derecho real de "cementerio privado" (artículo 1887 inciso g, y 2103 y siguientes). El peculiar carácter religioso de estos lugares viene reconocido por la regla de inembargabilidad de las sepulturas (artículo 2110[20]) y la previsión de existencia de "oratorios" en los cementerios (artículo 2107 inciso d)).

3.11 Los derechos omitidos

Más allá de las previsiones que contiene el Anteproyecto en esta materia, que como se ha visto son acertadas en general, conviene ver qué otros aspectos pudieron haber sido considerados y no lo fueron.

Ya hemos dicho algo respecto del **derecho a la vida**. No todas las consecuencias de su reconocimiento –que tampoco es expreso en el Anteproyecto– han sido extraídas[21].

El **derecho a la identidad**, es mencionado en el artículo 52, aunque parece asimilarse allí al derecho a la imagen, cuando ambos tienen contenidos distintos. Un aspecto de él es el derecho-deber al nombre (artículo 62), sobre cuya regulación no corresponde extenderse aquí[22]. El derecho a la identidad, queda severamente comprometido en el Proyecto en el caso de hijos concebidos mediante procreación asistida y que recibirían su filiación de la "voluntad procreacional" de los contratantes de esa técnica (artículos 560 y siguientes), que verán limitado su derecho a conocer su origen (artículo 564) y en cualquier caso no podrán fundar en él un vínculo filiatorio (artículo 577). Pero es expresamente mencionado en relación a la adopción (artículo 595 inciso b, 596, 605, 613, 626, 629).

Otra omisión notable es alguna previsión referida a la libertad, y en particular la **libertad de conciencia**, y específicamente el **derecho a la objeción de conciencia**, que podría haber sido previsto[23].

4. Conclusiones

La introducción en el Código Civil de un capítulo específico referido a los derechos personalísimos es uno de los puntos positivos de la reforma propuesta. Responde a los desarrollos de la doctrina,

19. No faltan en el Anteproyecto otras normas referidas al cadáver humano, como la que remite a la ley específica para el caso de ablación de órganos (artículo 94), al caso de declaración de muerte sin que haya sido hallado (artículo 98), y a su eventual exhumación para realizar pruebas genéticas post mortem en juicios de filiación (artículo 580).

20. El artículo 744 inciso c) del Proyecto, con acertado criterio, excluye de la garantía común de los acreedores, con carácter general, a *"los sepulcros afectados a su destino"*, sea que estén en cementerios privados o públicos.

21. Por ejemplo, CIFUENTES ha propuesto una norma que diga: "*Nadie está facultado a proceder de modo de extinguir la propia vida, ni a someterse por sí a castigos riesgosos para ella y a heridas corporales. Cualquiera puede impedirlo, cuando no fuese posible obtener el concurso oportuno de la autoridad a ese solo efecto"* (op. cit., p.268).

22. El Proyecto mantiene la regla general de la inmutabilidad del nombre, pero la reciente ley de identidad de género ha arruinado ese principio al posibilitar su cambio radical por mera decisión individual, sin intervención judicial ni posibilidad de oposición del funcionario administrativo.

23. Remito sobre el particular a NAVARRO FLORIA, Juan G., "El derecho a la objeción de conciencia", Buenos Aires, Ábaco, 2004. Sobre este derecho ha legislado la provincia de San Luis, y han proyectado hacerlo otras provincias.

y refleja razonablemente las propuestas de esta, los contenidos de normas particulares y dispersas hasta ahora, y los postulados de la jurisprudencia.

Como se ha señalado en los puntos precedentes, hay sin embargo algunas contradicciones menores entre lo que se propone en este capítulo y otras normas del Proyecto, que podrían revisarse. Del mismo modo, se está aún a tiempo de salvar algunas omisiones. Más compleja resulta la situación derivada de la subsistencia de otras leyes, que no se modifican ni derogan, y que legislan sobre los mismos temas. Aquí el esfuerzo interpretativo deberá ser mayor y no siempre de fácil o unívoco resultado.

De todas maneras, la dinámica propia de esta área del Derecho, hará necesario tanto interpretar armónicamente las nuevas normas con las ya contenidas en leyes especiales que han de coexistir con ellas; y sobre todo y muy probablemente esperar alguna revisión no muy lejana de ellas en función de los avances científicos o tecnológicos.

En todo caso, lo importante es recordar que cualquiera sea la evolución de la técnica, lo relevante es asegurar la protección de la persona humana en sus aspectos más íntimos e identitarios, estrechamente ligados a su dignidad eminente.

ALGUNAS NORMAS SOBRE BIOÉTICA

Jorge Nicolás Lafferriere

1) Método y antecedentes

Las normas de bioética del Proyecto de Código Civil de 2012 que vamos a comentar se encuentran en el capítulo dedicado a los Derechos y actos personalísimos y comprenden los artículos 57, 58 y 59. Evidentemente, en el resto del proyecto hay más normas vinculadas con la bioética, pero no serán objeto de consideración en este breve trabajo. Se puede afirmar que el proyecto de 2012 toma como punto de partida la redacción del proyecto de 1998, aunque con algunas variaciones que señalaremos.

Desde lo metodológico, se introduce una variación con relación al proyecto de 1998. En el proyecto de 2012, se ubica a los "Derechos y actos personalísimos" en el Capítulo 3 del Título I (de la persona humana) del Libro I (Parte General). Por su parte, el proyecto de 1998 incluía las normas sobre "derechos de la personalidad" en el Libro II (De la parte general), Título I (de la persona humana), Capítulo VI (De los derechos de la personalidad). Se afirmaba en la fundamentación de 1998 que se trataba de una concreción de los derechos humanos de rango constitucional que "requiere una reglamentación infraconstitucional cuyo lugar es el Código civil"[1].

En 2012, los derechos personalísimos se ubican luego de la capacidad y antes que el nombre, mientras que en 1998 luego del nombre y domicilio y antes de la ausencia y presunción de fallecimiento.

2) Los primeros principios implicados en la investigación con seres humanos

Entendemos que el principio fundamental que debería quedar reflejado en el Código Civil como guía normativa para estos nuevos tópicos jurídicos es 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. En este sentido, valoramos el artículo 51 del Proyecto que establecería: "*Inviolabilidad de la persona humana. La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad.*". Sin embargo, como veremos luego, debemos expresar nuestra disidencia con el proyectado artículo 19 que, entrando en contradicción con este artículo 51 y con el artículo 17, desconoce el carácter de personas a los embriones humanos no implantados. Volveremos luego sobre el punto[2].

1. Proyecto de ley de Unificación de los códigos Civil y Comercial, Comisión Decreto 685/95, Fundamentos, n. 15.

2. Profundizaremos el tema en una investigación de próxima publicación realizada con la Dra. Catalina E. Arias de Ronchietto sobre el embrión humano no implantado y la identidad entre cuerpo y persona.

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. En este punto, es llamativo que el artículo 51 transcripto no mencione expresamente a la "vida" humana cuando se habla de "inviolabilidad". Entendemos que es una omisión que se podría haber evitado, máxime que el proyecto de 1998 hablaba expresamente del derecho a la vida[3].

Sentados estos grandes principios, podemos mencionar otros que son importantes de manera específica en la investigación: la exigencia del consentimiento informado, con especial protección de las personas vulnerables y la necesidad que toda intervención se ordene al bien de la persona, respetando los principios primeros de la ley natural.

Ahora bien, entrando en la consideración concreta del proyecto debemos señalar que existe una gran dificultad en la redacción de normas sobre la investigación en seres humanos por la tensión entre la generalidad y la singularidad del derecho[4]. En efecto, mientras que en algunos temas se puede saber con certidumbre qué es lo justo y por tanto plasmarlo en una norma de derecho positivo, como ocurre con lo referido al inicio de la vida o al principio que señala el deber de no quitarle la vida a otra persona, en otros temas la multiplicidad de circunstancias y situaciones que se pueden presentar obliga a un esfuerzo mayor en la precisión de las normas para que tengan algún efecto concreto.

Cuando tal precisión no se logra, las normas corren el riesgo de ser tan generales y abstractas que, en su aplicación concreta, puedan dar lugar a las interpretaciones más disímiles y opuestas con fundamento en la misma norma interpretada. Como veremos a continuación, algunos de los textos proyectados adolecen de este defecto de redacción, que los torna amplios y ambiguos.

3) Competencia en materia de regulación de la investigación en personas humanas

Una dificultad general que se advierte es la cuestión de las competencias. Parece razonable incluir en el Código Civil normas de fondo de tutela de la persona, pero cabe recordar que muchas de estas materias ingresan en lo que se denomina poder de policía sanitaria y que tal poder de policía es atribución concurrente de la Nación y las Provincias.

En el plano nacional encontramos la ley 16463 sobre Contralor Técnico y Económico de los Medicamentos, Drogas y todo otro producto de uso y aplicación en la medicina humana (sancionada el 23/7/1964). Esta ley abarca, en su artículo 1ro. "*la importación, exportación, producción, elaboración, fraccionamiento, comercialización o depósito en jurisdicción nacional o con destino al comercio interprovincial de las drogas, productos químicos, reactivos, formas farmacéuticas, medicamentos, elementos de diagnóstico y todo otro producto de uso y aplicación en la medicina humana y las personas de existencia visible o ideal que intervengan en dichas actividades*". Por su parte, el art. 2do. aclara que "*las actividades mencionadas en el artículo 1° sólo podrán realizarse, previa autorización y bajo el contralor del Ministerio de Asistencia Social y Salud Pública, en establecimientos habilitados por el mismo y bajo la dirección técnica del profesional universitario correspondiente,*

3. En la propuesta que presentamos ante la Comisión Reformadora creada por Decreto 191/2011 propiciamos la inclusión de una norma del siguiente tenor: "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".

4. 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, Año II, nro. 10, 2010, p. 222-238.

inscripto en dicho Ministerio. Todo ello en las condiciones y dentro de las normas que establezca la reglamentación, atendiendo a las características particulares de cada actividad y a razonables garantías técnicas en salvaguarda de la salud pública y de la economía del consumidor". A su vez, la ley 18284 establece las normas para la producción, elaboración y circulación de alimentos de consumo humano en todo el país.

En el marco de estas dos leyes, la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (ANMAT) dictó la Disposición 5330/97[5] sobre las Buenas Prácticas de investigación en Estudios de Farmacología Clínica, que fue luego reemplazada por la Disposición 6677/2010 publicada en Boletín Oficial del 5 de noviembre de 2010, y que aprueba el Régimen de Buena Práctica Clínica para Estudios de Farmacología Clínica.

Por su parte, distintas provincias argentinas tienen leyes en temáticas vinculadas con las que aquí comentaremos, de modo que se pueden llegar a plantear conflictos jurisdiccionales que tendrán que ser resueltos desde las legislaturas y, en última instancia, desde el Poder Judicial. Entre esas leyes encontramos:

a. En la Provincia de Buenos Aires, la ley 11044, de investigación en Salud, publicada en el Boletín Oficial el 13/02/1991.
b. En Tucumán, la ley 6580, de regulación de la investigación en salud sobre seres humanos, publicada en el Boletín Oficial el 25/08/1994.
c. En Río Negro, la ley 3028, de regulación y control de la actividad de investigación biomédica en los seres humanos, publicada en el Boletín Oficial el 17/10/1996.
d. En Neuquén, la ley 2207, de Investigación Biomédica, del 15 de mayo de 1997.
e. En Salta, la ley 7544, de Investigaciones biomédicas en seres humanos, publicada en el Boletín Oficial el 30/12/2008.
f. En Chaco, la ley 6386, que crea un fondo destinado a la investigación científica y estudios citogenéticos, publicada en el Boletín Oficial el 25/09/2009.
g. En Córdoba, la ley 9694, que crea el Sistema de Evaluación, Registro y Fiscalización de las Investigaciones en Salud (SERFIS), publicada en el Boletín Oficial el 10/11/2009.
h. En la Ciudad de Buenos Aires, la ley 3.301 sobre Protección de Derechos de Sujetos en Investigaciones en Salud publicada en el Boletín Oficial el 31/01/2011.

Igualmente, diversas constituciones provinciales incorporan normas específicas sobre medicamentos (ver por ejemplo La Rioja, artículo 57; Buenos Aires, artículo 36; San Juan, artículo 61; San Luis, artículo 57; Santiago del Estero, artículo 24; Formosa, artículo 81; Ciudad de Buenos Aires, artículo 21 inciso 10; Tucumán, artículo 146; Entre Ríos, artículo 19).

Podemos formular las siguientes conclusiones:

- Parece razonable la inclusión en el Código Civil de normas para la protección de los seres humanos sometidos a investigaciones. Ello otorgaría una jerarquía mayor a la protección jurídica de las personas sometidas a investigación y daría mayor fuerza vinculante a las principales protecciones de sus derechos.
- Estas normas civiles deberían ir acompañadas por normas penales aprobadas en el Congreso Nacional (art. 75 inc. 12 Constitución Nacional) para sancionar a quienes violenten los derechos fundamentales de la persona humana durante tareas de investigación.
- Sin embargo, las normas a incluir en el Código Civil no derogan el poder de policía sanitaria que poseen las provincias, en forma concurrente con la Nación.

5. Ver nuestro comentario a un caso reciente referido a esta Disposición del ANMAT: Lafferriere, Jorge Nicolás, "La regulación jurídica de la investigación farmacológica en personas menores de edad y el consentimiento informado a partir de un caso de irregularidades administrativas sancionadas por ANMAT", publicado en Revista de Derecho de las Personas y la Familia, La Ley, 2012.

- Las normas provinciales tendrían que respetar los principios mínimos que surgen del Código Civil.
- Cabría la posibilidad de normas provinciales que contuvieran normas de protección más amplias que las proyectadas para el Código Civil en el texto que aquí comentamos.

4) Prácticas prohibidas

El artículo 57 del proyecto de 2012 propone:

ARTÍCULO 57.- Prácticas prohibidas. Están prohibidas las prácticas destinadas a alterar la constitución genética de la descendencia, excepto las que tiendan a prevenir enfermedades genéticas o la predisposición a ellas.

Antecedentes: Un primer campo a analizar lo refiere a los antecedentes normativos del texto propuesto:

- **Proyecto de 1998:** la norma reconoce como antecedente el artículo art. 111 del proyecto de 1998 ("prácticas eugenésicas"). Aunque no se explica por qué se abandona el término "eugenésico", cabe pensar que puede ser un término difícil de definir en sus alcances concretos y podría agregar un componente subjetivo a la calificación de estas "prácticas" de imprecisa configuración.
- **Código Civil Francés**: por su parte, el proyecto de 1998 tomaba esta disposición del artículo 16-4 del Código Civil Francés que prohíbe atentar contra la integridad de la especie humana, prohíbe expresamente cualquier práctica eugenésica y la clonación Dice el original en francés: "Nul ne peut porter atteinte à l'intégrité de l'espèce humaine. Toute pratique eugénique tendant à l'organisation de la sélection des personnes est interdite. Est interdite toute intervention ayant pour but de faire naître un enfant génétiquement identique à une autre personne vivante ou décédée. Sans préjudice des recherches tendant à la prévention et au traitement des maladies génétiques, aucune transformation ne peut être apportée aux caractères génétiques dans le but de modifier la descendance de la personne".

Comentario: entrando en el comentario de la norma, podemos señalar:

- **Alcances**: El proyectado art. 57 se refiere a la expresión genérica "prácticas" con lo que parece englobar acciones de diversos sujetos (médicos, bioingenieros, genetistas, biólogos, etc.). El original francés encuadra la excepción en las "investigaciones tendientes a la prevención y tratamiento de enfermedades genéticas". Se trata por tanto de "investigaciones" y no prácticas, que por tanto son directamente generadoras de nueva vida humana. La distinción entre investigaciones y prácticas es muy relevante en relación a la excepción prevista en la norma comentada.
- **Objeto**: El objeto de las prácticas prohibidas es "alterar la constitución genética de la descendencia". Ahora bien, esta expresión es muy imprecisa y hubiera sido deseable una fórmula más concreta y detallada. A continuación intentamos delimitar sus alcances.
- **Seres humanos ya existentes**: entendemos que la norma comprende intervenciones directamente encaminadas a modificar la información genética de un ser humano concebido, nacido o por nacer. En la literatura científica, una vez que la persona ha sido concebida, la ingeniería genética está intentado desarrollar lo que llamamos "terapia génica", pero se ha encontrado con obstáculos serios y no se ha pasado de experimentos. Las posibilidades de "mejora" (enhancement) genética se han debatido a nivel teórico para casos como los

deportes u otras actividades, pero no existen –hasta donde conocemos– prácticas en marcha en la materia.

- **La cuestión de los embriones concebidos in vitro**: entendemos que esta prohibición debería abarcar tanto a las personas concebidas intracorpóreamente como a las que hayan sido concebidas extracorpóreamente. El tema es de gran actualidad porque tiende a difundirse el diagnóstico genético preimplantacional[6]. Este estudio –que no es un diagnóstico en sentido propio– es un típico caso de discriminación genética y se enmarca en una mentalidad eugenésica, de modo que debería considerarse como prohibido a la luz de este artículo 57.
- **Selección de gametos**: La mención a la descendencia parece incluir también lo relativo a la selección de gametos en forma previa a la fecundación. En este punto, la prohibición parece dirigida a seleccionar gametos por algunas características deseadas y eso resulta positivo, más allá de las objeciones de fondo que merecen las técnicas de fecundación artificial y que deberían haber sido objeto de una prohibición específica en el Código.
- **La excepción**: la norma general prohibitiva del artículo 57 es acompañada de una excepción tan abierta que termina desdibujando la finalidad de tutela de la persona humana que persigue la norma. Se exceptúan las prácticas "*que tiendan a prevenir enfermedades genéticas o la predisposición a ellas*". ¿Quién determina qué es una enfermedad genética implicada en esta ley? ¿La autoridad nacional? ¿La autoridad local? ¿Quién determina cómo se mide la posibilidad de intervenir para evitar la predisposición de enfermedades? Consideramos –y así lo propusimos a la Comisión redactora durante el período de consultas que se abrió en 2011– que debía quitarse esa excepción, pues es tan ambigua que puede dar lugar a muchos abusos.
- **¿Eliminar a los genéticamente enfermos?** La excepción contemplada en el artículo 57 proyectado abre muchas dudas por su amplitud. Por ejemplo, no se aclara si se prohíbe eliminar a los seres humanos que sean genéticamente enfermos. De admitirse esa posibilidad, que resultaría contraria a otras normas constitucionales, supondría un grave atentado contra la vida humana. Debería suponerse que no está admitida por aplicación del principio de inviolabilidad de la vida humana contenido en el artículo 51.
- **¿Acciones de responsabilidad?** Un aspecto no considerado es el relativo a la responsabilidad que podría emerger si una persona no hubiera hecho lo posible por evitar la transmisión de una enfermedad grave. Se trata de las acciones conocidas como "wrongful life" (vida equivocada) y "wrongful birth" (nacimiento equivocado). Es claro que el proyecto no quiere "obligar" a prevenir esas enfermedades, pero la verdad es que la práctica supone una creciente presión sobre los padres y los médicos, máxime si pueden enfrentar acciones de responsabilidad por no ofrecer estos estudios a tiempo. Por estos motivos, que llevan a conclusiones que terminan traicionando los ideales médicos, creemos que no se pueden incluir excepciones en la materia.
- **¿Expansión de estudios genéticos?** Cabe preguntarse si con esta norma no se producirá una expansión de los estudios genéticos en vistas a la transmisión de la vida humana y si no se irá configurando un auténtico dinamismo eugenésico, que ya no resultará el fruto de una planificación estatal, sino de la elección de miles de personas puestas a elegir las características genéticas de la descendencia. Cobra aquí importancia la exclusión del término "eugenésico", presente en 1998 y ausente en el proyecto de 2012.

En síntesis, parece positiva la norma en su primera parte prohibitiva, pero la excepción contenida en la parte final corre el riesgo de transformarse en el verdadero parámetro para resolver las cuestiones bioéticas vinculadas con la genética humana. Creemos que la complejidad de los temas

6. Para profundizar el tema, nos remitimos a nuestro libro: "Implicaciones jurídicas del diagnóstico prenatal. El concebido como hijo y paciente", Buenos Aires, EDUCA, 2011, 832 p., en especial el Capítulo 12.

genéticos exige una mayor precisión en la redacción de los textos legales y sobre todo una firme defensa de la dignidad de cada vida humana, desde la concepción.

5) Investigación médica en personas humanas

El proyecto de 2012 incorpora de manera novedosa el tema de la investigación médica en personas humanas:

ARTÍCULO 58.- Investigaciones en salud humana. La investigación médica en salud humana relativa a intervenciones (tratamientos, métodos de prevención, pruebas diagnósticas o predictivas) cuya eficacia o seguridad no están comprobadas sólo puede ser realizada si se cumplen los siguientes requisitos:

a) ser precedida de una cuidadosa comparación de los riesgos y las cargas para las personas que participan en la investigación en relación con los beneficios previsibles para ellos y para otras personas afectadas por la enfermedad que se investiga;

b) contar con el consentimiento previo, libre, escrito, informado y específico de la persona que se sujeta a la investigación; el consentimiento es libremente revocable;

c) no implicar para el participante riesgos y molestias desproporcionados en relación con los beneficios que se espera obtener de la investigación;

d) asegurar al participante la atención médica pertinente, durante y finalizada la investigación;

e) ser parte de protocolos de investigación para determinar su eficacia y seguridad;

f) contar con la aprobación previa por parte de un comité de evaluación de ética en la investigación;

g) contar con la autorización previa del organismo público correspondiente.

El tema no figuraba en el proyecto de 1998 y ciertamente desde esa fecha hasta nuestros días han habido notables avances en la cuestión, que han ido configurando un sistema más consolidado de criterios y prácticas sobre la investigación en seres humanos. La norma más reciente es la ley 3301 de la Ciudad de Buenos Aires, que más allá de las críticas que ha merecido, marca un punto de inflexión en este tema. También en el Congreso Nacional existían algunos proyectos de ley en debate y ahora el Código Civil incorpora el tema.

En nuestra presentación ante la Comisión por la Facultad de Derecho de la UCA hicimos una propuesta de artículo en torno al tema. Analizando el texto propuesto, podemos afirmar:

- Sobre el ámbito de aplicación, la redacción restringe el alcance de la norma a la investigación "médica" (en el epígrafe) y luego habla de "intervenciones (tratamientos, métodos de prevención, pruebas diagnósticas o predictivas)". Pareciera razonable utilizar una fórmula más amplia: biomédica, en el campo de la salud u otra. Debe quedar claro si se incluyen las prácticas farmacológicas. Por ejemplo, el inciso 2 del art. 2 de la ley 3301 de la Ciudad de Buenos Aires establece: "Se halla comprendida dentro del ámbito de la presente Ley toda investigación clínica, en cualquiera de sus fases, aplicada en seres humanos cuya finalidad sea alcanzar o desarrollar conocimiento generalizable para su aplicación por las ciencias de la salud y sus tecnologías conexas. En particular, se hallan comprendidas dentro del ámbito de la presente: las investigaciones clínicas con medicamentos y todo tipo de productos, y cualquier técnica diagnóstica o terapéutica que involucre seres humanos".
- El epígrafe habla de "personas humanas" mientras que el texto que manejamos en el cuerpo del artículo habla de "seres humanos". Esta distinción podría llegar a ser relevante en torno a los embriones no implantados, sin perjuicio de considerar nosotros que deben tenérselos como personas humanas.

- Consideramos que se ha presupuesto el deber de respetar la vida, pero seríamos partidarios de su mención explícita por la importancia central que el tema tiene en el campo de los derechos humanos.
- El inciso a en la versión anterior del proyecto decía: "a) ser la única alternativa frente a otras de eficacia comparable". En la versión final se establece: "a) ser precedida de una cuidadosa comparación de los riesgos y las cargas para las personas que participan en la investigación en relación con los beneficios previsibles para ellos y para otras personas afectadas por la enfermedad que se investiga". Creo que se ha mejorado notablemente este punto, para referirlo de manera directa a la persona que participa en la investigación.
- Sobre el tema del consentimiento, la formulación contiene los elementos habituales. Con todo, no se señala nada sobre la problemática de los sujetos vulnerables que constituyen un foco de atención en términos de derechos humanos.
- La proporcionalidad de los riesgos prevista en el inciso c) debería estar acompañada por alguna mención a la preservación de la vida humana, como antes ya mencionamos.
- Parece insuficiente que el Comité de Ética tenga una intervención que sólo sea previa. La tendencia es que esos Comités tienen funciones antes, durante y después de la investigación. Igualmente, se trata de una norma mínima, que deberá ser complementada por leyes locales sobre la cuestión.
- Entre las omisiones señalamos la falta de mención a la problemática de la investigación con personas por nacer, incluyendo a los embriones humanos no implantados. Sugerimos en nuestra propuesta el siguiente texto: "Art. ... [Investigación en personas por nacer] Las investigaciones biomédicas sobre personas por nacer sólo 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 basados 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".
- En general, hubiera sido deseable alguna precisión sobre la necesidad de que las investigaciones sean respetuosas de los derechos humanos fundamentales, de la ley, la moral y las buenas costumbres, como se propone en el art. 55.

6) Consentimiento informado para actos médicos

El proyecto de 2012 se refiere también al consentimiento informado para actos médicos en el artículo 59:

ARTÍCULO 59.- Consentimiento informado para actos médicos. El consentimiento informado para actos médicos es la declaración de voluntad expresada por el paciente emitida luego de recibir información clara, precisa y adecuada, respecto a:

a) su estado de salud;

b) el procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos;

c) los beneficios esperados del procedimiento;

d) los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles;

e) la especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto;

f) las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados;

g) en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estado terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, el derecho a rechazar procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación a las perspectivas de mejoría, o produzcan sufrimiento desmesurado, o tengan por único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable;

h) el derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento.

Nadie puede ser sometido a exámenes o tratamientos clínicos o quirúrgicos sin su consentimiento, excepto disposición legal en contrario.

Si el paciente no está en condiciones físicas o psíquicas para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica ni la ha expresado anticipadamente, el consentimiento puede ser otorgado por el representante legal, el cónyuge, el conviviente, el pariente o el allegado que acompañe al paciente. En ausencia de todos ellos, el médico puede prescindir del consentimiento si su actuación es urgente y tiene por objeto evitar un mal grave al paciente".

La norma reconoce como fuentes en lo básico los artículos 112, 113 y 114 del proyecto de 1998, aunque con bastantes modificaciones. También es fuente el artículo 5 de la ley 26529 de derechos del paciente. En la versión final enviada al Senado se han incorporado los dos incisos g y h que surgen de la llamada ley de muerte digna (26.742) que modificó la mencionada ley 26529.

Un análisis del texto propuesto nos conduce a las siguientes consideraciones:

- Pareciera problemático desde el punto de vista de técnica legislativa reproducir casi textualmente otro texto vigente sobre el mismo tema sin derogarlo. Veamos que la ley 26529 puede tener cambios y de hecho los tuvo recientemente con la sanción de la ley llamada de "muerte digna" (aunque han sido incorporados a la versión final).
- Se pronuncia el proyecto sobre la naturaleza jurídica del "consentimiento informado" y establece que se trata de una "declaración de voluntad", frente a otras opiniones que hablan de un acto jurídico o acto jurídico complejo.
- El asunto de la naturaleza jurídica del consentimiento informado tiene relevancia de cara a situaciones en las que el consentimiento no se verifica en un momento único, y se continúa realizando en el tiempo.
- Las similitudes también se verifican entre el último párrafo del artículo 59 analizado y el artículo 9 de la ley 26529 cuando señala los casos en que se puede exceptuar del consentimiento informado. Sin embargo, el artículo 59 es más restrictivo que dicho artículo 9 que contempla dos excepciones en lugar de una: "a) cuando mediare grave peligro para la salud pública; b) Cuando mediare una situación de emergencia, con grave peligro para la salud o vida del paciente, y no pudiera dar el consentimiento por sí o a través de sus representantes legales".
- Igualmente, en el artículo 9 de la ley 26529 se establece que "las excepciones establecidas en el presente artículo se acreditarán de conformidad a lo que establezca la reglamentación, las que deberán ser interpretadas con carácter restrictivo". Este texto no se consigna en el artículo proyectado.
- En la comparación con la mencionada ley 26529, también hay que señalar que la norma proyectada no dice nada sobre la forma de manifestar el consentimiento informado, mien-

tras que en esa ley se consignan de manera precisa los casos en que se exige la forma escrita (art. 7 sobre instrumentación).

- Debemos reiterar nuestro desacuerdo con la posibilidad prevista en el inciso g del artículo proyectado en el sentido que permite renunciar a la alimentación y la hidratación. Entendemos que se trata de procedimientos ordinarios cuya privación conduce a provocar la muerte de manera dolorosa e inhumana, contraria a la dignidad de la vida humana.

7) Temas omitidos en el proyecto

Finalmente, debemos decir que el proyecto de 2012 ha perdido una importante oportunidad de incluir disposiciones de gran actualidad en relación a la genética y sobre las que no se ha dicho nada. Desde el proyecto de 1998 hasta la fecha hubo cambios notables en las biotecnologías y que afectan de manera directa a derechos personalísimos. Sobresale el anuncio del secuenciamiento completo del genoma humano en el año 2000, que ha revolucionado la medicina y las biotecnologías en general.

Igualmente, en este período se han aprobado nuevos instrumentos internacionales como la Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos (2003) y la Declaración Internacional sobre la Bioética y los Derechos Humanos (2005), ambas de UNESCO. En los Estados Unidos, se aprobó la ley contra la discriminación en base a información genética (Genetic Information Non-Discrimination Act de 2008 - GINA).

En una apretada síntesis, podríamos decir que el proyecto omite considerar algunos de los siguientes temas:

- La experimentación sobre personas por nacer[7].
- El diagnóstico genético y la utilización de la información genética, ya sea que haya sido obtenida antes o después del nacimiento[8].

7. En nuestra propuesta a la Comisión Redactora (Decreto 191/2011) sostuvimos: "Art. ... [Investigación en personas por nacer] Las investigaciones biomédicas sobre personas por nacer sólo 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 basados 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".

8. En la propuesta a la Comisión Redactora (Decreto 191/2011) propusimos dos artículos sobre el tema: "Art. ... [Información genética] La información genética es personal, confidencial, intransferible y quedará sujeto 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. .... [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 hs. 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 al consentimiento, incluyendo el genético en caso que corresponda. La información a brindar al padre y a la madre necesariamente incluirá la indicación médica objetiva, la enfermedad a diagnosticar, el carácter del estudio, los procedimientos recomendados y su descripción, los resultados posibles, los beneficios, los riesgos probables

- El diagnóstico genético preimplantacional, con todas las problemáticas que acarrea y que es objeto de un intenso debate en Europa y sobre el que debería asumirse una postura prohibitiva, además de las problemáticas que significa la fecundación artificial extracorpórea.
- La necesidad de prohibir la concepción de niños por fecundación artificial para ser dadores de tejidos u órganos para hermanos vivos (denominada bebé-medicamento).
- La utilización de células madres y su regulación, con particular referencia a la necesidad de prohibir la destrucción de embriones humanos para esos fines[9].
- Los experimentos tendientes a crear material biológico humano a partir de la clonación, de la utilización de óvulos sin intervención de gametos masculinos (partenogénesis), o bien a constituir óvulos alterados genéticamente para que se desarrollen como si fueran fecundados (tales como el ANT – altered nuclear transfer).

---

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 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".

9. Nuestra propuesta fue: "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 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 sólo se autorizará en casos médicamente específicamente indicados y de acuerdo con lo que determine la autoridad de aplicación".

EL NOMBRE Y EL APELLIDO DE LAS PERSONAS NATURALES

Diego N. Quirno y Anabella Crisci

I. Introducción.

El nombre de las personas naturales, como atributo de ellas atinente a la necesidad de individualizarlas, es un instituto de neto origen consuetudinario y de lenta evolución en el curso de los siglos. No es casual, entonces, que durante los primeros cien años de vigencia del Código Civil no existiera una norma de carácter nacional que regulara de manera orgánica y completa esta institución.

Recién en el año 1969 se sancionó la ley 18.248, que integra el Código Civil y que regula íntegramente el nombre y el apellido de las personas. Esta ley no introdujo un cambio drástico en los usos y las costumbres vigentes hasta ese entonces, sino que se limitó a recogerlos, plasmando en normas los valores y las creencias que sobre la cuestión compartía la comunidad.

Es cierto que la dinámica propia de la vida social hizo que estas disposiciones fueran sufriendo a lo largo de los años diversas modificaciones, no solo como consecuencia de la interpretación jurisprudencial y por la aplicación realizada por los funcionarios del Registro Civil, sino por varias leyes que fueron introduciendo cambios a esta normativa (ley 19.134, con algunos preceptos sobre el apellido de los hijos adoptivos; ley 23.162 sobre nombres aborígenes; ley 23.264, referida a la patria potestad; ley 23.515, que modifica la norma sobre el apellido de la mujer casada; ley 26.618, que al admitir el matrimonio civil entre personas del mismo sexo, determinó el apellido que llevarán los hijos y los cónyuges de este nuevo tipo de uniones legales).

El proyecto de reforma del Código Civil recoge muchas de estas normas, pero introduce cambios que en algunos casos parecen aceptables, aunque que en otros aparecen como una imposición abrupta de criterios ajenos a nuestras tradiciones.

Cabe, pues, el examen de las reformas proyectadas, cotejándolas con el régimen actualmente vigente.

II. Comparación entre ambas regulaciones.

1. Naturaleza jurídica.

Tanto la ley 18.248 como el proyecto de reforma tratan al nombre como un derecho-deber de identidad, lo que resulta correcto si se tiene en cuenta su función individualizadora, que a los fines de la aplicación de la ley permite diferenciar a una persona de las otras.

2. Nombre de pila.

El nombre de pila o prenombre tiene por finalidad designar individualmente al sujeto dentro de una familia. Aunque vulgarmente se lo conoce por la primera de las denominaciones, que alude a la pila bautismal, el proyecto solo utiliza la segunda.

3. Adquisición del nombre.

Mientras que la ley vigente expresa que el nombre se adquiere por su inscripción en el acta de nacimiento, el proyecto de reforma nada dice sobre el particular. Tampoco establece otra modalidad, cabe sostener que la solución no ha variado. De entenderse que solamente el uso alcanza para su adquisición, podrían originarse situaciones confusas, con la consiguiente inseguridad jurídica.

4. Libertad de elección.

Aun cuando con muchas excepciones, la ley 18.248 consagra para los padres –o quien los reemplace– la libertad de elección, no hay mención expresa a este principio en el proyecto de reforma, pero el hecho de que las prohibiciones han disminuido, es revelador de que no se lo ha modificado. Además, en los fundamentos del proyecto expresamente se establece que la elección del prenombre es una decisión de los padres, en la que la injerencia del Estado debe ser la menor posible.

5. Legitimación para la elección.

En ambos regímenes la elección del nombre de pila corresponde a los padres, por ser esta una emanación propia del ejercicio de la patria potestad. En el caso de los hijos extramatrimoniales no reconocidos por el padre, la elección corresponde a la madre. Ante la necesidad de que todas las personas cuenten con un nombre, en defecto de los padres la elección la harán los guardadores, el representante del ministerio público o el funcionario del registro civil.

6. Limitaciones a la libertad de elección.

Por motivos de interés general, y en resguardo también del interés del propio interesado, tanto la ley vigente como el proyecto de reforma establecen determinados límites a la libertad de elección del nombre. Empero, el proyecto de reforma fija un criterio mucho más amplio, suprimiendo varias de esas restricciones.

La ley 18.248 dispone que no podrán inscribirse nombres extravagantes, ridículos, contrarios a nuestras costumbres, que expresen o signifiquen tendencias políticas o ideológicas, o que susciten equívocos respecto del sexo de la persona; los nombres extranjeros (con salvedades); los apellidos como nombre; primeros nombres idénticos a los de hermanos vivos; o más de tres nombres.

El proyecto de reforma, en cambio, disminuye esas prohibiciones, limitándolas básicamente a los nombres extravagantes, aunque manteniendo el impedimento de inscribir más de tres prenombres, apellidos como prenombres o primeros prenombres idénticos a los de hermanos vivos.

Según el diccionario, "extravagante" es todo aquello que se hace o dice fuera del común modo de obrar. Esto significa que caerán bajo esa calificación prenombres que antes estaban prohibidos expresamente, pero que igual ahora cabrá denegar por aplicación de la norma genérica, como –por ejemplo– los de Ateo, Marxista, Democracia o Fascista.

Es preocupante que el proyecto permita tácitamente la imposición de nombres que susciten equívocos respecto del sexo de la persona, ya que de esta manera podrían originarse confusiones sobre la identidad de los niños (conf. sobre este tema: "En el Proyecto de Código Civil los padres pueden elegir un nombre que no coincida con el sexo de su hijo", Centro de Bioética, Persona y Familia, boletín del 17 de abril de 2012, www.centrodebioetica.org). Ello vulneraría, claramente, el derecho de los niños a tener un nombre que los identifique respecto de su género, situación que se proyecta también en la preservación de su identidad, derechos ambos consagrados en los arts. 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Parecería entonces conveniente mantener la restricción aludida, estableciéndose además que en caso de que un prenombre admita ambos géneros, podrá requerirse a los padres que añadan otro prenombre que determine claramente el sexo del nacido (conf. C.2ª Civ. y Com. La Plata, sala 1ª, 11-2-97, "Merialdo, Pedro Oscar s/ Solicita autorización de nombre ("Azul"), Lexis Nº 14/120553).

En cuanto a los nombres extranjeros, la norma que prohíbe su utilización ya había caído en desuetudo, puesto que desde hace bastantes años los funcionarios de los registros civiles los autorizan. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ya había establecido en algunos períodos la inconstitucionalidad de esta limitación (CS,20-4-45, LL, 38-409; CS, 20-2-48, LL, 50-137; CS, 2-12-57, LL, 89-601), aunque dicha doctrina no permaneció incólume durante los siguientes años, en que se admitió la constitucionalidad del precepto (CS, 28-11-58, LL, 96-45; CS, 9-8-88, LL, 1989-B, 253).

7. Recurso contra resoluciones denegatorias.

La ley 18.248 autoriza a interponer recurso de apelación ante el tribunal de apelaciones en lo civil de la jurisdicción, contra las resoluciones denegatorias de nombre de los funcionarios del registro civil. En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, dichas resoluciones son recurribles ante la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario (ley 2424/2007).

El proyecto de reforma nada dice sobre el tema, dejando un vacío legal que obligaría a acudir a las disposiciones locales vinculadas con la organización de los registros civiles de las distintas jurisdicciones.

8. El apellido del hijo matrimonial.

El apellido es la designación común a todos los miembros de una misma familia. El régimen actual distingue según los hijos matrimoniales sean de cónyuges heterosexuales o de cónyuges del mismo sexo. En el primer caso, el hijo llevará el primer apellido del padre, pudiendo añadir a pedido de ambos progenitores el de la madre, o el compuesto del padre. En el supuesto de hijos de cónyuges homosexuales, llevarán el primer apellido de alguno de ellos, pudiendo añadir el del otro o el compuesto del consorte del cual tuvieran el primer apellido. Para el caso de desacuerdo entre los padres, los matrimonios heterosexuales deben acudir al órgano jurisdiccional, y los cónyuges homosexuales deben atenerse al orden alfabético de sus apellidos.

El régimen propuesto unifica el tratamiento de ambos matrimonios, estableciendo que el hijo matrimonial llevará el apellido de alguno de los cónyuges pudiendo, a pedido de ambos, agregar el apellido del otro. Para el caso de desacuerdo entre los consortes, se determinará por sorteo el orden de los apellidos.

La solución propugnada implica una modificación sustancial del régimen vigente, que no se condice con la ancestral e inveterada costumbre de imponer a los hijos el primer apellido del padre, para mantener la tradición familiar. Por esa razón, en los casos de los matrimonios heterosexuales, probablemente pasen muchos años antes de que se difunda el uso de poner como "apellido de familia" el de la madre.

No prevé expresamente la norma la posibilidad de imponer al hijo el apellido compuesto del progenitor de quien llevase el primer apellido. Consideramos que en ningún caso podría interpretarse esta omisión como prohibición de tal circunstancia, ya que es una costumbre muy arraigada en nuestro país transmitir a los hijos el apellido completo, cuando se encuentra conformado por más de un vocablo. Además, sí se prevé expresamente esta facultad para el caso del hijo adoptado por una sola persona (art. 626 inc. "a" del Proyecto) y una interpretación restrictiva contrariaría el expreso sentido de la norma en análisis, que ha buscado priorizar el derecho a la identidad y a la autonomía de la voluntad.

Sin mengua de ello, en la Ciudad de Buenos Aires es de aplicación la Disposición 040 del Director General del Registro Civil, que en su art. 78 dispone que "el apellido compuesto de los progenitores se considerará uno solo, siempre y cuando se acredite que su uso proviene de tiempo inmemorial", circunstancia en la cual podría transmitirse a los hijos sin ninguna objeción.

Por lo dicho, sería conveniente que la nueva normativa previera expresamente la posibilidad de que los hijos lleven el apellido compuesto de alguno de sus padres, a efectos de evitar que este derecho quede circunscripto a las regulaciones locales del Registro Civil.

Tampoco registra antecedentes en nuestro derecho el supuesto de que, en caso de desacuerdo entre los padres, se determine por sorteo el orden de los apellidos. En este punto, los fundamentos del proyecto explican que es la alternativa que mejor respeta el principio de igualdad, ante la falta de una única solución en el derecho comparado y las críticas que cada una de ellas ha merecido.

9. Adición por el hijo de otro apellido.

La ley 18.248 prevé la posibilidad de que el hijo matrimonial, a partir de los 18 años, y si sus padres no hubieran ejercido esa prerrogativa, añada a su apellido el de la madre o el compuesto del padre, si se tratara de un matrimonio heterosexual, o bien que agregue el apellido del otro cónyuge o el compuesto del consorte del cual tuviera el primer apellido, en el caso de un matrimonio homosexual–.

El proyecto de reforma mantiene esta facultad del hijo, pero solo para añadir a su apellido el del otro padre, cuando tuviere "edad y madurez suficiente" para ello. No aclara quién es el funcionario que apreciará esa circunstancia y se trata, además, de una locución muy ambigua, que debería reemplazarse por una mención concreta a la edad necesaria para ejercer la prerrogativa.

En este sentido, el régimen flexible propuesto en el proyecto de reforma no parece el más aconsejable, ya que suscita gran incertidumbre sobre la verdadera aptitud de los menores para adicionar otro apellido, con la consiguiente inseguridad jurídica que ello acarrea. Además, en algunos casos concretos que justifican la excepción, la jurisprudencia ha admitido con el actual sistema rígido la adición del apellido materno requerida por los padres en ejercicio de sus prerrogativas, antes de que la persona cumpla 18 años, en supuestos de necesidad de unificar registralmente los apellidos de hermanos menores de distintos padres (conf. Juzg. Nac. Civ. Nº 25, 15/7/04, "G., J. P.", SJA 5-1-05, JA, 2005-I-695, Lexis Nexis –sumarios– 6-1-05), o ante la existencia de la separación del matrimonio y la convivencia de los niños con su madre (conf. CNCiv., Sala E, 6-3-08, "H., D.R. y otro", SJA 16-7-2008).

Pareciera entonces necesario establecer una edad determinada a partir de la cual los menores puedan ejercer por derecho propio la facultad otorgada, admitiéndose excepcionalmente la posibilidad de añadir otro apellido antes de esa edad si existieran motivos justificados que así lo aconsejaran, en atención al interés superior del niño (art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño).

De todas maneras, el sistema propuesto considera que se reputarán involuntarios los actos lícitos celebrados por menores de trece años (art. 261 del Proyecto), por lo que recién a partir de esa edad podría juzgarse la madurez suficiente del adolescente para solicitar la adición señalada.

10. El apellido del hijo extramatrimonial.

Al establecer el proyecto que el hijo extramatrimonial con un solo vínculo filial lleva el apellido del progenitor, no modifica la solución actualmente vigente. Si la filiación de ambos padres se determina simultáneamente, se aplican las mismas reglas, ya mencionadas, del hijo matrimonial.

Sí cambia el caso del reconocimiento posterior de la segunda filiación, porque ya no prevalecerá el apellido del padre como –salvo excepciones– ocurre ahora, sino que los padres acordarán el orden, resolviendo el juez en caso de que no lo hagan.

Hubo un antecedente jurisprudencial en este sentido, donde se declaró la inconstitucionalidad del art. 5 de la ley 18.248 por no dar al niño la opción de anteponer el apellido materno al paterno, que mereció diversas críticas de la doctrina (conf. Tribunal Colegiado de Familia Nro. 5 de Rosario • P., C. E. c. P., H. G. • 02/06/2011 • LLLitoral 2011 (julio) LLLitoral 2011 (julio) , 700 DFyP 2011 (agosto) con nota de Jorge Osvaldo Azpiri; María Clara Rato; María Lucila Koon DFyP 2011 (agosto) , 260 DFyP 2011 (octubre) con nota de Sandra F. Veloso DFyP 2011 (octubre) , 287 DJ 02/11/2011 con nota de Diego Norberto Quirno y Anabella Crisci, DJ 02/11/2011 , 12 • AR/JUR/21444/2011).

11. El apellido de personas sin filiación o no inscriptas.

La ley actual autoriza a estas personas a pedir ante el Registro Civil, a partir de los 18 años, su inscripción con el nombre que hubiese utilizado hasta ese entonces. La reforma proyectada establece la misma solución, pero para las personas "con edad y grado de madurez suficiente". Cabe la misma observación señalada en el punto 9.

12. El apellido del cónyuge.

El proyecto establece que cualquiera de los cónyuges puede optar por usar el apellido del otro, con la preposición "de" o sin ella. Dispone, de este modo, la misma solución que había ya previsto la ley 26.618 para los matrimonios entre personas del mismo sexo, aunque ahora añade la novedad –como posibilidad– de la agregación del apellido del cónyuge sin el uso de la preposición.

13. El apellido de la persona divorciada.

En ambos ordenamientos, y como es lógico, se dispone que la persona divorciada pierde el apellido del cónyuge. La ley vigente autoriza a conservarlo solo en caso de acuerdo o a quien demostrase ser conocido por el apellido del esposo o esposa para sus actividades comerciales o profesionales. El proyecto usa una fórmula genérica, que puede comprender otras situaciones, al establecer que el juez puede autorizar que un cónyuge divorciado pueda seguir utilizando el apellido de casado, cuando existieran motivos razonables.

14. El apellido de la persona viuda.

En ambos regímenes el cónyuge puede seguir usando el apellido de casado, mientras no contraiga nuevas nupcias. La novedad es que ahora también lo perderá si constituye una unión convivencial.

15. El prenombre y el apellido del hijo adoptivo.

La ley 18.248 introdujo algunas disposiciones expresas relativas al nombre y al apellido del hijo adoptivo, que fueron complementadas posteriormente por las leyes de adopción n° 19.134 y n° 24.779. En el proyecto de reforma no hay disposiciones específicas a la adopción en el capítulo del nombre, sino que únicamente se las halla en el referido a aquella.

Con relación al prenombre del hijo adoptivo, el régimen actual prevé la posibilidad de que los adoptantes pidan el cambio de nombre o la adición de otro, si se tratara de un menor de seis años. Si fuere de más edad, se le podrá agregar otro nombre después del que anteriormente tenía el adoptado.

El proyecto, en cambio, establece que el prenombre del adoptado debe ser respetado aunque, excepcionalmente y por razones fundadas en las prohibiciones establecidas en las reglas para el prenombre en general o en el uso de un prenombre con el cual el adoptado se siente identificado, el juez puede disponer la modificación del prenombre en el sentido que se le peticione.

Respecto del apellido, el régimen propuesto distingue según la adopción sea plena, simple o de integración.

En el primer caso, si se trata de una adopción unipersonal, el hijo adoptivo llevará el apellido del adoptante, y si el adoptante tiene doble apellido, puede solicitar que este sea mantenido; si se trata de una adopción conjunta, se aplican las reglas generales relativas al apellido de los hijos matrimoniales. Excepcionalmente, y fundado en el derecho a la identidad del adoptado, a petición de parte interesada, se puede solicitar agregar o anteponer el apellido de origen al apellido del adoptante o al de uno de ellos si la adopción es conjunta. También se dispone que en todos los casos, si el adoptado cuenta con la edad y el grado de madurez suficiente, el juez debe valorar especialmente su opinión.

En el caso de la adopción simple, el proyecto dispone que el adoptado que cuenta con la edad y el grado de madurez suficiente o los adoptantes, pueden solicitar que se mantenga el apellido de origen, sea adicionándole o anteponiéndole el apellido del adoptante o uno de ellos y a falta de petición expresa, la adopción simple se rige por las mismas reglas de la adopción plena. Si fuera revocada la adopción, el adoptado pierde el apellido de adopción. Sin embargo, con fundamento en el derecho a la identidad, puede ser autorizado por el juez a conservarlo.

Para el supuesto de adopción de integración, si el adoptado tiene un solo vínculo filial de origen, rigen las reglas de la adopción plena; si tiene doble vínculo filial, decidirá el juez sobre la base del interés superior del niño, la procedencia de las reglas respectivas (art. 621 del Proyecto).

16. El cambio de nombre.

El proyecto de reforma no menciona expresamente el principio de la inmutabilidad, como sí lo hace la ley 18.248, pero de todos modos consagra la misma premisa de que solo procederá el cambio cuando existan justos motivos a criterio del juez, después de un breve procedimiento que prácticamente no ofrece diferencias con el ahora vigente, y que incluye la publicidad del requerimiento.

Además, contiene la novedad de enunciar cuatro supuestos que configurarían "justos motivos" y que son los siguientes: a) el seudónimo, cuando hubiese adquirido notoriedad; b) la raigambre cultural, étnica o religiosa; c) ser hijo o hija de una pareja de personas del mismo sexo, para la procedencia del pedido de adición de otro apellido, integrando un apellido compuesto; d) la afectación de la personalidad de la persona interesada, cualquiera sea su causa, siempre que se encuentre acreditada.

La enumeración no es taxativa, por lo que serán procedentes otras causales que a criterio del juez configuren justos motivos para el cambio.

También establece el proyecto que se consideran justos motivos, y no requerirán intervención judicial, el cambio de prenombre por razón de identidad de género y el cambio de prenombre y apellido por haber sido el interesado víctima de apropiación ilegal o sustracción de identidad.

No debe soslayarse en este punto, que la recientemente sancionada ley 26.743 de identidad de género, dispone la posibilidad de modificación del nombre de pila, cuando la persona considere que

no coincide con su identidad de género autopercibida (art. 3º de la norma). Este cambio, como expresamente lo prevé el proyecto de reforma, difiere sustancialmente del previsto en la ley 18.248 (arts. 15 y siguientes), ya que implica un trámite administrativo ante el Registro Nacional de las Personas o sus oficinas seccionales, sin ningún tipo de intervención del órgano jurisdiccional, facultándose al propio interesado a proponer el nombre con el que solicita inscribirse (art. 4º inc. 3º de la ley 26.743).

Otra diferencia importante en lo que atañe al cambio en esta última hipótesis, radica en la falta de publicidad del cambio del prenombre solicitado, salvo que lo autorizara el titular de los datos, en resguardo de la confidencialidad de la decisión. No toma en cuenta que de este modo se podrían frustrar derechos de terceros, ya que tampoco se prevé en este caso concreto el pedido previo de información sobre medidas precautorias existentes, no obstante establecer la norma que la rectificación registral no alterará la titularidad de los derechos y las obligaciones jurídicas que pudieran corresponder a la persona con anterioridad a dicha inscripción, ni las provenientes de las relaciones propias del derecho de familia en todos sus órdenes y grados, incluida la adopción. A estos fines, se establece la posterior notificación del cambio al Registro Nacional de Reincidencia, a la Secretaría del Registro Electoral y a los organismos que reglamentariamente se determine, debiendo incluirse aquellos que puedan tener información sobre medidas precautorias existentes (art. 10º de la norma indicada). En todos los casos, otorga prioridad al número de documento nacional de identidad de la persona, por sobre el nombre de pila o apariencia morfológica (art. 7º de la ley 26.743), a través de una solución que no parece ser la que mejor resguarda la dignidad de aquella.

17. Las acciones de protección del nombre.

Las acciones de negación de nombre, sobre las que hasta donde hemos investigado no se conocen antecedentes judiciales, y de cesación de uso indebido virtualmente no ofrecen diferencias con las que regula la ley actual.

La que sí ha tenido mayor uso es la que se entabla para impedir que se dé a un personaje de fantasía el nombre de una persona. Mientras que la ley 18.248 exigía la utilización maliciosa (principio morigerado por la jurisprudencia), ahora basta con que se acredite que ese uso causa al interesado perjuicio material o moral. Nos llama la atención que el proyecto establezca que en todos los casos se pueda demandar la reparación de los daños y perjuicios, sin atender a si han existido factores subjetivos de atribución de responsabilidad (culpa o dolo).

EL DOMICILIO

María B. Nieto

El Proyecto ubica en lugares diferentes los artículos referidos al domicilio de la persona humana, y los relacionados con la persona jurídica. Los artículos referidos al domicilio de la persona humana se hallan ubicados dentro del "Libro Primero", dedicado a la "Parte General", en el "Título I" que regula lo concerniente a la "Persona Humana", y dentro de él, en el "Capítulo 5", que es destinado al "Domicilio". Los artículos relacionados con el domicilio de la persona jurídica se hallan en el "Título II", que trata sobre la "Persona Jurídica" y dentro del "Capítulo 1" dedicado a la "Parte General", en la "Sección 3", referido a la "Persona Jurídica Privada", "Parágrafo 1", consagrado a los "Atributos y efectos de la personalidad jurídica". En el "Libro sexto," dedicado a "las disposiciones comunes a los derechos personales y reales", dentro del "Título IV", que establece "disposiciones de derecho internacional privado", en su "Capítulo 3", dedicado a la "Parte especial, Sección 1ª, Personas humanas", se ocupa del domicilio de la persona humana.

El domicilio de la persona humana

Como bien se advierte en los fundamentos del proyecto, "el régimen del domicilio se simplifica, eliminándose la categoría del domicilio de origen", y se determina que "El domicilio es el lugar donde se reside habitualmente, pero quien tiene actividad profesional y económica lo tiene en el lugar donde la desempeña para las obligaciones nacidas de dicha actividad."

Los artículos que contemplan el *domicilio de la persona humana* son seis. El artículo 73 establece el *domicilio real* de la "persona humana" en el lugar de su residencia habitual. Si ejerce actividad profesional o económica lo tiene en el lugar donde la desempeña para el cumplimiento de las obligaciones emergentes de dicha actividad. La redacción de la norma deja claro, a diferencia del artículo 89 del Código Civil vigente[1], que si la persona realiza actividad profesional o económica su domicilio real estará donde las desempeñare. En cuanto al *domicilio legal*, el artículo 74 dispone que es el lugar que "la ley presume, sin admitir prueba en contra, que una persona reside de manera permanente para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones". La noción que da es igual a la del artículo 90 del Código Civil vigente, con la supresión de la expresión "aunque de hecho no esté allí presente", que resulta una aclaración innecesaria. Nos parece que, como afirma el Dr. Quirno "no se trata de una buena definición, porque en realidad no es que la ley presuma que una persona vive

1. El art. 89 en su primer apartado establece que "el domicilio real de las personas, es el lugar donde tiene establecido el asiento principal de su residencia y de sus negocios."

en determinado lugar, sino que simplemente fija este lugar como domicilio, con prescindencia de que aquella resida o no allí."[2]

De los supuestos previstos en el artículo 90, en el artículo 74 del proyecto, han quedado cuatro (incs. 1, 2, 5 y 6) con leves cambios; se han suprimido dos (incs.7 y 8) y se han modificado y cambiado de lugar 2 (incs. 3 y 4 referidos a las personas jurídicas).

El artículo que analizamos continúa diciendo que "Solo la ley puede establecerlo, y sin perjuicio de los dispuesto en normas especiales:

a. los funcionarios públicos tienen su domicilio en el lugar en que deben cumplir sus funciones, no siendo estas temporarias, periódicas, o de simple comisión;
b. los militares en servicio activo tienen su domicilio en el lugar en que lo están prestando.
c. los transeúntes o las personas de ejercicio ambulante, como los que no tienen domicilio conocido, lo tienen en el lugar de su residencia habitual;
d. las personas incapaces lo tienen en el domicilio de sus representantes."

Se ha suprimido, en el artículo proyectado, la posibilidad que da el actual artículo 90 inc. 2°, de que los militares opten por otro domicilio, manifestando "intención en contrario, por algún establecimiento permanente, o asiente principal de sus negocios en otro lugar."

El art. 90, inc. 7 no contemplado en el artículo 74, dispone: "El domicilio que tenía el difunto determina el lugar en que se abre su sucesión." Ha sido acertada la eliminación, ya que no es un supuesto de domicilio legal, y resulta redundante por la existencia del artículo 3284 que establece la jurisdicción sobre la sucesión. En el proyecto, su contenido quedó establecido en el artículo 2743, en el título Sucesiones, que instituye: "Jurisdicción. Son competentes para entender en la sucesión por causa de muerte, los jueces del último domicilio del causante o los del lugar de situación de los bienes inmuebles en el país respecto de estos." Consideramos también, que la supresión del inciso 8°, es un acierto, en cuanto su subsistencia resulta innecesaria, ya que todas las personas comprendidas en él tendrán su domicilio donde la ley se lo fija: en el lugar de su residencia habitual.

El artículo 75, que trata sobre el *domicilio especial*, mantiene el contenido del artículo 101 del Código Civil vigente, utilizando la palabra "partes" en vez de "personas"; pensamos que su redacción hace más precisa la finalidad y el alcance del mismo, al establecer que "las partes de un contrato pueden elegir un domicilio para el ejercicio de los derechos y obligaciones que de él emanan".[3]

El *domicilio ignorado*, contemplado en el artículo 76 mantiene sustancialmente el contenido del artículo 98 del Código Civil vigente[4] al disponer que "La persona cuyo domicilio no es conocido lo tiene en el lugar donde se encuentra; y si este también se ignora en el último domicilio conocido."

El *cambio de domicilio*, abordado en el artículo 77, conserva el contenido del artículo 97 del Código Civil vigente, suprimiendo la última parte. Dicha norma dispone: "Cambio de domicilio. El domicilio puede cambiarse de un lugar a otro. Esta facultad no puede ser coartada por contrato, ni por disposición de última voluntad. El cambio de domicilio se verifica instantáneamente por el hecho de trasladar la residencia de un lugar a otro con ánimo de permanecer en ella."[5] No hay en el proyecto, un artículo sobre la conservación del domicilio, como el artículo 99 del actual código vigente. Lo consideramos un acierto porque la necesidad del "*corpus*" y el "*animus*" para mantener el domicilio, se puede inferir, de forma diáfana de lo establecido en el artículo 77.

2. QUIRNO, DIEGO NORBERTO, *Manual sobre capacidad, nombre y domicilio, jurisprudencia actualizada*, El Derecho, Buenos Aires, 2005, p. 17.

3. En el artículo 101 del Código Civil vigente dice: "para la ejecución de sus obligaciones."

4. Art. 98 del Código Civil vigente: "El último domicilio conocido de una persona es el que prevalece, cuando no es conocido uno nuevo."

5. El artículo 97 del Código Civil vigente, coincide con el 77 y agrega al final: "y tener allí su principal establecimiento".

Los *efectos del domicilio* están dispuestos en el artículo 78, que funde en él, lo establecido en los artículos 100 y 102 del Código Civil vigente; mejorando la redacción de la norma, cuyo contenido simplifica y precisa. La redacción es la siguiente: "Efecto. El domicilio determina la competencia de las autoridades en las relaciones jurídicas. La elección de un domicilio produce la prórroga de la competencia."[6]

El domicilio de la persona jurídica privada

El *domicilio de las personas jurídicas*, como ya hemos señalado, se ubica en el título dedicado a dichos entes, que en el artículo 152, contempla, en su primera parte, lo prescripto en el artículo 90, inc. 3 y 4 del Código Civil vigente, con leves modificaciones de redacción que contribuyen a su mayor claridad. En efecto, el nuevo artículo dice: "Domicilio y sede social. El domicilio de la persona jurídica es el fijado en sus estatutos o en la autorización que se le dio para funcionar. La persona jurídica que posee muchos establecimientos o sucursales tiene su domicilio especial en el lugar de dichos establecimientos solo para la ejecución de las obligaciones allí contraídas." Al final, agrega: "El cambio de domicilio requiere modificación del estatuto. El cambio de sede, si no forma parte del estatuto, puede ser resuelto por el órgano de administración."

En cuanto *al alcance del domicilio,* el artículo 153 establece: "Notificaciones. Se tienen por válidas y vinculantes para la persona jurídica todas las notificaciones efectuadas en la sede inscripta, aunque no hayan podido hacerse efectivas por no encontrarse allí su administración.

El domicilio de la persona humana para el Derecho internacional privado

En los fundamentos del proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación se justifica la incorporación de normas de derecho internacional privado en la intención de "favorecer la coordinación entre el ordenamiento argentino y los sistemas jurídicos de los demás Estados con los cuales se vinculan las situaciones privadas internacionales." Por su vital importancia se regula el domicilio de las personas humanas.

En el artículo 2613 se instituye el *Domicilio y residencia habitual de la persona humana* de la siguiente manera: "A los fines del derecho internacional privado la persona humana tiene:

a. Su domicilio, en el Estado en que reside con la intención de establecerse en él.
b. Su residencia habitual, en el Estado en que vive y establece vínculos durables por un tiempo prolongado.

La persona humana no puede tener varios domicilios al mismo tiempo. En caso de no tener domicilio conocido, se considera que lo tiene donde está su residencia habitual o en su defecto, su simple residencia."

En cuanto al *Domicilio de las personas menores de edad,* el artículo 2614 prescribe que "El domicilio de las personas menores de edad se encuentra en el país del domicilio de quienes ejercen la responsabilidad parental; si el ejercicio es plural y sus titulares se domicilian en estados diferentes, las personas menores de edad se consideran domiciliadas donde tienen su residencia habitual.

6. Este artículo está tomado, tal cual, del Proyecto del Código Civil de 1998, en su artículo 104.

Sin perjuicio de lo dispuesto por convenciones internacionales, los niños y adolescentes que han sido sustraídos o retenidos ilícitamente no adquieren domicilio en el lugar donde permanezcan sustraídos, fuesen trasladados o retenidos ilícitamente.

Por último, el artículo 2615 contempla el *Domicilio de otras personas incapaces*, y establece que "el domicilio de las personas sujetas a curatela u otro instituto equivalente de protección es el lugar de su residencia habitual."

Las soluciones propuestas, conforme se afirma en los fundamentos del proyecto, "resultan familiares a la República Argentina, por plasmar consensos alcanzados en convenciones internacionales vigentes". Consideramos que las normas referentes al domicilio de la persona humana, cumplen los objetivos de dar soluciones sencillas y flexibles, tal como los autores del proyecto buscaron "en atención a la complejidad intrínseca de las controversias vinculadas a más de un derecho a fin de favorecer el equilibrio entre la certeza y la necesidad de adaptación particular al caso".

RÉGIMEN DE CAPACIDAD DE LOS MENORES

Carlos Muñiz

Introducción

La cuestión del régimen de capacidad de los menores de edad ha sido objeto de una intensa preocupación por parte del legislador durante los últimos años. En un lapso relativamente corto de tiempo, se han promovido numerosas normas tendientes a modificar algunas cuestiones relacionadas con la materia, que había permanecido inalterada desde las reformas de las leyes 17.711 y 23.264. Fundadas en la necesidad de adaptar y transponer en nuestro ordenamiento civil normas que surgían de tratados internacionales, se han dictado las leyes 26.061 de Protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, 26.390 de prohibición del trabajo infantil y protección del trabajo adolescente, 26.449 modificando el inc. 5° del art. 166 del Código Civil, y 26.579 de mayoría de edad. El objetivo ha sido promover un sistema de capacidad más flexible sobre el criterio de la autonomía progresiva de los menores. Esta intensa actividad legislativa, ha resultado en una superposición de normas que no ha resultado necesariamente coherente ni deseable, dejando numerosos aspectos abiertos a la interpretación judicial y limitando de hecho la operatividad de algunas de sus prescripciones. Es en este contexto normativo que la Comisión de Reformas creada por decreto 191/2011 debe atacar el problema de definir un nuevo régimen de capacidad de los menores de edad. En la presente contribución, se analizará el tratamiento de este tema en el proyecto de Código Civil y Comercial, tratando principalmente los temas que fueron objeto de discusión por parte de la doctrina con ocasión de la reforma.

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

Conforme el artículo 25 del proyecto la mayoría de edad se adquiere el día en que la persona cumple dieciocho años. En tal sentido, sigue al Proyecto del año 1998, y a la reforma del Código Civil hecha por la ley 26.579. Existen numerosas razones por las cuales entendemos que esto constituye un acierto. En primer lugar, existen 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 contribuya 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 civil[1]. 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. No obstante, esta serie de argumentos no ha estado exenta de críticas muy serias por parte de respetados autores que se pronunciaron en forma previa a la reforma de la ley 26.579[2]. Sin perjuicio de ello, siguiendo las tendencias actuales en la materia, se entiende 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 26.579 que es tomada necesariamente como antecedente de este proyecto ha reflejado un consenso social en este sentido, que es concordante con la legislación comparada y tratados internacionales sobre la materia.

2. El principio de capacidad o autonomía progresiva.

En general, con relación a todos aquellos aspectos vinculados con la disposición de derechos del niño, se observa a partir de la CDN y de la ley 26.061 la instalación del concepto de *capacidad o autonomía progresiva*. Conforme este principio de capacidad progresiva, en materia de disposición de derechos personalísimos, se requiere instrumentar medios de participación e incluso de ejercicio de estos derechos por parte del menor en los asuntos que le conciernen, teniendo en cuenta la evolución de sus facultades, edad, grado de madurez, etc. En concreto, implica un giro desde el criterio rígido de las reglas de capacidad hacia un criterio flexible fundado en el discernimiento, para ciertos actos que sean de particular interés para el niño o adolescente. Esta noción de capacidad progresiva, no encontraba en el ordenamiento vigente una recepción en forma literal. Este principio, planteaba dificultades de interpretación, en cuanto resultaba en muchas circunstancias de difícil armonización con el Código Civil, que establecía un sistema rígido de capacidad. Al no encontrarse la capacidad progresiva regulada en nuestro derecho como un principio, y más allá de las amplias referencias que se encuentran en la CDN y en la ley 26.061, sus proyecciones se observaban particularmente en cuestiones que conciernen al régimen de patria potestad, la libertad de conciencia y religiosa, decisiones respecto de la salud y cuestiones referidas a procedimientos para garantizar el derecho del niño a ser oído[3].

El proyecto recoge este principio, incorporándolo al texto legal en forma expresa en el art. 639 inc. b): *"La responsabilidad parental se rige por los siguientes principios: […] b) la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor*

1. 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 nº 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 Quebec: "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).

2. Bossert, Gustavo, "La mayoría de edad a los 18 años", LL 1991-E, 1029, Borda, Guillermo A.; "La mayoría de edad a los 18 años"; LL 1992-D, 1096; Tobías, José W., Derecho de las Personas – Instituciones de Derecho Civil Parte General, Buenos Aires, La Ley, 2009.

3. Sobre este tema, ver Ojea Quintana, Julio, "La Capacidad Progresiva en los Menores. El menor y su tutela en el Código Civil", en Conte-Grand, Julio (ed), *Estudios de Derecho Civil con Motivo del Bicentenario*, 1ª ed., Buenos Aires, El Derecho, 2011.

autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos […]".

En forma complementaria, tal como se presentará seguidamente, se modifican algunos aspectos sustanciales del régimen de capacidad, procurando un esquema de mayor flexibilidad, compatible con este principio de capacidad o autonomía progresiva de los menores de edad.

3. Categorías de Menores de Edad. Niños, niñas y adolescentes.

Esta cuestión tal vez constituya uno de los aspectos más criticables del proyecto que en la materia se ha alejado de criterios sostenidos en forma prácticamente unánime por la doctrina nacional.

El Código vigente ha sido fuertemente por la doble categorización de los menores, en menores impúberes, a quienes correspondía un régimen de incapacidad absoluta de hecho y menores adultos, regidos por un régimen de incapacidad relativa. En tal sentido se ha sostenido que dicha distinción no respondía a la realidad jurídica y fáctica, planteando la necesidad de revisar dicha doble categorización. Llambías[4] ha criticado la doble categoría de menores sosteniendo que ella tiene una distinción cuantitativa y no cualitativa, afirmado 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 14 años, sino que aparecen antes y se van incrementando después. En el mismo sentido, Rivera[5] ha sostenido que se trata de una distinción irrelevante: todos los menores hasta la edad de 21 años eran incapaces en principio; pero el ordenamiento les autorizaba a realizar determinados actos conforme con su desarrollo intelectual. Según Tobías[6], la rigidez de dichas categorías no se ajusta a la realidad jurídica ni responde a diferencias ontológicas que justifiquen su mantenimiento.

Por tales motivos, 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 Proyecto de 1954 y el Proyecto de 1998.

El proyecto sorprende ya que en lugar de eliminar la categorización tal como fuera planteado por la doctrina[7], reemplaza las viejas categorías por nuevas categorías. El artículo 25 denomina genéricamente "menores de edad" a todas las personas desde su nacimiento hasta la edad de dieciocho años. Luego, incorpora la figura del "adolescente", que es toda persona desde la edad de trece años hasta la mayoría de edad. En tal sentido nos encontramos con dos categorías básicas de menores de edad: los "adolescentes" y los "no adolescentes".

Existen numerosas razones que permiten criticar este criterio. En primer lugar, se reiteran los argumentos esgrimidos por la doctrina con relación al Código de Vélez: ambas categorías están regidas por un principio general de incapacidad, admitiéndose excepciones, sin que medie entre ellas ninguna diferencia ontológica ni jurídica significativa que justifique su diferenciación en cuanto se refiere a su régimen de capacidad. Siguen existiendo dentro del ámbito del proyecto aptitudes que se adquieren antes de los trece años[8] y otras que se adquieren con posterioridad[9]. De esta forma no se observan razones que justifiquen esta distinción que aparece como arbitraria en materia de capacidad.

4. Llambías, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil*, Parte General, 18va. edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, Tomo I.

5. Rivera, Julio César, *Instituciones de Derecho Civil*: parte general, 3ª edición, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2004, Tomo I, p. 417.

6. Tobías, José W., op. cit., pág. 145.

7. XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Universidad Nacional de Tucumán, 2011, Comisión I – Parte General. Conclusión nº 2 de lege ferenda.

8. Ejs. Proyecto, art. 261 inc. b; art. 595 inc. f, art. 707.

9. Ej. Proyecto, art. 26 reconoce aptitudes diferentes entre adolescentes mayores y menores de dieciséis años. Ver también arts. 30, 681, 682 y 683 referidos a la capacidad laboral y profesional.

En segundo lugar, esta categoría, que recoge el proyecto parece tomar del antecedente de la ley 26.061, crea una categoría jurídica no prevista por la "Convención sobre los Derechos del Niño" (CDN)[10] que integra nuestro ordenamiento jurídico dentro del bloque federal de constitucionalidad y define a niño como "todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad." (Art. 1). Entonces, en nuestro ordenamiento jurídico los "adolescentes" del proyecto son indudablemente niños, sin que el Código Civil pueda afectar este carácter, por estar consagrado en una norma de jerarquía superior. Hubiera sido deseable que el proyecto priorizara la armonización de estas normas.

Lo que el proyecto parece cuidar por sobre todas las cosas es el culto a la corrección política, priorizando a ello el correcto uso del lenguaje y la precisión necesaria en la redacción de toda norma jurídica. Así, en numerosos artículos habla de "niños, niñas y adolescentes" (arts 104, 594, 608, 611, 625, 706, 707, 716, 2614 y 2640), cuando todos son genéricamente "niños" en los términos de la CDN y "menores de edad" en los términos del art. 25 del propio proyecto. Además, en los artículos 646 inc. c) y 647 se refieren solamente a "niños y adolescentes" lo que llevaría a concluir, de atenerse a un excesivo rigor literal en el marco de una interpretación armónica del texto, que las niñas no están comprendidas por dichas normas, y nos plantea serias dudas sobre las adolescentes mujeres. Similar es el problema que plantean los artículos 64, 562, 589, 590, 591, 593, 595 inc. a), 596, 604, 611 1er párrafo in fine y 2do párrafo, 615, 621 1er párrafo, 627 inc. b), 634 inc. i), 639 incs. a) y c), 644, 2634, 2635, 2637, 2639 y 2642, hablan solamente de "niño", sin que quede claro si los adolescentes y las niñas se encuentran fuera del ámbito de aplicación de estas disposiciones. Este tipo de uso del lenguaje es incorrecto, antinatural e impropio de un texto legal y no puede ser llevado hasta las últimas consecuencias, multiplicando innecesariamente errores de redacción[11].

4. Derecho del menor a ser oído

Se ha sostenido que resultaba necesario trasponer en nuestro Código Civil en forma adecuada las disposiciones sobre la materia de la CDN que en su artículo 12 establece que *"1. Los Estados Partes 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."*

La ley 26.061 ya había incorporado pautas en sus arts. 19 inc. c), 24 y 27. Dichas disposiciones no resultaban 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: ¿Debía el juez oír a un niño de dos años cada vez que este así lo solicite? ¿Debía 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 deben depender de un juicio en concreto a posteriori, teniendo principalmente en cuenta el interés superior del niño. Por

10. Ratificada por ley 23.849, tratado con jerarquía constitucional enunciado en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional.

11. Por ejemplo, en todos los lugares en los que el Código habla del "juez" (arts. 32, 34, 35, 36, 105, 106, 107, 108, 109, etc.) debe hablar del "juez o la jueza"; el art. 29 cuando habla del "emancipado" debe decir "el emancipado o la emancipada"; el art. 33 inc. a) debería hablar del "propio interesado o la propia interesada", el artículo 61 debería hablar de la voluntad del "fallecido o la fallecida"; los artículos 64 y 68 deberían referirse al "hijo o la hija"; el artículo 71 en todos sus incisos debería hablar de "aquel o aquella", y podríamos continuar enumerando indefinidamente.

tal motivo, en comunicaciones anteriores[12] hemos sostenido que debían 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.

El proyecto presenta avances significativos en la materia con respecto a la situación que se presentaba luego de la reforma de la ley 26.061, que merecen ser reconocidos. El artículo 707 establece el principio general: "Los niños, niñas y adolescentes con edad y grado de madurez suficiente para formarse un juicio propio, […] tienen derecho a ser oídos y a que su opinión sea tenida en cuenta en todos los procesos que los afecten directamente. Deben ser oídos por el juez de manera personal, según las circunstancias del caso." Este principio también aparece presente en el artículo 26 en cuanto establece que "La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona". Con respecto a la ley 26.061, el texto presenta una innovación significativamente positiva. Se aclara que el menor que tiene derecho a ser oído es aquel que cuenta con edad y grado de madurez suficiente. Su opinión debe ser tenida en cuenta por el juez, que en caso de apartarse deberá hacerlo por razones fundadas, sobre la base de las circunstancias particulares del caso y teniendo en cuenta el interés superior del niño. El texto es perfectamente concordante con los alcances del art. 12 CDN y recoge los aportes formulados por la doctrina sobre el régimen anterior. En este sentido, corresponde reiterar la aprobación que merece de nuestra parte la presente reforma.

Establecido el principio general, numerosas normas se refieren al derecho de los menores de edad a ser oídos. De esta forma, el art. 117 reconoce el derecho a ser oído por el tutor en todas las cuestiones relativas al ejercicio de sus derechos patrimoniales; el art. 595 inc. f) se refiere al derecho de la persona menor de edad a ser oída en los procesos de adopción, exigiéndose su consentimiento desde los diez años, estableciéndose la sanción de invalidez por el incumplimiento de esta norma en el art. 635 inc. c); el art. 598 reconoce el derecho de ser oídos de los descendientes del adoptante; el art. 639 inc. c) fija este derecho con carácter de principio general en materia de responsabilidad parental; el art. 646 inc. c) establece el derecho de los menores a ser oído como un deber de los progenitores; y finalmente los artículos 677 a 680 establecen el marco general de participación de los menores de edad en procesos judiciales. La excesiva reiteración de normas que replican el principio general puede ser una cuestión a revisar. No obstante, la materia es tratada en forma adecuada en el proyecto.

5. Capacidades reconocidas

En virtud de los reclamos de la doctrina, el proyecto de Código Civil debía concretar 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, se ha oportunamente sostenido que una nueva propuesta de Código debía tener como un piso el reconocimiento de capacidad para todas aquellas potestades actualmente reconocidas a los menores adultos en el Código de Vélez, simplificando su articulado e incluyendo todas estas potestades genéricamente en un artículo que las mencione a título enunciativo, siguiendo en esto el criterio del Proyecto de 1998.

El artículo 26 establece el principio general que rige la materia: *"La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir*

12. Muñiz, Carlos, "Capacidad de los Menores", en Conte-Grand, Julio (coordinador), *Informe para la Comisión creada por Decreto 191/2011 sobre el Proyecto de Reforma al Código Civil de la República Argentina*, Facultad de Derecho UCA, Buenos Aires, 2011, pgs. 51 a 69.

con asistencia letrada." En consecuencia, los menores de edad son en principio incapaces de hecho y ejercen sus derechos a través de sus representantes legales. Esta incapacidad es relativa, y en las situaciones en las cuales se reconocen aptitudes por haber alcanzado un grado de madurez suficiente, los menores de edad podrán ejercer algunos derechos por sí mismos, o mediando un régimen de asistencia.

No resulta posible en este trabajo hacer una enumeración exhaustiva de las distintas potestades reconocidas a los menores de edad en el articulado del proyecto. Sin embargo intentaremos presentar un primer relevamiento. Son capacidades reconocidas en el proyecto a los menores de edad:

a. Ejercer por sí mismos una actividad económica profesional o laboral, bajo relación de dependencia o en forma independiente (arts. 30, 681, 682, 683).
b. Desde los dieciséis años tiene las mismas aptitudes que un adulto para actos sobre su propio cuerpo. Asimismo, desde los trece años se presume su aptitud para decidir por si sobre tratamientos que no resulten invasivos. Desde la misma edad, se requiere su consentimiento, bajo un régimen de asistencia para la realización de tratamientos invasivos. En caso de divergencia, debe resolver la cuestión el juez conforme el interés superior del niño. (art. 26).
c. Desde los diez años se requiere su consentimiento en el marco de los procesos de adopción (art. 595).
d. Desde los trece años los adoptados pueden iniciar una acción autónoma a los fines de conocer sus orígenes (art. 596).
e. Desde los trece años ejercen la responsabilidad parental de sus hijos, requiriendo la asistencia de sus propios representantes legales para una serie de actos (art. 644).
f. Sin limitación de edad, en el caso que estuviera fuera del país o en un lugar alejado de su domicilio, si requiriera recursos para su alimentación u otras necesidades urgentes, puede con autorización judicial o por la representación diplomática del país, requerir autorización para contraer deudas para procurárselos. Si ya hubiere cumplido trece años, podrá hacerlo sin necesidad de autorización alguna, mediando el consentimiento del adulto responsable (art. 667).
g. Sin limitación de edad, si contara con la madurez necesaria y requiriéndose patrocinio letrado, puede promover juicio contra sus progenitores (art. 679).
h. Desde los trece años, con el consentimiento de ambos progenitores (art. 645 inc. c) pueden intervenir, junto con sus ellos o en forma autónoma, en los procesos que involucren sus derechos. Si alguno de sus progenitores se opusiera a su participación en el proceso, podrá requerir autorización judicial para hacerlo (arts. 677 y 678).
i. Con la autorización de ambos progenitores, puede ingresar en comunidades religiosas, fuerzas armadas o de seguridad (art. 645 inc. a).
j. Desde los trece años, no requiere autorización de sus padres para defenderse en juicio criminal (art. 680). Esta disposición no elimina el deber de los padres de proveer los medios materiales necesarios para su adecuada defensa en juicio[13].
k. Desde los trece años puede reconocer hijos sin autorización de sus padres. (art. 680) Para la aplicación de este artículo *"el oficial público deberá comunicar el acta de reconocimiento a los organismos competentes creados por la ley 26.061"* (art. 44 ley 26.413), sin que se requiera la intervención de los representantes legales.
l. En cuanto se refiere a la clásica cuestión de los pequeños contratos, es resuelta por el artículo 684 que establece que "Los contratos de escasa cuantía de la vida cotidiana celebrados por el hijo, se presumen realizados con la conformidad de los progenitores". El texto del proyecto parece indicar que la celebración de estos pequeños contratos es una capacidad propia de la persona menor de edad, requiriéndose la conformidad de sus representantes

13. Tobías, op. cit. pág. 151.

legales, la cual es presumida por la norma. El tenor del texto del proyecto induce a pensar que se trata de una presunción *juris tantum*.

6. Trabajo de los Menores. Profesionales, trabajo independiente y bajo relación de dependencia

El tema del trabajo profesional, independiente y bajo relación de dependencia de los menores planteaba numerosos problemas de interpretación a partir de la superposición de normas de distinta naturaleza y ámbito específico de aplicación[14]. Por tal motivo, resultaba necesario que el proyecto de Código Civil procurara armonizar la legislación en la materia, con aquellas que rigen la materia en el ámbito del derecho del trabajo, en particular luego del dictado de la ley 26.390.

El proyecto trata la cuestión en los artículos 30, 681, 682 y 683. El artículo 30 reconoce su antecedente en el texto del segundo y tercer párrafo artículo 128 del Código Civil (texto según ley 17.711), sin alterar significativamente su contenido. Entonces, la persona menor de edad que ejerza una profesión para la cual cuente con un título habilitante puede hacerlo sin necesidad de autorización y pueden administrar y disponer libremente de los bienes que adquieran como resultado de su actividad e intervenir en los procesos civiles y criminales que tengan como causa dicho ejercicio profesional, o estuvieren vinculados con actos jurídicos que tengan por objeto bienes que integran el mencionado peculio profesional[15]. Para establecer el alcance definitivo de la norma, este texto debe interpretarse en forma sistemática con el resto del articulado.

El artículo 681 establece en sentido concordante con lo dispuesto por la ley 26.390 una prohibición general del menor para obligarse a prestar servicios sin autorización de sus progenitores y respetando en todos los casos las restantes normas del Código y de leyes especiales. De esta forma podemos afirmar que conforme el proyecto, a la luz de este artículo, los menores de edad que pueden ejercer su profesión sin necesidad de previa autorización son solamente aquellos que hubieran cumplido la edad de dieciséis años[16]. Este criterio se aparta de las conclusiones planteadas en las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil en cuanto se sostuvo de *lege ferenda* que *"Con relación al menor que obtenga título habilitante para ejercer profesión u oficio, se reconozca su capacidad para ejercer tal profesión u oficio, exclusivamente por cuenta propia, sin límite de edad*"[17]. No obstante y más allá de las distintas posturas doctrinarias, el tratamiento del problema debe responder a pautas de prudencia legislativa procurando el mejor interés de las personas menores de edad.

Seguidamente, el artículo 682 prohíbe a los progenitores la celebración de cualquier contrato que obligue a los mayores de dieciséis años a cualquier prestación de servicios de carácter personal, cuando no contaran con su consentimiento. Finalmente el artículo 683 establece una presunción de autorización de los progenitores para la celebración de todos los actos concernientes a su empleo, profesión o industria, y su responsabilidad se encuentra limitada a los bienes que se encontraran bajo su administración. Del articulado parece desprenderse que salvo en cuanto se refiere al ejercicio profesional previsto en el artículo 30, la prestación de servicios por parte de menores de edad requiere la autorización de sus padres, la cual no podrá ser otorgada en cuanto excedan el marco establecido por las normas de trabajo infantil. La autorización para el desarrollo de la actividad, genera una presunción general de autorización para realizar todos los actos jurídicos vinculados a

14. Ver Muñiz, Carlos, "La capacidad laboral y profesional de los menores luego de la ley 26.579", DFyP, 2012 (enero-febrero).

15. Tobías, op. cit., pág. 160.

16. En este sentido se había pronunciado en forma previa Crovi, Luis Daniel, "La capacidad laboral de los menores", Ponencia presentada en las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Universidad Nacional de Tucumán, 2011.

17. XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Universidad Nacional de Tucumán, 2011, Comisión I – Parte General. Conclusión nº 6 de lege ferenda.

la misma. Las cuestiones relativas al empleo bajo relación de dependencia quedan regidas por la legislación especial.

La redacción de este último artículo es pasible de algunas críticas. En primer lugar, no se justifica que se haga referencia al ejercicio de una profesión, ya que en virtud del artículo 30 no se requiere ningún tipo de presunción de autorización, porque que la autorización misma no es necesaria. Asimismo, no se hace mención alguna a la capacidad procesal de los menores que ejercen una actividad económica en forma independiente. Así, no queda claro si la referencia del artículo 683 a "todos los actos y contratos concernientes al empleo, profesión o industria" comprende la intervención en juicio que tenga por causa esa actividad. Para los menores que ejercen una actividad profesional, el tema es tratado por el art. 30 del proyecto. En el caso de aquellos que trabajan bajo relación de dependencia, dicha aptitud en virtud del art. 33 de la ley 20.744. Sin embargo no hay una disposición expresa que se ocupe del problema que se origina por la realización de una actividad económica en forma independiente por parte de la persona menor de edad. La ausencia de una norma expresa, abre la posibilidad a dos interpretaciones: 1) debe hacerse una remisión a la norma general del art. 677, negando la posibilidad de estar en juicio sin mediar la participación de sus representantes legales, o 2) debe interpretarse en sentido amplio el alcance de los términos del art. 683, entendiendo que comprende la aptitud para estar en juicio por cuestiones vinculadas a su actividad económica, y reconociendo al menor que ejerce dicha actividad las mismas aptitudes que tienen quienes llevan adelante un ejercicio profesional o trabajan bajo relación de dependencia. Hubiera sido deseable que el proyecto resolviera directamente esta cuestión.

Fuera de estas dificultades, el texto del proyecto no parece estar en contradicción con las pautas que fijan para la materia el art. 32 de la CDN, la ley 20.744 y la ley 26.390.

7. Capacidad para testar

La presente cuestión era objeto de debate antes y particularmente después de la reforma de la ley 26.579, en virtud de la aparente contradicción entre los términos de los artículos 286 y 3614 del Código vigente, sumado a las interpretaciones realizadas por parte de la doctrina desde la entrada en vigencia de la ley 26.061[18]. En tal sentido, resultaba necesario que el proyecto de Código Civil presentara una solución clara al problema, superando las aparentes incongruencias del ordenamiento vigente.

La comisión redactora del proyecto ha tomado debida cuenta de la cuestión y da una solución sin dejar demasiados espacios para la interpretación. El art. 2464 establece que *"Pueden testar las personas mayores de edad al tiempo del acto"*. Por otra parte, se elimina expresamente la mención a la capacidad de testar sin autorización de los representantes legales del art. 680, que reconoce como fuente al art. 286 del código actual. Estos cambios permiten afirmar con seguridad que en el marco del proyecto no se reconoce capacidad para testar a los menores de edad.

Una cuestión no resuelta sin embargo por el proyecto es la relativa a la capacidad de los emancipados para testar. Al no presentar el texto cambios significativos en la materia y teniendo en cuenta el principio general de capacidad previsto en el art. 27, principios generales en la materia, y la opinión de la doctrina clásica sobre el tema, los emancipados se encuentran habilitados para testar, aun frente a lo dispuesto por el art. 2464[19].

18. Un tratamiento integral del tema puede encontrarse en Muñiz, Carlos, "Capacidad para testar de los menores. Un nuevo acercamiento luego de la ley 26.579", DFyP, 2011 (diciembre), págs. 123-129.

19. Quinteros, Federico D., "*Los menores de dieciocho años emancipados y su capacidad para testar, después de la reforma introducida por la ley 17.711",* LL 150-1165

8. Cese de la incapacidad por menor edad. Emancipación.

En el proyecto, la incapacidad por la menor edad cesa de dos maneras: 1) la mayoría de edad; 2) la emancipación por matrimonio.

En cuanto al primero de estos supuestos, el cese se produce simplemente por la cesación del presupuesto (menor edad) de la cual se deriva en virtud de la norma la incapacidad de hecho del sujeto[20]. En consecuencia, se eliminan en forma acertada las disposiciones de los arts. 128 1ª parte, 129 y 130 del Código actual, por resultar innecesarias.

En cuanto se refiere a la emancipación se mantiene el status quo producido luego de la ley 26.579, por la cual las instituciones de emancipación por habilitación de edad o dativa y la emancipación comercial han perdido sentido y han sido correctamente derogadas. Esta solución es mantenida en el proyecto de Código Civil.

Subsiste solamente la emancipación por matrimonio, reservada para el raro caso de la dispensa judicial prevista 27 que dispone *"La celebración del matrimonio antes de los DIECIOCHO (18) años con autorización judicial emancipa a la persona menor de edad. La persona emancipada goza de plena capacidad de ejercicio con las limitaciones previstas en este Código. La emancipación es irrevocable. La nulidad del matrimonio no deja sin efecto la emancipación, excepto 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 es debido a la persona menor de edad con cláusula de no poder percibirlo hasta la mayoría de edad, la emancipación no altera la obligación ni el tiempo de su exigibilidad"* Esta norma del proyecto reconoce su fuente en las disposiciones de los actuales arts. 131, 132, 133 y 137. Se eliminan en el proyecto la sanción para los menores que hubieren contraído matrimonio sin autorización prevista en el segundo párrafo del art. 131 y el requisito de alcanzar la mayoría de edad para recuperar la aptitud nupcial en caso de disolución anticipada del vínculo, conforme lo preveía el art. 133 in fine. Estas reformas resultan acertadas dado que se eliminan disposiciones que eran criticadas por la doctrina y que habían perdido su sentido luego de la ley 26.579.

No se optó por restablecer la emancipación por habilitación de edad desde los dieciséis años, siguiendo el modelo del Código Civil español[21] y conforme fuera propuesto por algún sector de la doctrina[22].

El régimen de capacidad de los menores emancipados por matrimonio está regido por los arts. 27, 28 y 29. El art. 27 establece la regla general conforme la cual los emancipados gozan en principio de plena capacidad, con las excepciones previstas en el código. El art. 28 reproduce en forma casi textual el art. 134 del código vigente, estableciendo como actos absolutamente prohibidos para los emancipados aprobar las cuentas de sus tutores y darles finiquito; hacer donaciones de bienes que hubieran recibido a título gratuito; y afianzar obligaciones. Por su parte, el art. 29 reconoce como fuente los actuales arts. 135 y 136, y establece que los actos de disposición sobre bienes recibidos a título gratuito pueden ser celebrados por los emancipados con autorización judicial, cuando el acto fuera celebrado por una situación de necesidad o fuera notoriamente ventajoso para el emancipado. En este último punto, se presenta como novedad la eliminación del requisito de que todas las ventas de bienes que el emancipado hubiera recibido a título gratuito se realicen por subasta pública, previsto en el final del actual art. 136. Más allá de las buenas intenciones del Codificador, la experiencia indica que convertir este requisito en obligatorio para todos los casos, puede ser más perjudicial que beneficioso para el emancipado. En consecuencia, la eliminación de este requisito parece acertada.

20. Llambías, op. cit., nº 658, pág. 406.

21. Código Civil Español. Art. 320: "El Juez podrá conceder la emancipación de los hijos mayores de dieciséis años si estos la pidieren y previa audiencia de los padres: 1. Cuando quien ejerce la patria potestad contrajere nupcias o conviviere maritalmente con persona distinta del otro progenitor. 2. Cuando los padres vivieren separados.3. Cuando concurra cualquier causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad."

22. XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Universidad Nacional de Tucumán, 2011, Comisión I – Parte General, despacho de mayoría, de lege ferenda: "Se incorpore la emancipación por habilitación de edad a partir de los 16 años, por decisión de los padres, con consentimiento del menor y bajo forma notarial."

Conclusiones

El proyecto ha tomado en consideración la mayoría de los aportes de la doctrina más reciente sobre el tema, elaborando un sistema de capacidad de los menores de edad más flexible y acorde con las pautas que resultan de la CDN. En líneas generales, avanza hacia el objetivo de construir un sistema claro y eficaz, fundado sobre la base del principio de capacidad progresiva. En particular, se reglamenta en forma precisa y operativa el declamado derecho de los niños a ser oídos en el marco de los procesos en los que se discutan sus intereses. La subsistencia de la división de los menores de edad en categorías que no responden a una realidad ni ontológica ni jurídica es un claro desacierto del proyecto, que no contribuye sino a la confusión. Este error se debe principalmente a un capricho de estilo combinado con una temeraria despreocupación por la técnica legislativa, y debería ser subsanado antes de la aprobación. Queda pendiente para una futura contribución un análisis en profundidad de las implicaciones del nuevo ordenamiento, en particular en cuanto concierne a los derechos del niño sobre su propio cuerpo.

PERSONAS CON INCAPACIDAD Y CON CAPACIDAD RESTRINGIDA POR RAZÓN DE DISCAPACIDAD MENTAL

Carlos Muñiz

Introducción

El régimen de capacidad de las personas que ven disminuidas sus facultades para dirigir su vida de relación y administrar su patrimonio por causa de una enfermedad o alteración mental, merecía un tratamiento prioritario por parte de la Comisión redactora del proyecto de Código Civil y Comercial. La ley de salud mental N° 26.657, introdujo en el texto del Código vigente el artículo 152 ter, que en sus términos literales y aún en vistas a sus fundamentos e inserción sistemática, planteaban numerosos interrogantes y deudas pendientes en materia de capacidad.

En este contexto, resultaba urgente dar una respuesta a todos estos interrogantes, y construir un nuevo sistema de capacidad para las personas en esta situación, procurando dar una respuesta a los reclamos de la doctrina por un sistema más flexible que comprenda el carácter progresivo y promueva como finalidad principal la recuperación de la persona, alejándose de la perspectiva eminentemente patrimonialista del Código de Vélez.

En el presente artículo nos proponemos un análisis de la propuesta contenida en el Proyecto de Código Civil y Comercial, a partir de una comparación con el código vigente y un análisis crítico de sus disposiciones, innovaciones y definiciones.

1. Reglas generales

El proyecto establece en su artículo 31 una serie de reglas generales para la restricción de la capacidad por razones de salud:

"ARTÍCULO 31.- Reglas generales. La restricción al ejercicio de la capacidad jurídica se rige por las siguientes reglas generales:

a) la capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume, aun cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencial;

b) las limitaciones a la capacidad son de carácter excepcional y se imponen siempre en beneficio de la persona;

c) la intervención estatal tiene siempre carácter interdisciplinario, tanto en el tratamiento como en el proceso judicial;

d) la persona tiene derecho a recibir información a través de medios y tecnologías adecuadas para su comprensión;

e) la persona tiene derecho a participar en el proceso judicial con asistencia letrada, que debe ser proporcionada por el Estado si carece de medios;

f) deben priorizarse las alternativas terapéuticas menos restrictivas de los derechos y libertades."

La regla del inciso a) establece el principio general de capacidad. Este texto tiene como antecedente el artículo 3º de la ley 26.657 en cuanto establece que *"…Se debe partir de la presunción de capacidad de todas las personas".* La principal innovación de este texto reside en que a diferencia de dicho antecedente, el proyecto aclara expresamente que la presunción se refiere a la capacidad de hecho o de ejercicio. Alguna doctrina había sostenido con relación al art. 3º de la LSM que el mismo se refería a la capacidad de derecho, mientras que otros autores se han pronunciado en el sentido que dicha norma establecía se refería a la capacidad de hecho[1].

Esta presunción de capacidad se aplica aun cuando se hubiera dispuesto la persona se encontrara internada en un establecimiento asistencial. Resulta importante esta distinción, dado que suelen confundirse estas dos dimensiones del problema complejo que resulta de la particular vulnerabilidad de la persona enferma y su desenvolvimiento en la vida civil. Las decisiones administrativas o judiciales de internación por un lado, y las restricciones a la capacidad de ejercicio por otro tienen fundamentos fácticos y jurídicos diferentes, aun cuando por razones evidentes los supuestos que dan aplicación a uno y otro sistema de protección se presentan en forma concomitante. La decisión de internación es principalmente una alternativa terapéutica, que debe ser tomada en el mejor interés del enfermo, cuando esa restricción de la libertad personal estuviera justificada en función de una situación de peligro para sí mismo y para terceros, y no existieran alternativas menos restrictivas a sus derechos y libertades. En cambio, las restricciones a la capacidad civil tienen un fundamento distinto: la protección de la persona y su patrimonio cuando este estuviera en riesgo por el ejercicio en forma personal de sus derechos.

Mientras que el ejercicio de los derechos puede ser restringido en el mejor interés de la persona, el goce de los mismos en igualdad de condiciones con el resto de la sociedad no podría ser justificado. Así, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad establece en su artículo 12 incs. 2 y 3 que *"2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica."*

Esta divergencia de fundamentos genera la necesidad de que cada decisión en esta materia sea tomada en forma autónoma, analizando para cada caso concreto las necesidades del paciente, y partiendo en todos los casos de la presunción de capacidad cuando no mediare una resolución judicial que la restringiera, y procurando favorecer alternativas terapéuticas que no limiten la libertad personal cuando hubiera otras menos gravosas. Es por este motivo que el propio artículo 31 del proyecto distingue ambas dimensiones en los incisos b) y f).

En cuanto a los restantes incisos del artículo, se menciona el carácter interdisciplinario de la intervención estatal, y los derechos a la información y a la asistencia letrada de la persona objeto del proceso.

1. Lafferriere, Jorge Nicolás - Muñiz, Carlos, "La nueva Ley de Salud Mental. Implicaciones y deudas pendientes en torno a la capacidad", ED, 241 - 22/02/2011, nro. 12.697, Fama, María Victoria, Pagano, Luz María, "La salud mental desde la óptica de la ley 26.657", en addenda de actualización a Azpiri, Jorge O. (dir.), *Instituciones del derecho de familia y sucesiones,* Hammurabi, Buenos Aires, 2011.

2. Incapaces y personas con capacidad restringida. Definiciones y alcances

El artículo 32 establece la primera gran innovación del proyecto con relación al Código vigente, clarificando en alguna medida la situación ambigua en materia de capacidad civil generada a partir de la reforma de la Ley 26.657.

El proyecto establece dos grandes categorías de personas en función de la extensión de la limitación de la capacidad: 1) personas con incapacidad y 2) personas con capacidad restringida.

Conforme el artículo 38 del Proyecto la sentencia debe determinar la extensión y el alcance de la incapacidad y designar representantes o apoyos. Cumplido ello, de corresponder, el juez deberá determinar si declarara a la persona como incapaz, o si por el contrario opta por un régimen de restricción a la capacidad, pudiendo preverse un régimen de representación, de asistencia o mixto para la celebración de determinados actos.

El juez puede declarar a una persona como incapaz cuando por causa de una enfermedad mental la persona se presentara una falta absoluta de aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes (art. 32, 2º párrafo).

El régimen de capacidad restringida procede en cambio cuando las circunstancias de hecho no justifiquen una declaración de incapacidad, pero que se hubiera detectado la existencia de *"una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que el juez estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes"* (art. 32, 1er párrafo). Las personas sujetas a este régimen solo estarán limitadas para ejercer por si mismos, sin requerir representación o asistencia, aquellos actos que se determinen en forma expresa en la sentencia. El principio que rige esta categoría es el de capacidad.

Con relación a versiones anteriores a la que fuera presentada en forma definitiva al Congreso de la Nación, el proyecto en su versión final reproduce un defecto que fuera oportunamente señalado con relación a la ley 26.657. En un artículo precedente, sostuvimos que luego de la Ley de Salud Mental la situación jurídica de las personas con enfermedad mental ha quedado reconfigurada en torno a una figura que se podría definir como "incapaces regidos por el principio de capacidad"[2], debido a las abiertas inconsistencias entre la letra del artículo 152 ter y el resto del articulado del Código Civil que no había sido modificado. Así, mientras que en versiones precedentes aparecía claramente contemplada la posibilidad para que el juez establezca en el marco del régimen de incapacidad, una serie de habilitaciones especiales, configurando una suerte de sistema de incapacidad relativa, la versión final del Proyecto parece excluir esta alternativa.

De esta forma, conforme el art. 38 segundo párrafo, *"Si el juez considera que la persona está en situación de conservar su capacidad con limitaciones o restricciones,* ***declara los límites o restricciones a la capacidad y señala los actos y funciones que no puede realizar por sí mismo."***

Esta redacción en su sentido literal, parecería implicar que en todos los casos que hubiera margen para mantener la capacidad con "limitaciones o restricciones", el juez debe expresamente declarar los actos que la persona no puede realizar, quedando en este caso la persona regida por un principio de capacidad.

No obstante, y más allá de lo que parece ser un desafortunado error de redacción producido en el contexto de cambios de último momento al Proyecto, puede decirse a partir de una lógica sistémica, que si el juez tiene atribuciones para establecer un régimen de restricción absoluto de la capacidad, también puede fijar un régimen de habilitaciones especiales sobre la base del principio de incapacidad. Esto permite al juez contar con todas las posibilidades para atender con criterio gradual y en función de las dificultades encontradas en cada caso concreto la situación de cada persona. En todos los casos, debe velar por su mejor interés y establecer el régimen más apto para promover su recuperación, fundado en el análisis del equipo interdisciplinario.

2. Lafferriere, Muñiz, op. cit.

Más allá de esta cuestión, puede decirse que en general el sistema que surge del proyecto representa un avance sobre el texto vigente, en cuanto presenta pautas más claras en materia de capacidad, estableciendo un esquema de categorías amplio y flexible que permite dar un tratamiento más adecuado a las diversas situaciones que plantea la realidad, adaptado a los reclamos de la doctrina jurídica que abordó el tema, sobre la base de los avances más recientes de las ciencias de la salud. Ya oportunamente se había planteado que "la rigidez con que está concebido el instituto de la interdicción – con su consecuencia, la incapacidad absoluta de obrar – choca manifiestamente, como se dijo, con las nuevas posibilidades de la psiquiatría y las nuevas posibilidades de los tratamientos. La inhabilitación judicial (art. 152 bis) no alcanza a abarcar en sus diversos grados y matices supuestos muy disímiles entre sí. Por lo demás, no siempre el sistema de asistencia es idóneo para la protección de los intereses de la persona."[3] El proyecto resuelve algunas de las incoherencias y deudas pendientes en materia de capacidad civil que surgieron luego de la reforma de la ley 26.657.

3. Aspectos procesales

a) Legitimación activa

La legitimación para promover las acciones de limitación de la capacidad civil están reguladas en el art. 33 del proyecto. Están legitimados: a) el propio interesado; b) el cónyuge no separado de hecho y el conviviente mientras la convivencia no haya cesado; c) los parientes dentro del cuarto grado; si fueran por afinidad, dentro del segundo grado; y d) el Ministerio Público.

El artículo presenta una serie de innovaciones con relación al artículo 144, que regula la materia en el Código vigente. En primer lugar se reconoce el derecho de la persona enferma a requerir una medida en su propia protección, siguiendo el criterio de códigos más modernos en esta cuestión[4] y ya contemplado en el artículo 28 del Proyecto de Código Civil de 1998. Esta facultad no era reconocida por el Código pero un sector importante de la doctrina consideraba que desde los principios generales del Derecho no podía desconocerse la capacidad de accionar al principal interesado del resultado del proceso[5]. Además, hay que tener en consideración que los avances de la psiquiatría desde la época de la redacción del Código de Vélez han permitido demostrar que en los casos de ciertas patologías, la persona afectada puede conservar el suficiente discernimiento para reconocer su particular situación de vulnerabilidad y requerir los medios legales para resguardar sus intereses.[6]

Por otra parte, se eliminan los criticados incisos 4º y 5º del art. 144 que preveían la legitimación del cónsul si la persona era extranjera y de cualquier persona del pueblo "cuando el demente sea furioso, o incomode a sus vecinos". Ambas modificaciones son acertadas. En cuanto al inc. 4º, no resulta justificada una tutela especial para los extranjeros, que en el territorio de la república cuentan con la protección genérica prevista también para los nacionales del ministerio de menores. En este sentido ya se había pronunciado en este sentido la doctrina mayoritaria y dicho inciso fue eliminado en los proyectos anteriores de reforma[7]. Por otra parte, el inc. 5º fue objeto de críticas similares[8], dado que el criterio para otorgar la legitimación no estaba pensado en el interés de la

3. Tobías, José W., *Derecho de las Personas – Instituciones de Derecho Civil,* La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 283.

4. Código Francés, Art. 493, "L'ouverture de la tutelle est prononcé par le juge des tutelles à la requête de la personne qu'il a lieu de protéger […]".

5. Rivera, Julio César, *Instituciones de Derecho Civil*: parte general, Buenos Aires, Lexis Nexis - Abeledo-Perrot, 2010, n° 471.

6. Tobías, op. cit, p. 228.

7. Proyecto Bibiloni, nota al art. 164; Proyecto de 1936 art. 47, Proyecto de 1954 nota al art. 88. Proyecto de Código Civil de 1998, art. 28. Ver. Rivera, op. cit. n° 469.

8. Llambías, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil, Parte General*, Tomo I, 18ª edición, actualizada por Patricio Raffo Benegas, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, n° 749, pág. 527; Tobías, op. cit. p. 233.

persona enferma sino que se fundaba en la preservación de la tranquilidad pública. Tal como hubiéramos oportunamente señalado no se observa cómo una restricción a la capacidad de hecho de un individuo pueda resultar en una solución a la alteración de la tranquilidad pública, que en cualquier caso debe buscarse mediante mecanismos alternativos que no afecten derechos fundamentales de la persona.[9]

La última innovación reside en la incorporación del conviviente en igualdad de condiciones al cónyuge en el inc. b del art. 33 del Proyecto. Los problemas de consistencia y coherencia entre los regímenes de matrimonio civil y de uniones convivenciales del proyecto merecen un artículo aparte y no es objeto de este ensayo abordarlos. Sin perjuicio de ello, en cuanto se refiere a esta cuestión, parece pertinente reconocer legitimación a quien conviviera con la persona enferma en una unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente (proyecto, art. 509) en virtud del potencial perjuicio que esta situación puede generar en los derechos que le reconoce la normativa proyectada.

b) Intervención del interesado

El artículo 36 del Proyecto reconoce el carácter de la persona enferma como parte del proceso, permitiéndole aportar todas las pruebas que hacen a su defensa y estableciendo la obligación de contar con patrocinio letrado. En caso de no contar con medios económicos para procurarse un abogado, el juez está obligado a nombrar a uno para que lo "represente". Asimismo, la persona que solicitó la declaración también es parte en el proceso y está facultado a ofrecer todas las medidas de prueba que considere pertinentes.

c) Capacidad durante el proceso

Una cuestión que ha sido largamente debatida en el derecho civil es la referida a la capacidad de hecho del presunto enfermo mental durante el proceso. En este sentido, el proyecto parte del principio de capacidad previsto en el artículo 31, y debe interpretarse que no hay limitaciones a la capacidad de hecho durante el proceso, salvo que el juez establezca en forma provisional algunas restricciones. La redacción del artículo 34, en coordinación con la norma que establece el principio de capacidad, indicaría que en estos casos, la limitación no puede ser absoluta, sino limitada a determinados actos que el juez deberá enumerar en forma taxativa, y para cada uno de ellos debe establecer si fija un régimen de representación o asistencia, a cargo de un curador o de uno o varios apoyos.

El texto del proyecto no parece indicar cuál es el estándar jurídico o la situación de hecho que debe presentarse para que el juez pueda ejercer esta facultad. Hubiera sido deseable establecer algún criterio que permita indicar en qué circunstancias puede tener lugar una limitación sobre el principio de capacidad enunciado. De esta forma, podría haberse hecho lugar a esta medida solamente cuando concurrieran circunstancias que *prima facie* justifiquen la limitación de la capacidad en virtud de circunstancias claras de riesgo para la persona y su patrimonio. En este sentido, el proyecto se aparta del Código vigente, que exigía en el artículo 148 que la enfermedad se presentara en forma "notoria e indudable" en forma previa a tomar medidas sobre los bienes de la persona en cuyo interés se promovía la acción.

9. Lafferriere, Muñiz, op. cit. A favor de mantener la vigencia de ambos incisos se han pronunciado Cifuentes, S., Rivas Molina, A., Tiscornia, B., *Juicio de Insania, Dementes, Sordomudos e Inhabilitados*, 2a ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1997 (citado por Tobías, op. cit.). A favor del inc. 5° ver Borda, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil, Parte General*, Tomo I, 13ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2008.

d) Sentencia

El artículo 37 del proyecto dice que:

"La sentencia se debe pronunciar sobre los siguientes aspectos vinculados a la persona en cuyo interés se sigue el proceso:
a) diagnóstico y pronóstico;
b) época en que la situación se manifestó;
c) recursos personales, familiares y sociales existentes;
d) régimen para la protección, asistencia y promoción de la mayor autonomía posible.
Para expedirse, es imprescindible el dictamen de un equipo interdisciplinario."

El texto del artículo nos remite al del actual artículo 631 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que regula el dictamen del grupo de facultativos previsto por el actual 143 del Código vigente y normas concordantes, se presentan las siguientes innovaciones: 1) se incorpora al Código Civil el requerimiento del dictamen de un equipo interdisciplinario, tal como fuera previsto en el artículo 152ter conforme ley 26.657; y 2) se exige un pronunciamiento sobre los recursos personales, familiares y sociales existentes.

La norma propuesta establece el contenido de la sentencia y el hecho de que resulte imprescindible el dictamen de especialistas siguiendo la pauta establecida en el Código de Vélez en el artículo 143, el cual en este caso debe ser de un equipo interdisciplinario.

Con relación al equipo interdisciplinario, la nueva redacción no subsana las críticas que oportunamente fueron formuladas al art. 152ter en cuanto no define en forma clara la forma en la que se debe integrar el mismo. Entendemos que este tema debió ser resuelto de manera definitiva y que en cualquier caso el equipo debe estar integrado por al menos un médico psiquiatra, dado que su presencia resulta imprescindible para determinar la presencia de una enfermedad mental, hecho que conforme el propio texto del artículo 32 2º párrafo[10]. En síntesis, se comparte el criterio conforme el cual el requisito del dictamen de un equipo interdisciplinario "no autoriza a prescindir de las normas que regulan las incumbencias y el ejercicio profesional"[11]. Con esto no se pretende mantener el problema de la incapacidad civil en el dominio exclusivo de la medicina psiquiátrica. De esta forma, el equipo podría estar integrado asimismo por otros profesionales con incumbencias en la materia (psicólogos, sociólogos, trabajadores sociales, etc.) sin que la enumeración resulte taxativa, dependiendo de los requerimientos del juez para dictar sentencia en función de las particularidades de cada caso. No obstante, la presencia de un médico resulta indispensable, dado que es el único profesional con incumbencias para diagnosticar la enfermedad y establecer pautas para su tratamiento.

e) Entrevista personal

El artículo 35 del proyecto establece la obligatoriedad de una entrevista personal del juez con la persona presuntamente enferma en forma previa al dictado de la sentencia que limite en forma total o parcial su capacidad. Dicha norma, no prevista en el Código vigente, reconoce como antecedente pautas dictadas por normas procesales, las cuales son en el proyecto transpuestas en el ordenamiento de fondo. En este sentido, el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación ya preveía esta obligación en el artículo 633. Asimismo, aparece como innovación, el establecimiento de la obligación en cabeza del juez de asegurar un contacto inmediato entre el interesado en el proceso el juez. Esta novedad surge como positiva, pero requerirá de una transposición en materia procesal en cada jurisdicción estableciendo su contenido y pautas para su efectivización.

10. Lafferriere, Muñiz, op. cit. Pérez Dávila, op. cit.
11. Hooft, Irene, Rivera, Julio César, "La nueva ley 26.657 de Salud Mental", JA 25/05/2011.

4. Sistemas de apoyo al ejercicio de la capacidad

El artículo 43 presenta una innovación significativa en la materia, la cual parece estar inspirada en los consejos de familia del Código Civil francés (arts. 456 y 457).

En la versión final del proyecto, se le otorga al juez la forma de designar en forma conjunta o alternativa al nombramiento de un curador, a una persona o grupo de personas para que funcionen como apoyos para la toma de decisiones y dirección de su persona. En el Código de Vélez, el problema de las personas que padecen una enfermedad mental era tratado con un enfoque primordialmente patrimonialista.

El proyecto prevé la posibilidad de que el juez designe a una persona o grupo de personas distintas del curador, con la finalidad de que constituyan una red de apoyo con distintas funciones específicas, tendientes a la protección de la persona y la recuperación de su salud. En cuanto se propone trascender el sesgo patrimonialista del Código vigente, la incorporación de esta novedad se presenta como positiva. El apoyo tiene por finalidad *"promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos."* Partiendo de una concepción de la capacidad civil en sentido amplio que inspira al proyecto, trascendiendo la dimensión patrimonial, puede entenderse que estos apoyos pueden ser designados con el fin de facilitar la actuación en todas las dimensiones de la vida civil, tanto en el ámbito patrimonial como extrapatrimonial y sin importar si se trata de una persona declarada incapaz o con capacidad restringida.

La designación de las personas que actuarán como apoyo se hará a solicitud del interesado. El juez debe controlar las implicaciones de la solicitud y ponderar potenciales conflictos de intereses, teniendo como principal objetivo la protección de la persona. De proceder, debe dictar sentencia estableciendo los alcances y condiciones de las medidas de apoyo, y en el caso que resultara necesario, disponer su inscripción en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas.

5. Registro

Tal como hubiéramos oportunamente sostenido[12] existe en doctrina una preocupación sobre el dilema que en la materia presenta la elección de alternativas que prioricen los derechos de la persona afectada por una enfermedad mental o los derechos de terceros de buena fe que puedan verse afectados por las declaraciones de nulidad de los actos celebrados por los primeros[13]. Hemos sostenido que cuando lo que se encuentra en juego son los derechos humanos fundamentales de las personas que sufren enfermedades mentales, la protección de los derechos patrimoniales de los terceros de buena fe debe pasar a un segundo plano de consideración y que la flexibilización del régimen dual rígido que regía en la materia en forma previa a la reforma, hacia un sistema personalizado que contemple las diferencias de grado de limitaciones a la capacidad que se presentan en cada caso concreto, no puede verse objetada exclusivamente sobre la base de argumentos fundados en la seguridad jurídica de las transacciones patrimoniales.

No obstante, la preocupación por los derechos de terceros de buena fe no puede ser completamente dejada de lado, en particular cuando de la constitución de un adecuado sistema registral pueden surgir soluciones para la mayor parte de las situaciones problemáticas. La doctrina ha señalado que un sistema gradualista y flexible como el propuesto por el proyecto requiere un adecuado

12. Lafferriere, Muñiz, op. cit.

13. De Lorenzo, Miguel Federico, "Aspectos problemáticos del régimen de los actos patrimoniales celebrados por insanos", LL 2008-F, 769.

sistema de publicidad y registro de las resoluciones judiciales que afectan la capacidad de hecho de las personas[14].

El proyecto establece la primera parte del artículo 39 que *"La sentencia debe ser inscripta en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas y se debe dejar constancia al margen del acta de nacimiento"*. Hubiera sido deseable que la publicidad se cumpliera mediante un sistema de registro único a nivel nacional a cargo del Registro Nacional de las Personas, de un nuevo registro de Capacidad y Estado Civil de las Personas, o de un sistema de centralización de los datos de los registros provinciales, resultando esta última alternativa necesaria en el caso de no poder superar obstáculos de orden constitucional planteados por algún sector de la doctrina[15].

Con relación a la oponibilidad de las sentencias frente a terceros, y vinculado con los efectos de los actos de las personas declaradas incapaces o con capacidad restringida, el artículo 40 aclara que *"Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 45, los actos mencionados en este Capítulo producen efectos contra terceros recién a partir de la fecha de inscripción en el registro"*. El último párrafo del mismo artículo establece la necesidad de la inmediata cancelación registral, producido el cese de la restricción.

6. Internación

El régimen referido a la internación está tratado en los artículos 41 y 42 del Proyecto, reemplazando al artículo 482 del Código vigente. La presente norma tiene como antecedente inmediato la importante reforma en la materia introducida por la Ley de Salud Mental que destina la mayor parte de sus disposiciones a regular con minuciosidad el problema de la internación. En tal sentido, y más allá de pautas generales enunciadas por los artículos 41 y 42, este último prevé una remisión a la legislación especial en la materia. Por tal motivo, resultan aplicables todas las disposiciones de la ley 26.657[16].

En cuanto a las pautas que establece el proyecto, para toda internación se requiere la realización de una evaluación del equipo interdisciplinario. La sentencia que ordene la internación debe especificar los motivos que la justifican. El plazo de duración de la medida de restricción debe ser lo más corto que resulte posible y debe estar sujeto a revisión periódica. Su fundamento debe ser evitar el peligro que por causa de la enfermedad pueda generarse para la propia persona o hacia terceros, no existiendo disponibles alternativas menos restrictivas a la libertad individual. En este sentido, el juez debe aplicar las internaciones con carácter restrictivo, procediendo a decretarla solamente cuando tenga la convicción de que resulta la única vía adecuada para preservar la seguridad de la propia persona y de terceros.

El nuevo articulado no responde en su totalidad a serios cuestionamientos que han sido formulados con respecto al artículo 482 del Código (texto según ley 26.657)[17]. En primer lugar se observa que el texto se aparta de sus antecedentes en cuanto declaraban como principio general la necesidad de una autorización judicial para todos los casos en forma previa a su internación. El artículo 42 hace extensiva la potestad para ordenar internaciones a la "autoridad pública" cuando por el estado de la persona esta decisión "no admitiera dilaciones". A falta de otras aclaraciones del texto y teniendo en cuenta consolidada jurisprudencia de la Corte Suprema en la materia, la actuación de la autoridad pública solo estará justificada cuando sean medidas de índole excepcional, con carácter preventivo, y para casos en los que resulte estrictamente indispensable afectar la libertad del enfermo, cuando lo

14. Tobías, op. cit. p. 286, Mayo, Jorge A., Tobías, José W., "La nueva ley 26.657 de salud mental. Dos poco afortunadas reformas al Código Civil" LL 14/02/2011, DFyP 2011 (marzo), 24/02/2011, 153.

15. Ver Tobías, op. cit. p. 286.

16. Sobre el régimen actual ver Pagano, Luz María, "Las internaciones involuntarias en la Ley de Salud Mental 26.657", ED 11/02/2011, nro. 12.690,

17. Mayo, Tobías, op. cit.

exigieren circunstancias ligadas a su propia protección y la de terceros, y dando inmediata intervención al juez competente[18]. Si bien la normativa cumple con este último estándar, el sistema tal como ha quedado configurado deja abierta la puerta a la intervención administrativa previa a toda instancia judicial como la vía normal para la realización de internaciones involuntarias. Será necesario un riguroso control judicial de las decisiones de la autoridad administrativa que excedan las pautas que exige el orden constitucional para limitar la libertad de las personas.

Por otra parte, el texto del artículo 482 conforme ley 17.711, preveía la necesidad de dictamen de un médico oficial como condición previa para poder ordenar cualquier internación que no fuera dispuesta por el juez. La ley 26.657 elimina este requisito en cuanto el segundo párrafo del artículo 482 establece que *"Las autoridades públicas deberán disponer el traslado a un establecimiento de salud para su evaluación a las personas que por padecer enfermedades mentales o adicciones se encuentren en riesgo cierto e inminente para sí o para terceros"*. En este sentido, observamos que luego de la reforma del año 2010, no queda claro de qué forma debe establecerse y a criterio de quién se determinará que existe una situación de riesgo que tenga por causa una enfermedad mental o adicción y que justifique la necesidad de internación[19]. Esta flexibilización no parece enteramente alineada con la necesidad de contar con las mayores garantías posibles en orden a proteger derechos de rango constitucional. El texto del artículo 42 del proyecto sigue en esta materia a su antecedente inmediato y por ello es pasible de similares críticas.

Actos celebrados por la persona incapaz o con capacidad restringida

En la materia, el texto propuesto en el proyecto sigue los lineamientos de los artículos 37 y 38 del Proyecto de 1998. Todos los actos posteriores a la inscripción de la sentencia de declaración de incapacidad, sea esta absoluta o relativa, o de restricción de la capacidad, vulnerando las reglas que rigen la situación particular, son actos de nulidad relativa (proyecto, art. 44). Los actos celebrados con anterioridad a la sentencia pueden ser invalidados cuando la causa de incapacidad fuera ostensible en el momento de la celebración del acto; cuando la contraparte en el acto hubiera obrado de mala fe, entendida esta como el conocimiento de la existencia de la enfermedad o alteración funcional que diera lugar a la incapacidad; o cuando el acto fuera a título gratuito (proyecto, art. 45). Cualquiera de estas causas puede tener como consecuencia la ineficacia en forma individual, sin necesidad de que concurra alguna de las otras.

Siguiendo la regla del art. 474 del Código vigente, el proyecto prevé en el art. 46 que no pueden ser atacados en su validez los actos entre vivos celebrados por una persona fallecida, salvo que la causa de la incapacidad resultare del acto mismo o que la demanda hubiera sido interpuesta antes del fallecimiento de la persona enferma. Se incorporan en el proyecto para este supuesto dos causales de ineficacia no previstas en el código vigente: 1. que el acto sea a título gratuito y 2. que se pruebe la mala fe de la contraparte.

A modo de síntesis parcial, el proyecto simplifica en gran medida la cuestión relativa a las condiciones que dan lugar a la ineficacia de los actos jurídicos celebrados por personas incapaces o con capacidad restringida por razones de salud mental, superando defectos del régimen del Código, no tratados en la reforma de la ley 26.657. Aparecen resueltas las discusiones sobre los actos comprendidos por la norma[20], ya que no se establece una distinción entre actos de administración y de disposición. Por otra parte, la nueva redacción no da lugar a las diversas interpretaciones que se hicieron sobre la aplicabilidad de la excepción del 2º párrafo del artículo 473[21], con relación a actos posteriores a la sentencia frente a terceros de buena fe y a título oneroso. El texto del proyecto, parece indicar claramente la invalidez de todos los actos posteriores a la sentencia que contraríen sus términos, sin que quede lugar al planteo sobre la notoriedad de la enfermedad.

18. CSJN Fallos 139:154.
19. Mayo, Tobías, op. cit.
20. Rivera, op. cit., nº 496.
21. Rivera, op. cit., nº 496.

8. Cese de la incapacidad o restricción de capacidad.

Conforme el proyecto, el cese de la incapacidad requiere de una decisión del juez que la declaró, luego de una nueva revisión por parte del equipo interdisciplinario (proyecto, art. 47). En vistas del dictamen sobre el grado de restablecimiento de la persona, si no se constataran mejoras significativas, el juez puede mantener las restricciones a la capacidad dictadas oportunamente. En el caso de verificarse mejoras, el juez podrá atenuar el régimen de limitación a la capacidad, optando por un régimen de incapacidad relativa o de restricción a la capacidad, o en su caso ampliando dentro del mismo régimen la nómina de actos que la persona puede celebrar por sí o mediando un sistema de asistencia. Si el grado de recuperación implicara el cese de la situación fáctica que dio lugar a la aplicación de las restricciones a la capacidad[22], el juez deberá decretar el cese de todas las restricciones a la capacidad.

Conforme el art. 40, se establece la necesidad de revisión periódica de las sentencias cada tres años, siguiendo al antecedente del art. 152ter del Código vigente. Más allá del plazo que se establezca para la frecuencia necesaria de la revisión de las decisiones de limitación de la capacidad, hecho que debe responder a una cuestión de prudencia legislativa en función de la carga de trabajo de los tribunales civiles, es indudablemente positivo el establecimiento de la obligación de un análisis periódico de la evolución de las personas, en vistas a asegurarse de la realización de actividades tendientes a su recuperación, por parte de las sus representantes, asistentes y redes sociales que se establezcan con tal finalidad.

9. Inhabilitados

El régimen de inhabilitación está tratado en los arts. 48 a 50 del proyecto. Con respecto al art. 152 bis del Código vigente la principal innovación es la exclusión del régimen de inhabilitación de "quienes por embriaguez habitual o uso de estupefacientes estén expuestos a otorgar actos jurídicos perjudiciales a su persona o patrimonio" y de "los disminuidos en sus facultades cuando sin llegar al supuesto previsto en el artículo 141 de este Código, el juez estime que del ejercicio de su plena capacidad pueda resultar presumiblemente daño a su persona o patrimonio". Estos dos supuestos quedan comprendidos en el nuevo ordenamiento en el régimen de los arts. 32 y siguientes, pudiendo ser pasibles de una declaración de incapacidad o de una restricción a la capacidad. El régimen de inhabilitación subsiste exclusivamente con relación a los pródigos.

La legitimación activa en estos casos, en virtud del distinto fundamento de la limitación de la capacidad, no sigue las reglas del art. 33, sino que se encuentra limitada exclusivamente a los ascendientes, descendientes, cónyuge y conviviente, en función del interés sobre el patrimonio de la persona que surge del resto de las disposiciones del articulado del proyecto, en particular en cuanto se refiere al régimen patrimonial del matrimonio, al régimen de uniones convivenciales y la legítima sucesoria.

Como detalle debe resaltarse el hecho de la discordancia entre los fundamentos y la legitimación con respecto a los hijos. Mientras que es claro que la legitimación corresponde a todos los descendientes (fundado aparentemente en la protección de la legítima) en la primera parte del artículo se habla de la exposición a los "hijos menores de edad o con discapacidad a la pérdida del patrimonio". En consecuencia, no queda claro si el fundamento de la institución es la protección de la legítima hereditaria o de las consecuencias de la pérdida del patrimonio para los menores de edad o personas

22. El texto del proyecto habla de un restablecimiento "total". Esto no es correcto. No se requiere una total recuperación de la enfermedad o anomalía funcional, sino la verificación de que a partir del tratamiento, dicha enfermedad, aún subsistiendo, no genera una situación de absoluta ineptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes o cause que del ejercicio de su plena capacidad pueda resultar un daño a su persona o a sus bienes, siguiendo los estándares del artículo 32.

con discapacidad que dependan del mismo como fuente de alimentos[23]. De todas formas, ambos fundamentos no son excluyentes, y en virtud de las normas de legitimación activa, ambos pueden considerarse comprendidos por la norma, a pesar de los defectos de la redacción.

Los efectos de la declaración de inhabilitación están precisados en el art. 49. El inhabilitado mantiene en principio su capacidad, la cual como regla solamente se ve limitada al momento de celebrar actos de disposición entre vivos. Por excepción fundada, el juez podrá establecer adicionalmente restricciones para la celebración de determinados actos de administración. En la sentencia se designa un curador al inhabilitado, el cual cumple una función de asistencia en la celebración de los actos que sean objeto del régimen especial.

Los inhabilitados comparten con las personas con capacidad restringida el carácter de personas capaces con limitaciones. La diferencia entre ambos regímenes reside en los siguientes aspectos: 1) fundamento de la restricción: mientras que las personas con capacidad restringida el fundamento es la protección de la propia persona, en el caso de los inhabilitados el fundamento es la protección del patrimonio en función de los intereses de sus familiares directos, por cuestiones vinculadas a la efectiva posibilidad del cumplimiento de obligaciones alimentarias, a la eficacia de los regimenes patrimoniales del matrimonio y las uniones convivenciales, y al resguardo de la legítima; 2) alcances: mientras que la inhabilitación solamente abarca en principio solamente una limitación para celebrar actos de disposición, pudiendo excepcionalmente y por razones fundadas implicar algún acto de administración que se determine, la capacidad restringida puede abarcar tanto actos de disposición como de administración a criterio del juez; 3) legitimación activa: mientras que para las acciones de capacidad restringida la legitimación se asigna en función de las reglas del art. 33, el criterio para demandar la inhabilitación es más restringido y se rige por las pautas del art. 48; 4) Revisión periódica de la sentencia: mientras que para los casos de declaración de incapacidad o de capacidad restringida, se establece expresamente en el art. 40 la obligación de revisar cada tres años la sentencia, esta norma no se prevé para los inhabilitados[24].

El procedimiento para el cese de la inhabilitación está previsto en el art. 50 del proyecto, que reproduce la regla prevista en el art. 47, con relación al modo de cese de la declaración de incapacidad o de las restricciones a la capacidad, razón por la cual tal vez hubiera sido conveniente una regulación común.

Conclusiones

En el presente artículo se han presentado un análisis y una valoración crítica del régimen de capacidad para las personas afectadas por problemas de salud mental en el proyecto de Código Civil y Comercial. En líneas generales entendemos que la propuesta implica un avance significativo para la resolución de las enormes deudas pendientes que en la materia surgieron a partir del dictado de la ley 26.657. Así, en cuanto a las distintas categorías, sus graduaciones y principios, el sistema parece más claro y responde a las demandas de la doctrina, sin perjuicio de algunos reparos que se han formulado con respecto a la versión final del proyecto. Asimismo, se ha simplificado la redacción y aclarado muchos aspectos que daban lugar a debate.

No obstante, puede afirmarse que subsisten aspectos que resultan criticables de la propuesta, más allá de algunos detalles de redacción ya señalados. En primer lugar, hubiera resultado deseable

23. Si el fundamento fuera la protección de la legítima hereditaria, no se observan las razones para distinguir en la primera parte a los descendientes según fueran menores de edad, o personas con discapacidad, o mayores sin discapacidad. Si en cambio, el fundamento fuera la protección del patrimonio para estos supuestos de particular vulnerabilidad, no se ve la razón para reconocer legitimación a los descendientes, mayores de edad, sin discapacidades, en ausencia de ascendientes, otros descendientes, cónyuge o conviviente.

24. Es difícil en este momento establecer con claridad si esta diferenciación se debe a un olvido de la Comisión redactora, o si realmente se encuentra justificada por las diferencias en las implicaciones y valores protegidos por ambos regímenes. En principio, y en ausencia de otros elementos, corresponde interpretar la norma en el último sentido.

una mayor clarificación sobre la posibilidad de alternativas intermedias entre la incapacidad absoluta y la capacidad restringida, tal como surgía de versiones preliminares del proyecto. En segundo orden, hubiera sido importante clarificar la cuestión relativa a la integración del equipo interdisciplinario, estableciendo algunas garantías mínimas, que permitan establecer el justo alcance de la intervención del profesional médico. Asimismo, no se presentan innovaciones significativas en materia de registro. Finalmente, con relación al tratamiento de la internación, subsisten en la redacción problemas que han sido objeto de preocupación por la doctrina.

FIN DE LA EXISTENCIA DE LAS PERSONAS

Carlos Muñiz

1. El momento del fin de la existencia

El fin de la existencia de las personas físicas se produce en el momento de la muerte. La muerte es "una descomposición, una disolución, una ruptura" y "sobreviene cuando el principio espiritual que preside a la unidad de la persona no puede ejercitar más sus funciones sobre el organismo y en el organismo cuyos elementos, dejados a sí mismos, se disocian".[1] El instante preciso de la muerte biológica se produce en el misterio, en el contexto de un proceso de degradación que tiene lugar desde el momento en el que una persona cuenta con todas sus funciones vitales, hasta la muerte de la última célula viva de su organismo. No obstante, aun cuando no se pueda establecer hasta las últimas consecuencias cuál es el momento exacto de la muerte de una persona determinada, una vez producida la misma, es posible a través de distintos modos de comprobación distinguir entre vivos y muertos.

La muerte marca el fin de la vida de la persona humana, y junto con ella el fin de su existencia como sujeto de derecho. Esta realidad innegable justifica el texto del artículo 93 del proyecto que establece que "La existencia de la persona humana termina por su muerte". Con relación al artículo 103 del Código vigente, podemos señalar que se eliminan las referencias a la "muerte natural" como opuesta a la institución de la "muerte civil" por considerarlas anacrónicas. Todo esto se deriva del principio por el cual el ordenamiento jurídico asigna la categoría jurídica de persona a todo ser humano por el solo hecho de serlo. Por lo tanto, la muerte, al producir el fin de la vida física, provoca al mismo tiempo la finalización de los efectos de la personalidad que asigna el ordenamiento jurídico.

El artículo del proyecto, siguiendo a su antecedente se limita a fijar el momento del fin de la existencia de las personas en el momento de su muerte natural, sin establecer en concreto las condiciones que deben valorarse para que una persona sea tenida por muerta. El problema jurídico que en realidad se presenta no consiste en realidad en determinar el momento preciso de la muerte, sino en establecer genéricamente su concepto y los medios válidos para su comprobación.

Como consecuencia de los problemas presentados, se plantea la necesidad de que el ordenamiento jurídico establezca en forma precisa cuál es el momento único que se considerará como el momento de la muerte del ser humano y la consecuente extinción de la persona. No obstante, el pasaje de un ser humano, desde el momento en que se encuentra desarrollando en forma autónoma sus funciones vitales, hasta el momento en el cual perece la última de sus células, se da como un proceso

1. Pontificio Consejo para la Pastoral de los Agentes Sanitarios, *Carta de los agentes sanitarios*, nº 128, Ciudad del Vaticano, 1995.

que reconoce distintas etapas: "biológicamente, el pasaje de la vida a la muerte del cuerpo humano no constituye un fenómeno instantáneo o de un momento sino algo gradual: se trata de un proceso que reconoce fases sucesivas; las células, en efecto, cesan de vivir singularmente en un orden gradual que depende de la resistencia de cada grupo a la falta de oxígeno"[2] No parece razonable identificar el momento de la muerte de un ser humano con el momento en el cual se produce la cesación de cualquier clase de vida celular, existiendo una coincidencia generalizada en sostener que la muerte natural se produce en una etapa anterior de este proceso. Sin embargo, resta establecer en qué etapa del proceso se entenderá que la persona ha dejado de existir. El problema no solo involucra al derecho y a las ciencias médicas, sino que se trata de una cuestión compleja que implica consideraciones de índole filosófica, ética, cultural y religiosa.

Antes de avanzar con las consideraciones sobre los medios de comprobación del hecho de la muerte, corresponde presentar ciertos criterios que se entiende deben estar comprendidos en la noción jurídica de dicho hecho. En este sentido, entendemos que estos criterios son:

1. El concepto de muerte debe ser único. No es posible considerar a una persona como viva a unos efectos y como muerta a otros.
2. Debe excluirse en la definición de muerte criterios que respondan a una concepción "médico-utilitarista" que defina la muerte con un criterio eficientista con el objetivo de "maximizar" la cantidad de trasplantes de órganos. Ante estas consideraciones corresponde anteponer una restricción deontológica, aun cuando el resultado fuera que no es ético realizar transplantes de órganos.
3. Los métodos que deben establecerse para la determinación de la muerte deben otorgar certeza sobre el hecho y no solamente un cálculo de probabilidad sobre la misma, por más alta que dicha probabilidad sea.
4. Considerando las actuales técnicas de reanimación existentes, no debe considerarse como muerte el cese de las funciones vitales sino solo en el caso que este cese fuera irreversible.

Estas pautas tienen sentido si consideramos que a la hora de establecer el concepto de muerte, si bien aceptamos que consiste en un hecho biológico, su determinación no puede ser entendida como un ámbito que el Derecho deba dejar librado a un criterio únicamente médico[3], aun cuando sin lugar a dudas la constatación e interpretación de los signos de la muerte sean una incumbencia de esa disciplina[4]. Es decir, estos son los criterios que, al tratarse la muerte de un concepto que involucra valores elementales filosóficos, éticos y jurídicos, deben ser el mínimo que desde una perspectiva integral de la persona humana deben ser requeridos a la ciencia médica para la definición de la muerte y para el establecimiento de procedimientos válidos para su determinación.

2. Comprobación del hecho de la muerte

El artículo 94 del proyecto se ocupa del problema estableciendo que *"La comprobación de la muerte queda sujeta a los estándares médicos aceptados, aplicándose la legislación especial en el caso de ablación de órganos del cadáver."* Por los motivos expresados en el punto anterior, se entiende positiva la diferenciación entre el concepto e instante mismo de la muerte, que es metajurídico y

2. Tobías, José W., *Fin de la existencia de las personas físicas*, Astrea, Buenos Aires, 1988, nº 3, p. 7.

3. Juan Pablo II, op. cit.: "Al respecto, conviene recordar que *existe una sola "muerte de la persona"*, que consiste en la total desintegración de ese conjunto unitario e integrado que es la persona misma, como consecuencia de la separación del principio vital, o alma, de la realidad corporal de la persona. La muerte de la persona, entendida en este sentido primario, es un acontecimiento que *ninguna técnica científica o método empírico puede identificar directamente*."

4. Pontificio Consejo para la Pastoral de los Agentes Sanitarios, op. cit., nº 128.

transversal a distintas disciplinas, y el establecimiento de criterios de comprobación de que el hecho de la muerte ha acaecido en un caso concreto.

Para la comprobación del hecho de la muerte, una vez establecidos los parámetros morales, jurídicos y científicos comprendidos en el concepto, debe recurrirse inexorablemente a las ciencias médicas, para su comprobación. En forma previa al desarrollo de las técnicas modernas de transplantes de órganos, la determinación del momento en que se producía la muerte planteaba preocupación en los casos de "muerte aparente". Por tal motivo las disposiciones del ordenamiento jurídico estaban orientadas a establecer condiciones que permitieran evitar que una persona viva en estado de muerte aparente fuera tenida por muerta[5]. Sin embargo, los avances de las técnicas mencionadas plantean un nuevo desafío jurídico, dado que ante la necesidad de una determinación precoz del acontecimiento de la muerte, las circunstancias concretas que deben evaluarse en esa etapa deben estar definidas con detalle.

Cabe aclarar que los distintos criterios de comprobación no son entre sí excluyentes. Partiendo de la base de que hay un único concepto de muerte, no puede excluirse la posibilidad de que el mismo hecho pueda ser comprobado a través de distintos medios, los cuales dependerán de las circunstancias fácticas, y las necesidades concretas planteadas al momento de la determinación.

Criterios médicos para la comprobación de la muerte[6].

1. Criterio tradicional.

Conforme la noción tradicional el hecho de la muerte se comprueba frente al cese irreversible de todas las funciones vitales del individuo, hecho que sucede cuando la circulación, la respiración y el sistema nervioso dejan de funcionar definitivamente. Así, "muerte es el cese de las funciones vitales, celular, tisular y visceral. Ocurre cuando claudican los sistemas circulatorio, respiratorio y nervioso, pudiendo definirse entonces como el cese definitivo e irreversible de las funciones autónomas (pulmón, corazón y cerebro) y de la oxigenación viscerotisular con pérdida de las relaciones sujeto-mundo circundante y de la condición de ente humano de existencia visible."[7]

Sobre la base del criterio tradicional, recientemente se ha generado cierta polémica a partir de la aparición de una moderna técnica de transplantes, conocida como *nonheart beating organ donation* (NHBD) o *donation alter cardiac death* (DCD) o protocolo de Pittsburg[8].Este parámetro de comprobación implica declarar a la persona muerta cuando se reúne la condición tradicional de un paro cardiorrespiratorio irreversible o permanente, aún en ausencia de una determinación neurológica del acaecimiento de la muerte. Excede el objeto del presente trabajo abarcar las implicaciones médicas y éticas del criterio. No obstante, corresponde señalar que es objeto de serios cuestionamientos en virtud de la falta de certezas sobre el acaecimiento de la muerte real sobre la base de las pautas establecidas en la primera parte de este análisis, ante la ausencia de evidencia del cese de las funciones

5. Ver Escriche, *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*, p. 397, París, 1869, citado por Vidal Taquini, Carlos H, *Muerte Real y Muerte Natural*, LL, 1980-C-1066.

6. Para un relevamiento completo y actualizado de la temática ver Iltis, Anna Smith, Cherry, Mark J., "Death revisited: rethinking death and the death donor rule", The Journal of Medicine and Philosophy, Vol. 35, 3, 2010, págs. 223-241 y Presidenza del Consiglio dei Ministri. Comitato Nazionale per la Bioetica. "I criteri di accertamento della Morte", 24 de junio de 2010. Algunas ideas de la presente sección, ya fueron presentadas en Muñiz, Carlos, *"Fin de la Existencia de las Personas",* en Limodio, Gabriel (ed.), *Principios de Derecho Privado*, Educa, 2009 y en Muñiz, Carlos, "El derecho frente al momento de la muerte", Revista de Derecho de Familia y de las Personas, año 2, nº 11,La Ley, diciembre 2010, págs. 280 a 290.

7. Bonnet, Emilio F. P., *Lecciones de medicina legal*, Buenos Aires, 1975, p. 90. citado por Vidal Taquini, Carlos H. *"Muerte real y muerte clínica"*, LL 1980-C-1066.

8. University of Pittsburg Medical Center. Policy and Procedure Manual: Management of Terminally Ill Patients who may become Organ Donors after Death. Kennedy Institute of Ethics Journal 3:A1-A15. Citado por Iltis y Cherry, op. cit.

encefálicas. Existen problemas con relación a la definición de "irreversible y permanente" frente al hecho de que por ejemplo un corazón ablacionado a un paciente al cual se ha declarado muerto sobre la base de este criterio, sea transplantado a otro paciente funcionando en perfectas condiciones, o cuando la irreversibilidad se debe a que el propio paciente ha dado la orden de no resucitarlo frente a un paro cardiorrespiratorio (DNR)[9] Por lo tanto, vemos como el criterio tradicional, hasta hace poco tiempo incuestionado, presenta con el avance de las nuevas técnicas de transplantes una nueva serie de interrogantes éticos actualmente objeto de intensos debates.

2. Criterio moderno. Muerte cerebral o encefálica:

El criterio tradicional presenta también ciertas anomalías frente a la aparición de técnicas modernas de reanimación, que permiten, aún luego del cese total e irreversible de sus funciones encefálicas, mantener en actividad las funciones inferiores del ser humano (funciones vegetativas) en forma artificial mediante la asistencia mecánica. Ante estas circunstancias, se ha planteado que la pauta tradicional constituye una forma inadecuada de determinación de la muerte.[10] Dos nuevas preguntas surgen a partir de las nuevas técnicas de reanimación: ¿cuándo es apropiado que un médico decida unilateralmente dejar de proveer el soporte mecánico de las funciones cardiorrespiratoiras? y ¿cuándo pueden ser ablacionados los órganos para transplantes?[11] Frente a dichos interrogantes, las ciencias médicas y en particular la tanatología han planteado un nuevo criterio de muerte: la muerte cerebral o muerte encefálica, que anticipamos es el que recepta nuestra legislación sobre transplantes de órganos.

Frente a la crisis del concepto tradicional de muerte, aparece como concepto modernamente aceptado el concepto de muerte encefálica, que implica el cese total e irreversible de toda actividad cerebral, comprendiendo los centros superiores e inferiores. Esto implica que no solo se requiere para que se produzca la muerte encefálica el cese de las funciones que hacen a la vida de relación, sino también el desarrollo autónomo de las funciones vegetativas (actividad respiratoria y cardiocirculatoria), esto es, que estas funciones no puedan mantenerse sino mediante el empleo permanente de medios mecánicos. Este criterio se asimila al actualmente conocido como "*whole brain death"*, propuesto por el Comité Ad Hoc de la Escuela de Medicina de la Universidad de Harvard para examinar la Definición de Muerte Cerebral en el año 1968[12], recogido en Estados Unidos por la *Uniform Determination of Death Act* (1981)[13], legislación que contó con el apoyo de la American Medical Association y la American Bar Association. Este criterio fue recibido por la legislación de los 50 Estados de Estados Unidos.[14] Sobre la base de este criterio, se establece en la legislación la regla del donante muerto o "*dead donor rule*", como límite ético fundamental para proceder a la ablación de órganos.

Esta situación debe distinguirse de la denominada "muerte cortical" o "*higher brain death*" que consiste en la pérdida de la actividad cerebral superior, conservándose las funciones respiratoria y cardiocirculatoria, debido a que los núcleos básicos del cerebro siguen funcionando aun cuando se ha producido un daño irreversible de los centros corticales y subcorticales que regulan la vida intelec-

9. Para la discusión sobre este tema ver The New England Journal of Medicine, volumen 359, nº 7, 2008.

10. Tobías, José W., op. cit., nº 8, p. 17.

11. Halevy A. y Brody, B.A. "Brain Death: Reconciling definitions, criteria and tests." Annals of Internal Medicine 119:519-25, 1993.

12. Beecher, H.K. and Harvard Ad Hoc Committee "A definition of irreversible coma: Report of the ad hoc committee of the Harvard Medical School to examine de definition of brain death" Journal of the American Medical Association 205:337-40, 1968.

13. *"An individual who has sustained either (1) irreversible cessation of circulatory and respiratory functions, or (2) irreversible cessation of all functions of the entire brain, including brain stem, is dead. A determination of death must be made in accordance with accepted medical standards."*

14. Cfr. Iltis and Cherry op. cit., con excepciones de objeción de conciencia por motivos religiosos para los estados de New York y New Jersey.

tual y sensitiva. Se desecha el criterio de muerte cortical como medio válido de comprobación dado que se entiende incompatible con la noción de muerte la continuidad del funcionamiento autónomo de las funciones vegetativas[15], considerando que la existencia de vida humana no se caracteriza únicamente por la continuidad de las funciones superiores del encéfalo[16].

En consecuencia, el criterio de muerte cerebral o encefálica puede ser considerado un método válido de determinación del hecho de la muerte, y se diferencia del simple cese de las funciones cerebrales o corticales cuando subsiste el funcionamiento autónomo de las funciones vegetativas. No puede considerarse muerta a la persona que mantiene sin asistencia mecánica sus funciones vegetativas. Las personas en estado vegetativo están indudablemente vivas. Pero cuando la continuidad de estas funciones depende exclusivamente de medios artificiales, puede razonablemente entenderse a la luz de los avances de las ciencias médicas que la muerte real de la persona ya se ha producido. Este criterio, no solo satisface estándares establecidos por la ciencia médica, sino que es compatible con los criterios normativos presentados en el presente trabajo y parece no estar en conflicto con valores morales compartidos por nuestra sociedad[17].

Criterio de la legislación sobre transplantes de órganos

Dado que el proyecto remite a la legislación especial para el caso de la ablación de órganos para transplante, corresponde mencionar cual es el criterio actualmente adoptado por dicha legislación. En tal sentido, la ley 24.193 que actualmente rige la materia (con las modificaciones establecidas por las leyes 26.066 y 25.281) adopta para como principio para la comprobación del momento de la muerte a los fines de transplante el criterio de muerte encefálica, estableciendo en su art. 23 que:

"El fallecimiento de una persona se considerará tal cuando se verifiquen de modo acumulativo los siguientes signos, que deberán persistir ininterrumpidamente seis (6) horas después de su constatación conjunta:

a) Ausencia irreversible de respuesta cerebral, con pérdida absoluta de conciencia;

b) Ausencia de respiración espontánea;

c) Ausencia de reflejos cefálicos y constatación de pupilas fijas no reactivas;

d) Inactividad encefálica corroborada por medios técnicos y/o instrumentales adecuados a las diversas situaciones clínicas, cuya nómina será periódicamente actualizada por el Ministerio de Salud y Acción Social con el asesoramiento del Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante (INCUCAI).

La verificación de los signos referidos en el inciso d) no será necesaria en caso de paro cardiorrespiratorio total e irreversible."

Conmorencia

15. Tobías, José W, op. cit., nº 8, p. 19.

16. Por razones consecuencialistas, que entendemos no aceptables en esta materia, sobre la base de que este criterio permitiría un mayor número de órganos vitales se han pronunciado a favor de redefinir la muerte sobre la base del criterio de muerte cortical o "higher brain death" Truog y Fackler, "Rethinking Brain Death" Critical Care Medicine 20:1705-13, 1992, citado por Iltis and Cherry op. cit.

17. Por ejemplo, Juan Pablo II ha sostenido que "la cesación *total* e *irreversible* de toda actividad cerebral, si se aplica escrupulosamente, no parece en conflicto con los elementos esenciales de una correcta concepción antropológica. En consecuencia, el agente sanitario que tenga la responsabilidad profesional de esa certificación puede basarse en ese criterio para llegar, en cada caso, a aquel grado de seguridad en el juicio ético que la doctrina moral califica con el término de 'certeza moral'. Esta certeza moral es necesaria y suficiente para poder actuar de manera éticamente correcta. Así pues, solo cuando exista esa certeza será moralmente legítimo iniciar los procedimientos técnicos necesarios para la extracción de los órganos para el trasplante, con el previo consentimiento informado del donante o de sus representantes legítimos" *op*. cit.

El problema generado por del fallecimiento de dos o más personas sin que pueda determinarse cuál de ellas murió primero, es resuelto en el proyecto en el artículo 95, que reitera la regla del actual artículo 109 simplificando su redacción y estableciendo que "*Se presume que mueren al mismo tiempo las personas que perecen en un desastre común o en cualquier otra circunstancia, si no puede determinarse lo contrario*"

3. Prueba de la muerte

El proyecto trata en forma unificada la cuestión sobre la prueba del nacimiento, la muerte y de la edad en los artículos 96 a 99. En tal sentido, podemos decir que el fallecimiento de una persona en la república se prueba con las partidas del Registro Civil (art. 96), siguiendo la actual regla que surge del artículo 104 1ª parte del código de Vélez.

Por su parte, el artículo 97 replica la regla del 2º párrafo del actual artículo 104, por la cual los fallecimientos ocurridos en el extranjero se prueban por los instrumentos otorgados de conformidad con las leyes del lugar donde se producen. El proyecto prevé que los mismos deben estar legalizados por vía consular o por medios especiales que resulten de tratados internacionales. Asimismo, se incorpora un último párrafo que establece que "Los certificados de los asientos practicados en los registros consulares argentinos son suficientes para […] acreditar la muerte de los ciudadanos argentinos.

Con relación a los medios de prueba supletorios del fallecimiento ante la falta de asiento o registro, el tema es tratado por el artículo 98 del proyecto, que en líneas generales recoge las pautas del actual artículo 108. Como novedad podemos afirmar que a tal fin puede recurrirse a cualquier medio de prueba, sin que esta se encuentre limitada a la testimonial o documental.

Finalmente, el proyecto elimina acertadamente las normas especiales contenidas en los actuales artículos 105 a 107, dado que las mismas resultan anacrónicas, y cuando no estuvieran derogadas tácitamente (tal el caso del art. 106), en la práctica se encuentran reducidas a raros casos, que bien pueden ser resueltos a través de los medios de prueba supletoria.

4. Simple ausencia y fallecimiento presunto

Los regímenes de simple ausencia y fallecimiento presunto son tratados en el proyecto en los artículos 79 a 84 y 85 a 95 respectivamente. No se observan innovaciones significativas con relación al actual sistema regulado en los artículos 15 a 32 de la ley 14.394.

En tal sentido, con respecto al régimen de simple ausencia, podemos señalar que a diferencia del régimen anterior que establecía pautas especiales a los fines de la designación de curadores del ausente, el proyecto remite en el artículo 83 a las reglas generales para el discernimiento de la curatela. Por otra parte, establece los actos que puede realizar el curador, estableciendo que "*solo puede realizar los actos de conservación y administración ordinaria de los bienes. Todo acto que exceda la administración ordinaria debe ser autorizado por el juez; la autorización debe ser otorgada solo en caso de necesidad evidente e impostergable.*" Asimismo, agrega que "*Los frutos de los bienes administrados deben ser utilizados para el sostenimiento de los descendientes, cónyuge, conviviente y ascendientes del ausente*". Por nuestra parte entendemos que más allá de este último agregado, en función de la propia finalidad de la institución, en primer término los frutos de dichos bienes deben destinarse a los gastos necesarios para la conservación de los mismos, y eventualmente el destino indicado podrá darse al saldo restante.

En cuanto respecta al régimen de fallecimiento presunto, tampoco se observan novedades importantes. Simplemente se eliminan los actuales párrafos 2º y 3º del actual artículo 29 de la ley 14.394, remitiendo de esta forma en el supuesto de reaparición del ausente a los criterios generales en materia sucesoria y sobre posesión de buena o mala fe. Asimismo, se elimina la diferencia de efectos

entre la muerte y el fallecimiento presunto en materia matrimonial: la declaración de fallecimiento presunto produce los mismos efectos que la muerte, desde la fecha presuntiva de fallecimiento, extinguiéndose desde esa fecha el vínculo matrimonial (art. 435 inc. b[18]) y la sociedad conyugal (arts. 475 inc. a y 476).

Como comentario final, corresponde señalar que sorprende la ausencia en el proyecto de remisiones a la legislación especial sobre desaparición forzada de personas (Ley 24.321)

18. Dicho artículo establece que *"El matrimonio se disuelve por: […] b) sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento"*. Se entiende que se trata de un error, dado que debió decir "sentencia firme de fallecimiento presunto".

LAS PERSONAS JURÍDICAS

Juan G. Navarro Floria

El Proyecto de Código Civil trata de las personas jurídicas en el Título II del Libro I, a partir del artículo 141. El Proyecto abandona la confusa denominación de "personas de existencia ideal", con lo que elude la discusión de la relación de género a especie que existiría entre ellas y las personas jurídicas propiamente dichas, simplificación que debe ser bienvenida.

El Título se estructura en tres capítulos, dedicados respectivamente a una "parte general" (artículos 141 al 167), a las asociaciones civiles (artículos 168 al 192) y a las fundaciones (artículos 193 al 224).

La definición que ofrece el texto de "persona jurídica" (art.141) es descriptiva, y ya no por oposición a la "de existencia visible", o más llanamente la persona humana (como ahora se la llama correctamente). Son personas jurídicas "*todos los entes a los cuales el ordenamiento jurídico les confiere aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación*[1]*"*.

Esa aptitud para ser sujeto de derecho es "conferida" por la ley, a diferencia de lo que ocurre con la persona humana, que "goza" de ella (art.22) por derecho propio y en razón de su propia dignidad.

1. Normas generales

El artículo 142 sienta la regla de que la existencia de la persona comienza desde su constitución, sin necesidad de autorización "legal" (quizás debería decir estatal) salvo que ella sea expresamente requerida, en cuyo caso no puede comenzar a funcionar sin haberla obtenido.

El artículo 143, establece el principio de la personalidad diferenciada entre la persona jurídica y sus miembros y la no responsabilidad de estos por las deudas de aquella salvo norma expresa en contrario.

Pero a renglón seguido, el artículo 144 establece con carácter general la inoponibilidad de la persona jurídica cuando "*esté destinada a la consecución de fines ajenos a la persona jurídica, constituya un recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de cualquier persona"*, con lo que aquella distinción será borrosa en muchos casos[2]. En esos casos

1. La frase *"y los fines de su creación"* fue añadida en la redacción final del Proyecto.

2. La exposición de motivos presentada por los redactores del Proyecto explica: que **"**Es indudable el principio de que los miembros de la persona jurídica no responden por las obligaciones de esta, excepto en la medida en que en determinados supuestos la ley lo determine. Esta ley puede tanto ser la ley especial como la ley general de concursos y quiebras. Además, en el código se contemplan otros casos de desplazamiento del principio general, a fin de tutelar situaciones especiales como las de ciertas clases de acreedores involuntarios o manifiestamente desprovistos de cualquier poder negocial que les hubiera podido permitir acotar los riesgos de la contratación u obtener determinadas garantías. Con ello debe preverse

habrá responsabilidad solidaria e ilimitada de *"quienes a título de socios, asociados, miembros o controlantes directos o indirectos"* hicieron posible la infracción.

2. Personas jurídicas públicas

El Proyecto mantiene la distinción entre estas dos clases de personas, pero amplía el catálogo en ambos casos.

Son personas jurídicas públicas (art.146):

a) el Estado nacional, las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los municipios, las entidades autárquicas y las demás organizaciones constituidas en la República a las que el ordenamiento jurídico atribuya ese carácter;

La mención específica de la Ciudad de Buenos Aires es novedosa y es consecuencia de la reforma constitucional de 1994.

La frase final ("*las demás organizaciones…*") es una enunciación abierta y oportuna. Al fin y al cabo el Código Civil no es más que una ley, y por tanto es razonable que contemple que otras leyes pueden crear personas jurídicas públicas. Caben en este enunciado los partidos políticos, los colegios profesionales, los sindicatos, etcétera.

El artículo 149 aclara que "*La participación del Estado en personas jurídicas privadas no modifica su carácter privado, sin perjuicio de otras especificaciones de orden público legalmente establecidas*". Estamos viendo aplicaciones concretas de esta idea en acontecimientos actuales. Queda para el Derecho Administrativo la regulación de los controles que serán necesarios en esos casos.

b) los Estados extranjeros, las organizaciones a las que el derecho internacional público reconozca personalidad jurídica y toda otra persona jurídica constituida en el extranjero cuyo carácter público resulte de su derecho aplicable;

Este inciso mejora la redacción del actual artículo 34. No menciona a las provincias y municipios de estados extranjeros en forma específica, porque no es necesario. En cambio, alude a los organismos internacionales, y a otros sujetos del derecho internacional público (como la Cruz Roja, la Santa Sede –sin perjuicio de lo dicho en el inciso siguiente– y otros).

c) la Iglesia Católica.

La Iglesia Católica mantiene su reconocimiento como persona jurídica pública, algo que es una exigencia de la misma Constitución Nacional. Por lo demás, la Iglesia viene gozando de esa calidad en forma indiscutida desde antes de la misma organización nacional, lo que constituye un verdadero derecho adquirido.

Hay que advertir que bajo el rótulo "Iglesia Católica" no hay una única persona jurídica, sino una vasta red de tales que, en su conjunto, no dejan sin embargo de conformar una única Iglesia que

---

la posibilidad de sancionar en el plano patrimonial conductas de indebida traslación del riesgo empresarial a terceros 'débiles' o que por las circunstancias mismas del nacimiento de su derecho, no han contado con posibilidades previas de defenderse. También se prevén supuestos de responsabilidad por apariencia creada, como cuando determinados miembros de una persona jurídica difunden o permiten que se difunda su nombre o se utilice cualquier medio idóneo para inducir una creencia generalizada en la solvencia de la entidad basada en el supuesto respaldo patrimonial con que ella contaría. Rige además la desestimación, prescindencia, inoponibilidad, etc., de la personalidad jurídica, como instituto de excepción al criterio de separación o diferenciación. En la actualidad este instituto se halla expresamente contemplado en la ley 19.550 de sociedades comerciales (artículo. 54, tercer párrafo) bajo el rótulo "inoponibilidad de la personalidad jurídica". Debe hacérselo extensivo a cualquier persona jurídica privada ya que el abuso en su constitución, la desvirtuación de su finalidad, tanto genérica como en la posterior dinámica funcional, constituyen manifestaciones de una utilización desviada del recurso de la personalidad que son susceptibles de producirse en cualquier clase de persona jurídica, lo cual fundamenta la previsión del instituto en un sistema general.

tiene como cabeza visible a la Santa Sede. esta, a su vez, es sujeto del derecho internacional y, por tanto, incluida en la previsión del inciso anterior (pero no las restantes personas jurídicas canónicas, que son las que sí caben en este inciso específico).

La jurisprudencia constante de la Corte Suprema y los tribunales inferiores, lo mismo que la jurisprudencia administrativa y múltiples leyes y decretos, han reconocido la calidad de persona jurídica a cada una de las diócesis o circunscripciones territoriales o personales equivalentes según el derecho canónico (prelaturas, prelaturas personales, eparquías, exarcados, obispado castrense, etcétera); a cada una de las parroquias; y a cada una de las personas que, según el derecho canónico, son personas jurídicas públicas (seminarios, cabildos, la Conferencia Episcopal, etcétera). También lo son los institutos de vida consagrada (órdenes y congregaciones) y sociedades de vida apostólica, que tienen reconocimiento específico por la ley 24.483[3].

Acaso sería preferible que el inciso en comentario fuese más explícito y dijese, por ejemplo, "*la Iglesia Católica, sus diócesis, parroquias, institutos de vida consagrada y demás personas jurídicas de conformidad con el Derecho Canónico"*. Pero la parquedad queda suplida por lo dispuesto en el artículo 147 que comentaremos luego.

La única norma adicional referida a las personas jurídicas públicas, además de la que las enuncia, es el artículo 147 que dice que ellas "s*e rigen en cuanto a su reconocimiento, comienzo, capacidad, funcionamiento, organización y fin de su existencia, por las leyes y ordenamientos de su constitución*".

Esa remisión debe ser considera hecha, en función de la enumeración precedente, a:

a. la Constitución nacional, las constituciones provinciales, el derecho administrativo y el derecho público provincial, en el caso de las personas del artículo 146 inciso a)
b. el derecho internacional público, o el derecho constitucional o público extranjero, según sea el caso, cuando se trata de las personas del artículo 146 inciso b); y
c. el derecho canónico, en el caso de la Iglesia Católica, de conformidad con la interpretación que ha dado la Corte Suprema al Artículo I del Acuerdo de 1966 entre la República Argentina y la Santa Sede, en el caso "Lastra"[4].

3. Personas jurídicas privadas

El artículo 148 amplía el enunciado actual de las personas jurídicas privadas, incluyendo en el elenco a:

a) las sociedades;

En el Proyecto de Código desaparece la sociedad civil, prevista en los artículos 1648 a 1788 bis del Código vigente[5]. Por lo tanto, la remisión debe considerarse hecha a las sociedades comerciales, que continuarán regidas por la ley 19.550 (que pasaría a llamarse "ley general de sociedades"), con las modificaciones introducidas por el proyecto de ley que acompaña al nuevo código y que, por ejemplo, introduce y regula las sociedades unipersonales.

La desaparición de las sociedades civiles implica perder la oportunidad de legislar sobre las sociedades de profesionales, llenando así una inexplicable e injustificable omisión del legislador hasta hoy.

3. Ver NAVARRO FLORIA, Juan G. y HEREDIA, Carlos I., "Régimen jurídico de los religiosos y los Institutos de Vida Consagrada", Buenos Aires, EDUCA, 1998.

4. "Lastra c/Obispado de Venado Tuerto", ED 145-495. Dijo allí la Corte que la norma del Artículo I de ese Acuerdo (ley 17032) "implica la más plena referencia al ordenamiento jurídico canónico", lo que queda reiterado por la norma que aquí comentamos.

5. Es llamativo que no se hayan previsto normas de derecho transitorio aplicables a las sociedades civiles vigentes.

b) las asociaciones civiles

A ellas dedica el Proyecto el Capítulo II de este título, a cuyo comentario remito. Pero hay que subrayar que de los escasísimos artículos que hoy les dedica el Código vigente, se pasa a una regulación extremadamente detallista que complicará hasta límites insospechables no ya la constitución de asociaciones, sino la vida de las ya existentes.

En el Proyecto desaparece la mención a las "asociaciones religiosas" que hacen los actuales artículos 45 y 46. Es cierto que ese tipo asociativo no mereció hasta ahora un gran desarrollo doctrinal y jurisprudencial específico; pero su mención diferenciada sería valiosa, sobre todo a la luz de la multiplicación de exigencias que se impone a las asociaciones civiles y que difícilmente podrán cumplir muchas asociaciones de fieles católicos, o pequeñas iglesias o comunidades religiosas no católicas.

c) las simples asociaciones;

Su inclusión en el catálogo pone fin a la discusión acerca de si son o no personas jurídicas. A ellas les dedica el Proyecto la Sección 2ª del Capítulo 2 de este Título (artículos 187 al 192), con más precisiones pero también más exigencias que el vigente artículo 46.

d) las fundaciones;

Son reguladas en detalle por el Capítulo 3 de este Título (artículos 193 al 224), habiéndose previsto la derogación de la ley 19836, lo que implica una oportuna inserción en el Código de su regulación.

e) las mutuales;

El Proyecto las menciona, pero no las regula, manteniendo su vigencia la ley 20.321.

f) las cooperativas;

La situación es análoga a la anterior. Mantiene su vigencia la ley 20.337, a la que tampoco se propone modificar.

g) el consorcio de propiedad horizontal;

El proyecto salda la añeja e insólita discusión acerca de la personalidad jurídica del consorcio, generalmente afirmada por la jurisprudencia y negada por la doctrina.

Se propone la derogación de la ley 13.512 (y de las leyes de prehorizontalidad), incorporándose la regulación de la propiedad horizontal al libro de los derechos reales. En ese marco, y entre otras normas, el Proyecto establece que "*El conjunto de los propietarios de las unidades funcionales constituye la persona jurídica consorcio. Tiene su domicilio en el inmueble. Sus órganos son la asamblea, el consejo de propietarios y el administrador. 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, inscripta en el registro inmobiliario*." (Artículo 2044).

h) las comunidades indígenas;

Esta es otra mención novedosa y oportuna del Proyecto, consistente con la norma del artículo 75 inciso 17 de la Constitución Nacional reformada en 1994, que obliga a reconocer la personalidad jurídica de estas comunidades. Tal reconocimiento ya había ocurrido, por medio de la ley 23.302.

El Proyecto no ofrece más precisiones acerca de ellas, pero incluye la regulación de un derecho real específico, la propiedad comunitaria indígena (artículos 2028 al 2036), cuyo titular pueden ser únicamente comunidades indígenas registradas como personas jurídicas (art. 2029).

i) toda otra contemplada en disposiciones de este Código o en otras leyes y cuyo carácter de tal se establece o resulta de su finalidad y normas de funcionamiento.

Esta norma residual tiene el mismo efecto ya indicado al tratar de las personas jurídicas públicas, y se justifica en el hecho de que el Código no deja de ser una ley más, que no puede impedir que

otras leyes creen o reconozcan otras personas jurídicas (tal como ocurrió con algunas de las ahora expresamente incluidas en el catálogo). No se advierte sin embargo que haya otras contempladas en el propio Código y omitidas en la lista.

No ingresan en este inciso los entes que resultan de los "contratos asociativos", nominal y precisamente regulados a partir del artículo 1442[6], puesto que expresamente se dice allí que "*A estos contratos no se les aplican las normas sobre la sociedad, no son, ni por medio de ellos se constituyen, personas jurídicas, sociedades ni sujetos de derecho*" (artículo 1442).

La misma norma aclara también a renglón seguido que "*A las comuniones de derechos reales y a la indivisión hereditaria no se les aplican las disposiciones sobre contratos asociativos ni las de la sociedad*". Con lo que tampoco deberían incluirse estos supuestos en la norma residual aquí comentada.

El Proyecto ha omitido considerar el caso particular de las iglesias y comunidades religiosas distintas de la Iglesia Católica. A mi juicio, debería incluirse en el artículo 148 un inciso que las contemple, dejando su regulación específica a una ley especial que debería ser dictada y sobre la que han existido numerosos proyectos[7].

Ello sin perjuicio de que las iglesias o confesiones religiosas que en su país de origen hayan sido reconocidas como personas jurídicas públicas (como la iglesia ortodoxa griega, por ejemplo), puedan quedar incluidas en el supuesto del Articulo 146 inciso b).

Una norma difícilmente explicable es el párrafo final del proyecto artículo 150, que dice que "*Las personas jurídicas privadas que se constituyen en el extranjero se rigen por lo dispuesto en la ley general de sociedades"*. Es verdad que la ley de sociedades contempla el caso de sociedades extranjeras, pero parece mucho más razonable generalizar justamente el criterio de ella, y decir que las personas jurídicas extranjeras se rigen por la ley de su lugar de constitución, y supletoriamente por las normas argentinas aplicables al tipo que guarde con ellas mayor analogía. Que podrá ser la regulación de las sociedades, pero también la de las cooperativas, las mutuales o las propias asociaciones civiles según el caso.

4. Las personas jurídicas privadas en general

La Sección 3ª del Capítulo I contiene normas generales aplicables a todas las personas jurídicas privadas, referidas a sus atributos, su funcionamiento, y su disolución y liquidación.

El artículo 151 se refiere al nombre, que debe ser identificatorio e incluir la forma jurídica adoptada. Las reglas que se dan recogen lo ya previsto en normas vigentes para algunos de los tipos existentes, y en normas administrativas de la autoridad de control (IGJ).

El artículo 152 regula como conceptos diferenciados el domicilio y la sede social, aunque la falta de definición del primero puede dar lugar a confusiones. Es correcta y útil la regla de que *"se tienen por válidas y vinculantes para la persona jurídica todas las notificaciones efectuadas en la sede inscripta"* (artículo 153), aunque resulta inaplicable a las personas que no requieren inscripción, como las simples asociaciones.

El artículo 154 expresa la obviedad de que *"la persona jurídica debe tener un patrimonio"*, aunque desaparece la exigencia de que no subsistan exclusivamente de asignaciones estatales.

6. Se trata de los negocios en participación (artículos 1448 al 1452), las agrupaciones de colaboración (artículos 1453 al 1462), las uniones transitorias (artículos 1463 al 1469), y los consorcios de cooperación (artículos 1470 al 1478); a todos los cuales como se ha visto se les niega la personalidad jurídica propia.

7. Actualmente rige la ley 21.705, que crea el Registro Nacional de Cultos, y obliga a inscribirse allí a todos los grupos religiosos no católicos, pero sin reconocerles por eso personalidad jurídica. Leyes especiales para este tipo de personas jurídicas han sido sancionadas en años recientes en Colombia, México, Chile y Perú, y también proyectadas para la Argentina.

El artículo 156 se limita a decir que "*el objeto de la persona jurídica privada debe ser preciso y determinado"*, pero llamativamente no extrae de allí la conclusión esperable, a saber, el principio de especialidad: que la capacidad está limitada por el objeto (que puede deducirse del artículo 141).

Los artículos 157 al 162 prevén reglas de funcionamiento, algunas bastante obvias y otras novedosas. Entre estas, la previsión de que las asambleas o reuniones del órgano de gobierno pueden celebrarse "*utilizando medios que les permitan a los participantes comunicarse simultáneamente entre ellos*" (158). Es oportuna la generalización de la regla según la cual es válida la autoconvocatoria sin citación previa en tanto haya concurrencia y decisiones unánimes[8].

Una norma que dará lugar sin duda a controversias, es la del artículo 160 que expresa: "*Los administradores responden en forma ilimitada y solidaria frente a la persona jurídica, sus miembros y terceros, por los daños causados por su culpa en el ejercicio o con ocasión de sus funciones, por acción u omisión*".

Nótese que no habla de la responsabilidad de la persona jurídica por los actos de sus administradores (el actual artículo 43), que en Proyecto aparece en el Artículo 1763, sino de la responsabilidad personal y solidaria de los administradores, frente a terceros, por los daños causados en ocasión de sus funciones, con mera culpa y aun por omisión de sus deberes. La norma tiene un sentido moralizante y refuerza el deber de obrar con lealtad y diligencia (artículo 159), pero es de una extensión muy grande.

Las últimas normas generales son las referidas a disolución y liquidación (artículos 163 a 167); y recogen en términos generales normas ya presentes en las leyes de sociedades o de fundaciones.

8. Hoy prevista en el art.237 de la ley 19550 para las asambleas de sociedades anónimas, pero con dudas doctrinarias y jurisprudenciales acerca de la necesidad de convocatoria, que suele ser ficticia.

LAS ASOCIACIONES CIVILES

Juan G. Navarro Floria

El Proyecto de Código dedica a las Asociaciones Civiles el Capítulo II del Título 2 (Personas Jurídicas) del Libro I. Está situado a continuación del que trata de las Personas Jurídicas en general, y antes del referido a las Fundaciones. Este Capítulo tiene a su vez dos secciones, dedicadas respectivamente a las Asociaciones Civiles y a las Simples Asociaciones.

Lo primero que llama la atención es la profusión y extensión de las normas (algunos artículos tienen múltiples incisos), que contrasta fuertemente con la parquedad del Código de Vélez. En este, los artículos específicamente dedicados a las asociaciones civiles y religiosas (categoría esta última que desaparece del Código) no son más de ocho, entremezclados con los que tratan de personas jurídicas en general. En el Código proyectado, que ciertamente tiene mejor sistemática, son veinticuatro, y mucho más extensos.

Esto se debe a que se han llevado al Código disposiciones que hasta ahora existían en normas reglamentarias de tipo administrativo. Muchos de los artículos proyectados están literalmente tomados de las Normas de la Inspección General de Justicia, que como se sabe, en los últimos años han devenido especialmente complejas y exigentes, con un ánimo declarado de mayor control de las asociaciones.

1. Objeto

En relación al objeto hay una suerte de inversión de la regla actual. Ya no se exige que tengan un "fin de bien común", sino un fin "*no contrario al interés general o al bien común*", que "*se interpreta dentro del respeto a las diversas identidades, creencias y tradiciones, sean culturales, religiosas, artísticas, literarias, sociales, políticas o étnicas que no vulneren los valores constitucionales*" (Articulo 168). Sí se aclara, con acierto, que la asociación "*No puede perseguir el lucro como fin principal, ni puede tener por fin el lucro para sus miembros o terceros*".

No hay previsiones acerca del control estatal o judicial de la adecuación del objeto al interés general, o su no oposición a él. Pero al erigirse como pauta suprema y única el "respeto a la diversidad", será muy difícil que se repitan decisiones administrativas o judiciales como las que en su momento vedaron la aprobación de asociaciones que promovían la homosexualidad o la "cultura swinger" (intercambio de parejas) por contrarias al bien común[1].

1. Obviamente, en la medida en que el mismo Proyecto suprime el deber jurídico de fidelidad en el matrimonio, y ratifica la admisión de matrimonios entre personas del mismo sexo, no subsistirán en el derecho positivo obstáculos a esas actividades y a las asociaciones que las promuevan.

2. Constitución

El acto constitutivo se convierte en formal, puesto que requiere de escritura pública, que debe inscribirse "en el registro correspondiente" una vez obtenida la autorización estatal.

El artículo 170 detalla minuciosamente el contenido del acto, de modo que deja muy poco espacio para la autonomía de los constituyentes. Así por ejemplo, viene legalmente exigido que los órganos de gobierno sean una asamblea, una comisión directiva, y un órgano de fiscalización interna (inciso l), o bien el destino de los bienes en caso de disolución, con una innecesaria cláusula declamativa ("*pudiendo aplicarlos al fomento de la educación pública, a organismos oficiales de apoyo a la investigación o a asociaciones civiles o fundaciones cuyo objeto sea promover la asistencia a grupos humanos en situación de vulnerabilidad, entre otros*", inciso n).

La necesidad de autorización estatal es supuesta, pero no se reglamentan sus condiciones. Es lógico, porque es materia propia de las legislaciones locales, pero al menos pudo haberse previsto la exigencia de que la denegatoria de tal autorización, lo mismo que su cancelación arbitraria, deben estar sujetas a control judicial[2].

3. Asociados

El proyecto tiene varias normas tendientes a impedir las restricciones abusivas al derecho de participación de los asociados (artículos 171, 175), pero en su detallismo llega al ridículo en el artículo 178[3].

El legislador muestra una cierta obsesión por el pago de cuotas sociales, al parecer sin permitir que una asociación se abstenga de imponerlas y cobrarlas. Así, prevé que el estatuto puede condicionar la participación en asambleas a su pago (artículo 175), aunque luego impone que la falta de pago priva del derecho a participar (178), y que la renuncia no exime del deber de pagarlas[4] (artículo 179).

Es correcta la norma del artículo 180, que exige que la exclusión de asociados, por causas previstas en el estatuto, "*debe asegurar el derecho de defensa del afectado"* y su recurso ante la Asamblea.

La norma del artículo 181, que recuerda que los asociados no responden directa ni subsidiariamente por las deudas de la asociación, es innecesaria, porque repite el concepto general del Artículo 143.

"La calidad de asociado es intransmisible" (artículo 182).

4. Administración

El órgano de administración es llamado "consejo directivo" en el artículo 171, y "comisión directiva" en el previo. Debe estar integrado necesariamente por asociados.

En otro avance reglamentario, se impone imperativamente que el órgano esté integrado por "presidente, secretario, y tesorero", y dos vocales[5].

2. El recurso judicial contra el acto de revocación, está previsto en las normas generales sobre personas jurídicas privadas (artículo 164), que naturalmente se aplican en este caso.

3. *ARTÍCULO 178.- **Participación en las asambleas**. El pago de las cuotas y contribuciones correspondientes al mes inmediato anterior es necesario para participar en las asambleas. En ningún caso puede impedirse la participación del asociado que purgue la mora con antelación al inicio de la asamblea.*

4. *El renunciante debe en todos los casos las cuotas y contribuciones devengadas hasta la fecha de la notificación de su renuncia.*

5. Al menos, el Proyecto final suprimió la exigencia del Proyecto de que también hubiese Vicepresidente, Prosecretario, Protesorero y vocales suplentes.

El artículo 176 prohíbe que el Estatuto restrinja la remoción o la renuncia de los directivos, pero reglamenta con cierto detalle el trámite de aceptación de la renuncia, y la improcedencia de la que fuera intempestiva.

Los directivos son responsables frente a la asociación y a los asociados, y el Artículo 177 hace aplicables las normas de la ley de sociedades en materia de acciones de responsabilidad.

El proyecto no dice expresamente que las asociaciones estén obligadas a llevar contabilidad y emitir estados contables, aunque lo supone al hablar de la certificación de ellos. Por otra parte, dado que la obligación sí está impuesta a las simples asociaciones (artículo 190) es lógico suponer que existe también para las formalmente constituidas.

5. Fiscalización

El Código prevé una doble fiscalización: interna y externa.

El órgano interno de fiscalización puede estar integrado por quienes no sean asociados (art.172), lo que resulta lógico dado que se exige –de manera también novedosa– que tengan "título profesional que habilite para estas funciones" [6](Artículo 173). El órgano está integrado por uno o más revisores de cuentas, pero si la asociación tiene más de cien miembros el órgano es obligatoriamente plural (comisión revisora de cuentas).

La función es incompatible con la de miembro de "la comisión" (hay que entender, pero no es explícito, que se alude a la comisión directiva) o certificante de los estados contables, incompatibilidades que "*se extienden a los cónyuges, convivientes, parientes, aun por afinidad, en línea recta en todos los grados, y colaterales dentro del cuarto grado*" (artículo 173).

El Artículo 174 se titula "*Contralor estatal",* y dice que "*Las asociaciones civiles requieren autorización para funcionar y se encuentran sujetas a contralor permanente de la autoridad competente, nacional o local, según corresponda*". Repite en parte lo ya dicho en el artículo 169.

6. Disolución y liquidación

El Proyecto dedica tres artículos a este tema, a pesar de que entre las normas generales para las personas jurídicas privadas ya hay cuatro largos artículos sobre el particular.

El artículo 183 obliga a la disolución de las asociaciones que queden con un número de miembros inferior al total de miembros titulares y suplentes de la comisión directiva. Como el artículo 171 exige al menos cinco miembros (un presidente, un secretario, un tesorero, y al menos dos vocales), más el órgano de fiscalización, no podrá haber asociaciones de menos de seis miembros.

7. Normas supletorias y transitorias

Dispone el artículo 186 que "*Se aplican supletoriamente las disposiciones sobre sociedades comerciales en lo pertinente"*. La remisión es un tanto vaga, por cuanto no está claro si es a las normas generales sobre sociedades, o a las de algún tipo societario específico, y en su caso cual. Lo que puede resultar en una fuente de conflictos.

En cambio, el Proyecto no contiene normas de derecho transitorio, lo que en este caso puede resultar especialmente complejo.

6. El proyecto no aclara cual es ese titulo. Habrá que suponer que pueden ejercer la función contadores públicos y abogados (que son los títulos exigidos para ser síndico de sociedades anónimas), pero eventualmente y ante la falta de precisión, también administradores de empresas o similares.

Según el artículo 7, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Por lo tanto, las normas aquí comentadas se aplican a las asociaciones civiles preexistentes. Téngase en cuenta que en su mayoría son disposiciones imperativas, no supletorias.

Si bien muchas asociaciones civiles se han constituido utilizando los "estatutos tipo" propuestos por los órganos administrativos de control, son miles las que en ejercicio de la libertad de asociación y la autonomía de la voluntad, y ante la parquedad del Código civil que deja hasta ahora amplio margen para su ejercicio, se han dado estatutos y estructuras originales, adaptados a sus propias necesidades. Piénsese por ejemplo en congregaciones religiosas católicas, congregaciones judías, iglesias evangélicas u ortodoxas, academias, universidades, y tantas otras. Particularmente las asociaciones más antiguas, suelen sorprender con estatutos muy simples, o con previsiones que salen de lo actualmente corriente.

¿Se les impondrá adaptarse al lecho de Procusto conformado por esta legislación reglamentarista y que avanza tanto sobre la libertad de asociación? ¿No vulnera eso derechos adquiridos?

8. Las simples asociaciones

Como es sabido, las "simples asociaciones civiles o religiosas, según el fin de su instituto", fueron escuetamente previstas por Vélez en el artículo 46, sin disponer nada sobre ellas. La Ley 17.711, a su turno, reformó ese único artículo referido a ellas, con algunas imprecisiones que originaron debates abiertos hasta el día de hoy.

El Proyecto les dedica una Sección conformada por seis artículos, que aportan algo de claridad al régimen pero, siguiendo la tónica ya elegida para las asociaciones formales, avanza mucho en reglamentarismo e injerencia estatal.

En cuanto a la forma constitutiva se exige escritura pública o instrumento privado con firma certificada por escribano (artículo 187). Nada se dice de las que no cumplan estas formalidades., ni se repite la norma actual que asigna responsabilidad solidaria a los constituyentes de una simple asociación irregular.

El Artículo 188 remite al régimen de las asociaciones civiles, que les es en general aplicable. La principal diferencia es que al parecer no requieren autorización estatal para funcionar, y por lo tanto son personas jurídicas a partir de la fecha del acto constitutivo (artículo 189).

Otra diferencia es que pueden prescindir del órgano de fiscalización si tienen menos de veinte asociados, pudiendo en tal caso cualquiera de los socios ejercer la fiscalización por sí mismo (artículo 190); pero de todos modos es obligatoria la *"certificación de sus estados contables"*, lo que supone su emisión formal (otra exigencia novedosa en comparación con el régimen actual).

En materia de responsabilidad, se establece que "*En caso de insuficiencia de los bienes de la asociación simple, el administrador y todo miembro que administra de hecho los asuntos de la asociación es solidariamente responsable de las obligaciones de la simple asociación que resultan de decisiones que han suscripto durante su administración*"; pero tienen preferencia para el cobro de sus créditos los acreedores personales (el proyecto dice "individuales") del administrador (artículo 191). En cambio, "*El fundador o asociado que no intervino en la administración de la simple asociación no está obligado por las deudas de ella, sino hasta la concurrencia de la contribución prometida o de las cotizaciones impagas*" (artículo 192).

Es una evidente mejora respecto del régimen actual la liberación de los fundadores que han dejado la administración, a los que injustamente el recordado artículo 46 impone responsabilidad solidaria. En cambio, la solidaridad impuesta a los administradores, en lugar de la actual responsabilidad personal pero subsidiaria, resultará desalentadora para asumir esas funciones, en instituciones que muchas veces se conforman para desarrollar tareas verdaderamente altruistas.

LAS FUNDACIONES

Gabriel M. Mazzinghi

I. Un primer acierto metodológico

Ante todo, debemos destacar un primer acierto del Proyecto, consistente en incorporar el tratamiento de las fundaciones, al articulado del nuevo código, junto con las restantes personas jurídicas.

Con ello, se supera la actual situación, conforme a la cual prácticamente todo lo referido a las fundaciones –salvo la genérica alusión que hace el art. 33, al clasificar las personas jurídicas– se encuentra regulado por una ley suplementaria (la 19.836) agregada al Código Civil.

El hecho de que el régimen de las fundaciones se encuentre previsto en el código, representa un acierto.

II. Pocos cambios

El Proyecto se refiere al régimen jurídico de las fundaciones, en la sección primera del Capítulo 3 del Título II, dedicándole unos treinta artículos, que van del 193 al 224, ambos incluidos.

Comparado el régimen que se pretende establecer, con el actualmente vigente, que aparece regulado por la ley 19.836 (sancionada hace cuarenta años), lo primero que hay que decir es que se encuentran pocas modificaciones, que no revisten, por lo demás, demasiada importancia.

Ello puede obedecer a dos circunstancias: a) o el régimen actualmente vigente en materia de fundaciones funciona de buena manera, no resultando necesario introducir mayores cambios, o b) o los redactores, preocupados por otros aspectos que han juzgado más trascendentes del nuevo código, no le han dedicado mayor atención a este tema, y han optado por mantener el sistema vigente.

Excede el horizonte de este trabajo, determinar si hubiera sido posible o deseable un cambio más profundo en el tema, que permitiera un mejor funcionamiento de las fundaciones, tal como de hecho ocurre en otros países, en los que estas entidades canalizan una gran cantidad de iniciativas de todo tipo, resultando una suerte de importante "motor" de la actividad cultural, científica, artística, solidaria, deportiva, médica, etc.

Lo cierto es que de una comparación entre el régimen vigente y el propuesto por los redactores del nuevo código, las diferencias son mínimas.

Lo veremos detalladamente.

III. Algunos cambios meramente terminológicos

En algunos artículos, aparecen algunos cambios terminológicos que resultan poco trascendentes y que no suponen una modificación sustancial de la naturaleza de las fundaciones, ni de su funcionamiento.

Pongamos algunos ejemplos: En el art. 194 del Proyecto, se alude a la viabilidad del pedido de autorización, en función de los antecedentes de los fundadores o de los **"servidores de la voluntad fundacional"**, expresión que reemplaza a la de los **"funcionarios contratados por la entidad"** a los que aludía el art. 2 de la ley 19.836.–

Al final de estos mismos artículos, la locución **"aptitud potencial"** para cumplir los objetivos fundacionales **"previstos"**, reemplaza en el proyecto, a la locución **"capacidad potencial"** para cumplir con los objetivos **"perseguidos"**.

Al referirse el Proyecto al estatuto dice (art. 195, inciso i) que se deberá consignar los siguientes datos del o de los fundadores: el nombre, edad, estado civil, etc. de las **personas "humanas"**, reemplazando la expresión **"personas físicas"** que utiliza hasta el momento la ley 19836, en su art. 3, inc. a-1.–

Nos parece más correcta o preferible la actual denominación, que tiene su tradición en nuestro derecho civil.–

La misma locución aparece en el art. 201 del Proyecto que establece que el Consejo de Administración estará integrado **"por tres personas humanas"**, mientras que la misma norma de la ley 19.836 se refería simplemente a tres personas.–

Esto guarda coherencia con la utilización de la terminología "personas humanas" en otras partes del Código, sobre todo en el Libro I, Título I que trata sobre "La Persona Humana" (arts. 19, 22, 23, 31, 51, 52, 58, 93, etc.

Más allá de la coherencia apuntada, no terminamos de compartir la innecesaria y forzada introducción de esta referencia a las personas humanas, pues bastaría con llamarlas "personas" (y el Proyecto lo hace en más de una ocasión), o con referirse a ellas como "personas físicas", por oposición a las personas jurídicas.–

En otro orden de cosas, al referirse al patrimonio inicial de las fundaciones, dice el Proyecto que deberá estar expresado en **"moneda nacional"**, siendo que la ley actual requiere que esté expresado en **"moneda argentina"**.

En la sección 4ta. (art. 214) y en la 7ma., a partir del art. 221, el Proyecto se refiere en varias oportunidades al **"contralor"** y a la **autoridad de contralor**, reemplazando con estas expresiones las de **"control"** y **"autoridad de control"** que utilizaba la ley 19.836.

Se trata de otro cambio insustancial.

Al referirse a las mayorías necesarias parea la reforma del estatuto, se establece actualmente el criterio de la mayoría absoluta de los integrantes del Consejo de Administración, **"salvo"** disposición en contrario del estatuto.

El Proyecto dispone lo mismo, **"excepto"** disposición en contrario del estatuto.–

Y así, hay muchos otros ejemplos de estas modificaciones realmente intrascendentes, que nos llevan a pensar en una reforma del Código llevada a cabo por lingüistas, más que por juristas; pues no advertimos que las nuevas expresiones sean más precisas o adecuadas que las que ya utilizaba la ley 19.836, ni que supongan un cambio en el régimen que regula la actividad de las fundaciones.

IV. Algunos cambios de cierta importancia

Solo en algunos aspectos, no centrales, se ha postulado una reforma que está referida al régimen y funcionamiento de las fundaciones.

Veamos:

1. Constitución por instrumento público

La actual ley, prevé la creación o constitución de la fundación, y el dictado de los estatutos "… **por instrumento público o privado**, con las firmas certificadas por Escribano público…".

Esta posibilidad desaparece en el Proyecto del Código, que requiere forzosamente en su art. 195, que tal acto sea otorgado **en instrumento público**, lo que constituye una nueva exigencia que dificulta, en parte, o frena, el impulso fundador que le da vida a la institución.

Consideramos que esta exigencia es un desacierto del Proyecto, ya que todo lo que sea aumentar las exigencias formales y los gastos a cargo del fundador, constituye una forma de desestimular algo que se relaciona con el bien común, como es una fundación.–

Por lo demás, el acto fundacional volcado en un instrumento privado y con firma certificada, que permite el sistema actual, parece reunir las razonables exigencias legales, al tener que verse forzosamente complementado por la ulterior autorización del Estado para funcionar y la aprobación formal de los estatutos.

2. El plan trienal

El art. 9 de la ley 19.836 actualmente vigente, establece que con la solicitud de la personería jurídica, que suele ir acompañada del pedido de aprobación de los estatutos, **se deberá acompañar un plan** que la entidad naciente proyecte llevar a cabo durante el primer trienio, que explicitará las actividades a realizar y las bases presupuestarias que permitirán su realización.

El plan trienal de acción aparece en el Proyecto, tanto en el art. 195 inc. k), que alude a él como una exigencia que deberá contener el estatuto, como en el art. 199 que repite –innecesariamente– el mismo concepto; de manera que en este sentido, y más allá de la reiteración apuntada, nada cambia.

Pero esta exigencia, que en la ley actual está limitada al tramo inicial de vida de la entidad, **en el Proyecto se proyecta acaso a toda la vida de la institución**, pues en la parte final del mentado art. 199, se establece que cumplido el plazo inicial (tres años), "…se debe proponer el (plan) inherente al trienio subsiguiente, con similares características.

De manera que lo que no era nuevo para el primer trienio, **aparece ahora exigido para el trienio posterior** y –según la lectura que se haga de la ley, que no es clara en este sentido–, **para todos los trienios posteriores.-**

Subsiste la duda de si el Proyecto ha querido extender a seis años –en lugar de tres– el conocimiento y control del Estado, acerca de la actividad de la fundación, o si ha querido que los sucesivos planes y proyectos que habrán de renovarse durante toda la vida de la entidad, deban ser conocidos y aprobados por el Estado.

Esto último implicaría, a nuestro criterio, una nueva traba y dificultad en el desarrollo de la vida fundacional, que debiera evitarse.

El Estado, en general, no es un buen compañero de ruta en el logro de los fines institucionales, y su control e injerencia deben ser los imprescindibles, para evitar que haya una desviación de la finalidad (siempre altruista y generosa) que persigue la fundación.

Pero convertir al Estado en una suerte de "socio necesario y permanente" de la fundación, durante toda la vida de la entidad, no nos parece un acierto.

Cuando menor sea el control estatal, cuanto más libre sea el desenvolvimiento de la actividad fundacional en procura de sus fines, cuanto menos burocrático y reglamentado sea el discurrir de la vida de la fundación, mejor.

Se trata de dar con un equilibrio entre el (necesario) control estatal (que debe ser más bien jurídico), y la actividad fluida y espontánea de una institución, que ha nacido –no hay que olvidarlo– para servir a la sociedad.

Por eso, nos parece en principio objetable el control que dispone el Proyecto en este punto.

Pensamos que con este acompañamiento permanente del Estado controlador, se le estaría dando a este último, una herramienta para torcer la voluntad fundacional, en la medida en que ella pudiera no corresponderse con la voluntad o el designio del propio Estado, sobre todo con relación a eventuales fundaciones que tuvieran una finalidad de propagar ideas vinculadas con el pensamiento político, la investigación histórica, la cultura, en general, o la promoción de determinadas ideas.

Metas todas estas, que se inscriben en el bien común de la sociedad, y suponen su enriquecimiento para el cuerpo social, aun cuando pudieran no resultar afines a los intereses de los que ocasionalmente ejercen esa tarea de control.

3. Limitación de la responsabilidad de los fundadores y administradores

El art. 200 del Proyecto establece la responsabilidad solidaria de los fundadores y administradores, por las obligaciones contraídas antes de la autorización para funcionar.

Ahora bien, esta norma proyectada, que no es clara en su redacción ni en su alcance, supone algunas diferencias importantes respecto de la ley 19.836 actualmente vigente (art. 8); conforme a esta norma, los fundadores y administradores de la fundación son **solidaria e ilimitadamente** responsables por las obligaciones contraídas por ellos antes del otorgamiento de la autorización para funcionar.

El Proyecto mantiene la responsabilidad solidaria, pero **le quita el carácter de ilimitada** que establece la ley actual; y de algún modo lo ratifica, al decir en la parte final del art. 200: "Los bienes personales de cada uno de ellos, no pueden ser afectados al pago de las deudas de la fundación durante la etapa de la gestación, sino después de haber sido satisfechos sus acreedores individuales."

El principio no es del todo claro, pues queda en pie la pregunta de si, una vez satisfechos los eventuales acreedores individuales, la responsabilidad de los fundadores o administradores además de ser solidaria entre ellos (cada uno responde por el total de las deudas de la incipiente fundación) es ilimitada, y abarca los bienes personales de aquellos, o se restringe a los bienes aportados para dar vida a la fundación.-

Sería deseable que en todo caso, estos aspectos quedaran perfectamente aclarados en la ley, para evitar futuros problemas.

4. El comité ejecutivo. Rendición de cuentas y retribución

El art. 14 de la ley actual, permite que el Consejo de Administración delegue sus facultades de gobierno y administración a favor de un comité ejecutivo integrado por miembros del Consejo de Administración, o por terceras personas.

El art. 205 del Proyecto mantiene esta idea, pero le agrega dos elementos que tienen alguna relevancia: por un lado, establece **la obligación de rendir cuentas** –el Comité, al Consejo– y por el otro, admite expresamente la posibilidad de que el Estatuto prevea una forma de **retribución pecuniaria**, a favor de los miembros del Comité Ejecutivo.

Ambas cosas nos parecen acertadas.

La primera, porque hace a la transparencia de la gestión del Comité ejecutivo, y la segunda, porque hace a la eficacia de la gestión, que supone muchas veces un alto grado de dedicación, que parece razonable que sea retribuido económicamente.-

A propósito de la retribución de las tareas, es dable mencionar que el art. 206 del Proyecto reproduce el principio del art. 20 de la ley actual, conforme al cual los miembros del Consejo de Administración no pueden ser retribuidos por el ejercicio de su cargo; ahora bien, entendemos que cuando los miembros del Consejo desempeñan, además, funciones como integrantes del Comité ejecutivo, pueden ser retribuidos en este último carácter, a pesar de la restricción que pesa sobre ellos en cuanto integrantes del Consejo.-

El Proyecto no dice específicamente ni una cosa ni otra, y sería deseable que lo aclarara.-

5. Relación entre la fundación y el fundador o sus herederos

Se mantiene al respecto (art. 212 del Proyecto), la necesidad de que todo contrato entre la fundación y los fundadores o sus herederos, deba ser sometido a la aprobación de la autoridad de contralor, y la sanción de ineficacia de pleno derecho para los contratos que no hubieran tenido esa aprobación.

Pero en el Proyecto, la norma se extiende a toda **resolución del Consejo de Administración** que directa o indirectamente origine en favor del fundador o de sus herederos un beneficio que no estuviere previsto en el estatuto.

Creemos que es un acierto del Proyecto, que refuerza la idea originalmente generosa y altruista que motiva o es causa de la misma fundación, al evitar, o por lo menos, filtrar, la posibilidad de que quien le ha dado vida, o sus herederos, se vean favorecidos por su accionar.-

6. Recursos contra resoluciones administrativas

El último artículo del Proyecto (224) se refiere a los recursos judiciales contra las resoluciones del organismo de control que denieguen o retiren la personería jurídica, y los admite con un criterio considerablemente restrictivo a los casos de ilegitimidad y arbitrariedad, tal como ocurre hoy con el art. 37 de la ley 19.836.-

Pero respecto a las resoluciones relacionadas con las decisiones de la autoridad de contralor, estas se restringen en el Proyecto a las que se dictaren según el inc. b) del art. 223, vale decir a las referidas a la fusión o coordinación de actividades de dos o más fundaciones.

Este cambio deja fuera de la "apelabilidad" –ciertamente deseable– a las resoluciones contempladas en el art. 223 inciso a) del Proyecto, que contempla la fijación de un nuevo objeto de la fundación por parte de la autoridad de contralor.

En la ley actual (art. 37), esto **también resulta apelable**, y es muy razonable que sea así, ya que constituye una circunstancia de extrema gravedad para la fundación, que su objeto resulte cambiado, en virtud de darse a juicio de la autoridad administrativa, alguna de las circunstancias previstas por el art. 223 del Proyecto.

Nos parece **una grave omisión de parte del Proyecto**, que cierra las puertas a la discusión de este grave problema, en el ámbito jurisdiccional o judicial.

Tampoco resultan apelables las medidas del órgano de contralor previstas en el art. 222 del Proyecto, que permiten al ente administrativo "suspender en casos de urgencia, el cumplimiento de las deliberaciones o resoluciones contrarias a las leyes o los estatutos…" (inciso b) o "solicitar a las autoridades la suspensión o remoción de los administradores que hubieren violado los deberes a su cargo, y la designación de administradores provisorios…" (inciso c del mismo art. 222)

A nuestro criterio, las facultades del organismo de control deben estar por un lado, acotadas en la ley, pudiendo ser apeladas por ante el Poder Judicial, pues ello asegura el resguardo de los intereses de los particulares –y las fundaciones lo son– frente al Estado.

Estos son, pues, algunos de los comentarios que nos merece, en un primer análisis, el articulado del Proyecto del Código Civil y Comercial, con relación al funcionamiento de las fundaciones.

RÉGIMEN DEL DOMINIO PÚBLICO

Ignacio M. de la Riva, Javier Guiridlian y Pedro Coviello

El propósito de este memorándum es acercar algunos comentarios preliminares relativos al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, el Proyecto) elaborado por la Comisión designada al efecto en cumplimiento de lo dispuesto por el decreto 191/2011, referentes, en particular, a las normas vinculadas a los bienes que integran el dominio público.

1. Comentarios introductorios

Por vía del Proyecto se busca un *aggiornamiento* de los Códigos Civil y Comercial hoy vigentes. Se pretende así no sólo la unificación del tratamiento normativo de las dos ramas más importantes del derecho privado, sino además la homogeneización de aquellos institutos "comunes", que en cuanto tales y al trascender una rama específica del derecho, son aplicables tanto a las relaciones jurídico-privadas como a las relaciones jurídico-públicas.

El dominio público aparece como uno de los institutos contemplados en el Código de Vélez Sarsfield, lo cual resulta pertinente en tanto dicho cuerpo legal debe sentar el régimen que hace a la determinación de la condición jurídica de los bienes en general, sin perjuicio de la ulterior regulación en el orden local de los posibles usos cuando se trate de bienes de carácter público.

Si bien la exposición de los fundamentos del Proyecto no brinda mayores precisiones en lo referente al dominio público, sí anticipa el propósito de sus redactores de superar el criterio patrimonialista imperante, para hacer hincapié en la funcionalidad (individual y/o social) que pueden alcanzar los bienes, más allá de su valor económico. En línea con tal premisa, el texto proyectado introduce como nuevas categorías a las siguientes:

- derechos de propiedad comunitaria de los pueblos originarios.
- derechos sobre el cuerpo humano y sus partes.
- derechos de incidencia colectiva.

Aun cuando no se trata de figuras directamente relacionadas con el dominio público, conviene destacar la cercanía que exhiben con dicho instituto las enunciadas en primero y último lugar. Se trata, en ambos casos, de categorías inauguradas por la reforma constitucional de 1994 (ver sus artículos 41 a 43, y 75 inciso 17, de la Constitución Nacional), razón por la cual entendemos oportuno que la reforma del Código Civil proyectada se haga cargo de reglamentarlas.

Es de lamentar, no obstante, que no se aproveche la oportunidad para dejar zanjada definitivamente la cuestión atinente al contenido y alcance precisos de ambas categorías, dado el disenso doctrinal que existe a su respecto.

2. Delimitación del dominio público

De acuerdo a las enseñanzas del Ballbé en España, replicadas luego por el maestro Marienhoff en el ámbito de nuestro país, para que exista dominio público deben darse en simultáneo cuatro presupuestos: el objetivo, que refiere a aquello que puede ser materia de dominicalidad; el subjetivo, que se vincula con el sujeto al cual dicha categoría de bienes puede pertenecer; el teleológico, señalado por Hauriou como la piedra de toque del instituto, el cual involucra el destino de uso público que justifica la condición dominial del bien; y el normativo, por el cual para que el bien sea público debe haber merecido una "unción" en dicho sentido por parte del legislador, a través de una disposición legal que haya asignado al bien su condición dominial.

El Código Civil vigente satisface el elemento normativo a partir de la enumeración de los bienes que han de reputarse públicos (ver su artículo 2340). De manera análoga, el Proyecto adopta una metodología enunciativa para delimitar los bienes que integran el dominio público.

En tal sentido, su **artículo 235**, a lo largo de siete incisos, enumera cuáles *"son los bienes pertenecientes al dominio público"*. El encabezamiento del precepto deja en claro, no obstante, que no se trata de una enumeración taxativa (según establece la norma, la misma rige *"excepto lo dispuesto por leyes especiales"*).

Resulta interesante hacer un repaso de los supuestos comprendidos en el citado artículo 235 y cotejarlos con el artículo 2340 hoy en vigor.

El **inciso a)** del artículo 235 del Proyecto refiere al *"mar territorial"* (emplea, acertadamente, la voz en singular, contra el plural utilizado por el inciso 1º del la norma correlativa del Código). Para delimitar su extensión remite a *"la distancia que determinen los tratados internacionales y la legislación especial"*, redacción que también estimamos superadora de la plasmada en la norma actualmente vigente, que omite toda referencia a los tratados internacionales, pese a su innegable relevancia para el tema.

El **inciso b)**, que alude a las bahías, ensenadas, puertos, ancladeros y playas marítimas, nos merece dos reparos.

El primero es de orden gramatical. La norma define la extensión de las playas a través de su identificación con *"la porción de tierra que las mareas bañan y desocupan durante las más altas y más bajas mareas normales"*. El criterio resulta apropiado, pero para una mayor claridad sería necesario intercalar el término *"respectivamente"* entre las voces *"desocupan"* y *"durante"*.

La segunda observación es más de fondo. En lo que hace a los puertos y ancladeros, a fin de armonizar la norma proyectada con el régimen de los puertos contenido en la ley 24.093 (artículo 7, inciso 1), debió dejarse a salvo que aquéllos de titularidad de los particulares quedan excluidos del dominio público.

El **inciso c)** de la disposición comentada engloba los ríos, los lagos navegables y toda otra agua que tenga o adquiera la aptitud de satisfacer usos de interés general, comprendidas las subterráneas. Se fusionan, de este modo, los incisos 3º y 5º del actual artículo 2340. El inciso proyectado se detiene a aclarar que por río debe entenderse el agua, las playas y el lecho por donde corre, lo cual justifica la eliminación del actual inciso 4º de la norma correlativa, que aludía a *"las playas del mar"* (en el Proyecto mencionadas en el inciso "a") y *"las riberas internas de los ríos"* (de las que ahora se ocupa el inciso "c" bajo examen). El enfoque metodológico adoptado a este respecto redunda, así, en un texto más simple y armónico.

También suscita beneplácito el hecho de que la norma proyectada fije un criterio unívoco para trazar la línea de ribera de los ríos, haciéndola coincidir con *"la crecida media ordinaria en su estado normal"*. Aun cuando se observa cierta redundancia en la redacción (hubiera bastado con hacer referencia a *"la crecida media ordinaria"*), lo cierto es que la solución propuesta permitiría superar las dificultades que genera actualmente, sobre este punto, la discordancia existente entre los artículos

2340, inciso 4º -que equipara las riberas internas de los ríos con *"la extensión de tierra que las aguas bañan o desocupan durante las **altas mareas normales o las crecidas medias ordinarias**"*- y 2755 del Código Civil -que señala como límite de los ríos el que resulta de *"**las más altas aguas** en su estado normal"*- (el énfasis nos pertenece).

El **inciso d)** reproduce, sin cambios sustanciales, el inciso 6º del artículo 2340 vigente, referido a las islas, excluyendo del dominio público aquellas que pertenezcan a particulares.

Como es sabido, tal redacción es fruto de la reforma introducida al Código Civil por la ley 17.711, y ha dado lugar a una fuerte crítica por parte de la doctrina, que viene propiciando desde entonces la conveniencia de asignar a las islas el carácter de bienes del dominio privado (sea del Estado o de los particulares, según el caso), en línea con la tendencia que se observa en el derecho comparado. Tal postura guarda, por otra parte, sintonía con la flexibilidad con que la jurisprudencia ha admitido la posibilidad de adquirir la propiedad sobre las islas por vía de usucapión.

En cuanto al **inciso e)** del Proyecto, referido a los bienes que integran el llamado dominio público artificial, se ha mantenido sin cambios la redacción del inciso 7º del artículo 2340 del Código Civil. Hubiera sido, a nuestro juicio, una buena ocasión para incorporar a los cementerios públicos, máxime cuando el Proyecto se ha detenido a regular expresamente los cementerios privados (artículos 2103 y siguientes), a los que califica como de propiedad privada (artículo 2103).

Finalmente, los **incisos f) y g)** del artículo 235 del Proyecto hacen mención, respectivamente, a los documentos oficiales del Estado y a las ruinas y yacimientos arqueológicos y paleontológicos, con una redacción más breve y precisa a la contenida en los incisos 8º y 9º del artículo 2340 del Código Civil.

Para completar (por exclusión) el alcance del dominio público, cabe hacer un breve comentario al **artículo 236** del Proyecto, que enumera los bienes del dominio privado del Estado, tal como hasta la fecha lo hace el artículo 2342 del Código Civil.

Su inciso a) mantiene la mención a los inmuebles que carecen de dueño, con una redacción más abreviada que el actual inciso 1º, que hace que la norma gane en claridad.

También el inciso b) respeta la referencia del inciso 2º vigente, referido a las minas de oro, plata, cobre, piedras preciosas y sustancias fósiles. A nuestro entender, por razones metodológicas, sería aconsejable su eliminación, de modo de evitar cualquier posible desinteligencia con el Código de Minería, texto específicamente concebido para establecer el régimen de tales bienes.

El inciso c) introduce una novedad que debe ser bienvenida, al incluir a los lagos no navegables que carecen de dueño como bienes del dominio privado del Estado. De esta forma se suple una omisión del Código Civil, que guarda silencio acerca del status jurídico de los lagos no navegables, dejando así abierta la cuestión a disputas doctrinarias. El precepto proyectado, al sentar expresamente la condición de los lagos no navegables *"que carecen de dueño"*, despeja cualquier duda acerca de la posibilidad de que los particulares puedan ser titulares del dominio de ese tipo de espejos de agua.

El inciso d) del Proyecto refiere a *"las cosas muebles de dueño desconocido que no sean abandonadas, excepto los tesoros"* (estos últimos posee su propio régimen), una versión *aggiornada* y más precisa del inciso 4º del artículo 2342 del Código Civil, que alude a *"bienes vacantes o mostrencos, y los de las personas que mueren sin tener herederos"*.

Finalmente, el inciso e) incorpora a la enumeración de bienes privados del Estado, genéricamente, a *"los bienes adquiridos por el Estado nacional, provincial o municipal por cualquier título"*, sentando así un criterio residual que guarda sintonía con el carácter restrictivo que corresponde asignar al alcance del dominio público. El supuesto se halla contemplado en la última parte del artículo 2342, inciso 4º, del Código Civil, y se condice con la regla conforme a la cual, en principio, los bienes adquiridos por el Estado (en cualquiera de sus formas) pertenecen a su dominio privado, y sólo por excepción (en tanto una norma legal así lo disponga) a su dominio público.

Vemos saludable la eliminación, en el Proyecto, de los restantes casos previstos en el inciso 4º del artículo 2342 del Código Civil, que hace referencia a *"los muros, plazas de guerra, puentes, ferrocarriles y toda construcción hecha por el Estado o por los Estados…"*. Semejante disposición

guarda una dudosa coherencia con el inciso 7º del artículo 2340 del mismo cuerpo, que pareciera incluir esos mismos bienes dentro del dominio público del Estado.

3. Notas inherentes al régimen del dominio público

Una novedad destacable del Proyecto es que se detiene a consagrar de manera expresa las notas que la doctrina ha tradicionalmente predicado como inherentes y estructurantes del régimen jurídico exorbitante de los bienes dominiales.

En efecto, el **artículo 237** del cuerpo legal proyectado establece que *"los bienes públicos del Estado son inenajenables, inembargables e imprescriptibles"*. En el Código Civil, los preceptos que permiten reconstruir la vigencia de tales notas se encuentran diseminados a lo largo de su articulado, lo cual exige un esfuerzo de interpretación tendiente a su armonización.

Se trata, pues, a nuestro juicio de un cambio metodológico que brinda mayor claridad del régimen troncal de los bienes del dominio público.

Es de lamentar, por el contrario, que la norma parcialmente transcripta haya sentado tales principios en términos absolutos, sin dejar a salvo que –como lo ha venido destacando de manera constante la doctrina especializada- las restricciones impuestas por dichas notas sólo rigen en cuanto respecta a los negocios jurídicos propios del tráfico privado, pero no impiden la celebración de otras transacciones sujetas al derecho público en tanto resulten compatibles y respetuosas de la finalidad que llevó a asignar al bien público su condición de tal.

La parte final del precepto establece que *"las personas tienen su uso y goce, sujeto a las disposiciones generales y locales"*. Con tal redacción, un tanto imprecisa (habría sido más adecuado referirse a *"todas las personas"* o, mejor aún, a *"todos los habitantes de la Nación"*), la norma ha querido destacar el destino de uso común propio, como regla general, de todos los bienes del dominio público, y la sujeción de las condiciones de dicho uso *"a las disposiciones generales y locales"*.

La disposición resulta confusa también a este último respecto, ya que no deja en claro cuándo el uso de los bienes en cuestión estará regido por el régimen *"general"* (¿habrá querido decirse *"nacional"*?), y cuándo estará sujeto a las normas de índole local. Más aún, en nuestra opinión, dada la condición pública de los bienes alcanzados, la norma debió haber enfatizado el carácter local del régimen que ha de gobernar su uso, sin perjuicio del respeto de la normativa de derecho privado, en lo que hubiere lugar.

En lo que hace a la prohibición de adquirir por usucapión los bienes del dominio público, la doctrina infiere tal consecuencia de lo dispuesto en el artículo 4019 del Código Civil, el cual se limita, en rigor, a establecer la imprescriptibilidad (liberatoria) de la acción de reivindicación de las cosas que se encuentran fuera del comercio. A este respecto, el Proyecto hace extensiva tal imprescriptibilidad a las acciones reales articuladas contra toda clase de bienes, sin distinción alguna, más allá de lo que corresponda en materia de prescripción adquisitiva (ver su **artículo 2247**).

4. Otras disposiciones relativas al dominio público

El Proyecto contiene otras normas que completan, respecto de algunos temas puntuales, el régimen de los bienes del dominio público, o que tienen al menos incidencia indirecta sobre el régimen que se aplica a tales bienes.

4.1. En primer lugar, su **artículo 239** se ocupa de las aguas que surgen en los terrenos de los particulares, para declarar que las mismas, en tanto no formen cauce natural, serán del dominio de los titulares del predio, sin perjuicio de las limitaciones a que hubiere lugar por razones de interés público (lo que a la postre constituye la consecuencia del carácter relativo que todos los derechos asumen).

Se trata de una disposición que podría generar algún conflicto de interpretación con la establecida en el artículo 235, inciso c), del mismo Proyecto, según la cual integran el dominio público *"los ríos y demás aguas que corren por cauces naturales, los lagos navegables* ***y toda otra agua que tenga o adquiera la aptitud de satisfacer usos de interés general****, comprendiéndose las aguas subterráneas…"* (el énfasis nos pertenece).

En definitiva, cuando se trate de aguas que surgen de terrenos de los particulares y que no corran por cauces, pero que tengan aptitud para satisfacer usos de interés general, la contraposición entre ambas normas no deja en claro si pertenecerán al titular del terreno o pasarán a integrar el dominio público.

4.2. Otra de las innovaciones dignas de mención viene dada por la introducción de una disposición que contempla específicamente la situación de los bienes del dominio de los particulares, afectados de manera directa a la prestación de un servicio público, para establecer a su respecto que el poder de agresión de los acreedores no puede perjudicar la prestación del servicio (ver el **artículo 243** del Proyecto).

Se trata, pues, a nuestro juicio, de una norma saludable, ya que deja en claro que no es necesario apelar a la categorización de tales bienes como integrantes del dominio público como único camino para dejarlos a salvo de los acreedores del titular privado de tales bienes.

4.3. Otra novedad relevante que introduce el Proyecto es la incorporación del derecho real de superficie (**artículo 2114** y siguientes), absolutamente vedado en el marco del Código Civil en su versión original (artículo 2614), sin perjuicio de la apertura que supuso la reforma llevada a cabo por la ley 25.509, que lo contempló para las plantaciones.

Esta incorporación contribuirá a fomentar la participación público-privada en emprendimientos públicos, en tanto la posibilidad de asignar carácter privado al dominio sobre las construcciones resultantes dará cabida a nuevas modalidades de financiación, a permitir constituir gravámenes sobre esos mismos bienes.

4.4. A su turno, el **artículo 2267** del Proyecto designa a los sujetos con aptitud (legitimación) para requerir la demarcación de límites divisorios entre inmuebles. Al respecto, para el caso de que el bien lindero pertenezca al Estado, la norma distingue según se trate de un bien del dominio privado o público estatal, correspondiendo a la jurisdicción administrativa cuando sea dominial.

El precepto reconoce, así, un privilegio a favor del titular del bien dominial en lo que hace a su deslinde, en línea con la doctrina dominante.

4.5. Finalmente, entendemos pertinente hacer alguna mención al régimen de propiedad comunitaria indígena, en tanto se presenta como una especie de propiedad que cabe ubicar en un estrato intermedio entre la dominialidad y el dominio privado, toda vez que aun cuando se encuentra en cabeza de sujetos privados, participa de algunos de los caracteres del dominio público (v. gr., su imprescriptibilidad, a tenor del **artículo 2032** del Proyecto; o el hecho de no ser susceptible de ser gravada con derechos reales de garantía, ni embargada o ejecutada por deudas, según resulta de su **artículo 2034**).

Queda en claro, así, que los derechos de propiedad comunitaria de los pueblos originarios vendrían a configurar un nuevo género de dominio, estructurado sobre dos elementos distintivos: el subjetivo, puesto que el titular de dicho derecho real en cuestión resulta ser de carácter plural (la *"comunidad indígena"* que hubiese sido registrada como persona jurídica, según el **artículo 2029**); y el teleológico o finalista, ya que sólo serán susceptibles de integrar dicha modalidad de dominio los bienes que se encuentren destinados a *"la preservación de la identidad cultural y el hábitat de las comunidades indígenas"* (**artículo 2028**).

HECHOS Y ACTOS JURÍDICOS

José O. Clariá

El Código Civil vigente, en su libro segundo se refiere a los derechos personales en las relaciones civiles.

Ese libro del código tiene tres secciones. La primera que se refiere a "las obligaciones en general", la segunda a "los hechos y actos jurídicos que producen la adquisición, modificación, transferencia o extinción de los derechos y obligaciones", y la tercera a "las obligaciones que nacen de los contratos".

Ese método ha sido criticado [1] por la ubicación de la sección los hechos y actos jurídicos en medio de las obligaciones y de los contratos, cuando en realidad tiene una aplicación general a todo el ordenamiento.

El Proyecto ubica el tema en el título cuarto del Libro Primero que trata **"De la parte general"**, superando de esa manera la crítica que se le realizaba a la metodología del código vigente.

El Título IV del Libro Primero lleva por título **"Hechos y Actos jurídicos"**.

1. Disposiciones generales

En su primer capítulo titulado **"Disposiciones generales"** expresa los conceptos de Hecho jurídico, Simple acto lícito, Acto jurídico, Acto voluntario y Acto involuntario.

Receptando comentarios y críticas doctrinales al Código de Vélez expresa conceptos más claros y precisos.

Elimina la palabra "susceptible" de la noción de hecho jurídico, conforme opinión doctrinaria prácticamente unánime. Define el concepto de simple acto licito en forma más precisa que la noción del art. 899 del C.Civil aclarando que de los mismos resulta alguna adquisición, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas. Se define asimismo el acto jurídico con palabras más concretas que el art. 944 del Código Civil (acto voluntario licito que tiene por fin inmediato la adquisición, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas).

En la noción se acto voluntario se agrega el requisito de que se manifieste por un hecho exterior.

En los actos involuntarios se modifica la edad del discernimiento para los actos lícitos llevándola a 13 años en vez de 14 como el C.Civil, agregando "sin perjuicio de lo establecido en disposiciones especiales".

Se suprime asimismo la mención que hace el Código Civil a los dementes, expresando que carece de discernimiento el acto de quien al momento de realizarlo esta privado de la razón.

1. Conf. Rivera, Julio César, Instituciones de Derecho Civil, Parte General, T. I, pág. 239.

Respecto de la manifestación de voluntad se expresa en forma sistemática (a diferencia de las contempladas en los arts. 913 a 920 del C.Civil), que la misma puede ser oral, escrita, por signos inequívocos o por le ejecución de un hecho material.

En cuanto al silencio como manifestación de la voluntad se reitera el principio de que no es considerado una manifestación de voluntad conforme al acto o interrogación, y exceptúa los casos en que hay deber de expedirse que puede resultar de la ley, agrega la voluntad de las partes y los usos y practicas (que no estaban en el Código Civil), mantiene la relación entre el silencio actual y las declaraciones precedentes y elimina la mención a las relaciones de familia que contenía el art. 919 del actual código.

2. Actos jurídicos

En el capítulo 5 se refiere a los **Actos jurídicos.**

En la primera sección trata del **Objeto de los actos jurídicos.**

En el art. 279 del Proyecto se legisla acerca del objeto de los actos jurídicos. Si bien se modifica el sistema de redacción, entendemos que los principios que la doctrina y jurisprudencia habían elaborado acerca del art. 953 del Código Civil, mantienen plena y absoluta vigencia. El artículo está redactado en forma negativa. Es decir, señalando aquellos hechos o bienes que no pueden ser objeto de los actos jurídicos. Se mantiene la imposibilidad o prohibición de la ley, se habla de contrario a la moral y a las buenas costumbres (el art. 953 actual solo se refiere a las buenas costumbres) y se agrega que el objeto no puede ser contrario al orden público o lesivo de los derechos ajenos o de la dignidad humana. Tampoco puede ser un bien que por un motivo especial se haya prohibido que lo sea. Se suprimen otros conceptos que estaban en el art. 953 (cosas en el comercio, que se opongan a la libertad de las acciones o de la conciencia). Respecto de las cosas, al hablar de bienes que por un motivo especial se haya prohibido que sea objeto de actos jurídicos, entendemos que queda solucionada las dificultades y discrepancias respecto de la anterior redacción. Y en cuanto a la libertad de las acciones o de la conciencia entendemos que queda subsumida en los hechos contrarios a la moral y buenas costumbres como asimismo en los lesivos de la dignidad humana.

Se agrega que si el acto es inicialmente imposible pero deviene posible antes del vencimiento del plazo o cumplimiento de la obligación es válido.

En la sección segunda se legisla acerca de la **causa del acto jurídico**. De esta manera se incorpora a la legislación la causa fin como un elemento autónomo del acto jurídico, superando de esa manera las dificultades de interpretación y discrepancias existentes al respecto.

El Proyecto define la causa como "el fin inmediato autorizado por el ordenamiento jurídico que ha sido determinante de la voluntad. También integran la causa los motivos exteriorizados cuando sean lícitos y hayan sido incorporados al acto en forma expresa, o tácitamente si son esenciales para ambas partes".

Es conocido la existencia de las teorías casualistas, anticausalistas y neocausalistas que difieren acerca de si la causa fin es o no un elemento independiente del acto jurídico y las más modernas concepciones al respecto [2]. Y, en el caso de las casualistas y neocausalistas, la diferencia conceptual acerca de que debe entenderse por causa. El Proyecto recepta la doctrina y jurisprudencia mayoritaria que entiende que el fin que ha sido el determinante de la voluntad es un elemento que no se confunde ni con el consentimiento ni con el objeto del acto jurídico.

También el artículo menciona que integran la causa **los motivos** exteriorizados cuando sean lícitos y hayan sido incorporados en forma expresa o tácita si son esenciales para ambas partes.

2. Puede verse una reseña de las posturas y de su evolución en: Rivera, Julio César, ob. citada, T. II, pág. 535 y sgts.; Llambías, Jorge Joaquín, Tratado de Derecho Civil, Parte General, T. II, pág..344 y sgts. entre otros.

El proyecto mantiene las nociones de presunción de causa, falsa causa y causa ilícita, pero, a diferencia del Código Civil que la incluía en la sección de las obligaciones queda ubicada en el capítulo referido a los actos jurídicos.

Finalmente, con relación a la causa, el art. 283 establece que la inexistencia, falsedad o ilicitud de causa no son discutibles en el acto abstracto mientras no se haya cumplido, excepto que la ley lo autorice.

3. Vicios de los actos jurídicos

El capítulo 6 se refiere a los **Vicios de los actos jurídicos** (Lesión, Simulación y Fraude) quedando claramente diferenciados de los vicios de la voluntad (Error, Dolo y Violencia) contemplados en los capítulos 2, 3 y 4.

El art. 332 trata el vicio de Lesión manteniendo, en lo esencial, la regulación del actual art. 954. Se sustituye la noción de ligereza del actual Código Civil por la de "debilidad síquica". Se modifica el orden de la redacción pero manteniendo los conceptos y se suprime el plazo de prescripción de cinco años que estaba en el art. 954 y en el art. 2563 inc. e) del proyecto se establece el plazo de dos años a contar desde la fecha en que la obligación a cargo del lesionado debía ser cumplida.

Los artículos 333 a 337 se refieren a la simulación. El art. 333 reitera textualmente el concepto del actual art. 955 del Código Civil.

Respecto de la simulación lícita e ilícita el art. 334 establece que la simulación ilícita o que perjudica a un tercero provoca la nulidad del acto ostensible. Aclara también que si el acto simulado encubre otro real (simulación relativa) este es plenamente eficaz si concurren los requisitos de validez y no es ilícito o perjudica a un tercero. Incluye asimismo la noción de cláusulas simuladas.

El art. 335 se refiere a la acción entre las partes. Reitera los principios del actual Código Civil con una mayor precisión en la redacción, pero que no afecta la esencia de los conceptos. Se mantiene la necesidad del contradocumento como prueba en el caso de la acción entre las partes e incluye la interpretación doctrinaria y jurisprudencial mayoritaria aclarando que puede prescindirse del contradocumento cuando la parte justifica las razones por las cuales no existe o no puede ser presentado y median circunstancias que hacen inequívoca la simulación.

Con buena técnica legislativa se excluye la mención a que la acción tenga por objeto dejar sin efecto el acto, ya que el objeto de la acción de simulación es precisamente ese.

El art. 336 se refiere al ejercicio de la acción por terceros cuyos derechos o intereses legitimo son afectados por el acto simulado (la mención a los terceros no existía en el Código Civil). Les concede acción para pedir la nulidad del acto y aclara que pueden acreditar la simulación por cualquier medio de prueba.

El art. 337 se refiere a los efectos de la simulación respecto de terceros adoptando las soluciones de la doctrina y jurisprudencia actual. Se establece que la simulación no puede oponerse a los acreedores del adquirente simulado que hayan ejecutado de buena fe los bienes. Respecto del subadquirente de los derechos obtenidos por el acto simulado se expresa que el acreedor solo tiene acción si es adquirente a título gratuito o si es cómplice en la simulación. Asimismo se regula que si el acreedor pierde la acción por la transmisión a un tercero de buena fe y a título oneroso, el subadquirente de mala fe o quien contrato de mala fe con el deudor responden solidariamente por los daños causados. Y, finalmente, se establece que el que contrató de buena fe y a título gratuito responde, pero en la medida de su enriquecimiento.

Los artículos 338 a 342 se refieren al fraude. El Proyecto mantiene la regulación actual del instituto y de su interpretación doctrinaria y jurisprudencial, pero mejora la técnica legislativa.

El art. 338 establece que todo acreedor puede solicitar la declaración de inoponibilidad (el Código decía la "revocación") de los actos del deudor en fraude de sus derechos así como de las renuncias al ejercicio de derechos o facultades.

El 339 establece los requisitos para la procedencia de la acción de inoponibilidad. Mantiene el esquema del Código actual pero con una redacción más clara y precisa.

El art. 340 se refiere a los efectos frente a terceros y repite el esquema de la simulación entre terceros, acreedores y subadquirentes.

Los arts. 341 y 342 mantienen el sistema del actual código y se refieren a la extinción de la acción si el adquirente desinteresa al acreedor o da garantía suficiente y asimismo a la extensión de la inoponibilidad solo en interés de los acreedores que la promueven y en la extensión de sus créditos.

4. Ineficacia de los actos jurídicos

El Capítulo 9 trata sobre la **ineficacia de los actos jurídicos** (terminología que no utiliza el actual Código Civil que solo se refiere a la nulidad de los actos jurídicos). Se recepta de esa manera el concepto ampliamente aceptado por la doctrina y jurisprudencia.

En la sección primera se tratan las Disposiciones generales. En el art. 382 se establece que los actos jurídicos pueden ser ineficaces en razón de su nulidad o de su inoponibilidad respecto de determinadas personas (terminología que tampoco utiliza el actual código).

El art. 383 establece que la nulidad puede argüirse por vía de acción u oponerse como excepción y que en todos los casos debe sustanciarse. En los fundamentos del proyecto se aclara que se trata de una defensa de fondo por lo que solo será invocable al contestar la demanda y no será resuelta como de previo y especial pronunciamiento, sino en la sentencia y luego de producida la prueba correspondiente.

El art. 384 se refiere a la conversión del acto nulo admitiendo que se convierta en otro valido si se satisfacen los requisitos. Adopta asimismo el criterio subjetivo de la conversión al exigir que el fin práctico perseguido por las partes permita suponer que ellas lo habrían querido si hubiesen previsto la nulidad. Se enrola de esa manera en la misma postura que el Código Alemán, Italiano, Portugués y Griego entre otros.

El art. 385 acepta que las partes puedan recurrir a la celebración del negocio indirecto para obtener un resultado que es propio de los efectos de otro acto. La doctrina, las jornadas y congresos y los anteriores proyectos de reforma habían aceptado la validez de esta figura con fundamento en el principio de la autonomía de la voluntad. El proyecto establece como limites a la validez, que no se otorgue para eludir una prohibición de la ley o que se celebre para perjudicar los derechos de un tercero.

En la sección segunda el proyecto se refiere a la nulidad absoluta y relativa.

El proyecto suprime la distinción entre actos nulos y anulables. En los fundamentos del proyecto se explican en detalle los motivos por los cuales se adopta esta decisión. Luego de enumerar los distintos criterios utilizados para efectuar la distinción entre actos nulos y anulables, se explica que luego de la reforma por la ley 17711 del art. 1051 actual (que equiparó la protección del subadquirente de buena fe y a título oneroso "sea el acto nulo o anulable") no existen motivos serios para mantener la distinción. Agrega que la nulidad requiere siempre pronunciamiento judicial, que no existe diferencia real entre la sentencia que declara la nulidad en el acto nulo y en el anulable, que tanto la nulidad como la anulabilidad pueden hacerse valer por vía de acción o excepción, y que no es exacta la creencia de que en el acto nulo se presume la mala fe del tercer adquirente no así en el acto anulable.

Es probable que la supresión de la categoría de actos nulos y anulables provoque alguna polémica o crítica.

Por nuestra parte entendemos que, luego de la reforma del art. 1051 por la ley 17.711 protegiendo al tercer adquirente sea el acto nulo o anulable, la distinción dejó de tener efectos prácticos.

Si bien es cierto que conceptualmente puede distinguirse aquellos actos en que el vicio esta patente y que es rígido de aquellos que requieren una investigación de las circunstancias de hecho, entendemos que la misma no produce consecuencias prácticas.

Respecto de la protección de terceros ya hemos señalado que el art. 1051 suprimió la diferencia. Con relación a la necesidad de juzgamiento, la realidad es que en ambos casos es necesario que un juez declare la nulidad en una sentencia. Con relación a los efectos, las cosas vuelven al mismo estado en que se encontraban con anterioridad a la celebración del acto sea el acto nulo o anulable.

En el sistema del código subsistía, al combinar esta clasificación con la de nulidad absoluta y relativa, la establecida en el art. 1047 que establecía que la nulidad absoluta puede ser declarado por el juez cuando aparece manifiesta en el acto (lo cual no ocurría en los actos anulables) [3].

Sin embargo, el proyecto soluciona adecuadamente la cuestión al establecer en el art. 387 que la nulidad absoluta puede ser declarada de oficio por el juez si es manifiesta al momento de dictar sentencia.

En el art. 386 se establece el criterio de distinción entra la nulidad absoluta y relativa. Son de nulidad absoluta los actos que contravienen el orden público, la moral o las buenas costumbres y son de nulidad relativa los actos a los cuales la ley impone esta sanción solo en protección del interés de ciertas personas.

Si bien esta distinción y estos conceptos habían sido aceptados en forma prácticamente unánime por la doctrina y jurisprudencia, no estaban consagrados en el articulado del código civil.

El art. 387 se refiere a las consecuencias de la nulidad absoluta estableciendo que: a) Puede ser declarado de oficio por el juez si es manifiesta al momento de dictar sentencia; b) pude alegarse por el Ministerio Público y por cualquier interesado; c) Excluye a aquel que alegue su propia torpeza para lograr un provecho. Mejora de esa manera la redacción de art. 1047 del Código Civil (el que ha ejecutado el acto sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba). Los fundamentos explican que se adopta esta fórmula pues el conocimiento del vicio no equivale a la mala fe, que es lo trascendente. Agrega la disposición que la nulidad absoluta no es saneable ni por la confirmación del acto ni por la prescripción.

El art. 388 regula la nulidad relativa. Establece que solo puede declararse a instancias de las personas en cuyo beneficio se establece. También concede la posibilidad de que excepcionalmente pueda invocarla la otra parte si es de buena fe y ha experimentado un perjuicio importante. De esa manera se amplía la legitimación activa con relación al actual art. 1048. El artículo agrega que la parte que obró con incapacidad de ejercicio para el acto no puede alegarla si obro con dolo. Disposición que resulta, en nuestra opinión, razonable.

La sección 3ª. Se ocupa de la nulidad total y parcial. Luego de definirlas adopta el principio de la separabilidad que coincide con el actual art. 1039. Consecuentemente establece que la nulidad de una disposición no afecta a las otras válidas si son separables. Por el contrario, si el acto no puede subsistir sin cumplir su finalidad se declara la nulidad total.

El art. 389 agrega que en caso de nulidad parcial, en caso de ser necesario, el juez debe integrar el acto de acuerdo a su naturaleza y a los intereses que razonablemente puedan considerarse perseguidos por las partes. Cabe mencionar en este aspecto, que en los fundamentos del proyecto se expresa que se establece la "facultad" del tribunal de integrar el acto. Sin embargo, la redacción del artículo expresa que el juez "debe" integrar el acto. Por lo que parece ser obligatorio para el juez integrarlo si se dan las condiciones establecidas por la disposición.

La sección 4ª. Se refiere a los efectos de la nulidad. En el actual código, el tema está legislado en los arts. 1050 y siguientes. En el proyecto se establece una formula genérica que se considera comprensiva de las consideradas por el actual código en forma casuística y se expresa, que la nulidad vuelve las cosas al mismo estado en que se hallaban antes del acto declarado nulo y obliga a las partes a restituirse mutuamente lo que han recibido. Agrega que las restituciones se regirán por las disposiciones relativas a la buena o mala fe, según sea el caso, de acuerdo a lo dispuesto en el libro de los derechos reales al regular la posesión y la tenencia de buena o de mala fe.

3. Acerca de la pérdida de importancia de la distinción y la referencia al art. 1047 puede verse, entre otros: Borda, Guillermo A., Tratado de Derecho Civil, Parte General, T. II, pág. 414; Rivera, Julio César, ob. citada, T. II, pág. 962.

Corresponde señalar que este artículo 390 fue modificado y la redacción del proyecto enviado por el Poder Ejecutivo al Congreso, es diferente al de la Comisión. El proyecto de la Comisión decía: "La nulidad obliga a las partes a restituirse mutuamente lo que han recibido en virtud del acto. Estas restituciones se rigen por las disposiciones relativas a las relaciones de buena o mala fe, según sea el caso". El proyecto remitido por el PEN al Congreso dice: "La nulidad pronunciada por los jueces vuelve las cosas al mismo estado en que se hallaban antes del acto declarado nulo y obliga a las partes a restituirse mutuamente lo que han recibido. Estas restituciones se rigen por las disposiciones relativas a la buena o mala fe según sea el caso, de acuerdo a lo dispuesto en las normas del Capítulo 3 del Título II del Libro Cuarto". (lo subrayado es lo agregado)

La modificación no afecta, en su esencia, la regulación y entendemos que le aporta mayor claridad y precisión.

El art. 391 mantiene el principio del art. 1056 del Código, aunque mejorando su redacción y establece que los actos jurídicos nulos, aunque no produzcan el efecto de los actos válidos darán lugar a las consecuencias de los hecho jurídicos en general y a las eventuales reparaciones que puedan corresponder.

El art. 392 reitera el principio del actual artículo 1051 que protege a los subadquirentes de buena fe y a título oneroso. El artículo se refiere a inmuebles y agrega los muebles registrables. Luego de la reforma de la ley 17711 se había planteado el interrogante de si la protección del tercero tenía lugar en caso de falta de autoría del titular del derecho transmitido al primer adquirente. La doctrina mayoritaria se había pronunciado por la negativa. El proyecto recoge esa opinión y expresa que los subadquirentes no pueden ampararse en su buena fe y título oneroso si el acto se ha realizado sin intervención del titular del derecho.

La sección 5ª se refiere a la confirmación. Aunque con una redacción más precisa y metódica, el proyecto mantiene los principios del actual código. Establece en el art. 393 que hay confirmación cuando la parte que puede articular la nulidad relativa manifiesta en forma expresa o tácita su voluntad de tener el acto por válido, después de haber desaparecido la causa de la nulidad. Al igual que el actual código expresa que no requiere la conformidad de la otra parte.

El art. 394 menciona los requisitos de la confirmación expresa en cuanto a la forma (la misma que el acto que se sanea), la contención de la causa de nulidad, de su desaparición y su intención de confirmar el acto.

Agrega que la confirmación tácita resulta de la ejecución total o parcial del acto nulo realizado con conocimiento de la causa de nulidad o de la ejecución de otro acto de la que deriva la voluntad inequívoca de sanear el vicio del acto.

El art. 395 mantiene el criterio de la retroactividad del efecto de la confirmación al día de la celebración del acto entre vivos o al día del fallecimiento de las disposiciones de última voluntad. Se reitera asimismo que la retroactividad no perjudica a terceros de buena fe.

En la sección 6ª se regula la inoponibilidad. En el art. 382, que ya hemos mencionado, el proyecto establece que los actos jurídicos pueden ser ineficaces en razón de su nulidad o de su inoponibilidad respecto de determinadas personas.

En esa sección la inoponibilidad se regula en dos artículos. El art. 396 que expresa que el acto no tiene efectos con respecto a terceros, excepto en los casos previstos por la ley. Y el art. 397 que expresa que la inoponibilidad puede hacerse valer en cualquier momento, sin perjuicio de los derechos de la otra parte de hacer valer la prescripción o caducidad.

LAS MODALIDADES DE LOS ACTOS JURÍDICOS

Antonio R. Budano Roig

Introducción

La cuestión atinente a las modalidades de los actos jurídicos está tratada en el Anteproyecto en el Libro Primero (Parte General), Título IV (Hechos y actos jurídicos), Capítulo 7. Dicho capítulo se subdivide en tres secciones. La Sección 1ª legisla sobre la condición (arts. 343 a 349), la Sección 2ª sobre el plazo (arts. 350 a 353), y la Sección 3ª sobre el cargo (arts. 354 a 357).

Antes de referirnos en particular a cada una de las modalidades de los actos jurídicos y al tratamiento que se les dispensa tanto en la legislación actual como en la proyectada, cabe formular también un análisis comparativo sobre el método seguido en una y otra para incorporarlas a la ley positiva así como a las consecuencias que de ello se deriva.

Método seguido en el Código Civil.

Debemos señalar ante todo que, en lugar de legislar sobre las modalidades a que pueden estar sujetos los actos jurídicos en el título que se refiere a ellos, el Código las regula en los títulos V y VI de la Parte Primera de la Sección Primera del Libro Segundo, es decir, en el que se ocupa de las obligaciones en general. Y ello es impropio pues las modalidades no se aplican a las obligaciones sino a los actos jurídicos que las generan aunque en ocasiones se reflejen en aquellas.

Es cierto que las modalidades en ocasiones condicionan las obligaciones, pero también pueden afectar los derechos reales. Y esto ocurre porque aquellas se originan en los actos jurídicos y estos en muchas ocasiones se adquieren en virtud de ellos. Por ello reiteramos que las modalidades afectan los actos jurídicos, en general, y las consecuencias que estos generan. Lo atinente a ellas, entonces, debió haberse regulado en un título que integrara la sección segunda del libro segundo del Código y no en el marco legal previsto para las obligaciones.

En principio, cualquier tipo de acto jurídico puede estar sujeto a modalidades, con algunas excepciones puntuales correspondientes todas al derecho de familia, tales como el matrimonio, el reconocimiento de la filiación o la institución de heredero legitimario, para solo citar algunos ejemplos.

Por otra parte, también hay un desorden en el método seguido por Vélez. Así, se legisla sobre las tres modalidades que el Código contempla en dos títulos en lugar de dedicar uno a cada una de ellas. Resultado de ello es que el cargo resulta regulado en el último de los cuatro capítulos que contiene el título V que se denomina “De las obligaciones condicionales”.

Podrá sostenerse que la condición se emplea con más frecuencia que el cargo. Pero aunque ello pueda ser cierto, no lo es menos que ambas son igualmente modalidades que debieron ser tratadas con idéntica sistematización.

Método seguido en el Anteproyecto.

No cabe duda en cuanto al acierto del Anteproyecto al subsanar los errores apuntados y legislar sobre las modalidades en un Capítulo que forma parte del Título dedicado a regular lo atinente a los hechos y actos jurídicos. Resulta por otra parte adecuado dedicar una Sección a cada una de las modalidades conocidas, adjudicándoles así la idéntica importancia y disimulando de este modo la menor aplicación que, en general, se suele hacer del cargo.

Hechas las aclaraciones metodológicas que anteceden, que hemos considerado atinente formular, pasaremos al análisis del tratamiento que el Anteproyecto asigna a las distintas modalidades de los actos jurídicos.

a. Condición: concepto, clases y efectos.

El primer párrafo del artículo 343 del Anteproyecto modifica un tanto el concepto de condición brindado por el artículo 528 del Código Civil al disponer que es ella la cláusula de los actos jurídicos en virtud de la cual las partes subordinan la "*plena eficacia*" (el Código habla de "adquisición") de un derecho o su resolución. Sin embargo, uno y otro texto omiten referirse a la "exigibilidad" del derecho, que también puede quedar subordinada a una condición cuando esta es suspensiva. En este sentido entendemos que un derecho no deja de ser "eficaz" aunque su cumplimento no pueda ser exigido por estar subordinado al acaecimiento de acontecimiento futuro e incierto que constituye la condición.

El segundo párrafo del artículo 343 (*"Las disposiciones de este capítulo son aplicables, en cuanto fueran compatibles, a la cláusula por la cual las partes sujetan la adquisición o extinción de un derecho a hechos presentes o pasados ignorados"*), se refiere a una situación que configura una modalidad distinta de la condición (el acontecimiento incierto no es futuro) a la que Busso denomina "suposición", esto es, a la posibilidad de subordinar la eficacia, la exigibilidad, o la extinción de un derecho a un acontecimiento que, aunque incierto, ya haya ocurrido. Se trata de una modalidad no contemplada explícitamente por la legislación vigente –aunque tampoco prohibida por ella– que se emplea con cierta frecuencia. Uno de los supuestos en que se acude a la "suposición" tiene lugar cuando se subordina una compraventa de inmuebles a que los títulos de la cosa vendida sean perfectos. La perfección o imperfección de los títulos es anterior a la realización del contrato, lo que no impide que como cláusula del mismo se pueda subordinar su validez a ella.

Hubiese sido preferible que en lugar de aludir a ella en el artículo destinado a definir a la condición, la legislación proyectada hubiese acogido a la suposición como la modalidad que es y la hubiese legislado en una Sección destinada exclusivamente a su tratamiento legislativo.

En los siguientes seis artículos, el Anteproyecto en análisis regula la totalidad de las cuestiones vinculadas a las condiciones sobre las que sus autores consideraron oportuno y suficiente legislar. Y así como entendieron innecesario definir al acto jurídico, siguieron el mismo criterio en materia de condiciones suspensivas y resolutorias. Se aparta así el Anteproyecto del criterio que sigue en general nuestro Código Civil y que en esta materia se pone en evidencia en sus artículos 545 y 553.

Tampoco se reitera el principio de indivisibilidad de las prestaciones que tienen por objeto el cumplimiento de una condición, que se encuentra en los artículos 534 y 535 del Código.

En cuanto a las consecuencias que se fijan para el caso de incumplimiento del hecho que constituye la condición suspensiva, el Anteproyecto (art. 349) reitera en líneas generales, las previsiones del artículo 548 del Código. El efecto retroactivo de la obligación que provoca el cumplimiento de la condición (conf. art. 543 Código Civil), en el Anteproyecto deja de ser automático y solo tiene lugar en caso de convención sobre el particular (Art. 346) y el último párrafo del artículo 348 de dicho Anteproyecto reitera el criterio al disponer que "… *Si se hubiese determinado el efecto retroactivo de la condición, el cumplimiento de esta obliga a la entrega recíproca de lo que a las partes habría*

correspondido al tiempo de la celebración del acto. No obstante, subsisten los actos de administración y los frutos quedan a favor de la parte que los ha percibido."

El Código Civil (art. 546) autoriza a que, encontrándose pendiente la condición suspensiva, el acreedor pueda adoptar medidas precautorias de conservación para garantizar sus derechos e intereses. El artículo 347 del Anteproyecto sigue este mismo criterio y, a nuestro juicio acertadamente, en su segundo párrafo hace extensiva aquella facultad también en caso de condición resolutoria ("… *El adquirente de un derecho sujeto a condición resolutoria puede ejercerlo, pero la otra parte puede solicitar, también medidas conservatorias"*). Y en ambos casos, invocándose el principio de la buena fe, se establece que… *En todo supuesto, mientras la condición no se haya cumplido, la parte que constituyó o transmitió un derecho debe comportarse de acuerdo con la buena fe, de modo de no perjudicar a la contraparte* (Anteproyecto, art.347, *in fine*).

El artículo 537 del Código regula distintas situaciones frente a las cuales las condiciones se tienen por cumplidas: a) si las partes a quienes su cumplimiento aprovecha, voluntariamente las renuncian; b) si dependiesen del acto voluntario de un tercero y este se negare a llevarlo a cabo; y c) cuando hubiese dolo, por parte de aquel a quien el cumplimiento no aprovecha, para impedir el cumplimiento.

El Anteproyecto lamentablemente ha omitido regular las dos primeras hipótesis y solo se ha referido a la tercera en su artículo 345 en el cual dispone que *"El incumplimiento de la condición no puede ser invocado por la parte que, de mala fe, impide su realización".*

Tanto del propio Código (arts. 535, 536, 542, 545, 539 como de la doctrina, surgen distintas clasificaciones de las condiciones. Conforme lo dicho, ellas pueden dividirse en: a. suspensivas y resolutorias; b. casuales, potestativas o mixtas; c. simples, conjuntas y alternativas; d. expresas y tácitas.; e positivas y negativas.; f lícitas e ilícitas o prohibidas; y g. posibles e imposibles.

El Anteproyecto que analizamos, en general, no tiene en cuenta aspectos que convendría o sería preciso considerar en las materias que regula. Y coherente con esa tendencia simplista que exhibe como aspiración evidente, en este caso, ha omitido toda alusión a la clasificación de las condiciones, a excepción de la que las divide en suspensivas y resolutorias cuyo tratamiento pretende agotar en los artículos 347, 348, y 349. Ya nos hemos referido en este comentario al contenido de los artículos 347 y 349.

En cuanto al artículo 348, su texto indica que "*El cumplimiento de la condición obliga a las partes a entregarse o restituirse, recíprocamente, las prestaciones convenidas, aplicándose los efectos correspondientes a la naturaleza del acto concertado, a sus fines y objeto*."

Guarda en cambio silencio el Anteproyecto en lo relativo al efecto retroactivo respecto de terceros que pueda o no tener, según el caso, el cumplimiento de la condición suspensiva (cuestión esta tratada en los artículos 549 a 552 del Código Civil) así como a los efectos que produce el incumplimiento de la condición resolutoria (artículo 554 del Código Civil), a los frutos que la cosa entregada haya producido, o a la hipótesis en que la cosa objeto de la obligación haya perecido (artículos 557 y 556, respectivamente, del Código Civil).

La cuestión atinente a las condiciones prohibidas está tratada en especial en los artículos 530, 531 y 532 del Código Civil. El Anteproyecto se refiere a la cuestión en su artículo 344 que dispone que **"***Es nulo el acto sujeto a un hecho imposible, contrario a la moral y a las buenas costumbres, prohibido por el ordenamiento jurídico o que depende exclusivamente de la voluntad del obligado.*

La condición de no hacer una cosa imposible no perjudica la validez de la obligación, si ella fuera pactada bajo modalidad suspensiva.

Se tienen por no escritas las condiciones que afecten de modo grave la libertades de la persona, como la de elegir domicilio o religión, o decidir sobre su estado civil."

La norma proyectada recoge, en general, las prescripciones que sobre el particular están contenidas en el Código Civil. Así resulta que se prohíbe imponer como condición la realización de una cosa imposible, puramente potestativa, contraria a la ley, o a la moral y a las buenas costumbres. Del mismo modo no podrán imponerse condiciones que limiten la elección de domicilio, de religión, o las decisiones sobre el estado civil, todas las cuales se entiende, con razón, que afectan de modo grave las libertades de la persona.

También, en su segundo párrafo, el artículo 344 del Anteproyecto reitera el concepto contenido en el artículo 532 del Código Civil referido a la condición de no hacer una cosa imposible. Y, al igual que lo que ocurre en la ley vigente, se omite regular sobre la condición de no hacer una cosa ilícita.

En este sentido debemos diferenciar entre la condición que consideramos de cumplimiento imposible por existir un obstáculo técnico-legal de aquella que es directamente ilícita.

No compartimos, sobre este particular, el parecer de quienes sostienen que el concepto de imposibilidad es físico y que las que la doctrina denomina condiciones "legalmente imposibles" deben considerarse como actos ilícitos. Entendemos en cambio, con la mayoría de la doctrina tanto nacional como comparada, que se trata de situaciones obviamente distintas: en un caso, la ley plantea una imposibilidad técnica (constituir una hipoteca sobre un bien mueble) en tanto que en el otro hay una razón de orden moral (o de afectación de las buenas costumbres) que lleva al legislador a prohibir la conducta.

Tanto el art. 530 del Código Civil, como el texto del primer párrafo del art. 344 del Anteproyecto coinciden con textos similares en disponer que *la condición de una cosa imposible, contraria a las buenas costumbres, o prohibida por las leyes, deja sin efecto la obligación*, y lo mismo ocurre cuando se trata de considerar las consecuencias de la condición de no hacer una cosa imposible. Sin embargo, ni el texto legal vigente ni el del Anteproyecto se detienen a considerar qué consecuencias trae el las condición cuando ella consiste en no hacer una cosa ilícita.

La omisión, lamentable en el Código vigente, lo es también en el Anteproyecto. La distinción entre condiciones imposibles y condiciones ilícitas tiene su importancia cuando ella consiste, precisamente, en una abstención pues, si bien la condición de no observar una conducta ilícita o inmoral (te doy 1.000 pesos si no matas a Juan) también perjudica la obligación, no ocurre lo mismo cuando se trata de no hacer una cosa imposible (Te doy 100 pesos si no tocas el sol). En el caso de la abstención de llevar a cabo un acto ilícito la obligación nacida será nula pues no puede admitirse que alguien venga a reclamar un pago por haberse abstenido de matar a una persona. Pero en el segundo supuesto se interpreta que se trata de un acto puro y simple y, en consecuencia, la suma prometida deberá pagarse, como indica tanto la ley vigente como la proyectada.

Cabe preguntarse, finalmente, a qué situación se alude en el Anteproyecto cuando se refiere a una condición *contraria a la moral y a las buenas costumbres*.

No es novedoso sostener que la moral es la ciencia que procura ordenar la conducta humana conforme a la ley natural. Con esa finalidad, la moral fija reglas ideales de los actos humanos, ordenados a la razón, ya que esta (la *ratio*) reproduce la naturaleza. Por ello, y desde que los actos humanos expresan la íntima vinculación entre razón y naturaleza, es que son objeto material de la moral. A estos actos humanos los conocemos con el nombre de costumbres que son la manifestación externa de lo propiamente humano.[1] De allí que resulte frecuente aludir de las *buenas costumbres* para referirnos a la moral. Por otra parte, el derecho entendido en su concepto actual como ordenamiento social, procura ordenar la conducta humana hacia el bien común. En consecuencia ambas ciencias, moral y derecho, tienen una finalidad idéntica en lo que se refiere a la orientación de la conducta de los hombres hacia el bien. Y esta circunstancia es la que impide separarlas por completo, aunque puedan formularse distinciones entre una y otra.

Todo ello lleva a sostener que el derecho, para resultar un instrumento de convivencia socialmente útil, no puede apartarse de la moral ni tampoco las normas jurídicas pueden alejarse de ella para ser válidas.

Tampoco puede el derecho desentenderse de los móviles que el individuo persigue en sus actos y atenerse exclusivamente al resultado de sus acciones. Prueba de ello es que la intención se considera un elemento esencial de la voluntad. Por otra parte, la buena intención, la recta intención se vincula con la buena fe en el actuar y al ordenamiento jurídico ello no le resulta indiferente. Inclusive para medir la responsabilidad por los actos de un sujeto, no puede soslayarse la su buena o mala intención que lo haya guiado en la ejecución del acto.

1. Santo Tomás de Aquino, *Ratio imitatur naturam* 1, 60, 5.

Y esa buena intención, para ser tal objetivamente considerada, no puede consistir en un propósito contrario a la moral.

Cuanto decimos es aplicable tanto a la norma inmoral como a aquella a la que la observancia de los preceptos morales le resulta indiferente. A una y otra le cabe la misma descalificación como norma jurídica válida.

Resulta erróneo pretender que una norma jurídica pueda encontrar su validez exclusivamente en el hecho de haber sido creada observando el procedimiento señalado a ese fin por otra norma de jerarquía superior. Por el contrario, la regla de derecho solo encontrará su validez si es justa. Y si lo es, habrá de tender al bien común.

Las acciones son buenas o malas en sí mismas y no porque la ley las autorice o las prohíba. Y esto es así por cuanto las nociones del bien y del mal no son relativas sino absolutas aunque algún sector de la doctrina pretenda lo contrario. Así, un acto inmoral será siempre malo, aunque la ley lo avale.

La moral es entonces objetiva porque también son objetivas las nociones de bien y de mal que aquella regula. No cabe ni es válido, en consecuencia, el criterio personal o subjetivo que el individuo pretenda tener sobre el particular.

Cabe entonces preguntarnos, cómo es posible que el Anteproyecto disponga que es nulo el acto sujeto a un hecho contrario a la moral y a las buenas costumbres, y al propio tiempo autorice expresa o implícitamente una serie de conductas cuya oposición a la moral son de toda evidencia. ¿No resulta acaso inmoral la omisión de toda regulación sobre los embriones humanos que son brutalmente privados del elemental derecho a nacer y desarrollarse? ¿No resulta un objeto inmoral el alquiler de un vientre (art. 562 del Anteproyecto)? ¿No afecta gravemente el orden natural el llamado "matrimonio igualitario" mediante el cual la bendice una unión imposible e impedida por la naturaleza de procrear? ¿No es inmoral negar su derecho a la identidad a los hijos concebidos mediante fecundación artificial, como lo hace el artículo 577 del Anteproyecto? ¿No resulta gravemente atentatorio contra el orden de la naturaleza y, por ende, gravemente inmoral permitir que un varón solo a través de la llamada "maternidad subrogada" se convierta en "madre" de un niño, regulando así un grave desorden cual es pretender dar validez y eficacia a la contranatura? ¿No es inmoral atentar contra la base de la familia, como es el matrimonio, degradándolo hasta asemejarlo a un concubinato, en algún aspecto y convirtiéndolo en un contrato comercial, en otro?

Por los motivos expuestos a modo de ejemplo, es que no nos resulta comprensible la alusión que se hace a la moral y buenas costumbres en el artículo 344 del Anteproyecto analizado.

b. Plazo: concepto, clases y efectos.

El plazo, también llamado "término" está regulado por el Título 6 de la Parte Primera de la Sección Primera del Libro Segundo del Código (arts. 566 a 573). Puede definirse como la cláusula de los actos jurídicos en virtud de la cual se posterga el nacimiento, la exigibilidad, o la extinción de un derecho a un acontecimiento futuro pero cierto.

Al igual que la condición, el acontecimiento a que se subordina el cumplimiento del plazo es futuro, pero a diferencia de ella, el plazo es cierto en el sentido en que se sabe que, aun cuando no se sepa cuándo, fatalmente ocurrirá.

Debemos señalar también que el cumplimiento del plazo no tiene efectos retroactivos y en ello también se diferencia de la condición. Mientras esta, conforme el art. 543, tiene efectos retroactivos (salvo disposición legal o acuerdo de partes) el plazo carece de aquellos. Esto obedece a que la obligación pactada bajo esta modalidad es cierta y existe como tal desde el momento mismo en que nace. El vencimiento del plazo, que por ese hecho desaparece, la convierte en pura y simple.

El artículo 506 del Código Civil, antes que un concepto de plazo, suministra el que corresponde a una obligación contraída a plazo. El anteproyecto, en su artículo 350, establece que "*La exigibilidad o la extinción de un acto jurídico pueden quedar diferidas al vencimiento de un plazo.*" En

realidad, a nuestro parecer, las que pueden resultar exigibles o extintas son las obligaciones nacidas de un acto jurídico modal que las ha generado.

El epígrafe "Especies" se ha colocado al citado artículo 350, aunque no todas ellas están indicadas en el mismo. Es así que la norma proyectada solo se refiere a las categorías de plazo suspensivo y resolutorio sin hacer mención alguna a otras especies que existen tales como el plazo cierto o incierto (arts. 567 y 568 del Código Civil). Y, conforme la doctrina el plazo también puede ser expreso o tácito, determinado o indeterminado, y voluntario, legal, o judicial. El artículo 351 del Anteproyecto invierte la presunción contenida en el artículo 570 del Código. Es así que la normativa vigente dispone que "El plazo puesto en las obligaciones se presume establecido para ambas partes, a no ser que, por el objeto de la obligación o por otras circunstancias, resultare haberse puesto a favor del deudor o del acreedor…". En lugar de ello, la norma proyectada dispone que "*El plazo se presume establecido en beneficio del obligado a cumplir o a restituir a su vencimiento, a no ser que, por la naturaleza del acto, o por otras circunstancias, resulte que ha sido previsto a favor del acreedor o de ambas partes*." No advertimos la utilidad práctica de invertir lo dispuesto por la ley vigente.

El artículo 352 del Anteproyecto reproduce el criterio que en materia de pago anticipado, establece el artículo 571 del Código Civil (texto ley 17.711).

Finalmente, el artículo 353 del Anteproyecto regula lo atinente al deudor insolvente que regula el artículo 572 del Código. Debemos destacar que el tratamiento que le da a la cuestión la norma proyectada es más completo y con mejor técnica que la actualmente existente, a la par que se contemplan otras situaciones que exceden la de insolvencia, y provocan la caducidad del plazo, como las ocasionadas por la disminución de las seguridades y garantías prometidas al acreedor para que este conceda el plazo. También contempla el referido artículo 353 la hipótesis de ejecución de la cosa hipotecada o prendada, en cuyo caso caducará el plazo de la obligación principal.

c. Cargo o modo: concepto y efectos.

El cargo, llamado "modo" en el derecho romano, es la tercera modalidad de los actos jurídicos que contempla el Código. Está regulado en el Capítulo 4 del Título V de la Parte Primera de la Sección Primera del Libro Segundo del Código (artículos 558 a 565).

Pese a que el Código Civil no lo hace, podemos definir al cargo como la cláusula en virtud de la cual se impone al adquirente de un derecho una obligación accesoria de carácter excepcional. El carácter de accesorio y excepcional del cargo es destacado por Llambías.[2]

Similar al expuesto es el concepto que trae el primer párrafo del artículo 354 del Anteproyecto en comentario en cuanto dispone que "*El cargo es una obligación accesoria impuesta al adquirente de un derecho…*" Y, de manera coincidente con la legislación actual (art. 558), aunque el segundo párrafo del citado artículo 354 establece que "*El cargo…no impide los efectos del acto, excepto que su cumplimiento se haya previsto como condición suspensiva… En caso de duda, se entiende que tal condición no existe.*"

Sin embargo, en materia de condición resolutoria, la normativa actual del Código (Art. 559 Cód. Civil), se ve modificada por el artículo 354 en cuanto de una de sus cláusulas surge que el cargo no resuelve los efectos del acto *excepto que su cumplimiento se haya estipulado como condición resolutoria.* Nótese que el citado artículo 559 del Código dispone que si hubiere condición resolutoria por falta de cumplimiento de los cargos impuesto, será necesaria la sentencia del juez para que el beneficiado pierda el derecho adquirido.

El carácter de accesorio que presenta el cargo hace necesaria la existencia de una obligación principal cuyo cumplimiento puede estar a cargo de cualquiera de las partes que celebran el acto jurídico en el que el cargo es impuesto.

En cuanto al tiempo de cumplimiento del cargo, el artículo 355 del Anteproyecto efectúa una remisión a las normas referentes al plazo que resulten aplicables a la vez que dispone en su último

2. Llambías, Jorge J., *op. cit.*, t. II, nº 1544 y 1545, pág. 334.

párrafo que "…*Desde que se encuentra expedita, la acción por cumplimiento prescribe según establecido en el art. 2559*".

En este sentido, el criterio contenido en el artículo 2559 del Anteproyecto referido a la exigibilidad de los créditos sujetos a plazo indeterminado, nos lleva a mantener, de algún modo la disposición del artículo 561 del Código Civil en cuanto dispone que si no hubiere plazo para cumplir los cargos, deberán cumplirse en el plazo que el juez señale. El artículo 2559 del Anteproyecto establece que "*Si el crédito está sujeto a plazo indeterminado, se considera exigible a partir de su determinación. El plazo de prescripción para deducir la acción para la fijación judicial del plazo se computa desde la celebración del acto. Si prescribe esta acción, también prescribe la de cumplimiento*."

Debemos lamentar que la brevedad impuesta al tratamiento de lo atinente al cargo haya dejado sin legislar cuestiones importantes, tales como si la inejecución del cargo significa o no la pérdida del derecho. Tampoco se establece qué ocurre con los bienes recibidos en virtud de un acto sujeto a cargo si sobreviniera la imposibilidad de cumplirlo sin culpa del adquirente del derecho. Y del mismo modo, no se hace alusión alguna a las situaciones contempladas por los artículos 564 y 565 del Código Civil.

ANÁLISIS DEL PROYECTO DE NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL 2012

LIBRO II - DERECHO DE FAMILIA

Coordinadora: Úrsula C. Basset

Facultad de Derecho
Pontificia Universidad Católica Argentina

Agosto de 2012

INTRODUCCIÓN Y CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA ESTRUCTURA DEL LIBRO II

Úrsula C. Basset

1. Introducción. Método de trabajo

La presente sección del informe contiene un análisis en torno a aspectos relevantes del Proyecto de Reforma, según las versiones que han ido circulando de manera formal e informal entre los docentes y colaboradores.

El contenido estará subdividido, siguiendo el criterio propuesto por los autores del proyecto de reformas, es decir: cada división corresponderá a un título del Libro de Relaciones de Familia.

Dentro de cada división se encontrará un análisis de algunos aspectos destacados que han llamado la atención a los comentadores.

El informe ha sido elaborado con la colaboración de valiosos juristas. A fin de respetar el pensamiento personal de cada uno de los autores, en nota al pie de cada sección el lector podrá encontrar a quién corresponde la autoría de la misma.

2. Esquema de contenidos

De acuerdo a lo anticipado, el esquema de contenidos del Libro de Familia es el siguiente:

- Consideraciones sobre la estructura del libro
- Matrimonio
- Régimen patrimonial del matrimonio
- Uniones convivenciales
- Parentesco
- Filiación
- Adopción
- Responsabilidad parental
- Procesos de familia
- Consideraciones valorativas finales

El Libro de Relaciones de Familia está redactado por juristas muy notables. Algunas soluciones son encomiables. Otras, sin embargo, parece que no responden ni al sentir del "hombre común" ni a la tradición jurídica nacional. Más aún, es de temer que generen injusticias.

3. Consideraciones sobre la estructura del libro

Hay dos aspectos a considerar: a) la inserción del libro de familia dentro de la estructura de contenidos del Código Civil; b) la organización interna del libro de familia.

a) Criterios para una división

Una división supone una distribución de un todo en sus partes, según determinados criterios. Los criterios de la división son principio de inteligibilidad de la misma; de allí que sea inexcusable su comprensión.

Aquí es posible imaginar varias opciones: a) la organización lógica de los contenidos por las reglas de analogías, según las reglas lógicas de las divisiones esenciales (en partes subjetivas, materiales y potenciales), b) la división según criterios accidentales (no esenciales, eventualmente elegidos por el legislador, caso en el cual sería conveniente en aras de inteligibilidad, la justificación del criterio elegido).

Dentro de la opción b), un criterio posible podría ser la conservación de una tradición en materia de estructura de contenidos. Así ha hecho el Código Brasileño, conservando, cuando fue posible, la estructura básica del Código de 1916. Conservar la estructura de contenidos, facilita su intelección, porque posibilita aplicar el mismo hábito cognoscitivo a los nuevos contenidos. Algunas opciones en este sentido, son: a) la conservación de la semejanza de la estructura original del Código veleciano (para facilitar la lectura), b) la homogeneización con el proyecto de 1998 (para tomar un punto de referencia conocido), c) tomar modelos relevantes del derecho del Mercosur (en aras de una posible homogeneización futura).

Aplicando estos criterios teóricos, puede analizarse ahora la estructuración del libro de familia.

b) Inserción del Libro de Familia en el Código Civil.

El libro se presenta como Libro II dentro del Código Civil. Resulta atrayente imaginar que continúa el libro de las personas y al mismo tiempo se diferencia de él. Suponemos que se trata de una división esencial, que tiende a conservar el principio de especialidad de las relaciones de familia, bien que en una continuidad con el derecho de las personas. Por fin se unifican, como en 1998, el título del régimen económico del matrimonio con el del matrimonio, siendo que el segundo es una dimensión del primero. Este criterio resultaría valioso, sino fuera porque resulta desmentido por el contenido del Libro, en el cual la especificidad del derecho de familia se desvanece.

El derecho de obligaciones ha cobrado un indubitado protagonismo en esta nueva redacción, lo cual hace pensar que tal vez, desde el punto de vista lógico-estructural, debería preceder al derecho de familia. Obsérvese que la nueva regulación prevé pactos implícitos y explícitos en esferas tales como: la fidelidad conyugal y la cohabitación (solo implícitos, puesto que se deroga el deber), el régimen de bienes, el pacto de cohabitación en las uniones convivenciales (antiguo concubinato), el plan de parentalidad de los padres divorciados, la voluntad procreacional posibilita que la paternidad sea establecida sobre la base de un contrato entre un aspirante y un laboratorio de fecundación asistida sin nexo biológico entre el niño que será engendrado y quien figurará como su progenitor, el contrato de maternidad subrogada, por el que no se podrá pagar a la madre gestante, pero sí al intermediario; etc.

Por otra parte, la naturaleza obligacional del derecho de familia desde siempre ha estado presupuesta en materias tales como la alimentaria o el cumplimiento de acuerdos. El aumento de tales acuerdos, la introducción de la figura del enriquecimiento sin causa[1], la remisión a otras figuras del

1. P. ej. Art. 401. Cabe señalar que hemos desarrollado la introducción del enriquecimiento sin causa en las relaciones de familia en: BASSET**,** Úrsula C., "Novedades en remedios económicos posdivorcio para mujeres y niños", Revista Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, 2011-III, pp. 3-12.

derecho civil que puedan implicar reparaciones, hace pensar en que en esta propuesta se potencia la naturaleza obligacional del derecho de familia. Se advierte además que se han reducido las obligaciones de naturaleza personal en el matrimonio, quedando casi exclusivamente obligaciones de signo patrimonial. De resultas, parecería lógico que el derecho de familia sea ubicado después del de obligaciones (se entiende, con este tenor de regulación)[2]. Ello permitiría clarificar mejor el contenido jurídico de las relaciones de familia.

Desde que la familia se asemeja tanto a los contratos, también cabe vacilar sobre si no debería posponerse a la legislación contractual. La contractualización del derecho de familia no es un asunto exclusivo del proyecto de Código Civil, es un asunto debatido en el derecho comparado (con reservas y explorando los límites). Consideramos que la familia carece de reaseguros que en cambio sí aparecen en materia contractual, por lo cual bastaría con que esté precedida por el libro general de las obligaciones. Resta explicitar de qué naturaleza serán las obligaciones jurídicas familiares con la nueva regulación que prioriza la autonomía de la voluntad y los pactos tácitos entre cónyuges sobre cuestiones personales y patrimoniales. Si carecen de las seguridades de los contratos y sin embargo nacen de pactos, habría que ver si no se ha dado a luz a un *tertium genus* análogo al contractual, pero más débil que él. Volveremos sobre este punto más abajo. Tal vez, posponer el Libro de Familia al de los contratos no resultaría tan desacertado, e incluso permitiría brindar una estructura supletoria legislativa.

Tanto nuestras propuestas como las del Proyecto, tendrían el defecto de no conservar las estructuras tradicionales, como en cambio sí hizo el antecedente brasileño. Ello dificultará la adecuación mental de los juristas argentinos para su consulta, dado que difiere del antecedente del ’98 así como del Código original de Vélez.

En síntesis: nos inclinamos por una ordenación que siga el criterio del Antiguo Código Civil Argentino, con la salvedad de la incorporación del régimen de bienes en el libro de relaciones de familia. No obstante, advertimos que la regulación actual es muy disímil de aquella, y en consecuencia puede resultar ininteligible e inoperable si no se sitúa sobre un contexto obligacional y contractual.

c) Estructura interna del Libro de Relaciones de Familia

La estructura interna es más compleja, en buena parte porque se procurado aumentar la cantidad de títulos en lugar de jerarquizar contenidos. La opción facilita la búsqueda de contenidos, pero desde el punto de vista teórico genera algunos problemas.

Lo que proponemos más abajo, ofrece la ventaja de depurar la cantidad de títulos y ordenar en una secuencia espontánea los contenidos, lo que podría facilitar la comprensión de los mismos por parte del lector.

Desde el punto de vista teórico, nos hubiera parecido más razonable lo siguiente:

- Matrimonio: Sección 1: Relaciones personales; Sección 2: Relaciones económicas.
- Unión Convivencial. De esta forma, se conservaría la histórica analogía entre matrimonio y uniones de hecho (y ello, más allá de la discusión sobre el espectro y signo de su regulación).
- Filiación: Sección 1: Disposiciones comunes. Sección 2: Regulaciones especiales de cada tipo de adopción (biológica, por adopción). Sección 2: Acciones. De esta forma, la adopción quedaría más integrada y equiparada a la filiación biológica y se seguiría la estructura

2. Queremos aclarar, que no concordamos con despojar a la familia de su esencia, y en este sentido, como lo manifestaremos más abajo, no nos parece conveniente la supresión de los deberes conyugales ni otras regulaciones. Simplemente que la regulación actual, en la medida en que no es ni contractualizada ni específica, despoja a la familia de recursos jurídicos, por lo cual, si se mantiene esta tesitura, parece conveniente que aunque más no sea, sea regida por el derecho civil.

lógica por la cual, como expresan los tratados internacionales, el matrimonio y sus análogos dan lugar a la fundación de la familia y de allí derivan los hijos.
- Responsabilidad parental, que uniría el decurso de las relaciones entre la pareja parental y el hijo.
- Parentesco.

A nuestro modo de ver, la inserción del parentesco entre uniones convivenciales y filiación, resulta confusa. Es verdad que los hijos son parientes. Lo que sucede es que es ilógico pensar en la familia extendida antes que en los hijos, cuando se piensa en el matrimonio. Por otra parte, los hijos tienen un régimen netamente diferencial respecto de los demás parientes.

Otra alternativa sería situar el libro del parentesco antes del matrimonio y la filiación, toda vez que estos dos son las causas del parentesco. No obstante, parece más razonable situar primero las causas del parentesco y luego su regulación.

Es importante mencionar que en el texto que nos llegó hay un capítulo con numeración repetida. Se trata del Capítulo 4 de nulidad dentro del Título de Adopción. Suponemos que el Capítulo de Nulidad de la Adopción debería llevar el número 6.

Cuestión de nombres: importancia de la simetría

Era Fassi quien sostenía que el amor a la simetría es padre de muchos errores. Sin embargo, los actuales consejos en materia de redacción jurídica, señalan la conveniencia de recurrir a estructuras simétricas para facilitar la comprensión de los enunciados.

En este sentido, sería conveniente unificar la denominación de los capítulos preliminares. Se intitula con frecuencia a los capítulos preliminares de "Disposiciones generales", y otras veces utilizan otras denominaciones para el capítulo preliminar tales como: "Principios de libertad e igualdad" o "Principios generales". Sería preferible unificar la denominación para mayor prolijidad. Nada obsta a que las "Disposiciones generales" contengan "principios".

En segundo lugar, sería conveniente utilizar un mismo criterio para denominar los títulos y los capítulos. Si se va a utilizar al modo de un tratado "De la responsabilidad parental" o "De la celebración del matrimonio", sería conveniente que todos los títulos tuvieran la misma estructura. Sin embargo, parece más conveniente y actual titular simplemente: "Disolución del matrimonio", "Determinación de la filiación". Se entiende: quitar el "De…" y el artículo simplifica la redacción.

En tercer lugar, sería conveniente abstraer en los títulos. Algunos títulos por afán descriptivo son extremadamente largos. Por ej.: "Extinción, privación, suspensión y rehabilitación de la patria potestad" (atención que se cuela la patria potestad, creemos que deliberadamente excluida del discurso). Sería más simple referirse al "Fin de la patria potestad" y desarrollar en el contenido cuestiones análogas como la suspensión. Lo mismo "Representación, Disposición y Administración de los bienes del hijo mayor de edad". Sería preferible algún otro título que pudiera subsumir aquellos contenidos. Si no se encuentra un título que los subsuma, es porque no constituyen una unidad y requieren una división temática.

Graciela Medina[3], por su parte, ha señalado la existencia de incoherencias semánticas. Un ejemplo puede ser el de la patria potestad y la responsabilidad parental. Es difícil establecer las conexiones internas entre los estatutos regulatorios si la denominación interna del Código Civil no es homogénea.

Por último, las innovaciones semánticas deberían restringirse al mínimo. De acuerdo al criterio por el que ha optado la reforma brasileña, el "hombre común", el abogado común asocia instituciones a palabras. Más allá de que las instituciones se vayan "aggiornando", la palabra ata un historial de jurisprudencia y doctrina que enriquece la institución. Hacer tabula rasa con todo lo habido hasta ahora es nocivo respecto del conocimiento del derecho y su práctica.

3. Oralmente, en reuniones de estudio.

MATRIMONIO

Úrsula C. Basset

En cuanto a la regulación del matrimonio, existen innumerables novedades, sumadas al giro rotundo que ha implicado la controvertida incorporación de las parejas de personas del mismo sexo a la institución a través de la sanción de la ley 26.618 (2010). Para el derecho argentino, incorporar una revolución jurídica tras otra es algo naturalmente negativo. Conspira contra la posibilidad de inculturación de las normas jurídicas, contradice la máxima que pretende la armonía entre derecho y costumbres, genera desorientación e incertidumbre jurídica puesto que el derecho inestable y ajeno a las costumbres sociales no es conocido por el ciudadano quien en consecuencia no sabe qué expectativas tiene el legislador de su conducta.

a) Problemas derivados de la información pública en torno a los contenidos de la reforma

A ello se suma que los mensajes de comunicación social en torno a los segmentos más controvertidos de la reforma, han procurado obtener la aceptación social sobre la base de algunos eufemismos o presentaciones que no transmiten la verdadera esencia de los institutos introducidos. Todo lo cual conduce a que el "hombre común" crecientemente elabore una expectativa distorsionada respecto de los contenidos de la ley.

b) Problemas de estructura dentro del libro de matrimonio

Es necesario censurar que en este título aparezca la carencia de efectos de los esponsales (Art. 401 de la versión de que disponemos, recibida el 12.4.2012 por la Comisión de Reformas). Debe agradecerse que finalmente se hayan introducido –en una revisión posterior y gracias a una oportuna advertencia–, la carencia de efectos de los esponsales. Esta cuestión había sido omitida en las primeras versiones que circularon, comprometiendo gravemente el derecho reconocido en los Tratados internacionales que asegura la libertad de casarse.

Sin embargo, la introducción dentro del título de los principios es desafortunada. Los principios son de naturaleza generalísima. No parece bien introducir la regla de la carencia de efectos de los esponsales a futuro (cuestión eminentemente concreta), dentro de los principios generales.

c) Cuestiones de redacción (que implican cuestiones de fondo)

La supresión de la redundancia en los verbos del Art. 402, facilitaría la lectura. El segundo artículo de este título se refiere a la interpretación y aplicación de las normas, que no puede ser hecha

"limitando, restringiendo, excluyendo o suprimiendo la igualdad de derechos" de las personas que integran un matrimonio.

La norma en sí misma es superflua y surge de la costumbre legislativa relativamente reciente de incorporar textos de naturaleza declarativa y abierta en el texto de la legislación de derecho privado. Se desvirtúa de esta forma la misión regulatoria del derecho privado, para convertir el Código Civil y las leyes en una reformulación de los textos contenidos en Tratados Internacionales o en la Constitución.

Esta solución no es meramente una cuestión de estilo. Al contrario, la introducción de normas abiertas en el derecho civil es de mala técnica legislativa pues genera tropiezos sin límites a la hora de aplicarla. Las normas declamativas deben reservarse a la Carta Magna. El derecho civil debe regular instituciones, no declamar principios.

d) Principio de libertad e igualdad

El libro se abre con un título sobre principios de libertad e igualdad.

Se plantea alguna duda respecto del *concepto de igualdad* al que se refiere el legislador. La ambivalencia surge precisamente por el tenor abierto de la norma. El principio de igualdad es de naturaleza constitucional, no hacía falta reiterarlo aquí. Aparece en tratados internacionales específicamente referido al matrimonio o a los niños[1]. El Código Civil no parece el lugar apropiado para su reiteración. En todo caso, hubiera sido preferible una opción por concretizar el contenido general de la igualdad presente en los Tratados Internacionales en enunciados más específicos. Remitimos a lo dicho en la sección anterior.

Respecto del problema relativo al *concepto de igualdad,* la ambigüedad o incluso equivocidad deriva, decíamos, de la textura abierta de la norma. La igualdad es el componente formal del derecho. No obstante, esta igualdad se expresa tanto en un tratamiento igual de los iguales (prohibiendo la discriminación injusta), como estableciendo estatutos especiales favorables a un segmento social débil (como en el derecho de los consumidores).

Algunas tendencias en el derecho de familia, recepcionan con énfasis único la igualación abstracta sin advertir diferencias de hecho en las situaciones a igualar. Paradójicamente, los beneficiarios de la igualdad abstracta suelen ser los fuertes, y no los débiles, cuyas debilidades no son objeto de consideración puesto que integran el conjunto de cualidades concretas y fácticas que no son visibles por medio de la abstracción ideológica. En este sentido, extraen como consecuencia de la igualdad la equiparación de potestades de mujeres y varones, el apellido, la potestad de gestión y administración, etc.[2]. En la misma línea, la igualación entre heterosexualismo y homosexualismo, o entre identidad femenina, masculina y transexualismo; todos ellos parten de categorías abstractas previas (preconceptos), sin que la ley distinga las peculiares divergentes que hay entre los fenómenos legislados. Al contrario, considerar las divergencias es considerado irrazonable y discriminatorio. En última instancia, considerar un concepto abstracto de igualdad puede reputar ventajas reales o aparentes a personas relativamente autónomas y capaces; en cambio, la igualdad abstracta genera menguas inevitables en sujetos jurídicos vulnerables. La ceguera autoimpuesta a las diferencias, implica invariablemente la imposibilidad de la corrección en favor de la cualidad peculiar que genera la diferencia.

1. Convención para Eliminación de todas las Formas de Discriminación de la Mujer, Art. 16 y Convención sobre los Derechos del Niño, Art. 18.1; Convención Americana de Derechos Humanos, Art. 16.4.

2. Es el caso, por ejemplo, de LLOVERAS, Nora y SALOMÓN, Marcelo, *El derecho de Familia desde la Constitución Nacional,* Editorial Universidad, 2008, p. 109-113 y pp. 339-406. Una perspectiva semejante, aunque con matizaciones, se advierte en GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, FAMÁ, María Victoria y HERRERA, Marisa, *Derecho constitucional de familia,* Ediar, Buenos Aires, 2006, T. I, pp. 358-506, en dónde, sin embargo se encara el asunto de la "perspectiva de género", que podría habilitar una corrección de la desigualdad. Sin embargo, el acento está puesto sustancialmente en la "igualación", más que en la corrección en virtud de la debilidad. Los enfoques son correctos, pero requerirían adicionar el problema de la persistente debilidad de la mujer en las relaciones heterosexuales.

Otra manera de entender la igualdad es considerar a la par de la igualdad en abstracto, la igualdad en concreto. Esta segunda forma de igualdad supone un progreso en el derecho, que permite pasar de la igualdad abstracta válida para sujetos jurídicos fuertes, a la igualdad concreta que permite la protección del débil[3] o el status debole, en palabras de Guido Alpa[4]. Hay determinados grupos vulnerables a los que el derecho debe responder con una regulación protectoria. Es el caso notablemente actual de las *mujeres, los ancianos y los niños*. El problema de la enunciación genérica sin elucidación concreta deja en ascuas sobre un aspecto urticante: *la protección concreta del débil*. Si se toma el concepto de igualdad como equiparación exclusivamente, así como ha predominado su hermenéutica en las últimas reformas legislativas, la protección del distinto quedará marginada.

Las *mujeres*, pese a todos los avances del siglo XX, siguen estando en situación de desigualdad. Son las que emplean su cuerpo en el embarazo y por lo tanto se ven sustraídas de la fuerza laboral. Son las que espontáneamente, con más frecuencia, distraen tiempo de su profesión para amamantar y cuidar a los hijos. Son las que siguen realizando con enorme frecuencia las tareas domésticas en forma preferencial. En sí mismo, nada de ello es negativo. Al contrario, es conforme al bien común que las madres tengan la chance de criar a sus hijos. Está demostrado que la crianza del niño por su madre favorece en mucho su desarrollo psicológico. En consecuencia, es necesario posibilitar esta ausencia, asegurando a la mujer mecanismos a través de los cuales pueda obtener compensaciones personales y económicas por su inversión en la crianza de los hijos y el sostenimiento del hogar. La derogación del deber de cohabitación y del de fidelidad (como propone el Código), no ayudan. La mujer, y sobre todo la mujer de más edad y la que tiene hijos pequeños, suelen estar ancladas al hogar. Permitir que el hombre vaya y venga, sin establecer ninguna herramienta sancionatoria para la mujer cuando es defraudada en su buena fe de invertir en el hogar familiar, es subvertir la protección del débil. El hecho de que no se contemple la especial constitución de la relación intersexual que se da entre varón y mujer, por eliminar toda referencia a la sexo femenino es, como se ha dicho en alguna intervención, borrar a la mujer del Código Civil con sus notas peculiarísimas. Consideramos que la protección de la mujer en las relaciones heterosexuales es un imperativo derivado la constitucionalización del derecho civil. Por otro lado, la reforma incorpora normas claramente lesivas de la dignidad de la mujer. La maternidad por alquiler de vientres supone una afrenta a la dignidad de la mujer, que se transforma en un objeto de mercado (aunque sea a título gratuito antes de la autorización judicial). En síntesis, que pese a que parecería que hay una tónica tendiente a proteger los derechos de las mujeres, el balance es que la aplicación de un concepto abstracto e incluso neutral de género (y en algunos casos, homonormativo), termina por liquidar una idea protectoria que parece esbozarse en materia asistencial.

Propiciamos además la *incorporación del principio de protección del interés del niño* en el acápite de disposiciones generales del Título, como una exigencia de la constitucionalización del derecho de familia[5]. Nos parece harto notable que se enuncie el principio de igualación y no el de protección de la niñez. Si se van a enunciar principios, no se entiende por qué el desequilibrio a favor de los derechos de los adultos.

Los niños no solo requieren estructuras de protección directas, sino también indirectas. El derecho tiene que ser paidocéntrico, porque los niños son el futuro de la humanidad (además del mandato

3. MÉNDEZ COSTA, María Josefa, *Principios jurídicos en las relaciones de familia,* Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006, pp. 214 y ss.

4. Guido ALPA propone, por ejemplo, interpretar el derecho privado a la luz de una fragmentación de la idea de status, que tenga en cuenta, por ejemplo, el status del débil. En su *Status e capacità. La construzione giuridiche delle differenze individuali* (Roma-Bari, 1993) había sostenido: "gli *status* di un tempo sono sostituiti dagli *status* di oggi: il consumatore di prodotti, il risparmiatore, l'utente di servizi, il cittadino nei rapporti con la pubblica ammnistrazione, [dunque] non si assiste ad una riviviscenza degli *status* tradizionali ma si assiste ad una riproposizione de llo *status* in formule differenziate che colgono aspetti diversi delle personalità". En particular subraya el "*status* deboli", (p. 34 y 38). La misma idea desarrolla en ALPA, Guido, *Compendio del nuovo diritto privato italiano,* Turín, 2000[2], UTET, p. 357 y ss.

5. Hemos coincidido en propiciar la incorporación de este principio en el área patrimonial con Néstor E. Solari, en una publicación casi simultánea sobre el tema (la de él en La Ley, la nuestra en Jurisprudencia Argentina en el año 2010).

constitucional que así nos obliga). Los niños tienen derecho a una familia. No se reiterará suficientemente la cita de Philippe Malaurie: *"La aparente dulzura muelle de estas tendencias abiertas respecto de la familia, tienen en realidad una dureza inflexible. La "libre competencia de las familias" es inmisericorde con los niños, con los débiles, con los que no tienen acceso a la educación, con los que se equivocan, con los que sufren y con aquellos a los que ni el origen social ni la suerte les ha sonreído. […] Toda civilización forma un todo: Cada vez que retrocede el derecho, la ética desaparece*."[6]

En síntesis, consideramos que sería preferible que el Código Civil contuviera enunciados concretos, al modelo del brasileño. También consideramos que la igualdad debe enunciar también (como de hecho se regula en algunos aspectos del proyecto), la corrección del que se encuentra en una posición más débil. Sigue diferenciándose la posición de la mujer en la relación heterosexual, respecto de la posición de los demás actores en los demás tipos de relaciones. Por último, nos hubiera gustado que se hubiera enunciado en concreto la protección del interés del niño como un principio vertebral del derecho de familia.

e) Regulación del matrimonio

Nos referiremos tan solo a algunos aspectos.

1) Deberes y derechos de los cónyuges

El Proyecto, en los artículos respectivos a los derechos y deberes de los cónyuges consigna exclusivamente el deber de asistencia (Art. 431). Ese deber de asistencia, a estarse a la letra del articulado, se ciñe exclusivamente a los alimentos (Art. 432 y 434) y las pautas de su fijación (Art. 433). En una última variación del Proyecto, la Comisión de Reformas parece haber decidido incorporar además un "deber moral de fidelidad" (aparece en la versión del 12.4.2012).

Aquí hay tres problemas a analizar: **a)** la supresión del deber de fidelidad y sus derivaciones**; b)** la supresión del deber de cohabitación y sus derivaciones; **c)** la reducción del deber de asistencia a las obligaciones de contenido económico y sus derivaciones.

Pactos de "libertad" y la autonomía de la voluntad de los cónyuges

Alguna doctrina había considerado ya que los deberes entre cónyuges eran materia de privacidad, salvo en lo que respecta al derecho-deber alimentario, que se consideró de orden público[7]. Consideran que tanto el derecho de cohabitación como el deber de fidelidad integran el marco del Art. 19 de la Constitución Nacional.

No obstante, el derecho nunca vedó los pactos implícitos que los cónyuges realizaban entre sí. Como dice Carbonnier, los cónyuges no viven Código en mano, de modo que sus costumbres privadas no ingresan en la órbita jurídica. Julien Oudot y Charles Demangeat, en obra publicada en 1867 al comentar el Código Civil de Napoleón (conservador si los hay en materia de familia) sostenían:

6. MALAURIE, Philippe, FULCHIRON, Hugues, *La famille,* París, 2006, Défrenois, p. 29: "*Ce 'désengagement' a, sous sa molle douceur apparente, une dureté inflexible. La 'libre concurrence des familles' est impitoyable aux petits, aux faibles, aux mal éduqués, à ceux qui se trompent, à ceux qui souffrent et à ceux auxquels ni l'origine sociale ni la chance n'ont souri […] Tout civilisation forme un tout: chaque fois que le droit recule, la m orale (l'etique) s'efface*".

7. GIL DOMÍNGUEZ, FAMÁ, HERRERA, *Derecho Constitucional de Familia…,* cit, T. I, p. 29. Nótese que la posición de LLOVERAS y SALOMÓN en *El derecho de familia desde la Constitución Nacional,* nada dice de suprimir los deberes de cohabitación o fidelidad, sino que sólo sugiere que se permita su dispensa entre los cónyuges de común acuerdo (p. 287, op. cit), para que la ley civil condiga "con los preceptos libertarios" de la Carta Magna que permiten elegir un proyecto de vida. Adviértase al respecto, que como decimos en el cuerpo, nada impide que los cónyuges privadamente elijan su proyecto de vida de común acuerdo en la legislación actual.

"La ley no evita que el marido y la esposa tengan residencias separadas, si ese género de vida es el resultado de un acuerdo mutuo."[8]

Igualmente, sostenían que el matrimonio no entraña tampoco necesariamente el deber de "cohabitación íntima", ambos esposos de común acuerdo, pueden suspenderla[9]. El filósofo jurídico de Lille, Xavier Labbée, señala que los "pactos de libertad" están abiertos al matrimonio, pero el asunto se plantea en la ocasión del divorcio[10].

Entonces, la primera consideración general que se plantea es que la autonomía de la voluntad de los esposos y el derecho a la privacidad ya no está en juego. Los esposos son libres de pactar ad intra de sus relaciones conyugales con el derecho actualmente vigente, cualquier tipo de modalidad relacional. Si están de acuerdo, no hay un delito de acción pública que pueda inhibir el ejercicio de la libertad relacional de los cónyuges. Atención: decimos con el derecho vigente, porque el Código proyectado, contradictoriamente prohíbe todo pacto entre cónyuges…

Con *la legislación vigente, este tipo de conductas estaban convalidadas*. Y de hecho es así. En el derecho francés la jurisprudencia ha recogido con frecuencia el caso de connivencia: vale decir cuando ambos cónyuges participan de un tipo de relación semejante, la sanción jurídica a la conducta no se aplica (Por ej. en el caso de los "swingers", "open marriage", o cualquier otro modelo relacional –nótese que no es casualidad que la denominación se mantenga casi siempre en la lengua inglesa, y es que no es más que modelos de conducta que hemos importado y hecho propios y que generalmente son bastante frecuentes en un determinado contexto económico y social–). En la Argentina, generalmente se aplicaba la regla de culpa concurrente.

Quiere decir que *el problema se plantea exclusivamente en el caso de que un cónyuge quiera tener relaciones extraconyugales y el otro no*. Es decir, cuando hay una víctima. Y para esa víctima, el derecho proyectado no prevé respuesta alguna. O en el caso de que un cónyuge quiera abandonar el hogar conyugal y el otro quiera permanecer. Es decir, no en el caso del común acuerdo (ya comprendido en la legislación vigente), sino en el caso de la asimetría: cuando un cónyuge es víctima de abandono o infidelidad.

En el caso del derecho de cohabitación, la reflexión doctrinal sobre la separación de hecho fue preclara, en el sentido de inculpar también al que demuestra desinterés o falta de voluntad de unirse, aunque sea con posterioridad. El cónyuge separado de hecho por abandono de uno de los cónyuges, si no realiza acción alguna para retomar la convivencia o él mismo realiza acciones que indican su falta de voluntad de unirse, no puede invocar a su favor los beneficios de la inocencia. Se advierte que esto no fue suficientemente comprendido en alguno de los textos doctrinales que sustentan la derogación de la cohabitación, que hemos tenido oportunidad de consultar. No es que el derecho convalide con el Código actual el derecho a no cohabitar. El derecho no ingresa dónde los cónyuges no lo quieren hacer ingresar. Ahora bien, si se evidencia que ambos faltaron al deber de cohabitación, el derecho niega beneficios a ambos por igual[11]. Más aún, la costumbre tantas veces censurada como nula, de firmar pactos de separación de hecho; invariablemente produjo el efecto de dar por consentida la separación (doctrina de los propios actos) y en consecuencia invalidar el reclamo posterior

8. OUDOT, Julien, DEMANGEAT, Charles, *Du Droit de Famille,* Marescq Ainé, París, 1867, p. 58 : "La loi ne défend pas au mari et à la femme d'avoir résidences séparées, si ce genre de vie exceptionnel est le résultat de leur accord mutuel".

9. Ibíd.: "Le mariage n'entraîne pas nécessairement l'obligation de la cohabitation intime…".

10. LABBÉE, Xavier, *Les rapports juridiques dans le couple, sont-ils contractuels?* Septentrion, Villeneuved'Ascq, 1996, p. 76.

11. La cuestión de los efectos de la separación de hecho ha sido definitivamente abordada en la obra de KEMELMAJER de CARLUCCI, *Separación de hecho entre cónyuges,* Astrea, Buenos Aires, 1976. Ver especialmente los capítulos II y VI, para los efectos personales y patrimoniales. Sigue siendo una obra referencial. Recientemente, ha sido vuelta a tratar por una de las autoras del texto que aquí se analiza en una notable producción: CHECHILE, Ana María, *La separación de hecho entre cónyuges en el derecho civil,* Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2006, publicada precisamente a los 30 años de su antecedente. En 1961 consta el antecedente de la obra de MORELLO, que quedó desactualizada por la incidencia de la reforma de 1968.

del que quisiera invocar la inocencia. Vale decir: el derecho no desvela lo que los cónyuges quieren guardar en su intimidad; pero si alguno de ellos o la las circunstancias lo exponen, trata a ambos como responsables de la ruptura. Lo cual es, ni más ni menos que la verdad, pero dejando a salvo los derechos de la víctima (es decir, de quién no consintió).

El caso de la fidelidad también ha sido tratado en el derecho como un supuesto en el cual *si había acuerdo entre ambos cónyuges la sanción recaía sobre ambos por igual*. En tanto, si la conducta no resulta desvelada al momento de la querella de divorcio, carece de relevancia jurídica. En el derecho francés, algunos fallos han negado la acción de infidelidad al cónyuge culpable de la misma acción. Se desarrolló la doctrina de la "connivencia" que excluye la acción sobre el tema. En cambio, cuando uno de los cónyuges es víctima de la infidelidad del otro, o se ha obligado a ejercer la prostitución o la infidelidad con alguna forma de coacción, la doctrina de la connivencia no se aplica y es posible demandar al cónyuge culpable. Vale decir que la libertad y autonomía privada de los cónyuges queda incólume sin derogar el deber de fidelidad: en cambio, se deja a salvo a la víctima. En el derecho argentino hubo un precedente apasionante en que ambos cónyuges habían mantenido relaciones swingers con terceros[12]. Uno de ellos intentó acusar al otro de infidelidad. Si bien el fallo termina girando hacia la culpabilidad de ambos por injurias graves, lo cierto es que hay una elocuente referencia:

[La actora] "…admite haber aceptado la práctica 'swinger', la que 'consintió' solo 'a fin de reconstruir' su matrimonio 'y hacerlo feliz' [n. b. a su esposo]. Nadie 'consiente' adoptar conductas de esa laya durante trece años, máxime cuando se tienen dos hijas y hasta una nieta con la que se convive y se tiene bajo su cuidado, solo para 'reconstruir un matrimonio' y menos aún, para 'hacer feliz' al cónyuge, si no lo hace por placer, por gusto, por satisfacción o por lo que fuere".

Adviértase la relevancia que confiere en este caso la Cámara al "consentimiento" de la esposa. Demuestra un giro semejante al de la doctrina francesa: la connivencia priva de acción.

De modo que:

- Si los esposos pactan privadamente y no emerge a la luz tal pacto, al derecho no le interesa indagarlo (Art. 18 C. N.);
- Si surge a la luz, y ambos han actuado el proyecto de vida común, el derecho lo considera igualmente irrelevante (Art. 18 C. N.);
- El único caso en que el derecho no lo considera irrelevante es cuando uno de los cónyuges tenía una expectativa y fue defraudado, o cuando fue forzado a una práctica que no comparte (piénsese sobre todo en el caso de las mujeres o peor aún: de la trata).

En ese último caso, la ley al suprimir el deber de fidelidad o cohabitación convalida la conducta del abandonante o del adúltero, dejando sin acción a la víctima.

Decimos sin acción, porque pudiera parecer que las acciones del derecho civil subsisten y la víctima podría ver resarcido el sufrimiento padecido con alguna acción de daño moral o incluso físico (si devinieran somatizaciones por el trauma, por ejemplo). Pues *esto ya no será viable, puesto que la acción carecería de causa: no se configuraría la ilicitud que es requisito de la acción de reparación*.

Insólitamente, y después de los trabajos brillantes inaugurados por Salvatore Patti en Italia, se reincorporaría en la familia por vía oblicua, la doctrina de la inmunidad.

Deber de cohabitación

En **segundo lugar, respecto del deber de cohabitación** debe tenerse presente que el derecho se ha elaborado durante siglos, y por lo tanto cada instituto tiene su razón de ser. Al derribarlo, caen lógicamente todos los institutos dependientes de él. Con el deber de cohabitación sucede lo propio.

12. Caso "R. E. c/ C. M. A. s/ Divorcio", Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala G, 12/07/2010.

Algunas consideraciones al respecto. No parece razonable exigir la cohabitación después de haber recuperado la salud en el caso de las *nulidades*: si la cohabitación no se exige en el matrimonio, porqué sería exigible en ese caso (Art. 424). De la misma forma, si a los cónyuges no se les exige la convivencia, no se explica por qué es relevante que cohabiten 30 días para extinguir la acción de nulidad. Debe buscarse otra causal de extinción, toda vez que la vida conyugal plena se lleva a cabo sin que haya necesariamente cohabitación (Art. 425).

El deber de cohabitación fijaba el *domicilio conyugal* (Art. 717)[13]. El domicilio conyugal dice relación con el derecho privado (deudas de los cónyuges, domicilio del hijo menor, entre otras cuestiones), como con el derecho internacional privado (es un punto de conexión). ¿Cómo se determina el domicilio conyugal si no hay deber de cohabitar?

El deber de cohabitación hace nacer la protección especial a la *vivienda conyugal*. Si cesa la cohabitación, ¿cómo se establece la vivienda conyugal? La inejecutabilidad del hogar conyugal, carece de sentido (Art. 456). El Código no ofrece pautas al respecto, y sin embargo hay una protección de la vivienda familiar intensa, que dispone incluso considerarla como bien fuera del comercio e inatacable para los acreedores. Se presta al fraude.

No resulta claro *qué debe entenderse por convivencia y separación de hecho*. Derogado el deber de cohabitar, tal vez debería definirse que es convivir y cuando se está separado de hecho. Convivir, según el DRAE es vivir en compañía de otros. Una palabra no debería usarse contra su sentido semántico usual, salvo que se le atribuya explícitamente un nuevo denotado. Tal vez sería preferible sustituir la palabra, toda vez que podría ser confusa: se puede vivir sin la compañía del cónyuge que podría vivir en Canadá (como en el precedente francés, que era en realidad regla para el caso concreto). En cuanto a la separación de hecho, resulta igualmente irrelevante. Si los cónyuges no están obligados a cohabitar, no se explica por qué sería relevante que no tengan voluntad de unirse. Sin embargo, estos términos son utilizados una veintena de veces en el Código Civil proyectado. Véase por ejemplo, la proyección de esta ambigüedad en materia de ejercicio de la responsabilidad parental, en el cual la convivencia y la separación de hecho causan efectos diferenciados. Sin embargo, no se advierte cuál es la solución en el caso de que no haya cohabitación pero sí voluntad de unirse (¿se rige por la convivencia o por el caso de separación? ¿qué sucede si los padres viven en países diferentes?). Si cabe la separación de hecho durante la plena vigencia del matrimonio (no implica ninguna merma a los deberes conyugales) no se entiende por qué hay una regulación separada de efectos en torno a la responsabilidad parental. En fin, que tal vez sería conveniente despejar estas ambigüedades a fin de evitar el aumento de litigios por falta de claridad del texto legislativo.

Para ser coherente, *deberían eliminarse todas las consecuencias de la separación de hecho*. Si la cohabitación no es relevante, no existe causa para regular en función de la convivencia o separación de los cónyuges. No hay obligación de unirse que surja del matrimonio, dado que esta surgía del deber de cohabitación, que traía implícitos los fines unitivos del matrimonio; que, con la nueva redacción, fueron derogados. Así, la retroactividad de los efectos de la sentencia de divorcio a la separación de hecho sin voluntad de unirse, carece de causa jurídica (Art. 480). Si los cónyuges tienen obligación jurídica de unirse ni de cohabitar, no hay causa para anclar los efectos a la separación de hecho sin voluntad de unirse: no hay ilicitud, porque no hay deber roto. El estado de cosas de estar separado de hecho sin voluntad de unirse pasa a ser parte de una vida marital plena, puesto que los cónyuges pueden convenir estar separados de hecho sin voluntad de unirse (viviendo en el Canadá, como dijimos, uno; y en Francia, el otro) sin alterar en nada la esencia del matrimonio.

La cohabitación está íntimamente vinculada al deber de fidelidad, y como tal, a las *presunciones de filiación derivadas*. De hecho, tampoco cabría en teoría hacer cesar la presunción por separación de hecho (como en el Art. 566). En realidad, las presunciones, para ser coherentes, deben desaparecer, porque se fundan en la unión de los cónyuges que estaba implícita en el deber de cohabitación. Tal vez no resultó del todo evidente, pero el deber de cohabitación implicó siempre el de la donación

13. Tomo esta sugerencia de una conversación con el Dr. Néstor Solari.

íntima de los cónyuges. Suprimido el deber de cohabitar, se suprime también esa nota del matrimonio, en consecuencia (sumado a la supresión del deber de fidelidad), parecería más razonable para preservar armónicamente el derecho a la identidad, la supresión de las presunciones y la realización de un ADN en cada caso, a fin de evitar sustituciones de identidad.

No puede utilizarse como *criterio "el hogar"* si no hay hogar desde el punto de vista jurídico, toda vez que la cohabitación pasa a ser jurídicamente irrelevante. Adviértase que los alimentos pueden fijarse "durante la convivencia" en el artículo 433. Pero si la convivencia carece de relevancia jurídica, no cabe otorgársela al hogar (por lógica consecuencia). Por la misma razón, el "deber de contribución al hogar" (Art. 455), carece de fundamento óntico. La responsabilidad solidaria para responder a las necesidades ordinarias del hogar conyugal, debería suprimirse (Art. 461). La referencia a las cosas muebles del hogar conyugal del Art. 462, debería correr la misma suerte. Lo mismo, respecto de los gastos comunes del hogar, que son a cargo de ambos progenitores, en el Art. 666.

Del mismo modo, deberían revisarse todas las ocasiones en las que se regula la *vivienda familiar* o términos homólogos. En cada caso, no existe quicio jurídico para hablar de vivienda familiar, toda vez que no se exige el deber de cohabitar. Como tampoco se define cuál es la nota que constituye una vivienda en "familiar" si se quita la cohabitación, las regulaciones que se apoyan en la noción de "vivienda familiar" carecen de causa jurídica.

Es necesario revisar el asunto de las cargas (Art. 489). No hay hogar conyugal sin convivencia, ergo no tiene sentido incluir dentro de las *cargas, las derivadas de su mantenimiento*.

Por último, durante la vigencia del matrimonio, *se expondría al niño al régimen de contacto propio de una pareja divorciada*, solamente que sin "plan de parentalidad", como sí hay en el caso de divorcio. ¿A dónde enviará el colegio las notificaciones escolares? ¿Deberán hacer constar los padres sus diversos domicilios? ¿Cómo se establece cuál es el domicilio del hijo menor? ¿Deberá haber un acuerdo judicial o constar en algún registro quién convive con el menor? En cuanto a las cargas del matrimonio: ¿se extenderán a ambos domicilios? Apenas algunas de las preguntas que suscita la regulación.

Deber de fidelidad

En **tercer lugar, respecto del deber de fidelidad.** El Código proyectado suprime el deber de fidelidad. En una última versión, incorpora un deber de naturaleza moral. Si es moral no es jurídico, por lo cual subsisten todas las consideraciones que siguen. Desde el punto de vista estrictamente lógico jurídico, cabe señalar lo siguiente:

En el Código proyectado, *la fidelidad no puede pactarse (por imperio del Art. 466), en cambio sí cabría la infidelidad*. El deber de fidelidad puede ser de derecho público o privado. Como ha dicho el profesor de la Universidad de Verona, Antonio Zaccaria, en ocasión de la exposición de este punto: el derecho argentino consagra así un derecho humano inviolable a la infidelidad matrimonial.

Es verdad: el nuevo Código Civil no tiene por objeto la regulación de la fidelidad, sino la regulación de la infidelidad.

En el derecho privado tradicional, la fidelidad surgía del imperio de la ley (coincidente con el consenso social). La historia del derecho incluso conoció un deber de fidelidad emergente del derecho público, sancionado como delito penal.

En el caso del derecho de fidelidad de derecho privado impuesto por ley (caso del Código actual), nada impide que las parejas tengan prácticas que difieran del mandato imperativo. Ahora bien, si uno de los miembros de la pareja no está de acuerdo, tiene acción para alegar el "breach of duty" (incumplimiento del deber). El "breach of duty" puede implicar sanciones propias (especiales) del derecho de familia o sanciones generales, provenientes del derecho civil general (daños y perjuicios) en virtud del principio de personalización del derecho de familia, que es armónico con la constitucionalización del derecho civil.

Es posible pensar que para potenciar la autonomía de la voluntad, el legislador borrara el derecho de fidelidad del catálogo de obligaciones ex legem. Un legislador que considerara que la fidelidad forma parte de un proyecto de vida que el Estado debe garantizar en los términos del Art. 19 C.

N., podría considerar que las partes pueden provocar el deber de fidelidad con una suerte de fuente contractual o convencional[14]. Una regulación convencional del matrimonio, bien que desinstitucionalizante, protege el principio de autonomía de la voluntad permitiendo cualquier proyecto de vida siempre y cuando surja del consenso de los integrantes de la pareja.

Eso no es lo que sucede en el Proyecto. Si bien se afirma como principios la igualdad de derecho y la autonomía de la voluntad, la autonomía solo vale para garantizar el derecho a la infidelidad sin sanción alguna y la víctima de infidelidad no tiene acción.

En cuanto a la igualdad, parecería que se trata otra vez la aplicación de la igualación en abstracto, tan bien descripta en el tango de Enrique Santos Discépolo. Pero, aquí no se trata propiamente de igualdad, sino de desigualdad. El que quiere ser fiel, no tiene los mismos derechos que el que tiene como proyecto de vida un matrimonio abierto, toda vez que la fidelidad no puede pactarse. Vale la infidelidad, pero las parejas no podrían pactar la fidelidad y protegerse por la infracción y el agravio subsecuente. Por lo tanto, se advierte inmediatamente una segunda desigualdad. La mujer que elige ser infiel (o el hombre que elige) tiene sus derechos plenamente satisfechos. En cambio, la víctima de infidelidad, carece de acción por el daño que tiene adecuado nexo de causalidad en la infracción del deber de fidelidad. Digamos así que las injurias por la deshonra producida. Una mujer tendría que aceptar sin ocasión de obtener resarcimiento alguno, que su esposo la visite a su ámbito laboral con su pareja en presencia de sus compañeros de trabajo, sin sanción económica o jurídica alguna. No queda más remedio que constatar la incoherencia entre el principio de igualdad enunciado en el preámbulo de la regulación del matrimonio (aun entendido como igualdad abstracta) y la desigualdad provocada por la manera en que se ha legislado, dando más derechos a un grupo de personas privilegiado por la ley (aquellos que optan por un matrimonio abierto), por sobre aquellos que optan por un matrimonio exclusivo.

En cuanto a la autonomía de la voluntad, el razonamiento es análogo. Solo tienen plena autonomía de la voluntad para realizar su proyecto de vida aquellos sujetos que se adecuan al modelo de matrimonio que provee el Código proyectado. Según se anticipó más arriba, le marco regulatorio del Código solo permite autonomía para ser infiel, no para ser fiel; ya que su objeto regulatorio es la infidelidad y no la fidelidad. La fidelidad egresa del ámbito jurídico (ni tiene sanción, ni puede ser pactada). En tanto, la infidelidad ingresa como una alternativa posible. El infiel, en el Proyecto, adquiere derechos; en tanto que el fiel los pierde.

La supresión del deber de fidelidad como exclusividad, es *incoherente con la regulación sobre las uniones convivenciales*. Para acceder al régimen de uniones convivenciales, se exige a las parejas singularidad y permanencia. Con lo cual se daría el resultado incoherente de que las parejas de hecho de menos de dos años de relación, tendrían más carga de deberes que el matrimonio o las uniones convivenciales de más de dos años de duración.

La supresión del deber de fidelidad perjudica la estabilidad del estado de familia[15] e incrementará la litigiosidad en torno al emplazamiento de estado. La obligación de fidelidad fue históricamente impuesta especialmente a las mujeres, para garantizar la correspondencia entre la realidad biológica y la identidad social del niño[16]. Al carecer de fundamento la presunción de paternidad, es razonable pensar que más niños y adolescentes duden del emplazamiento paterno. La incidencia de pleitos en materia de acciones de emplazamiento podría multiplicarse.

La supresión del deber de fidelidad compromete el derecho a la unidad de la identidad del niño. Podría haber discordancias entre la realidad biológica y el emplazamiento presuntivo, que no se resolvieran, quedando en consecuencia los niños emplazados en un estado en el cual se suprime su identidad biológica, como en las apropiaciones.

14. Así, el Covenant Marriage.

15. Ha sido Marcos Córdoba quién ha observado este punto con agudeza en una conversación mantenida con él.

16. CASTELLI, Mireille D. y GOUBAU, Dominique, *Le Droit de Famille au Québec,* Presses Universitaires de Laval, Laval, 2005, p. 186.

Si se suprime el deber de fidelidad no se entiende por qué no resulta también admisible la poligamia. Si la multiplicidad de parejas es legítima, también debería serlo el reconocimiento de esa multiplicidad ante la ley. Louise Ch. A. Allemand decía: "El deber de fidelidad es una consecuencia de la prohibición de la poligamia"[17]. Es razonable que si no interesa el deber de fidelidad, no haya obstáculos a la realización de un proyecto de vida poligámico.

La solución en torno al deber de fidelidad es incoherente con otros sistemas normativos. En el derecho laboral la infidelidad del empleado se sanciona con el despido. En el derecho de familia, la infidelidad del esposo, no tiene sanción alguna.

Respecto de los fundamentos de la propuesta, hemos advertido que probablemente subyazcan algunos malentendidos en la comprensión de la extensión y los fundamentos del deber de fidelidad. Entre los textos de la literatura nacional, hemos procurado encontrar los fundamentos de tal supresión. Así, en una destacada obra doctrinal, se señala que el deber de fidelidad ha sido una creación doctrinal y jurisprudencial, que, para sus sostenedores, tendría su génesis en el derecho natural y en valores ético-morales que definen por sí mismos a la institución matrimonial como régimen monogámico. Los autores sostienen que este estado del arte no puede sustentarse, dado que hay una ausencia evidente de un código universalmente aceptado que reúna dichas reglas morales sobre las que los autores pretenderían apoyar la moralidad matrimonial[18]. Por otra parte, otros autores han sostenido que el deber de fidelidad no es exigible[19]. Otros han sostenido que su quicio es el sistema del divorcio sanción y desaparecido este, no se justifica su mantenimiento[20].

En líneas generales, estamos de acuerdo con la primera de las afirmaciones precedentes. En un sentido descriptivo, las costumbres morales son variadas y el pluralismo es un criterio en auge. No obstante, la realidad sociológica en la Argentina posiblemente no sea tan plural como la sociedad canadiense o las sociedades europeas, en las que el choque de culturas es más manifiesto. Cabe sospechar que la mayoría de los habitantes del país entienden que la fidelidad implica exclusividad y no una relación abierta. Con lo cual la supresión del deber de fidelidad probablemente no sea concorde con el sentir de los habitantes de la Argentina, a quienes está dirigido el Código. Y, como el Código es para el "hombre común" como decía Reale, podría suceder que se desenfoque la regulación respecto de sus destinatarios, por mantener una línea de principios libertarios. Decía la sabiduría medieval: No tensar tanto el arco, que al final se rompa. O, en palabras de Díez Picazo: El derecho debe marcar el paso, pero no distanciarse radicalmente de la sociedad.

Se podría objetar, que dado que el Código será para todos, su sistema valorativo tiene que servir para las prácticas sexuales de las grandes urbes, así como para todos los demás habitantes del país, y ello se logra suprimiendo los deberes conyugales. Sin embargo, esto tampoco es exacto, como dijimos más arriba, el derecho no ingresa hoy, con la ley 23.515, en la privacidad de los cónyuges. Lo expresan los mismos autores citados: "Si los cónyuges deciden adecuar sus relaciones personales a sus referencias individuales, aunque estas no co-incidan con aquello que la ley […] ha entendido como propias de la relación matrimonial: ¿es posible impedirlo?"

Se dice que la derogación tiene relación con la autonomía de la voluntad y la libertad de intimidad. Sin embargo, no hay ley más invasiva que la propuesta. La ley vigente no ingresaba dónde los cónyuges no la dejaban ingresar. La ley actual ingresa a la privacidad, alterando la ecuación de los cónyuges que sí quieren deberse fidelidad (no pueden pactarla siquiera, porque la ley se los prohíbe en el Art. 447, conforme desarrollamos en los números precedentes).

17. ALLEMAND, Louis Charles Antoine, *Traité du Mariage et de ses effets,* Thorel y Leboyer, París, 1847, p. 342.

18. GIL DOMÍNGUEZ, FAMÁ, HERRERA, *Derecho Constitucional de Familia…,* cit., p. 255-256, pero en general todo el capítulo, especialmente su colofón y la definición de fidelidad como regla de lealtad traducida en sinceridad, pero no de exclusividad (p. 271).

19. En la doctrina nacional, es la postura de Eduardo Zannoni. Es el contenido de la ponencia presentada por María Victoria Famá y Moira Revsin en las XIX Jornadas Nacionales de Rosario (2003), que no fue seguida por la votación general.

20. Ponencia presentada por María Victoria Pellegrini en las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil en Rosario (2003), que no fue acompañada por la votación mayoritaria.

Cabe señalar también que hay un malentendido respecto de la naturaleza del deber de fidelidad. Se ha entendido que es un deber de naturaleza moral. Sin embargo, desde siempre se ha sabido que sobre el deber de fidelidad se estructura un complejo edificio de presunciones y deberes y derechos dependientes del matrimonio. Desde el Código Napoleón, el deber de fidelidad fue considerado como estrictamente jurídico y no moral[21].

Que se derogue el divorcio sanción, no obsta a conservar el deber de fidelidad, porque el cónyuge que no consintió siempre podría reclamar una indemnización económica reparadora, cosa que aboliendo el deber de fidelidad, queda excluida. La víctima de infidelidad queda sin remedio jurídico.

Por último cabe preguntarse si lo que hace la juridicidad es que exista una acción para reclamar, o si no es más bien a la inversa: la acción para reclamar existe porque hay un derecho objetivo preexistente (que como contracara da lugar a un derecho subjetivo reconocido por el legislador). En este caso, el legislador ha querido abrogar ambos. Es curioso, empero, que la argumentación sea invertida: como no hay acción no hay derecho (lo razonable es inverso: como no hay derecho no hay acción). En todo caso, se desconoce (porque existe, sea o no exiliada por el legislador) una dimensión de juridicidad constitutiva del matrimonio, coherente con numerosas reverberaciones en la ordenación de la familia.

Deber de asistencia

En cuarto lugar, el deber de asistencia, en una primera redacción daba para pensar que se refería solo a lo que los franceses llaman *devoir de sécours* (deber de provisión económica).

El deber de asistencia se refirió desde siempre tanto a las necesidades "del alma y del corazón" como también aquellas "del cuerpo"[22]. Porque los esposos se donaban recíprocamente el alma y el cuerpo[23]. En la doctrina nacional, el criterio de que el deber de asistencia incorpora los cuidados materiales (alimentarios), sino también los espirituales y morales[24].

En la versión del 12.04.2012 del Proyecto, se ha corregido dicha redacción. El nuevo art. 431 dice: "Los esposos se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación y el deber moral de fidelidad. Deben prestarse asistencia recíproca."

Así redactado, parecería que el deber de cooperación es jurídico (porque no se aclara lo contrario), en tanto que el deber de fidelidad es moral. La situación es harto ambigua. En realidad el deber de cooperación es tan poco exigible o sancionable como el deber de fidelidad (no tiene acción para reclamarlo).

Puede imaginarse que la fundamentación para exiliar al deber de asistencia del campo propio de la juridicidad del matrimonio es probablemente análoga a la que se aplica al deber de fidelidad. (Que no puede coaccionarse el amor o la atención, que el deber no es exigible porque se suprimen las causales de divorcio). Las mismas observaciones relativas al deber de fidelidad se aplican también a este caso.

Tratándose de deberes morales, se despojaría al matrimonio-institución-jurídica de deberes tales como el cuidado en la enfermedad, o la asistencia en situaciones traumáticas o dolorosas. Si bien esto es consistente con la supresión del deber de cohabitación (que, de no llevarse a cabo puede despojar de la cotidianeidad condividida); y el deber de fidelidad (que, de no ejecutarse puede llevar a algún

21. MOURLON, Frédéric, *Répétitions écrites sur le troisième examen du Code Napoleon,* Marescq Ainé, París, 1857, Vol I, p. 376.

22. OUDOT, DEMANGEAT, *Du droit de famillа…,* cit. p. 58 : "Mais ils établissent dans les époux, l aloi de se prêter assistance dans les besoins de l'aâme et du cœur, comme dans ceux du corps, d'avoir la pacience que tolère, la bienveillance qui prèvient, la sympathie que console".

23. ALLEMAND, *Traité du mariage et de ses effets…,* cit., p. 342.

24. BELLUSCIO, Augusto C., *Manual de Derecho de Familia,* Abeledo, Buenos Aires, 2011, p. 360, párr. 192. ZANNONI, Eduardo A., *Derecho Civil. Derecho de Familia,* Astrea, Buenos Aires, 2006, T. 1, p. 443 y p. 445 párr. 335. MAZZINGHI, Jorge A. *Tratado de Derecho de Familia,* La Ley, Buenos Aires, 2006, p. 253 y ss. Entre otros.

extrañamiento entre los cónyuges); impacta en un deber que ha sido indiscutidamente considerado como constitutivo de la vida conyugal: a saber, la solidaridad familiar[25].

De nuestra parte, creemos que el deber de asistencia hace a la esencia del matrimonio-institución-jurídica, y que borrarlo en tanto que deber jurídico desdibuja a la institución.

f) Divorcio

Hasta aquí hemos desarrollado los problemas derivados de la regulación del matrimonio. A continuación analizamos los referidos a su disolución.

En el capítulo 8 de Disolución del matrimonio, aparecen las siguientes novedades, que consideramos requieren análisis:

1. La eliminación de la separación personal
2. La supresión de los denominados "plazos de espera" para divorciarse
3. La supresión del divorcio causado, subsistiendo como única vía el divorcio unilateral o bilateral judicial.

Sobre estos tres puntos concentraremos nuestro análisis. En los tres casos, se trata de elecciones de política familiar y judicial, de modo que involucran sistemas de valores y creencias de los redactores que no pueden someterse a análisis jurídico, sino que quedan relegados al ámbito político. El análisis que sigue será tan solo bajo la formalidad jurídica.

Supresión de la separación personal

Este asunto simplifica los procesos y la redacción del Código Civil, concentrando en una sola vía los caminos de separación de los cónyuges. Sin embargo, por ese mismo motivo cercena libertades fundamentales.

Se violenta el principio constitucional de protección de la familia, contenido en los Tratados internacionales. En dichos tratados, se asegura el derecho del niño a una familia, se postula el bien jurídico del matrimonio y los Estados partes asumen la obligación de proteger la familia. Proteger la familia es una obligación de medios –como se sostuvo en un fallo reciente– y consiste en que aquellos que deseen tener una familia, tengan los medios como para tenerla. Trasladado al matrimonio, parece contrario a la Constitución Nacional, que, aquellos que quieran seguir casados, aunque se vean constreñidos a estar separados, tengan obligatoriamente que divorciarse, sin poder recurrir a una separación legal que conservaría el vínculo.

No parece coherente que las partes tengan la libertad de no convivir durante el matrimonio, y en cambio carezcan de la libertad de no divorciarse, si quieren separarse legalmente sin disolver el vínculo. Contradice el principio de autonomía de la voluntad que preside este capítulo.

El principio de libertad religiosa y de pluralismo que se postula como fundante de la Codificación propuesta, también se ve agraviado. Hay libertad de ser swinger, llevar adelante un matrimonio abierto, no respetar la fe mutua de los cónyuges, no convivir; pero no hay libertad de ser fiel al voto moralmente más exigente de perdurabilidad del vínculo matrimonial, que beneficia a la sociedad. Vale decir, hay libertad para la laxitud moral, pero no hay libertad para las opciones morales exigentes. Esto podría aparecer como un nuevo sistema moral único, que no tolera otras opciones ni les da cabida en la sociedad.

25. Para MÉNDEZ COSTA (op. cit.) es uno de los principios que rigen las relaciones de familia.

Divorcio sin causa, consideraciones generales

Respecto del divorcio sin causa, como opción política, sus fundamentos históricamente fueron valorativos, de coherencia con la regulación restante y por una cuestión de eficiencia de la jurisdicción (disminuir la litigiosidad). Respecto de los argumentos valorativos, algunos autores han señalado que es conveniente eliminar la culpa, porque la confrontación en la ruptura dañaría a las partes. Desde el punto de vista valorativo se ha dicho que basta que uno no quiera para que dos no puedan: no pueden ponerse límites a la persona que opta por la ruptura. Si uno de los dos cónyuges desea romper el vínculo, el matrimonio carece de sentido. La voluntad de uno es el fundamento suficiente de la ruptura. En segundo lugar, se ha argumentado desde la coherencia, en el sentido de potenciar la idea desinterés por el Estado respecto del perfil del matrimonio, en el sentido de que los cónyuges son autónomos para llevar su vida como deseen y que instaurar un divorcio causado sería brindar un espacio de indagación que es incoherente con la retirada del orden público del matrimonio. Finalmente, se ha dicho que de instaurar este sistema, se reduciría la litigiosidad.

Divorcio sin causa y argumentos valorativos respecto del análisis de la culpa

Considerar que el examen de la culpa dañaría a las partes como un argumento para eliminarla del terreno de la juridicidad supone dos vertientes. De una parte, se argumenta que daña a los cónyuges. De otra, que los divorcios de aquellos que podríamos llamar "sanguinarios" –por su alto grado de conflictividad– causan daño a los niños.

En primer lugar, decir que se quita el análisis de la culpabilidad porque daña a los cónyuges es un argumento paternalista. Si los cónyuges desean establecer quién es inocente y quién es culpable, negarles ese derecho es invadir una esfera de autonomía.

Lo cierto es que lo que daña no es el examen de la culpabilidad en el marco de un proceso, sino el hecho culpable. Vale decir, lo que causa dolor y daña no es el análisis del adulterio o las injurias graves, sino que estas hayan acontecido. La herida que causa el adulterio –con independencia de si es examinada o no por la justicia– es una herida profunda e irreparable, una falta a la fe recíproca (y cuando hay niños, un embargo a la credibilidad de las relaciones de pareja, destruida la fe por la traición paterna o materna a la palabra matrimonial). Es propio de un pensamiento utópico, de un autoengaño voluntarista, el pensar que, porque no se discute en un juicio, el adulterio y el daño que causa, no existen. El derecho no tiene la potestad de hacer desaparecer la realidad, simplemente por no discutirla en un fuero tribunalicio. En cambio, causa una tremenda sensación de abandono a la víctima de adulterio el hecho de que su fe dañada no merezca reparación alguna. Quitar la posibilidad del examen jurisdiccional de la culpa no solo banaliza el matrimonio sino que además añade sufrimiento sobre sufrimiento, demostrando a la víctima que la injuria que sufrió es irrelevante para el derecho y que su injusticia no merece reparación alguna.

En cuanto al daño a los niños por un divorcio "sanguinario", es un mito pensar que porque se prohíbe discutir la culpa en el marco del proceso, la ira que causa una injuria o una relación matrimonial mal llevada va a desaparecer porque no se discuta en la jurisdicción. Más bien al contrario. Lo que va a suceder probablemente es que la conflictividad que antes se concentraba en el proceso de divorcio tendrá como válvula de escape otros conflictos conexos, que muy probablemente los involucrarán: tales como los planes de parentalidad, alimentos, residencia, etc. De modo que, probablemente cerrar la puerta a que el conflicto entre adultos eclosione en el marco propio del divorcio, probablemente implicará que este mismo conflicto no solo no desaparezca, sino que se encauce en los procesos que involucren a los niños.

Finalmente, se encuentra el argumento autónomo. Según este argumento no se puede obligar a las personas a ser fieles o a no injuriar al otro, porque es parte de la libertad que de este modo se vería agraviada si el Estado ingresara en la esfera de privacidad. Con el argumento de que la libertad humana supone siempre una elección entre medios buenos o malos para la propia felicidad, no habría delitos punibles. Sin embargo, quienes argumentan sobre esta idea, afirman que hay una especial labilidad del corazón humano en cuestiones románticas. Y entienden que la ley tiene que abstenerse de intervenir. Sin embargo, el Estado sí ingresa en esferas mucho más banales, como por ejemplo, prohibir fumar en

un lugar compartido con desconocidos, para evitar un daño a la salud. Cuanto más daña a la esposa o el esposo el agravio o el adulterio. Es mucho más que un daño a la salud física. Es una herida moral profunda. Más aún, el derecho promueve de esta forma la falta a la fe recíproca de los esposos, tomando partido por su irrelevancia jurídica (y, consecuentemente, privándolo de su dimensión social).

Divorcio sin causa y reducción de la litigiosidad

A este respecto conviene advertir que *la evidencia científica no demuestra que se reduzca la litigiosidad*. Al contrario, los sistemas jurídicos comparados que han implementado el divorcio incausado han experimentado un incremento exponencial de casos de divorcio y de acciones conexas. Los tribunales de familia se han visto desbordados. El caso más paradigmático es el inglés, en el que con el anterior Family Law Act de 1995 se había previsto un mecanismo de prevención del divorcio, porque se calculó que de no implementarlo, los tribunales de familia se verían desbordados hacia 2015. El sistema no se implementó, rige el divorcio sin causa, y en 2010 los tribunales de familia ya estaban desbordados. En 1969 Ronald Reagan firmó el divorcio sin causa, de lo que luego diría él mismo que fue uno de sus peores errores. En la década y media que siguió el resto de los estados siguieron el ejemplo de California y legalizaron el divorcio sin causa. Fue así que de 1960 a 1980 la tasa de divorcio subió a más del doble (de 9,2 divorcios cada 1.000 mujeres a 22,6 divorcios cada 1.000 mujeres).[26] Esto significó que mientras que menos del 20% de las parejas que se casaron en 1950 se divorciaron, alrededor del 50% de las que se casaron en 1970 lo hicieron. Y aproximadamente, la mitad de los niños nacidos de padres casados en la década de 1979 vieron a sus padres divorciarse, comparado con un 11% de los de la década[27].

Si el divorcio sin causa supone el aumento exponencial de los divorcios, su sanción implica un agravio al derecho a la familia de los niños (como obligación de medio). Los niños como consecuencia del divorcio crecen como semihuérfanos, perdiendo la experiencia de la vida familiar[28]. Su vida se ve fragmentada en dos[29].

Si bien el derecho no puede prohibir el divorcio, los Estados deben promover la perdurabilidad del vínculo si interesa el bienestar de los niños[30]. La permanencia del matrimonio y la obligación de medios de la sociedad de apoyarlo, tiene su último apoyo en los derechos de los niños[31]. Los niños

26. Cita: http://www.census.gov/hhes/socdemo/marriage/data/cps/p23-180/p23-180.pdf. Consultado el 15/12/2012 10:49 hs.

27. WILCOX, W. Bradford, "The evolution of divorce", *National Affairs*, Issue 1, Fall 2009, http://nationalaffairs.com/publications/detail/the-evolution-of-divorce. Wilcox es profesor de sociología de la Universidad de Virginia y además es director del National Marriage Project de esa universidad.

28. WARDLE, Lynn D., "Can You Hear the Prayer of the Children? The Quest to Make the World Safer for Children and Families", en *Liber Memorialis Peter Sarcevic,* Sellier, Munich, 2006, pp. 380 y ss. El profesor Wardle es un destacado jurista de derecho de familia, actual presidente de la International Academy for the Jurisprudence of the Family, y oficial durante varios años de la International Society of Family Law.

29. Como lo prueba la representativa muestra estudiada por MARQUARDT, Elizabeth, *Between two worlds,* con prólogo de Judith Wallerstein, Crown Publishers, Nueva York, 2005, pp. 19 y ss.. Especialmente puede verse la división que causa la tenencia compartida.

30. William DOHERTY, profesor de Ciencia Social de Familia en la universidad de Minnesota y terapista de parejas y Leah WARD SEAR, actual jefa de justicia de la Corte Suprema de Justicia de Georgia y considerada dos veces por la nominacion de "US Supreme Court" de Barack Obama, sostuvieron en su estudio *Second Chances* (2011), que puede consultarse en http://www.americanvalues.org/pdfs/download.php?name=second-chances y que tuvo amplia recepción mediática, además de su recepción en las legislaturas estatales, que:

- El 40% de las parejas en medio de su proceso de divorcio estaba interesada en la posibilidad de reconciliación.
- Una modesta reducción en los divorcios beneficiaría a 400.000 niños estadounidenses al menos.
- Una modesta reducción de divorcios también significaría un ahorro en los impuestos de estado

Sus principales recomendaciones.

- Extender la espera de divorcio a al menos un año.
- Proveer educación sobre la propuesta de reconciliación.
- Crear "university-based centres" de excelencia para brindar información a las parejas en riesgo de divorcio.

31. Sobre esto, merece la pena mencionarse la notable conferencia brindada en el panel de apertura de la XIV International Conference celebrada en Lyón en 2011, de la profesora Marsha GARRISON, que mostró los efectos deletéreos

que padecen el divorcio de sus padres quedan en una situación real de desventaja respecto de los niños que crecen en familias intactas o sin la presencia de alguno de sus progenitores. Para cumplir auténticamente el interés superior de los niños, es necesario fortalecer la institución matrimonial y no debilitarla.

Al quitar la relevancia del examen de la culpabilidad en la ruptura, se banaliza el matrimonio. Así, si Vélez sostenía que un hecho de la importancia del matrimonio no podía descender a las condiciones de una estipulación cualquiera[32], el nuevo Código propone un matrimonio que es menos valioso que un contrato: puede romperse unilateralmente, sin generar responsabilidad alguna.

Instauración de una nueva inmunidad endofamiliar que favorece a los victimarios y perjudica a las víctimas

Después de decenas de años de elaboración doctrinal en materia de *responsabilidad endofamiliar*, abrogando toda ilicitud o antijurídico en las relaciones conyugales, se termina por abolir la posibilidad de reclamar daños entre cónyuges. Esto significa retrotraer las condiciones de reflexión sobre los derechos humanos en las relaciones familiares a etapas previas a los trabajos de Patti de 1984, tan bienvenidos por la doctrina nacional. La afirmación no es banal, ya que la responsabilidad (agravada por el deber más exigente que emergería del vínculo familiar) queda exiliada de la familia. Las nuevas causas de responsabilidad solo podrán tener su fuente en relaciones de tipo extrafamiliar entre sus miembros. Vale decir que esta nueva regulación de la familia importa la creación de una nueva forma de impunidad. Un renacimiento en el siglo XXI, de la doctrina de la inmunidad.

Adviértase que hay una tónica del Código en este sentido, toda vez que algo semejante podría ocurrir en punto al reclamo de daño genético. Toda vez que el concebido por donación de gametos carece de acción para establecer su vínculo parento-filial, se remueve el acceso a la causa adecuada que podría hacer nacer la responsabilidad del padre o madre donantes. El resultado es un renacimiento de la doctrina de la inmunidad parental por vía oblicua.

En el primer caso, se suprime el requisito de antijuridicidad; en el segundo se oblitera el del nexo causal. El resultado es idéntico: un renacimiento de la doctrina de la inmunidad familiar.

Con esta regulación, *da más seguridad jurídica un contrato que la institución matrimonial.* Sería conveniente para quienes el matrimonio sigue significando un cúmulo de derechos y deberes recíprocos que exceden la mera dimensión alimentaria, que recurran a un contrato civil en el que enuncien derechos y obligaciones susceptibles de valor económico (incluso deberes de asistencia y de fidelidad, como en una relación laboral sí se enuncian). Estarían mejor protegidos en caso de ruptura que contrayendo matrimonio.

El sistema planteado parece incoherente con la subsistencia del deber de asistencia. Si el deber de asistencia es un deber "del" matrimonio, entonces su infracción debe ser causa de ruptura. En cambio, si es un deber que se da con independencia de él, sería coherente dedicar un capítulo al deber de asistencia en todas las situaciones jurídicas en las que este tiene causa y legislarlo en capítulo separado. No es lógicamente coherente establecer deberes emergentes del matrimonio sin que estos puedan ser causa de ruptura.

Divorcio sin tiempo de espera

El mundo corre hacia una estrechez de recursos y hacia una crisis del Estado benefactor (welfare State). Se hace necesario fortalecer la solidaridad intergeneracional, fortificando los vínculos familiares, entre otras medidas posibles.

El tiempo de espera permite una segunda oportunidad para que la pareja reflexione sobre la posibilidad de mantener el vínculo.

---

que incluso en la salud física de los niños, produce el divorcio. Pareciera que la Argentina es uno de los pocos países en no tomar noticia de estos efectos.

32. Nota al Art. 159 del Cód. Civil actualmente vigente.

El tiempo de espera es otra forma de implementar la obligación del Estado de proteger la familia, toda vez que desalienta a la constitución de matrimonios irresponsables, al estilo Las Vegas, de película americana, en la cual los cónyuges se casan un día y se separan al siguiente.

En 2012 tuvo lugar en Zaragoza un trascendente Seminario sobre Mediación en el que se concluyó que España debe dar marcha atrás con su reforma de divorcio exprés, porque favorece el incremento de los divorcios. La conclusión cuarta del mismo, estableció la necesidad de restablecer en España el tiempo de espera antes del Divorcio[33].

No todos los ciudadanos tienen igual espectro de derechos con este sistema de regulación. Los que eligen modalidades de vida menos comprometidas tienen más derechos que los que quieren que se reconozca un plan de vida más exigente. Consideramos que un Código Civil debería garantizar a todos los habitantes la libertad de llevar adelante su sistema moral, sobre todo si se trata de un sistema más exigente y que aporta beneficios a la sociedad en su conjunto. Aquel lema de Jean Carbonnier: A chacun sa famille, à chacun son droit[34], tampoco se cumple, por que se suprime la posibilidad de optar, y se construye un modelo único al que todos tienen que adaptarse.

g) Balance final sobre el título de matrimonio

Se dice que lo que se dice sobre el divorcio dice bastante sobre la esencia del matrimonio. Tratamos de buscar apoyo en los comentadores de la reforma española de 2005 que introdujo el matrimonio entre personas del mismo sexo y el divorcio exprés, para ver si allí podíamos escudriñar la nueva fisonomía del matrimonio propuesta en este Código Civil proyectado.

Lo cierto es que en España se temió que el divorcio exprés transformara al **matrimonio en una unión sin fines, amorfa e indefinida**[35], carente de objeto. Esta situación incide lógicamente sobre el consentimiento y la aptitud para consentir[36]. Se ha dicho que establecer nítidamente el perfil del matrimonio tiene efectos jurídicos importantes, para distinguir una institución simulada o fraudulenta del verdadero matrimonio[37]. Esta consideración es aplicable para el matrimonio así como se regula en el nuevo Código. La unión civil por lo menos supone un "proyecto común" aunque esta noción resulte a-jurídica e indeterminable.

33. Seminario "Mecanismos de prevención frente a las Crisis Familiares", que tuvo lugar el 10 de febrero de 2012 en Zaragoza, con exposiciones de diversos catedráticos y participación interdisciplinaria. La conclusión cuarta dice: "4. Un primer mecanismo es el establecimiento de un periodo de reflexión previo al divorcio, que permita acudir a mecanismos preventivos de orientación y mediación." Allí se advirtió el incremento dramático del divorcio en España a partir de las leyes de divorcio exprés.

34. CARBONNIER, Jean, *Essais sur les lois,* Défrénois, París, 1979, p. 167.

35. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos, "El matrimonio deconstruido"*,* en *El matrimonio: ¿contrato basura o bien social?,* Thomson-Aranzadi, Navarra, 2008, pp. 95-128. Otro análisis sobre el divorcio express, en sentido crítico, en MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO -catedrático de Derecho civil en la Universidad Jaime I, de Castellón), *El concepto de matrimonio en el Código civil* , Madrid, Thomson-Civitas, 2008, especialmente pp. 27 y ss. El catedrático español de Zaragoza Martínez de Aguirre, en el artículo citado, afirma: "…el matrimonio deconstruido es, en realidad, una forma (una formalidad) y una inercia legal.", dice el autor, que carece de fines. Cuánto más diría del matrimonio argentino que no sólo ha sido vaciado de sus fines, si no de los deberes tan inherentes a la institución, como lo son el deber de cohabitación y fidelidad.

36. MARTÍNEZ de AGUIRRE, "El matrimonio deconstruido"… cit.

37. "… la cuestión de la determinación del concepto legal de matrimonio en nuestro Derecho positivo no es puramente teórica. Tiene una relevancia práctica inmediata, en la medida en que puede servir para identificar cuándo un consentimiento es verdaderamente matrimonial, y por tanto cuándo no lo es. A su vez, esta eficacia es la que sirve para saber cuando estamos ante un verdadero matrimonio, y cuando estamos ante una simulación, ante un matrimonio de complacencia, con finalidades fraudulentas (señaladamente, en este momento, con la exclusiva finalidad de obtener permiso de residencia, y más tarde la reagrupación familiar, o de tener más fácil acceso a la nacionalidad española)." MARTÍNEZ de AGUIRRE y ALDAZ, Carlos, "El nuevo matrimonio civil", en *Novedades legislativas en materia matrimonial,* Consejo General del Poder Judicial. 2008, p. 23.

El matrimonio así como se proyecta, no supone nada más que ingresar a un circuito de obligaciones económicas. Al analizar la ley española, tratando de definir el nuevo matrimonio, un catedrático acuñó la siguiente fórmula: "La unión de dos personas dirigida a la mutua ayuda de ambas"[38]. Pero este concepto es muy inespecífico, y caben dentro de él infinidad de situaciones. No es posible identificar un verdadero perfil del matrimonio que lo distinga de cualquier otra relación humana bilateral, salvo por los impedimentos de parentesco que se exigen para contraerlo.

No tiene un fin, ni tiene un objeto. De la regulación no surgen ni el fin procreativo ni el asistencial (no económico) que formaron parte desde siempre de la unión conyugal. Tampoco surge el objeto del consorcio de toda la vida. Después de leer la regulación, el matrimonio podría definirse como una institución más laxa que cualquier otro contrato, por el cual dos personas se obligan por un plazo indefinido, pero que puede rescindirse en cualquier momento, a prestarse alimentos y establecer un régimen de relaciones económicas entre sí.

Desde nuestra perspectiva, al analizar la institución así como se plantea, no se entiende bien que se la mantenga. Es mantener una cáscara vaciada de significado. Nos parece que lo más coherente, que de mantener estos criterios, sería terminar con la institución matrimonial, y dejar librada a la privacidad de las partes sus acuerdos económicos, en lugar de imponer reglas por el Estado.

Alguna vez sostuvimos que sería más fácil crear nuevas instituciones con nuevos contenidos, dando más opciones a la sociedad, que desmantelar las instituciones existentes para adecuarlas a determinado credo de ideas o convicciones morales o personales. Humildemente consideramos que hubiera sido más simple dejar el matrimonio para los pocos osados que se atrevieran a ingresar a esa institución (con fidelidad, cohabitación, perdurabilidad, etc), y abrir el abanico de opciones para los que quieren pactar o ingresar a otras modalidades más "light" de relación. Seguimos pensando que el derecho debería ofrecer más derechos y no restringir los existentes.

Creemos además que esta modalidad de regulación **va a tener efectos nocivos en tres grupos vulnerables: mujeres, niños y ancianos.** Las mujeres y los niños, son dos grupos directamente afectados por el incremento en la divorcialidad. Los ancianos son víctimas indirectas, porque se ha comprobado que la fragmentación familiar (muchos divorcios sucesivos, por ejemplo) debilitan la solidaridad intergeneracional[39].

Por último, no parece que esta reforma esté dirigida al hombre común de Miguel Reale. El hombre común, cuando se le dice matrimonio, sigue pensando en un varón y una mujer que se casan con intenciones de durar en la relación y que se comprometen a la exclusividad y a cohabitar. Son muy pocos los que cuando se les dice matrimonio evocan otras realidades ("swinger", "open marriage" u otros conceptos semejantes). Si el Código Civil proyectado se diseña a medida de las clases medias altas urbanas, que acceden a estos circuitos culturales y omite considerar a la mayoría de los argentinos, cuya vida es más sencilla, se habrá apartado de lo que consideramos que es la misión esencial del Código: legislar para las "costumbres del país" y según la "legislación de otros pueblos de costumbres muy diversas", más, teniendo en cuenta las "funestas consecuencias" de aquella legislación traída de costumbres dispares[40].

38. MARTÍNEZ de AGUIRRE y ALDAZ, Carlos, "El nuevo matrimonio civil", … cit., pp. 14- 58.

39. Sobre esto, MARQUARDT, *Between two worlds,* cit. pp. 163-167 desarrolla la dificultad que tienen los hijos del divorcio cuando arriban a la mayoría de edad para cuidar y visitar a sus padres en comparación con los hijos de familias intactas. Otro estudio concluyó que los padres divorciados son el grupo social más vulnerable en la ancianidad: I-FenLin, "Consequences Of Parental Divorce For Adult Children's Support Of Their Frail Parents", Center for family and Demographic Research, Bowling Green State University (Ohio), Department of Sociology, http://www.bgsu.edu/downloads/cas/file42461.pdf (Lastopened: 2/15/2012). Un estudio noruego arribaba a las mismas conclusiones en 2007: "*The findings suggest, however, that Norway accommodates to the general norm in the sense that divorce among parents is associated with lower solidarity with adult children on most solidarity dimensions. This is more true for fathers than for mothers."* DAATLAND, Svein Olav, "Marital History and Intergenerational Solidarity: The Impact of Divorce and Unmarried Cohabitation", *Journal of Social Issues,* Volume 63, Issue 4, pp 809–825, December 2007.

40. Las citas entre comillas corresponden a la nota de Vélez Sarsfield al Título "De la sociedad conyugal".

DIVORCIO[1]

Agustín Sojo

El proyecto de reforma del Código Civil regula el divorcio en tres artículos, comenzando por el art. 436. La siguiente sección regula los efectos del divorcio en seis artículos.

La renuncia a la facultad de pedir el divorcio

Como si se tratara de una declaración de principios, la regulación del divorcio comienza reglando la imposibilidad de renunciar a la facultad de pedir el divorcio. El texto del art. 436 del proyecto es parecido al actual art. 230 del cód. civil. En ambos, pareciera establecerse que es nula la renuncia a la facultad de pedir el divorcio. El proyecto deja de referirse a la nulidad de la renuncia a pedir la separación personal porque se borra esta institución del proyecto.

El proyecto también introduce una modificación adicional. Mientras que el texto vigente habla de la nulidad de la "cláusula o pacto que restrinja o amplíe las causas que dan derecho a solicitarlo", el proyecto expresa que "el pacto o cláusula que restrinja la facultad de solicitarlo se tiene por no escrito". Del restringe o amplíe se pasa a restringe sin impedir la ampliación de la facultad a solicitar el divorcio acordada por los padres, y de la no restricción o ampliación de las causas que dan derecho a solicitar el divorcio se pasa a la no restricción de la facultad a solicitar el divorcio.

Está claro que no se podrían ampliar las causas porque han dejado de existir. Sin embargo, bien podrían los cónyuges ampliar la facultad de solicitar el divorcio dispensándose de alguno de los requisitos procesales, sea los que ya existen o los que ahora incorpora el proyecto como exigencias adicionales para solicitar el divorcio.

Es que, en materia de divorcio, hoy en día solo se recurre a los derechos humanos cuando se pretende cuestionar la exigencia de la comparecencia de los cónyuges al tribunal o el cumplimiento de algún otro requisito de ley que resulta bastante más exigente en el proyecto.

ARTÍCULO 437.- Divorcio. Legitimación. El divorcio se decreta judicialmente a petición de ambos o de uno solo de los cónyuges.

Desaparece la necesidad de expresar una causa de divorcio como así también desaparece la necesidad de tomarse un tiempo para pensar la decisión que se está encarando y al mismo tiempo que desaparecen los incentivos para buscar una decisión consensuada de divorcio.

1. Esta sección se agrega aquí por gentileza de la revista EDFA del mes de mayo de 2012.

El procedimiento está regulado en el artículo siguiente.

ARTÍCULO 438.- Requisitos y procedimiento del divorcio. Toda petición de divorcio debe ser acompañada de una propuesta que regule los efectos derivados de este; la omisión de la propuesta impide dar trámite a la petición.

Si el divorcio fuese peticionado por uno solo de los cónyuges, el otro puede ofrecer una propuesta reguladora distinta.

Al momento de formular las propuestas, las partes deben acompañar los elementos en que se fundan; el juez puede ordenar, de oficio o a petición de las partes, que se incorporen otros que se estiman pertinentes. Las propuestas deben ser evaluadas por el juez, debiendo convocar a los cónyuges a una audiencia.

En ningún caso el desacuerdo en el convenio suspende el dictado de la sentencia de divorcio.

Si existe desacuerdo sobre los efectos del divorcio, o si el convenio regulador perjudica de modo manifiesto los intereses de los integrantes del grupo familiar, las cuestiones pendientes deben ser resueltas por el juez de conformidad con el procedimiento previsto en la ley local.

La facultad de pedir el divorcio tiene un solo requisito: acompañar una propuesta reguladora de los efectos del divorcio.

La idea de propuesta reguladora del divorcio puede parecer confusa en buena medida porque el matrimonio ha dejado de tener la mayoría de sus efectos con lo cual mal podría tenerlos el divorcio, y en relación a los hijos se regula el ejercicio de la responsabilidad parental de la misma forma, antes o después del divorcio. Sin embargo, el artículo siguiente hace una referencia a cuáles serían los efectos del divorcio. Podría decirse que lo que la propuesta reguladora debe contener es la regulación de todos aquellos aspectos que bajo la ley actual podrían verse modificados con el divorcio aun cuando en el proyecto no se hubiera previsto modificación alguna para estos aspectos.

En concreto, debe regularse lo relativo a la atribución de la vivienda, salvo que la misma no existiera, la partición de bienes salvo ausencia de ellos o régimen de separación de bienes, las compensaciones económicas entre cónyuges o –más probablemente– su ausencia y el ejercicio de la responsabilidad parental y la prestación alimentaria salvo que no existieran hijos.

La propuesta reguladora no es obligatoria para el cónyuge que no pide el divorcio, para quien la propuesta reguladora está prevista como una facultad.

No hay piso o techo para las propuestas, sin embargo, deben acompañar los elementos en que se fundan y el juez puede ordenar que se incorporen otros elementos pertinentes para fundar la propuesta. Luego de que el juez ha reunido todos los elementos pertinentes debe convocar a las partes a una audiencia. Podría pensarse que en el proyecto todo proceso de divorcio tendrá demanda, contestación, prueba y audiencia de vista de causa, solo que la prueba no versará sobre la conducta de los cónyuges sino sobre las cuestiones pertinentes para determinar alguno de los efectos del divorcio. Aun así, la sentencia solo versará sobre el divorcio, por lo que no se entiende el sentido de la prueba ni mucho menos la audiencia.

Con o sin acuerdo, el juez dicta sentencia de divorcio. Si hay acuerdo, el juez puede homologarlo, rechazarlo o exigir garantías para el cumplimiento (art. 440). No se le confieren facultades para modificarlo y, si no se confieren las garantías para el cumplimiento, debe limitarse a no homologarlo.

No nos queda claro cuándo exigen estas garantías. No se podrían pedir antes de la audiencia convocada en el proceso, porque es allí donde el juez debe analizar con las partes las distintas propuestas, pero después de la audiencia el juez debe dictar sentencia.

No queda claro si se admite al juez modificar su propia sentencia o si existe la posibilidad de dilatar el dictado de la sentencia. Como la ley no admite estas soluciones, pareciera ser que la única forma de obtener las garantías sería mediante un cuarto intermedio, y ahí aparece una vez más la prolongación de un proceso que ya había dejado de ser expeditivo.

El proceso resulta más engorroso que el que se puede interponer hoy en día a través de la causal de separación de hecho por demanda y contestación conjunta, y contiene etapas que permiten pensar que va a ser incluso más engorroso aún que el divorcio por presentación conjunta.

Si el juez no homologa, las cuestiones pendientes deben ser resueltas por la forma prevista en la ley local. Juicio de alimentos por proceso especial y todo lo demás por juicio ordinario o incidente según el caso.

El proyecto no explica qué ocurriría si las partes deciden no concurrir a la audiencia. Aunque este artículo no permite pensar que la audiencia pueda tener lugar con apoderados, no se incluye ninguna prohibición en este sentido, y el art. 375 exige poder con facultades especiales para el juicio de divorcio, lo que no tendría ningún sentido si las partes estuvieran obligadas a concurrir a la audiencia personalmente.

El proyecto tampoco explica qué va a pasar cuando a la demanda de divorcio se reconvenga por nulidad. Es que si se dictara sentencia de divorcio estando pendiente la nulidad matrimonial, se podría estar decretando el divorcio de un matrimonio que –de haber mala fe de ambos contrayentes– nunca habría existido.

Si se pretende eliminar el divorcio contradictorio, lo que se podría hacer es habilitar la acción de liquidación de sociedad conyugal en forma contemporánea o incluso previa a la acción de divorcio, porque no se puede ignorar que buena parte de estos juicios de divorcio contradictorio son una defensa dilatoria de los juicios de liquidación de sociedad conyugal. Ello pareciera más viable aún si el divorcio deja de tener efectos diferenciados según las culpas de cada uno de los cónyuges.

ARTÍCULO 439.- Convenio regulador. Contenido. El convenio regulador que acompaña la petición de divorcio debe contener las cuestiones relativas a la atribución de la vivienda, la distribución de los bienes, y las eventuales compensaciones económicas entre los cónyuges; al ejercicio de la responsabilidad parental, en especial, la prestación alimentaria; todo siempre que se den los presupuestos fácticos contemplados en esta Sección, en consonancia con lo establecido en este Título y en el Título VII de este Libro.

Lo dispuesto en el párrafo anterior no impide que se propongan otras cuestiones de interés de los cónyuges.

ARTÍCULO 440.- Eficacia y modificación del convenio regulador. El juez puede exigir que el obligado otorgue garantías reales o personales como requisito para la aprobación del convenio.

El convenio homologado o la decisión judicial pueden ser revisados si la situación se ha modificado sustancialmente.

Este último párrafo pareciera indicar que solo una modificación sustancial habilitaría a modificar acuerdos de alimentos o responsabilidad parental y al mismo tiempo que una modificación sustancial autorizaría a modificar un acuerdo de prestación compensatoria, atribución de vivienda o incluso la división de bienes, cuando la modificación de unos y otros convenios ha tenido siempre una regulación distinta. Debe tenerse presente que el proyecto ha mostrado simplificación y abreviación de su contenido por donde se lo mire, por lo que pareciera ser que en el caso se trata de una generalización que no parece buscar una verdadera reforma en el sentido indicado.

ARTÍCULO 441.- Compensación económica. El cónyuge a quien el divorcio produce un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación y que tiene por causa adecuada el vínculo matrimonial y su ruptura, tiene derecho a una compensación. Esta puede consistir en una prestación única, en una renta por tiempo determinado o, excepcionalmente, por plazo indeterminado. Puede pagarse con dinero, con el usufructo de determinados bienes o de cualquier otro modo que acuerden las partes o decida el juez.

Las pautas sobre como fijar la compensación están en el artículo siguiente.

Con relación al usufructo, el art. 2133 establece: “En ningún caso el juez puede constituir un usufructo o imponer su constitución”. La disputa entre los registros de la propiedad inmueble que no

admiten la constitución de usufructo si no fuera por donación o compraventa y los jueces de familia que acuerdan una disputa mediante la constitución de un usufructo parece haberse resuelto dándole la razón a ambos sin que se entienda como es posible conciliar la prohibición más absoluto con el permiso irrestricto. Es de esperar que se incluya una salvedad al art. 2133.

ARTÍCULO 442.- Fijación judicial de la compensación económica. A falta de acuerdo de los cónyuges en el convenio regulador, el juez debe determinar la procedencia y el monto de la compensación económica sobre la base de diversas circunstancias, entre otras:

a) el estado patrimonial de cada uno de los cónyuges al inicio y a la finalización de la vida matrimonial;

b) la dedicación que cada cónyuge brindó a la familia y a la crianza y educación de los hijos durante la convivencia y la que debe prestar con posterioridad al divorcio;

c) la edad y el estado de salud de los cónyuges y de los hijos;

d) la capacitación laboral y la posibilidad de acceder a un empleo del cónyuge que solicita la compensación económica;

e) la colaboración prestada a las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge;

f) la atribución de la vivienda familiar, y si recae sobre un bien ganancial, un bien propio, o un inmueble arrendado. En este último caso, quién abona el canon locativo.

La acción para reclamar la compensación económica caduca a los seis (6) meses de haberse dictado la sentencia de divorcio.

Más allá de que el primer párrafo pareciera habilitar al juez a fijar la compensación en el divorcio, el último párrafo determina que ella procede por acción que caduca luego de la sentencia de divorcio, indicando así que la fijación de una compensación por vía judicial es ajena al juicio de divorcio.

Las pautas para fijar la compensación parecen dejar un amplio margen de discrecionalidad. No se incluye la renuncia a la carrera laboral a favor del progreso del cónyuge como una pauta a tener en consideración para solicitar una compensatoria. Sin embargo, la enunciación no parece ser taxativa. Es llamativo que un proyecto que pretendía eliminar toda consideración de las conductas de los cónyuges no hubiera incluido una prohibición expresa en este punto sobre este mismo aspecto. Se deja abierta la posibilidad de que un juez decida negar la prestación compensatoria a un cónyuge al cual se le prueba una infidelidad o un abandono.

ARTÍCULO 443.- Atribución del uso de la vivienda familiar. Pautas. Uno de los cónyuges puede pedir la atribución de la vivienda familiar, sea el inmueble propio de cualquiera de los cónyuges o ganancial. El juez determina la procedencia, el plazo de duración y efectos del derecho sobre la base de las siguientes pautas, entre otras:

a) la persona a quien se atribuyó el cuidado de los hijos;

b) la persona que esté en situación económica más desventajosa para proveerse de una vivienda por sus propios medios;

c) el estado de salud y edad de los cónyuges;

d) los intereses de otras personas que integran el grupo familiar.

El último inciso permite pensar que la existencia de hijos de un primer matrimonio de la mujer permitirían atribuir a ella la vivienda de su segundo marido.

ARTÍCULO 444.- Efectos de la atribución del uso de la vivienda familiar. A petición de parte interesada, el juez puede establecer:

a) que el inmueble ganancial o propio en condominio de los cónyuges no sea partido ni liquidado; esta decisión produce efectos frente a terceros a partir de su inscripción registral.

b) una renta compensatoria por el uso del inmueble a favor del cónyuge a quien no se atribuyó la vivienda.

Es el art. 211 del cód. civil sin consideración a la conducta de los cónyuges. Cualquiera puede pedir la indivisión y registrar esta medida para ser oponible a terceros, lo que permitiría pensar que durante todo el trámite de esta petición el demandado puede disponer válidamente del inmueble a favor de terceros. También pareciera ser que los herederos legitimarios deberán cargar con esta atribución.

El canon locativo se vuelve discrecional del juez aun cuando el inmueble fuera propio de alguno de los cónyuges.

ARTÍCULO 445.- Cese. El derecho de atribución del uso de la vivienda familiar cesa:
a) por cumplimiento del plazo fijado por el juez;
b) por cambio de las circunstancias que se tuvieron en cuenta para su fijación;
c) por las mismas causas de indignidad previstas en materia sucesoria.

Las causas de indignidad están en el art. 2281 pero son difíciles de configurarse entre cónyuges. Podrían configurarse la comisión de un delito, el maltrato grave, o la negativa a pagar los alimentos debidos.

La separación personal

La ley de derogaciones incorpora la posibilidad de pedir la conversión de la separación personal en divorcio vincular sin trámite alguno si se pide por acuerdo de ambos cónyuges o previa vista de tres días si la petición es unilateral.

Nada se dice sobre la separación personal en el proyecto y pareciera ser que los separados personalmente no tienen regulación alguna, porque con la derogación del Código Civil todas las normas que regulan el funcionamiento de la separación personal quedan sin valor alguno y no existe norma alguna que reemplace esta regulación.

ARTÍCULO 2626.- Divorcio y otras causales de disolución del matrimonio. El divorcio y las otras causales de disolución del matrimonio se rigen por el derecho del último domicilio de los cónyuges.

Vale decir que el mal llamado divorcio *express* no se aplica a quienes tuvieron su último domicilio en el exterior, que deberán recurrir a la ley del último domicilio conyugal aun cuando litiguen ante un juez argentino.

Conclusiones

A modo de conclusión, podemos decir que el proyecto pretende eliminar los procesos de divorcio contradictorio. En su lugar, impone un proceso de divorcio más engorroso que aquel al que pueden acceder hoy en día los cónyuges que han resuelto todas o algunas de sus diferencias. Llamativamente, el proyecto pareciera querer eliminar la judicialización de los conflictos y, sin embargo, no advierte que la imprevisible discrecionalidad judicial puede multiplicarlos.

Hay dos grandes razones para tener un juicio en tribunales: una es la existencia de impresiones distintas sobre el resultado del proceso, la otra es que siendo conocido el resultado del proceso, quien va a sufrir la sentencia perciba la sentencia como algo más favorable que el acuerdo. El proyecto incentiva la incertidumbre y hace poco para incentivar el acuerdo. Legislaciones más antiguas resuelven las cuestiones alimentarias mediante fórmulas matemáticas que permiten determinar una cuota

alimentaria al instante eliminando toda incertidumbre y resuelven cuestiones de liquidación de sociedad conyugal, sancionando con una distribución desigual a quien sustrae de la liquidación bienes que debían integrar la misma. Estas legislaciones suelen tener tribunales de familia más eficientes que pueden dedicar más tiempo a lo que verdaderamente interesa a un juez de familia: la protección de las personas vulnerables.

RÉGIMEN PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO

Úrsula C. Basset

El régimen de bienes ofrece varias novedades. No obstante, en líneas generales sigue los proyectos de 1993 y 1998, según las indicaciones de la Comisión de Reformas. Desde luego que, dado que las secciones del Proyecto que han regulado los efectos personales se han apartado en forma significativa de los Proyectos de 1993 y 1998, y aun, en muchos casos, de la apreciación de la doctrina mayoritaria y del entendimiento del hombre común en relación a las instituciones reguladas. En este estado de cosas, no cabe duda de que hay un evidente desajuste entre la regulación libertaria de los efectos personales del matrimonio y la familia; y la regulación más conservadora de los efectos económicos del matrimonio. Siempre se ha sostenido que la regulación de los efectos del matrimonio depende de una idea de matrimonio que obra como su fundamento y causa teórica adecuada. Dado que en las diversas subcomisiones se trabajó en forma separada, la regulación del matrimonio y sus consecuencias personales no responde en absoluto al perfil de matrimonio que subyace a la regulación de los efectos económicos. El desajuste es evidente.

a) Consideraciones generales

Una regulación totalmente incoherente con los efectos personales del matrimonio. Mientras que en el matrimonio hay más libertad entre los cónyuges entre sí que si se tratara de un contrato o aun de una unión convivencial, parece totalmente contrario al buen sentido que una institución sin relevancia para el orden público proyecte tan gran cantidad de efectos económicos y sucesorios. Lo coherente sería eliminar toda regulación, dando total libertad a los cónyuges y estableciendo un sistema de separación cuyo único gravamen a las libertades individuales de disposición estuviera dado por la protección de los derechos de los niños.

Se incorporan las convenciones matrimoniales, pero de manera muy limitada y restringiendo la libertad de los cónyuges en materia de opciones y en cuanto a la facultad de los cónyuges de cambiar de régimen. Como parte de las nuevas incorporaciones al régimen de bienes, aparecen las convenciones matrimoniales. Como es sabido, Vélez Sarsfield las había rechazado por ser ajenas a nuestras costumbres y por considerarlas indecorosas (consideraba indecoroso que quienes compartirían la totalidad de sus vidas discutieran sobre la minucia del dinero antes de ingresar en la relación matrimonial). En todos los proyectos de reforma hasta 1993 se rechazaba la posibilidad de la elegibilidad de regímenes. Por otra parte, el mundo advierte que los regímenes de bienes separatistas en raras circunstancias son ventajosos. Las más de las veces conspiran contra los derechos de la mujer. Así las cosas, siendo de nuestra parte contrarios a la elegibilidad de los regímenes matrimoniales, consideramos que la regulación prevista en el Proyecto tenía la gran virtud de la mesura. No obstante, al ver el cuadro completo de lo regulado, no puede menos que expresarse la incoherencia entre la

cautela en regular los efectos económicos y el espíritu de neta innovación con que se regularon los efectos personales.

Como ya se ha dicho, la coherencia hubiera ameritado total libertad, ningún régimen económico, resguardo de derechos de los niños en bienes y necesidades que los conciernan y resguardo de derechos de terceros respecto de aquellos bienes.

Se perdió la posibilidad de regular conjuntamente alimentos, prestación compensatoria, deber de contribución y liquidación de la sociedad conyugal. Hubiera sido una extraordinaria oportunidad para trabajar conjuntamente entre las diversas secciones del Código Civil, evitando rubros superpuestos en materia de las proyecciones económicas del matrimonio. En su lugar, la modalidad de trabajo en compartimientos estancos y la falta de posibilidad de revisión e integración de todas las secciones terminó por oscurecer la posibilidad de coherencia y coordinación que todos estos aspectos hubieran requerido.

b) Convenciones matrimoniales

Se incorporan las convenciones matrimoniales prenupciales y posnupciales. Sin embargo, se incorporan solo dos alternativas: comunidad y separación. La subcomisión había regulado además el régimen de participación. Creemos que debió haberse incorporado además el régimen de comunidad plena, que podría beneficiar a personas que contraen nupcias teniendo una edad avanzada y prefieren confundir sus patrimonios a deferirlos por sucesión.

c) Disposiciones comunes a todos los regímenes

Existen disposiciones comunes a todos los regímenes. Ellas se refieren al deber de contribución a su propio sostenimiento, al del hogar y de los hijos comunes en proporción a sus recursos. El Art. 456 (versión del 12.04.2012) dice que en todos los casos se requiere el asentimiento del cónyuge sobre los derechos de la vivienda familiar y los muebles indispensables de esta. La vivienda no puede ser ejecutada por deudas contraídas por un cónyuge sin el asentimiento del otro. El Art. 459 prevé el mandato entre cónyuges. El Art. 461 prevé responsabilidad solidaria por las obligaciones contraídas por uno de ellos para solventar las necesidades ordinarias del hogar o el sostenimiento de los hijos comunes.

d) Régimen de comunidad o primario

El régimen de comunidad es régimen primario y conserva a grandes rasgos su fisonomía previamente conocida. Consistente con la idea de no innovar demasiado, para que la sección de régimen de bienes respondiera a las expectativas jurídicas de la comunidad, el régimen de comunidad ha seguido los trazos básicos ya conocidos por todos. Por esa misma razón, el régimen de comunidad permanece como régimen primario, vale decir, el que regirá si ninguno de los cónyuges hace ninguna opción por el de separación (única otra alternativa posible, cfr. Art. 464 de la versión del 12.04.2012). Se trata de un régimen de comunidad de ganancias.

Reglas de calificación de bienes

En cuanto a la calificación de bienes se clarificaron algunos supuestos. Lamentablemente se excluyó la regulación prevista en materia de acciones sociales, que hubiera evitado conflictos en torno a su calificación. En cuanto a la calificación de bienes a grandes rasgos se trata de lo mismo que ya se

conocía. Se incorporan supuestos anteriormente considerados dudosos tales como las ropas y objetos de uso personal, la cuestión relativa a los bienes necesarios para el trabajo o la profesión, el derecho a la jubilación o pensión, el derecho de alimentos y otros semejantes. Sigue rigiendo la presunción de ganancialidad.

En cuanto a los bienes propios se incorpora el asunto de las crías de ganado, y se aclara que se excluyen las indemnizaciones.

Negativo. La ausencia de reglas en torno a la calificación de participaciones societarias

En cuanto a las participaciones societarias: Seguimos pensando que las participaciones societarias siguen por subrogación real al dinero con el que fueron adquiridas. La distribución de ganancias, en acciones o en dinero tiene naturaleza ganancial. En cambio, las ganancias llevadas a reserva, toda vez que no son propiedad de los cónyuges sino de la sociedad, no son objeto de calificación alguna (no son ni propias ni gananciales, simplemente porque no son de los cónyuges, sino de la sociedad). Queda a salvo la acción de fraude, si hubiera motivos para pensar que por la integración de la Asamblea que llevó a reservas las ganancias, hubo fraude a los derechos del otro cónyuge.

Presunción de ganancialidad de carácter probatorio

Sigue rigiendo la presunción de ganancialidad, pero queda formulada como una regla de prueba. Así aparece en el nuevo Art. 466 del Proyecto (versión del 12.04.2012).

Régimen de deudas

El régimen de deudas en la comunidad se ha mejorado mucho, toda vez que se ha dado respuesta a diversas inquietudes doctrinales. Rige el principio de separación de deudas, salvo en el caso de gastos de conservación y reparación de los gananciales (Art. 467, de la versión del 12.04.2012) y por los gastos de conservación y reparación de los bienes gananciales responde también el cónyuge que no contrajo la deuda.

Régimen de gestión y disposición

La gestión de bienes se rige por el principio de libre administración y disposición, salvo los bienes pertenecientes al hogar conyugal y los bienes gananciales registrables. Las acciones nominativas no endosables y las no cartulares con excepción de las autorizadas para la oferta pública. Los bienes adquiridos conjuntamente responden conjuntamente a ambos.

Extinción de la comunidad

La comunidad se extingue por muerte, anulación de matrimonio, divorcio, separación judicial de bienes y modificación del régimen matrimonial convenido. La separación de bienes (se mantiene el procedimiento) procede ante la mala administración de uno de los cónyuges acarrea al otro el peligro de perder su eventual derecho sobre los gananciales, si se declara el concurso preventivo o la quiebra del otro cónyuge, si los cónyuges están separados de hecho sin voluntad de unirse, si por incapacidad o excusa de uno de los cónyuges se designa curador del otro a un tercero.

Otra introducción interesante es la precisión en torno al momento en que se extingue la comunidad, la cual recoge principios jurisprudenciales y doctrinales y se encuentra comprendida en el Art. 480.

Se regula finalmente la indivisión poscomunitaria

Se introduce la regulación de la indivisión poscomunitaria, tantas veces reclamada por la doctrina. En la sección 6ta. Se introduce su regulación. Se aplican las reglas de la indivisión hereditaria si la causa de disolución es la muerte de uno de los cónyuges. Si se extingue en vida, se aplican las reglas propuestas en la sección de régimen patrimonial del matrimonio. La regla es el acuerdo de los cónyuges sobre cómo se ejercerá la administración. A falta de acuerdo se prevé un régimen supletorio, que es el propio de la vigencia de la comunidad (administración separada, salvo las excepciones explicitadas más arriba). Sin embargo, se agrega la carga de un deber de información razonablemente anticipado, si se otorgarán actos que excedan la administración ordinaria de bienes indivisos. El otro cónyuge podrá deducir oposición (Art. 482, versión del 12.04.2012). Se establecen reglas para el uso de los bienes indivisos, por los cuales cualquiera puede usarlos de común acuerdo y a falta de acuerdo, el juez puede decidir quién los use. El uso y goce que exceda lo convenido puede dar derecho a indemnizar solo a partir de la oposición fehaciente. Los frutos y rentas acrecen la indivisión y el copropietario debe rendición de cuentas, así como quien tiene uso y goce exclusivo puede deber compensación a la masa desde que es solicitada por el otro. El pasivo también es regulado. Se rige por las reglas del régimen de deudas durante la vigencia de la comunidad, sin perjuicio del derecho de los terceros acreedores de subrogarse en los derechos del deudor para solicitar la partición de la masa común.

Recompensas

Respecto de la liquidación de la comunidad, por primera vez se regulan las recompensas. En el Art. 488 (versión del 12.04.2012) se introduce la regulación de las recompensas. Se detallan los casos de recompensas (Art. 491) por medio de una regla general: la comunidad debe recompensa al cónyuge si esta se ha beneficiado en detrimento del patrimonio propio y viceversa. La clave de apertura es el beneficio a expensas de otro, por lo cual queda claro que el concepto teórico subyacente es el del enriquecimiento sin causa.

Se establecen en ese artículo además una presunción y una solución relativa a las sociedades y a los fondos de comercio. La presunción responde a un lugar común de la doctrina: si durante la comunidad uno de los cónyuges a enajenado bienes propios a título oneroso sin reinvertir su precio se presume que lo percibido a beneficiado a la comunidad. Esta presunción ya existía como construcción jurisprudencial y solo se volcado en la legislación lo que la sociedad aplicaba.

Un aerolito del régimen de calificación de bienes en las recompensas. Un error que convendría rectificar a tiempo

En cambio, en el último párrafo del Art. 491 se introduce una causa de recompensas que aparece como un aerolito relativo a las reglas de calificación, sin encontrar en ellas adecuada coherencia con ellas ni con la regulación de la personalidad jurídica de las sociedades. En efecto, habíamos resaltado la falta de una regulación en torno a una cuestión tan problemática como lo son las acciones y participaciones sociales. Era urgente despejar el carácter propio o ganancial de las mismas y en el capítulo de calificación de bienes nada se dice al respecto. Pues bien, en la sección de casos de recompensas, sin haberse pronunciado respecto de la calificación de las participaciones sociales (y peor aún: so-

bre la capitalización de utilidades), el codificador (el texto no proviene de la subcomisión y fue un agregado ulterior) establece un derecho a recompensas por el aumento de valor de una acción social derivada de las utilidades. Ahora bien, existen varios problemas en torno a esta "recompensa", que en realidad es una calificación de bienes velada. La primera es que establece la regla de que el mayor valor de los bienes propios, es ganancial. Esa regla es contraria a la opinión doctrinal mayoritaria.

En segundo lugar, establece una contradicción a la regla general enunciada en el primer párrafo en el supuesto de recompensas: si antes se había dicho que tiene que haber un beneficio de uno de los cónyuges en detrimento de la comunidad para que nazcan las recompensas, ahora se dice que si un cónyuge se enriquece sin detrimento de la comunidad, también habrá recompensas –sin justificar la motivación del cambio de criterio–.

En tercer lugar, la regla es de muy difícil prueba y hasta cierto punto antijurídica. Nos explicamos. Es de difícil prueba, porque el aumento de valor de las participaciones sociales responderá con frecuencia a factores complejos cuya interrelación haga probablemente imposible aislar un fenómeno como causa exclusiva (en el caso, la capitalización de utilidades). Ahora bien, en caso de que fuera posible aislar un solo fenómeno como causalidad adecuada para el aumento de valor de las participaciones sociales, el otro cónyuge pretendería recompensa porque un giro del patrimonio de la sociedad. Es decir, que la causa de la recompensa sería el patrimonio de otra persona jurídica independiente de los cónyuges. Sería implementar una suerte de "disregard" de la personalidad social a los efectos económicos del matrimonio, lo que es de juridicidad, por lo menos, dudosa. Más lógico sería evidenciar el recurso al fraude, para el cónyuge que percibe que las utilidades se capitalizan para evitar una distribución que podría enriquecer más la comunidad.

La regulación continúa introduciendo criterios para discriminar el monto de las recompensas (siguiendo las reglas de 1993: es igual al menor de los valores que representan la erogación y el provecho subsistente para el cónyuge o para la comunidad, al día de su extinción, apreciados en valores constantes; si no hubiera beneficio, se toma el valor de la erogación); la valuación de las recompensas (los bienes se valúan según su estado al día de la disolución del régimen y según su valor al tiempo de la liquidación); y de liquidación, en el que se prevé que si la masa ganancial fuera insuficiente, el cónyuge acreedor tendrá un crédito contra el otro. Estas últimas reglas son tan discutibles como cualquier otro criterio posible. La inestabilidad de la economía y la prolongación de los pleitos complejos en los que existen muchos bienes, indudablemente conspira contra soluciones más perfectas. Será tarea del juez tratar de corregir con estas reglas generales la infinita variedad de casos concretos.

Cargas de la comunidad

Las cargas de la comunidad consisten en las obligaciones contraídas durante la comunidad, el sostenimiento del hogar, de los hijos comunes y de los que cada uno tenga, más los alimentos que cada uno esté obligado a dar, las donaciones de los bienes gananciales hechas a los hijos comunes y aun la de los propios si están destinados a su establecimiento y colocación y los gastos de conservación y reparación de los bienes propios y gananciales. Es de destacar la ampliación de las cargas a los hijos no comunes, sin aclarar si son mayores o menores de edad o si conviven con el matrimonio.

Partición

La sección 8va. se refiere a la partición de la comunidad y la regula. El derecho a pedirla puede ejercerse en todo tiempo. La masa partible se integra con la suma de los activos gananciales líquidos de uno y otro cónyuge. Se establece el principio de partición por mitades sin consideración al monto de los bienes propios ni a la contribución de cada uno a la masa ganancial. Los cónyuges pueden derogar la regla de la partición por mitades por vía de convenio. Una novedad es el derecho a peticionar una atribución preferencial de los bienes amparados por las reglas de la propiedad inte-

lectual o artística, del establecimiento comercial, industrial o agropecuario adquirido por uno de los cónyuges o que constituya una unidad económico y de la vivienda por el ocupada al tiempo de la extinción de la comunidad, aunque exceda su parte y deba pagar la diferencia al otro cónyuge. Para la partición, en cuanto a la forma, rigen las reglas de la partición de herencia. Los gastos son a cargo de los cónyuges a prorrata de su participación en los bienes. Después de la partición cada uno de los cónyuges responde frente a sus acreedores con los bienes propios o gananciales que le hubieran sido atribuidos.

e) Régimen de separación de bienes

El régimen de separación de bienes se rige por la libertad de gestión, pero está gravado por un régimen general de cargas imperativas en relación al matrimonio. Si bien cada uno responde por sus deudas y cada uno administra y dispone de sus bienes (Art. 505, versión del 12.04.2012) es también cierto que el régimen general de responsabilidad por deudas y el deber de contribución rigen aun en el régimen de bienes. La división de condominio de los cónyuges por uno de ellos o por un tercero puede ser negada si afecta el interés familiar. La separación de bienes cesa por la modificación del régimen convenido y por la disolución del matrimonio.

f) Balance final de régimen de bienes

El balance final del régimen de bienes presenta una fisonomía de matrimonio que es bastante más coherente con la expectativa del hombre común y las costumbres jurídicas nacionales que la reforma en torno a los efectos personales. De nuestra parte, consideramos que el régimen que más se ajusta a la esencia del matrimonio y a la plena protección de los derechos de la mujer y la familia es un régimen único de comunidad (en cualquiera de sus variantes).

De todas formas, así como está planteado el régimen de efectos personales, dado que el matrimonio pierde totalmente su esencia, quedando más bien reducido a un trámite altamente burocratizado sin contenido alguno, sin que la familia tenga interés público; no se entiende bien cuál es el fundamento constitucional para limitar las libertades en torno al derecho de propiedad de los contrayentes, estableciendo un régimen patrimonial restrictivo. Creemos que al matrimonio regulado (que poco tiene de interés público) le cabe mejor la ausencia total de régimen.

Desde luego que entre el régimen regulado y el matrimonio como institución social percibida por la gente hay una intersección (bien señalada por el teórico español Carlos Martínez de Aguirre): el matrimonio social. El matrimonio social no es el matrimonio jurídico, y las expectativas de la gente respecto del matrimonio no es lo que queda plasmado en la regulación del proyecto. En consecuencia, para proteger a aquellos que por desconocimiento de la ley (cosa muy frecuente cuando la ley se aparta mucho de las expectativas sociales) sigan contrayendo el matrimonio de acuerdo a lo que ellos razonablemente creen que el matrimonio es (con deberes de fidelidad, asistencia y cohabitación, por ejemplo), sería razonable dejar establecido un régimen primario que responda a la esencia de esa idea social de matrimonio: el régimen de comunidad.

UNIONES CONVIVENCIALES

Úrsula C. Basset

El Título III del Libro de Relaciones de Familia está referido a las uniones convivenciales. La primera crítica es respecto a la denominación. Sería preferible utilizar algún vocablo del rico y vasto idioma español para designarlas, a ingresar un neologismo en el Código. Propongo: uniones concubinarias, uniones de hecho, convivencias de hecho u otro semejante.

La regulación de las uniones convivenciales supone una opción paternalista incoherente con el sistema valorativo que parece regir otras áreas de efectos personales de las relaciones de familia entre adultos. En líneas generales, la opción de política familiar de conferir efectos presuntivos a las uniones convivenciales implica una limitación a la libertad de relación de las personas. Quien ingresa en una unión libre, lo hace precisamente porque no quiere que la ley lo alcance.

Con lo cual, considerar de orden público lo que era parte de la autonomía privada, termina siendo incoherente con el sistema valorativo propuesto por el legislador: limita la autonomía de la voluntad de las partes, expropiando (transfiriendo al terreno del orden público) decisiones privadas de adultos mayores y capaces.

Fuera de esta consideración jurídica de tipo general, caben algunas reflexiones concretas referidas a: a) las notas de las uniones convivenciales; b) el mecanismo de ingreso al sistema de regulación previsto por el Código; y, c) el contenido del estatuto de las uniones convivenciales.

a) Análisis de las notas de las uniones convivenciales

El Art. 509 describe algunas notas que conforman el ámbito de aplicación de las normas. El Art. 510, describe los requisitos de las mismas. En ambos casos, hay cuestiones que presentan incoherencias y problemas.

1. La *modalidad relacional de las uniones de hecho es más exigente que la del matrimonio, y eso torna incoherente el sistema*. Mientras que el "ámbito de aplicación de las uniones de hecho" es las relaciones "singulares" y "permanentes", "que compartan un proyecto de vida en común" (Art. 509). Es muy llamativo que se exija un "tiempo de espera", "singularidad", "permanencia" y la "convivencia" (Art. 510) a las uniones convivenciales, y se quite el tiempo de espera, la singularidad, la permanencia y la convivencia al matrimonio. Las uniones son más exigentes que el matrimonio.
2. La nota de "afectividad" de la unión (Art. 509) es jurídicamente invisible y por lo tanto, irrelevante. Según el DRAE es la inclinación hacia alguien o algo, o cada una de las pasiones del alma (ira, amor, odio). Suponiendo que fuera lo primero, ¿cómo se comprueba? El derecho no puede medir la existencia de afecto, y estaría violando el derecho a la intimidad

si lo hiciera. Además, ¿qué consecuencias jurídicas habrá si no hay afecto? La unión no puede declararse inexistente por falta de un afecto que tampoco puede medirse.

3. Por lo demás, es incoherente que se exija "afecto" en la unión y no en el matrimonio. De modo que consideramos que la referencia a la afectividad es ociosa. De manera simétrica, el cese de la unión por cese de la "convivencia afectiva" es un concepto vago. Si cesa el afecto, ¿cesa la unión convivencial? Es tan voluble el afecto, y no hay manera de medirlo.
4. El requisito de un "proyecto de vida en común" es tan invisible jurídicamente como el afecto. Como tal, no puede constituir un requisito jurídicamente exigible para ingresar al ámbito de aplicación de las uniones convivenciales. En las sociedades de hecho, era relevante desde el punto de vista económico que los concubinos colaboraran económicamente en una empresa común visibilizable. Un proyecto de vida en común resulta, en cambio, intangible.

b) Inseguridades jurídicas y contradicciones en el mecanismo de ingreso al Régimen de uniones convivenciales

El proyecto de Libro de Relaciones de Familia propone que se ingrese al régimen imperativo de las uniones de hecho de dos maneras: a) por prescripción adquisitiva (si transcurren dos años); o, b) por inscripción en el Registro.

1. Respecto de la primera modalidad (por prescripción adquisitiva), genera bastante inseguridad jurídica. Dado que los requisitos para conformar adquirir por prescripción el estado de unido y en consecuencia ingresar al régimen estatutario se prueban por cualquier medio, bastaría aparentemente la confesión de uno de sus integrantes para probarla y reclamar los efectos. Ahora bien, podrían darse casos en los cuales hubiera signos jurídicos de la unión (singularidad, permanencia, publicidad). La prueba de los signos no jurídicos es casi imposible (afecto, proyecto de vida en común). Entonces, el demandado podría alegar que había singularidad y permanencia, pero no afecto. Y bastará su afirmación de que él no tenía afecto para desbaratar la aplicación del régimen.
2. En el segundo caso (registración), la situación es diversa, pero también genera inseguridad jurídica. La registración es prueba del consentimiento mutuo para ingresar al estatuto de unidos. Hace las veces análogas del consentimiento matrimonial, con menos alharaca. Es verdad que implica que los unidos confiesan singularidad y permanencia, afecto y un proyecto de vida en común, que es más que lo que se le pide a cualquier persona casada.
3. La redacción de la primera frase del Art. 513 resulta confusa. No se comprende si se refiere al pacto de obligaciones recíprocas entre los convivientes o si se refiere al pacto de exclusión del régimen estatutario.
4. Tampoco queda claro en el Art. 513 in fine si el régimen de alimentos, responsabilidad por deudas y vivienda común puede resultar no aplicable si los convivientes ejercen el derecho a veto de la primera parte del Art. 513. El Art. 513 in fine dice que "no se puede dejar sin efecto" esos rubros en el pacto; pero al comenzar dice "Las disposiciones de este título son aplicables salvo pacto en contrario". ¿Qué criterio prevalece?
5. El derecho a veto del régimen imperativo ataca garantías constitucionales de carácter universal y fundamental, como la libertad de casarse. No es posible que para no quedar unido una persona tenga que ejercer una opción (registral o por escritura pública, cfr. Art. 513), porque de lo contrario queda unido de forma imperativa por el Estado.
6. La inseguridad jurídica que hay en el mecanismo de ingreso, proyecta problemas de inseguridad y posible fraude derivados de la responsabilidad por deudas y la regulación de la vivienda común.

c) Problemas en las causas de cese

Ya advertimos la dificultad que se plantea respecto del cese por falta de afecto.

Otra dificultad aparece por que resulta incoherente que se le dé relevancia a la separación de hecho de los convivientes, cuando no se les exige el deber de convivir. No hay causa jurídica para que la no convivencia produzca efectos.

d) Problemas de los efectos del cese de la convivencia ante terceros

El problema principal deriva, a nuestro modo de ver, de conjugar la indeterminación respecto del inicio de la unión convivencial y los efectos sobre la denominada vivienda familiar, que es n concepto igualmente ambiguo.

1. El hecho de que no se sepa cuándo ocurre el inicio de la unión convivencial, desdibuja el anclaje de los efectos económicos atribuibles. El régimen actualmente vigente de la sociedad conyugal establecía que esta comenzaba con el matrimonio (Art. 1217 CC). No hay un artículo semejante en el régimen de uniones convivenciales que diga que estas comienzan con la registración. Pareciera que podrían comenzar sin registración, por prescripción adquisitiva, cuyo cumplimiento de requisitos se prueba por cualquier medio.
2. Por otra parte, el Art. 522 establece que la vivienda familiar no puede ser ejecutada por deudas contraídas después del inicio de la unión convivencial. ¿Cuándo tiene lugar ese inicio? ¿Podrían los convivientes fraguar ese inicio para anclar los efectos respecto de la vivienda familiar a un plazo determinado y así eludir acreedores?
3. Finalmente, ¿qué es la vivienda familiar? Del régimen surge que la convivencia es requerida indudablemente durante los dos años en los que se adquiere el estado de conviviente. Pero luego de adquirido ese estado, no se exige la cohabitación ni la fidelidad. Luego, si los convivientes viven en viviendas distintas, ¿cuál es la vivienda familiar?

e) Balance final de uniones asistenciales

El balance final de las uniones asistenciales nos devuelve un cuadro incoherente, inconsistente con las necesidades y requisitos de las cohabitaciones de hecho en la realidad social y paternalista.

MATRIMONIO Y UNIONES DE HECHO: DIFERENCIAS

Jorge O. Perrino

1. Introducción

Toda persona tiene derecho a elegir libremente su estado de vida.

Dicho de otra manera a casarse o no casarse.

En los fundamentos del Proyecto se afirma: "En la tensión entre autonomía de la voluntad (la libertad de optar entre casarse y no casarse, cualquiera sea la orientación sexual de la pareja) y orden público (el respeto por valores mínimos de solidaridad consustanciales a la vida familiar) el proyecto reconoce efectos jurídicos a las convivencia de pareja, pero de manera limitada**.** Mantiene, pues, diferencias entre las dos formas de organización familiar (la matrimonial y la convivencial) que se fundan en aceptar que, en respeto por el artículo 16 de la Constitución nacional, es posible brindar un tratamiento diferenciado a modelos distintos de familia".

Previo al análisis de lo proyectado puntualizamos que no surge de Constitución Nacional, ni de los Tratados Internacionales la admisión de diversos modelos de familia.

Al referirse a la familia presuponen el matrimonio como punto de inicio de la misma.

Es que la voz familia es singular y no plural. Por tanto las uniones de hecho o convivenciales no constituyen nuevas formas de familia, ni pueden estas estructuras igualarse a la familia

Las uniones convivenciales con descendencia solo generan en este supuesto, vínculos jurídicos determinados por la filiación extramatrimonial y el parentesco[1].

La familia se constituye solamente a partir del matrimonio y como consecuencia de este, de la filiación y del parentesco.

Por tanto la Constitución Nacional y los tratados internacionales incorporados en el art. 75, inc. 22, de la misma, solo consagran el derecho a contraer matrimonio y a constituir una familia a partir de él.

En la Constitución ello se encuentra implícitamente comprendido en los arts. 19 y 33 y en particular el art. 20 cuando reconoce a los extranjeros todos los derechos civiles del ciudadano, entre los que se encuentra el de "*casarse conforme a las leyes*".

Al incorporarse en el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional los tratados internacionales y dotarlos de jerarquía constitucional, el derecho a casarse ha quedado especialmente protegido.

Así, la "Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre" en el art. 6º consagra: *"el derecho a la constitución y a la protección de la familia"*; la "Declaración Universal de los Derechos Humanos", en el art. 16 estatuye que *"los hombres y mujeres a partir de la edad núbil tienen derecho sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una*

1. Perrino, Jorge Oscar, Derecho de Familia, t. I n° 11 y ss., pp. 23 y ss., 2a edición. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, nov. 2011.

familia, y que disfrutaran de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo".

El "Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales", en el art. 10 establece: "*Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que: 1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges"*.

El "Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos" en el art. 23, prescribe: 1. *La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. 2, "Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y de fundar una familia si tiene edad para ello*; *3 El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes*; y en el inc. 4 *Los Estados parte […] tomaran las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo"*.

A su vez, la "Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial", consagra en el art. 5º, inc. d), ap. IV, *"el derecho al matrimonio y a la elección del cónyuge"*. La "Convención Americana sobre los Derechos Humanos" (Pacto San José de Costa Rica) en el art. 17, prescribe: "*"1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. "2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que estas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.*

"3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

"4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.

"5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.

Además la "Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer", consagra en el art. 16-1, que: *"1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres:*

"a. El mismo derecho para contraer matrimonio;

"b. El mismo derecho para elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio solo por su libre albedrío y su pleno consentimiento;

"c. Los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y con ocasión de su disolución;

"d. Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial;

"e. Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos;

"f. Los mismos derechos y responsabilidades respecto de la tutela, curatela, custodia y adopción de los hijos, o instituciones análogas cuando quiera que estos conceptos existan en la legislación nacional; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial;

"g. Los mismos derechos personales como marido y mujer, entre ellos el derecho a elegir apellido, profesión y ocupación;

"h. Los mismos derechos a cada uno de los cónyuges en materia de propiedad, compras, gestión, administración, goce y disposición de los bienes, tanto a título gratuito como oneroso".

Los tratados protegen la familia en tanto es el elemento natural y fundamental de la sociedad y al matrimonio como el único elemento constitutivo de aquella, pero en manera alguna propician y protegen a las uniones convivenciales.

No obstante no las consideran ilícitas porque es una expresión del derecho a no casarse, sin perjuicio que no es esta unión un estado de vida.

El Código Civil no contiene una norma expresa que consagre el derecho a contraer matrimonio porque se trata de un derecho natural que torna innecesario consagrarlo en una norma positiva, y además se encontraba ya reconocido en forma implícita e indirecta en la Constitución, como hemos dicho.

En el Derecho Comparado la tendencia es reconocer este derecho, tanto en la Constitución como en el Código Civil.

Así la Constitución española, por ejemplo, consagra este derecho, disponiendo en el art. 32: "*1) El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. 2) La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos".*

El Código Civil español, también contiene normas expresas que consagran el derecho a casarse, así lo establece el art. 44, al disponer: *"El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código".*

Por otra parte, el art. 49 que estatuye: *"Cualquier español podrá contraer matrimonio dentro o fuera de España".*

Por su parte la legislación canónica regula el derecho a contraer matrimonio, en el canon 1058, CIC '83, cuando dispone este derecho como regla: *"Pueden contraer matrimonio todos aquellos a quienes el derecho no se lo prohíbe".* Igual texto lo encontramos en el canon 778, CCEO.

El Código de Derecho Canónico de 1983 reconoce que toda persona es hábil para contraer matrimonio. El derecho a casarse es un derecho natural, y solamente puede impedírsele a aquellos que la ley expresamente se lo prohíba.

2. El Proyecto de Modificación del Código Civil.

El Proyecto de sustitución del Código Civil al regular las uniones convivenciales las asimila al matrimonio en la gran mayoría de sus normas, como demostraremos más adelante, pese a expresar en los fundamentos que le reconoce efectos jurídicos, pero de manera limitada.

En el art. 509 la define como la unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, público, notoria, estable y permanente de dos personas que comparten un proyecto de vida común, sean del mismo o de diferente sexo.

Previo al análisis de la normativa proyectada es menester precisar el marco ideológico que inspira el Proyecto en el capítulo que desarrolla la pretendida nueva regulación jurídica de las Relaciones de Familia y las diferencias entre el concubinato o unión de hecho o unión convivencial y el matrimonio.

3. Ideologización del matrimonio, la familia y la sexualidad humana.

El Proyecto abreva primordialmente en la filosofía que considera que el matrimonio, la familia y la sexualidad humana, son realidades que no dependen de factores objetivos o naturales, sino estrictamente de planteamientos subjetivos, esto es de las mutantes ideologías individuales y colectivas, y de la voluntad de los individuos o los Estados.

Constituyen prueba de lo afirmado la secularización y el positivismo, que han llevado a sostener el poder de la voluntad política jurídica, al tiempo de conceptualizar el matrimonio y su contenido y el lugar que ocupa la sexualidad.

Esta concepción está impregnada, en algunos de sus principios, por el individualismo liberal, que considera al matrimonio y la familia únicamente como medio de satisfacción de "intereses exclusivamente individuales de sus integrantes, como mecanismo de desarrollo de la personalidad individual, a través de su sometimiento a los deseos de dicha voluntad; ligado a este último, el triunfo de la afectividad (el amor-sentimiento) como razón de ser y fundamento del matrimonio, no solo en su momento fundacional, sino a lo largo de toda su vida; por último, el pluralismo ideológico y el principio de neutralidad del Estado (y, por tanto del Derecho) frente a las diferentes concepciones ideológicas sobre el matrimonio, la familia y la sexualidad, y también frente a las diferentes formas de organizar los ciudadanos sus relaciones afectivas y sexuales"[2].

A ello deben sumarse los descubrimientos y avances sobre sexualidad y procreación que han posibilitado disociar esos elementos hasta lugares que recientemente no podían concebirse.

Así, por un lado, la multiplicidad y fácil acceso a los diferentes elementos anticonceptivos lo que ha posibilitado separar radicalmente la sexualidad de la procreación. Es decir sexualidad sin procreación. Dicho de otra manera se escinde la dimensión unitiva y la procreadora del acto sexual: pues hay unión sin procreación.

Por otra parte las modernas prácticas de procreación asistida han posibilitado apartar la procreación de la sexualidad. Es decir hay procreación sin sexualidad. Dicho de otra manera segregaron la dimensión procreadora y la unitiva del acto sexual: procreación sin unión.

En estos supuestos las prácticas se desarrollan siéndole indiferente si media o no matrimonio.

Bien dice Martínez de Aguirre "el matrimonio puede suponer ejercicio procreativo o no procreativo de la sexualidad, pero también procreación no ligada directamente al ejercicio de la sexualidad (del mismo modo que la sexualidad y la procreación aparecen cada vez más, por estas y otras razones, desligadas del matrimonio como su marco habitual de referencia); o incluso, quedar desvinculado de la sexualidad, como consecuencia de la desaparición del impedimento de impotencia"[3].

4. El paso de la concepción institucional a la concepción voluntarista de la familia.

Simultáneamente se ha generado un cambio sustancial del matrimonio y la familia y se intenta relegar el concepto de familia concebida como institución fundada en el matrimonio, y reemplazarla por la concepción de familia contractual o voluntarística de fundación no matrimonial supeditada a los intereses individuales de sus integrantes[4].

Dicho de otra manera la involución descripta discurre de la concepción transindividual o institucional a otra voluntario-individualística[5].

El Proyecto es un ejemplo de ello.

Claramente se advierte que se pretende pasar del matrimonio institución a una unión desinstitucionalizada y privada de sus caracteres básicos.

Nuevamente se enfrentan dos criterios totalmente diferentes de concebir el matrimonio: aquella que plasmara Portalis, que acoge la doctrina elaborada durante siglos y la define como "la sociedad de un hombre y una mujer que se unen para perpetuar su especie, ayudarse mutuamente y compartir

2. Martínez de Aguirre, Carlos, Diagnóstico sobre el derecho de familia. Documentos del Instituto de Ciencias para la Familia. Ediciones Rialp.

3. Martínez de Aguirre, Carlos, Diagnóstico sobre el derecho de familia. Documentos del Instituto de Ciencias para la Familia. Ediciones Rialp.

4. Bessone, Mario; Alpa, Guido; D'Angelo, Andrea, y Ferrando, Gilda, La famiglia nel nuovo diritto, p. 8, Edit. Zanichelli, 2002

5. Navarro Valls, Rafael, Matrimonio y Derecho, p. 4 Tecnos, Madrid, 1994.

su común destino"; y la que adoptara Hans Küng, para quien el matrimonio es solo "la unión voluntaria de dos personas independientes"[6].

5. Subjetivización del matrimonio y la familia

El vocablo "subjetivización" califica al nuevo proceso que se intenta.

Merced a él el matrimonio y la familia, ya no son considerados de carácter natural y por ende objetivo y cuyos contenidos están impresos en la naturaleza del ser humano.

En el régimen propiciado ellos estarán subordinados exclusivamente a la voluntad humana, tanto en el orden individual como en el orden social, léase sociedad y Estado, que pueden establecer el contenido que consideren más adecuado.

Esta involución se produjo por el desenfrenado desarrollo de la afirmación del poder de la voluntad individual, por una parte y social Estatal por la otra, respecto del matrimonio y la familia, de tal manera "que cada una de ambas afirmaciones actuará simultáneamente como presupuesto e inductora de la evolución de la otra. Ambas son, a su vez, determinantes de la aparición y desarrollo de otros factores de la transformación (involutiva) –esto es nuestro– del matrimonio y la familia, y se mueven en igual sentido: la privatización y el pluralismo, ligado este a su vez, íntimamente, con el denominado principio de neutralidad del Estado en materia de sexualidad, matrimonio y familia"[7].

Esta cerrada concepción contratualista o voluntarística del matrimonio al desdeñar la realidad natural impide toda pretensión de considerar al matrimonio como una institución.

Prueba de ello es que lo proyectado otorga primacía a ultranza al consensualismo, pero cabe aclarar que la doctrina consensualista del matrimonio de la Universidad de París propiciada por Hugo de San Víctor y Pedro Lombardo, no importaba fatalmente un contrato como ocurre ahora, pues nada impedía continuar sosteniendo que era un pacto *o foedum*, como lo hace el CIC 83 siguiendo al Concilio Vaticano II que lo califica como alianza o consorcio.

Así afirma el Concilio Vaticano II en la Constitución Pastoral Gaudium et Spes: "De esta manera, el marido y la mujer, que por el pacto conyugal ya no son dos, sino una sola carne (*Mt* 19,6), con la unión íntima de sus personas y actividades se ayudan y se sostienen mutuamente, adquieren conciencia de su unidad y la logran cada vez más plenamente. Esta íntima unión, como mutua entrega de dos personas, lo mismo que el bien de los hijos, exigen plena fidelidad conyugal y urgen su indisoluble unidad"[8].

Aclarado ello, no puede pasar desapercibido que la noción moderna de contrato que se pretende imponer transmite la idea de que lo verdaderamente importante es la voluntad de los contrayentes, limitada en principio, pero ensanchada luego a límites insospechados.

La configuración del matrimonio como contrato es la puerta de entrada de la subjetivización, a lo que sigue su plena asimilación a los demás contratos.

No solo el principio y el fin del matrimonio estarían, según esta concepción, sometidos a la voluntad contractual, sino también su contenido constante.

Este es el camino que recorre el proyecto en la materia.

En tal sentido se sostiene en los fundamentos: "…De esta manera, el matrimonio se celebra y se sostiene por la voluntad coincidente de los contrayentes y, por ende, cuando la voluntad de uno de ellos o de ambos desaparece, el matrimonio no tiene razón de ser y no puede ser continuado, habilitándose por este simple y elemental fundamento, que uno o ambos puedan solicitar su divorcio".

6. Navarro Valls, Rafael, Matrimonio y Derecho, p. 4 Tecnos, Madrid, 1994.

7. Martínez de Aguirre, Carlos, Diagnóstico sobre el derecho de familia. Documentos del Instituto de Ciencias para la Familia. Ediciones Rialp.

8. Nº 48, BAC, Madrid, 1965.

6. La irrupción del amor romántico como único fundamento del matrimonio.

Pero la transformación nociva no se ha detenido allí, sino que ha irrumpido como exclusivo fundamento del matrimonio la afectividad o amor-sentimiento o amor romántico.

Es el tiempo del primado de la afectividad que es típico del matrimonio moderno[9].

Ella debe existir al día constitutivo del matrimonio. Pero si bien el matrimonio ha de ser por amor y se proyecta a toda la vida subsiguiente, tiene una limitación: cuando el amor se acabe se justifica que también desaparezca el matrimonio.

El concepto romántico del matrimonio está por tanto relacionado con la subsistencia del amor.

Como se advierte el sentimiento se convierte en un elemento decisivo en la concepción social del matrimonio.

El Proyecto recoge este criterio pues regula el divorcio express incausado, habiendo desaparecido entre los efectos personales la fidelidad y la cohabitación.

De tal manera la subsistencia del matrimonio pasaría a depender de la voluntad unilateral de los esposos ligada al amor sentimiento[10].

Así se expresa en los fundamentos: "se justifica reconocer mayor trascendencia a la voluntad de la persona cuando ya no desea seguir vinculado con su cónyuge. Así, el ejercicio de su derecho a no continuar casado no puede hacerse depender de la demostración de la concurrencia de causa alguna, pues la causa determinante no es más que el fin de esa voluntad expresada en su solicitud, ni, desde luego, de una previa e ineludible situación de separación […] Así pues, basta con que uno de los esposos no desee la continuación del matrimonio para que pueda demandar el divorcio, sin que el demandado pueda oponerse a la petición por motivos materiales, y sin que el juez pueda rechazar la petición, salvo por motivos personales".

De esta manera, el matrimonio se celebra y se sostiene por la voluntad coincidente de los contrayentes y, por ende, cuando la voluntad de uno de ellos o de ambos desaparece, el matrimonio no tiene razón de ser y no puede ser continuado, habilitándose por este simple y elemental fundamento, que uno o ambos puedan solicitar su divorcio. El respeto por la libertad y autonomía de la persona humana y su proyecto de vida impone la obligación de evitar forzar a un sujeto a continuar en un matrimonio que ya no se desea. La protección integral de la familia de tipo matrimonial no implica desconocer los derechos fundamentales de cada uno de sus integrantes, quienes no pueden ver conculcados sus derechos a costa o por fuerza del matrimonio…".

Por tanto la *affectio maritalis* es la que hace perdurar el matrimonio[11].

Claro está que en el Proyecto subyace un equivocado concepto del verdadero amor, de allí sus normas en la materia.

En efecto "amor" tiene distintos significados:

a) muchas veces se usa la palabra amor para expresar una mera atracción sexual;
b) otras para expresar un impulso erótico, romántico, sentimental, pasajero;
c) el amor verdadero significa voluntad de darse total y personalmente para hacer bien al otro.

Tiene que ser total, inmolante hasta la muerte, siempre dispuesto a perdonar, a entregarse, siempre fiel y para toda la vida.

Así en un nivel más profundo podemos decir con Kasper que "el amor se nos revela como la realidad originaria de todo lo real"[12].

9. D'Agostino, F., Una filosofia della famiglia, p. 54, Milán, 1999.

10. Martínez de Aguirre, Carlos, Diagnóstico sobre el derecho de familia. Documentos del Instituto de Ciencias para la Familia. Ediciones Rialp.

11. Arechederra Aranzadi, El matrimonio informal, p. 104, Nuestro Tiempo, 1995.

12. Kasper, Walter, Teología del matrimonio cristiano, p. 26, Sal Terrae, Santander 1984.

El amor conyugal es por lo tanto el "elemento especificativo de la comunidad de vida y el reflejo del amor con que Dios se da a la humanidad"[13].

"El amor acepta al otro en cuanto otro, por eso forma parte de la dialéctica del amor, el que por el mero acto por el que se unen entre sí de la forma más íntima dos personas, simultáneamente los deja libres en su peculiaridad personal"[14].

El amor incluye la justicia que da al otro lo que le corresponde.

La Constitución Pastoral *Gaudium et Spes* en una página de gran riqueza integra lo que hemos expresado diciendo: "Este amor, por ser un acto eminentemente humano –ya que va de persona a persona con el afecto de la voluntad– abarca el bien de toda la persona y por tanto enriquece y avalora con una dignidad especial las manifestaciones del cuerpo y del espíritu y las ennoblece como elementos y señales específicas de la amistad conyugal"[15].

El amor verdadero, es lo que la escolástica denomina amor de benevolencia.

Consiste en buscar el bien del otro, desinteresadamente, en entregarse al otro para conseguir el bien, la felicidad del mismo, recíprocamente.

Pero, adviértase que este amor de benevolencia es mutuo, y se origina en la alianza entre varón y mujer e importa la aceptación de los derechos y obligaciones que están contenidos en el ordenamiento jurídico.

Por tanto el amor no es un elemento poético o literario, es un elemento que reúne todas las características de lo jurídico[16].

Santo Tomás de Aquino enseña: "Toda unión está ordenada por alguna ley, por eso, se pone un elemento ordenador de esta unión matrimonial, es decir, el derecho divino y humano"[17].

Así concebido y realizado el consorcio remata y da sentido tanto a la unión sexual, como a la erótica, que adquiere así su verdadera significación.

La sexualidad "…se realiza de modo verdaderamente humano solamente cuando es parte integral del amor con que el hombre y la mujer se comprometen totalmente entre sí hasta la muerte"[18].

Es en este marco que el pacto conyugal por el cual ya no son dos sino una sola carne adquiere verdadera significación.

"Una sola carne" no se refiere solo a la consumación biológica, sino también a la unidad psicológica, un crecimiento de madurez humana y comunicación en el amor conyugal.

Así considerada, la sexualidad mediante la cual el hombre y la mujer se dan uno al otro, reiteramos, no es algo puramente biológico, sino que afecta al núcleo último de la persona como tal.

En el matrimonio la sexualidad queda arropada por una comunidad humana global de vida y destino[19].

Este es el verdadero concepto del amor que muy lejos está de acoger el Proyecto.

7. El componente sexual

En el paso subsiguiente de este proceso involutivo de la filosofía posmoderna del matrimonio, se limita a considerar en el amor solo a su componente sexual, como lo hizo Engels, relegando el matrimonio a una mera cuestión sentimental dependiente de la sola atracción sexual[20].

13. Génesis 20, 20 y ss.
14. Kasper, Walter, Teología del matrimonio cristiano, pp. 26-27, Sal Terrae, Santander 1984.
15. Constitución Pastoral Gaudium et Spes, Concilio Vaticano II, n° 48, BAC, Madrid, 1965.
16. De Zalazar, José, Nuevo Derecho Canónico para universitarios, p. 10, BAC, Madrid, 1983.
17. Santo Tomás de Aquino, Summa theologica, q. 44, art. 3°.
18. Exhortación Apostólica Famliaris Consortio, n° 11.
19. Kasper, Walter, Teología del matrimonio cristiano, p. 28, Sal Terrae, Santander 1984.
20. Hattenhauer, Hans, Conceptos fundamentales del Derecho civil, p. 150, Ariel, Barcelona, 1987.

Merced a esta concepción, el matrimonio no depende de la voluntad de los esposos, sino de la voluntad de uno solo de ellos, en tanto le satisfaga sus propios intereses, en particular y con gran importancia el aspecto sexual.

Inadvertidamente se ha pasado a la tesis de Engels quien supeditaba el matrimonio al principio de emancipación y al derecho a la felicidad privada.

Es evidente que el Proyecto considera que el sacrificio, la renuncia y la tolerancia mutua carecen ya de valor; pues considera al matrimonio como asunto privado a discreción de cada uno de los cónyuges.

El matrimonio así concebido se transforma en un medio de gratificación mutua, o meramente individual, que pierde su virtualidad si no es idóneo para alcanzar la felicidad individual para cuya exclusiva consecución es empleado.

Este sometimiento a la voluntad individual es una de las claves del concepto posmoderno de lo queda del matrimonio[21].

De allí que para los cultores de esta cosmovisión el matrimonio y familia se justifican solo en tanto posibiliten el desarrollo de la personalidad de sus integrantes[22].

Sostiene Furgiuele que las consecuencias técnicas de este planteamiento son, claras: "la fundamentación de la relación [conyugal] en el desarrollo de la personalidad hace que deba respetarse una lógica 'espontaneística' en la triple fase de su constitución, de su reglamentación y de su extinción"[23].

En definitiva preside al proyecto una concepción del matrimonio y de la familia en la que tiene prioridad en su totalidad la voluntad individual de sus integrantes por sobre todo interés familiar supraindividual.

En esta concepción no existe propiamente un interés familiar distinto del individual de los componentes del grupo[24]: matrimonio y familia no pasarían de ser un mero instrumento al servicio de la felicidad individual de sus componentes, y del libre desarrollo de su personalidad. El matrimonio y la familia serán lo que la voluntad de sus miembros quiera que sean; y durarán lo que la voluntad de sus miembros quiera que duren.

Esta concepción la expresan los Fundamentos del Proyecto cuando se afirma: "De esta manera, el matrimonio se celebra y se sostiene por la voluntad coincidente de los contrayentes y, por ende, cuando la voluntad de uno de ellos o de ambos desaparece, el matrimonio no tiene razón de ser y no puede ser continuado, habilitándose por este simple y elemental fundamento, que uno o ambos puedan solicitar su divorcio. El respeto por la libertad y autonomía de la persona humana y su proyecto de vida impone la obligación de evitar forzar a un sujeto a continuar en un matrimonio que ya no se desea. La protección integral de la familia de tipo matrimonial no implica desconocer los derechos fundamentales de cada uno de sus integrantes, quienes no pueden ver conculcados sus derechos a costa o por fuerza del matrimonio".

"…De conformidad con el principio de autonomía de la voluntad de los cónyuges y la necesidad de que ellos sean los verdaderos protagonistas también en la ruptura de su matrimonio, se consigna la necesidad de incorporar al proceso un convenio regulador, que puede ser acordado por las partes o, cuando se trata de un divorcio unilateral, surgido de una propuesta…".

8. Concubinato o unión convivencial

En los fundamentos del Proyecto se afirma que "el derecho comparado no presenta unidad sobre la palabra adecuada para denominar a las parejas que conviven sin que exista vínculo matrimonial.

21.Hattenhauer, Hans, Conceptos fundamentales del Derecho civil, p. 150, Ariel, Barcelona, 1987.

22. D'Agostino, Francesco, Linee di una filosofia della famiglia, p. 52 y ss. Giuffre, Milán, 1991.

23. Furgiuele, Giovanni, Libertà e famiglia, cit., p. 62. Giuffre Editore, Milán, 1979.

24. Trabucchi, Alberto, "Pas par cette voie s'il vous plaît!", p. 335. Revista de Derecho Civil, 1981, Vol. 1, Universidad de Trento.

"Se alude al "*concubinage*" en el derecho francés, la "*famiglia di fatto*" en el derecho italiano, a las "*parejas estables*" en el derecho español; a la "*unión marital de hecho*" en Colombia; las "*uniones concubinarias*" en el derecho uruguayo; el concubinato, el matrimonio aparente o la unión de hecho, por citar algunos".

Se considera que varios de estos términos han sido considerados peyorativos y negativos porque revelan la censura social y jurídica.

Luego de sostener que el lenguaje no es neutro se argumenta que en la Argentina, la palabra "concubinato" receptada en el Código Civil tiene sentido peyorativo.

Se expresa que el proyecto persigue no solo nombrar las instituciones con precisión técnica, sino que las palabras utilizadas reflejen el real significado que la sociedad les asigna.

A juicio de los redactores la conciencia social ha pasado de una consideración negativa a reconocer que las parejas que no se casan forman parte del amplio espectro de formas de vivir en familia. El proyecto habla de "unión convivencial"

Corresponde en primer término analizar cual es el verdadero significado de la voz concubinato.

Ella deriva del latín *com cubare* y significa etimológicamente: dormir juntamente.

concubinātus, Relación marital de un hombre con una mujer sin estar casados".

A su vez el vocablo peyorativo, deriva d*peyorar,* palabra o de un modo de expresión: Que indica una idea desfavorable".

Sentado ello, es evidente que no media en la calificación de este tipo de unión como concubinato, un sentido peyorativo, sino antes bien su designación con la denominación que corresponde a esa situación de hecho.

Por lo demás, el cambio que se propicia no cambia ontológicamente su naturaleza, no obstante el denodado esfuerzo para asimilarlo al matrimonio.

Malaurie sostiene que "numerosos nombres designan el concubinato: De manera aristocrática: unión libre; de manera realista pero púdica: la cohabitación; para causar simpatía: la cohabitación juvenil o la cohabitación senil; de manera más técnica: la cohabitación más allá del matrimonio, la comunidad de vida, matrimonio de hecho, unión estable; de manera a la vez técnica y moderna: vida marital; de manera aproximativa: novios, ya que no hay ni siquiera promesa de matrimonio[…]"[25].

Posteriormente, en el Código de Napoleón, se trató de proteger el matrimonio, ignorando al concubinato. Este período es el que el normado autor llamó "ignorancia sistemática".

9. Definición

Definimos al concubinato o unión convivencial como toda relación con cierto grado de estabilidad entre un varón y una mujer que cohabitan públicamente aparentando vida marital sin haber institucionalizado en forma de matrimonio la unión[26].

Si bien el art. 509 del Proyecto considera que este tipo de unión puede llevarse a cabo entre personas del mismo o de diferente sexo, no compartimos dicho criterio respecto del primer supuesto[27].

25. Malaurie, Philippe; Fulchiron, Hugues, La Famille, p. 153. Defrénois, París, 2008.

26. Perrino, Jorge Oscar, Derecho de Familia, 2ª edición, n° 193, p. 307, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2011.

27. Perrino, Jorge Oscar, Derecho de Familia, 2ª edición, n° 193, p. 307 y ss y 148, p. 223. Abeledo-Perrot, Buenos Aires. 2011.

10. elementos constitutivos de las uniones de hecho

Son sus elementos constitutivos:

10 -1 El carácter puramente fáctico de la relación. Es decir es una relación de hecho, no institucionalizada como matrimonio.

10- 2 Cohabitación, comunidad de vida y lecho. Por tanto no constituyen concubinato, las uniones sexuales esporádicas o aun habituales, cuando no hay cohabitación.

Para la configuración de esta situación es menester que medie una comunidad de vida de hecho, esto es, que se proyecte aunque sea fictamente una posesión de estado aparente.

Es decir, que frente a terceros se presenten como dos personas de diferente sexo que, no obstante no estar casadas, pasan por tales.

En tal sentido es ilustrativo lo establecido por el art. 172, Código de Familia de Bolivia, que dispone: *"No producen los efectos anteriormente reconocidos, las uniones inestables y plurales, así como las que no reúnen los requisitos prevenidos por los arts. 44 y 46 al 50 del presente Código, aunque sean estables y singulares.*

"Sin embargo en este último caso pueden ser invocados dichos efectos por los convivientes, cuando ambos estuvieron de buena fe, y aun por uno de ellos, si solo hubo buena fe de su parte, pero no por el otro.

Queda siempre a salvo el derecho de los hijos".

10-3 Permanencia o una relativa tendencia a la estabilidad. El concubinato lleva implícita la prolongación en el tiempo de esa unión irregular, y la posesión de estado aparente que va a generar.

10-4 Publicidad. La unión para ser considerada tal debe exteriorizarse sin ocultamientos.

10-5 Fidelidad. La unión de hecho supone, en tanto y en cuanto aparenta un estado conyugal, un mínimo *visu* de fidelidad.

No es de extrañar que, en muchos casos, la misma no sea absoluta pudiendo existir relaciones fugaces con terceros[28].

10-6 No comporta derechos y deberes matrimoniales, ni se pretende una estabilidad basada en el vínculo matrimonial.

10-7 Asidua reivindicación de no haber asumido vínculo alguno.

10-8 Lleva implícita una inestabilidad constante en cuanto puede producirse la ruptura mediante la interrupción unilateral de la convivencia.

11. Tipos de uniones de hecho

11-1 Uniones de hecho a prueba. En la mayoría de los casos las uniones de hecho son producto de una decidida elección.

Tal el caso de la unión de hecho "a prueba" que es frecuente entre quienes tienen el proyecto de casarse en el futuro.

28. García de Ghiglino, Silvia S., "Unión de hecho", Enciclopedia de derecho de familia", p 833, Universidad de Buenos Aires, 1994.

En este tipo de unión el varón y la mujer condicionan la celebración del matrimonio a la previa experiencia de una unión sin vínculo matrimonial, con el fin de comprobar si pueden convivir y en caso de resultar positiva la misma, contraerán posteriormente matrimonio.

Este tipo de experiencia es desechable porque el amor humano no tolera la "prueba". Exige un don total y definitivo de las personas entre sí.

11-2 Unión de hecho fundada en razones económicas. En otros casos se justifica este tipo de convivencia por razones económicas.

Se invoca que no se encuentran en condiciones para establecer formalmente un hogar por cuanto ello, al igual que la celebración del matrimonio, implica un desembolso económico que está lejos del alcance de sus posibilidades económicas, optando por irse a vivir juntos.

11-3 Unión de hecho constituida por la imposibilidad legal de celebrar el matrimonio. En estos supuestos subsiste el impedimento matrimonial de ambos o uno de los integrantes de la pareja, prefiriendo unirse de hecho, antes que promover los eventuales trámites que les permitiría unirse conforme a la ley vigente.

11-4 Unión de hecho para soslayar dificultades legales. Se pretende evitar los riesgos de una sociedad conyugal, sobre todo cuando una de las partes tiene ingresos muchos mayores que la otra, y así no tener que partir los gananciales en partes iguales como dispone el art. 1315, CCiv.

En otras ocasiones su causa más inmediata puede corresponder a motivos asistenciales, tal el caso de personas de edad avanzada que establecen relaciones solo de hecho por el miedo que acceder al matrimonio les infiera perjuicios fiscales, o la pérdida de las pensiones.

11-5 Unión de hecho solo para disfrutar del sexo. Muchas veces, los verdaderos motivos son más profundos. Frecuentemente, con esta clase de pretextos, subyace una mentalidad que valora mal la sexualidad. Está influida, en mayor o menor grado, por el pragmatismo y el hedonismo.

Reina en la mentalidad de sus integrantes una concepción del amor desligada de la responsabilidad.

Se rehúye del compromiso de estabilidad, de las responsabilidades y de los derechos y deberes que el verdadero amor conyugal lleva consigo.

11-6 Unión de hecho porque no quieren intentar un nuevo matrimonio. En muchos casos, las uniones de hecho se establecen entre personas divorciadas anteriormente.

Son entonces una alternativa respecto del matrimonio. Merced a la legislación divorcista el matrimonio tiende, a menudo, a perder su identidad en la conciencia personal.

En estos casos existe una manifiesta desconfianza hacia la institución matrimonial por la experiencia negativa de las personas, traumatizadas por un divorcio anterior, o por el divorcio de sus padres.

Este preocupante fenómeno comienza a ser socialmente relevante en los países más desarrollados económicamente.

11-7 Unión de hecho porque se rechaza abiertamente el matrimonio. Es muy común en nuestros días que las personas que conviven en una unión de hecho manifiesten rechazar explícitamente el matrimonio por motivos ideológicos.

Eligen un modo determinado de vivir la propia sexualidad al margen del matrimonio.

La institución matrimonial es considerada por estas personas como algo rechazable para ellos, que se opone a la propia ideología, una "forma inaceptable de violentar el bienestar personal" o incluso como "tumba del amor", expresiones estas que denotan desconocimiento de la verdadera naturaleza del amor humano, de la oblatividad, nobleza y belleza en la constancia y fidelidad de las relaciones humanas.

11-8 Unión de hecho por falta de formación acerca del matrimonio. Debemos tener presente que no siempre las uniones de hecho son producto de una elección positiva; a veces las personas que conviven en estas uniones manifiestan tolerar o soportar esta situación, aspirando siempre a legalizar su condición.

En muchos países, el mayor número de uniones de hecho se debe a la desafección del matrimonio, por la falta de una formación adecuada de la responsabilidad. Ello es producto del estado de pobreza y marginación del ambiente en el que viven.

La falta de confianza en el matrimonio, sin embargo, puede deberse también a condicionamientos familiares, especialmente en el Tercer Mundo. Un factor de relieve, a tener en consideración, es la irritante situación de injusticia, a lo que se une un predominio cultural de actitudes machistas o racistas que agravan en mucho estas circunstancias de dificultad.

En estos casos es común encontrar uniones de hecho que contienen, incluso desde su inicio, una voluntad de convivencia, en principio auténtica en la que los convivientes se consideran unidos como si fueran marido y mujer, esforzándose por cumplir obligaciones similares a las del matrimonio.

La pobreza y las deficiencias educativas estructurales representan para ellos graves obstáculos en la formación de una familia.

Es muy común en prueba de lo antes expuesto, que estas personas ante la iniciativa del Estado o de la Iglesia para regularizar su situación, previa la debida inculturación del matrimonio, acepten gustosamente la iniciativa y se lleve a cabo el casamiento.

11-9 Unión de hecho como consecuencia de prácticas ancestrales. En muchos lugares, es muy frecuente la cohabitación (durante períodos más o menos prolongados) hasta la concepción o nacimiento del primer hijo.

12. Características de estas uniones

Varias notas distintivas caracterizan al concubinato. Pasamos a analizarlas.

12-1. Las uniones de hecho tienen inestabilidad constitutiva;

La unión convivencial por su constitución irregular genera a sus integrantes y en particular a los hijos incertidumbre respecto de su situación personal[29].

Lo expuesto fue corroborado por estudios de la década del 90 en los Estados Unidos, que acreditaron que niños de hasta 12 años podían esperar un treinta por ciento más de variabilidad en la situación familiar, si sus padres cohabitaban sin casarse[30].

Esta sensación de fragilidad o sensación de riesgo de ruptura de las uniones de hecho ha sido corroborada al compararse a quienes integran la unión, con los esposos en el matrimonio[31].

Ello no es de extrañar pues las uniones de hecho repudian la estabilidad que del matrimonio.

Por eso podemos afirmar que la inestabilidad se encuentra en el origen y raíz de su constitución.

29. Raley R. Kelly, Wildsmith Elizabeth, "Cohabitation and Children's Family Instability", Journal of Marriage and Family, Vol. 66, Number ps.210-219. February, 2004. Basset Úrsula Cristina Familia, uniones de hecho y reconocimiento de efectos jurídicos LA LEY 2009-C, 1244, Shaw Crouse Janice, "Cohabitation: Consequences for mothers, children and society", en Loveless Scott y Holman Thomas, The family in the new millennium: The place of family in the human society, Greenwood Publishing group, p. 354. Ver Documento "Familia, Matrimonio y Uniones de Hecho", Pontificio Consejo para la Familia, 11-11-2000, n° 4.

30. Shaw Crouse, Janice, "Cohabitation: Consequences for mothers, children and society", en LOVELESS, Scott y HOLMAN, Thomas, The family in the new millennium: The place of family in the human society, Greenwood Publishing group, p. 354. Basset Úrsula Familia, uniones de hecho y reconocimiento de efectos jurídicos LA LEY 2009-C, 1244.

31. Hill, John R.; Evans, Sharon G., "Effects of Cohabitation Length on Personal and Relational Well Being", Alabama Policy Institute Vol. API Study, Number .. p. 1-13. August, 2006.

12-2. Originan inestabilidad jurídica.

La inseguridad tiene su causa eficiente en la inestabilidad de la unión, que siempre causa inseguridad.

Igualmente hace lo propio en la vida social, puesto que sus efectos jurídicos no son fácilmente previsibles.

Así el parentesco en muchos casos se ve amenazado porque no se puede probar la filiación. En efecto no rige en la especie el régimen de presunción de la paternidad matrimonial, quedando su prueba supeditada a la rendición de todo medio de prueba[32].

En igual situación están las relaciones económicas entre las partes, al tornarse dificultoso determinar que vínculo los relaciona.

12-3 Se posibilita la promiscuidad.

En efecto, la infidelidad se suscita de manera mucho mayor en estas uniones que en el matrimonio.

No es para asombrarse porque los convivientes no asumen el deber de fidelidad.

Varios estudios han acreditado que mientras el 20% de las mujeres convivientes afirmaban tener un segundo compañero sexual –además de su conviviente– solo el 4% de las mujeres casadas era infiel[33].

12-4. Afecta a los niños.

Los niños no tienen las mismas ventajas que sus pares de familias matrimoniales. Es fuente de inseguridad jurídica y afecta por ello la vida social[34].

Por lo demás su reconocimiento afecta los derechos a la dignidad y la identidad de los niños.

12-5 Deshumanizan el tejido social.

Estas uniones al abjurar de su institucionalización, además de generar inestabilidad, constituyen un ámbito donde la violencia doméstica, adquiere mayor dimensión.

12-6 No benefician a la sociedad.

En nada contribuyen las uniones convivenciales a la sociedad, antes bien como todo lo irregular solo son causa desvalores que concurren en su perjuicio[35].

El reconocimiento de estas uniones en el Proyecto en análisis lejos de constituir una normativa de avanzada en la materia, es lisa y llanamente un hecho que menoscaba el matrimonio, en su institucionalidad.

Sería mucho más importante fortalecer la institución del matrimonio, que sobreactuar amparando a quienes abjurando del mismo y escudándose en la plena autonomía de la voluntad, optan por vivir al margen de mismo y de toda regulación jurídica.

Los autores del proyecto protegen a quienes quieren vivir su sexualidad y vida de pareja al margen de las estructuras, contrariando sus propios designios.

13. Diferencias entre matrimonio y uniones de hecho.

Existen diferencias sustanciales entre el matrimonio y las uniones de hecho.

Así, la comunidad familiar parte del pacto o alianza de los cónyuges.

32.Glendon, Mary Ann, The Transformation of Family Law and Family in the United States and Western Europe [Hardcover], p. 284.

33. Shaw Crouse, Janice, "Cohabitation: Consequences for mothers, children and society", en Loveless, Scott y Holman Thomas, The family in the new millennium: The place of family in the human society, Greenwood Publishing group, p. 357, y Basset, Úrsula Cristina, Familia, Uniones de hecho y reconocimiento de efectos jurídicos, LA LEY 2009-C, 1244,

34. Familia, Matrimonio y Uniones de Hecho", Pontificio Consejo para la Familia, 11-11-2000.

35. Basset, Úrsula Cristina, Familia, uniones de hecho y reconocimiento de efectos jurídicos, LA LEY, 2009-C, 1244.

El matrimonio que surge de ese consorcio de amor conyugal de toda la vida no es una creación del poder público, sino una institución natural y originaria que lo antecede.

En cambio, en las uniones de hecho, si bien se pone en común el recíproco afecto, falta el vínculo matrimonial de dimensión pública originaria que da fundamento a la familia.

Asimilar las uniones de hecho al matrimonio y a la familia por parte del Estado importa y de hecho así ocurre, el uso arbitrario del poder contrariando el bien común, porque la naturaleza originaria del matrimonio y de la familia precede y excede, absoluta y radicalmente, el poder soberano del Estado.

No es razonable sostener que las vitales funciones de las comunidades familiares sustentadas en el matrimonio estable y monogámico puedan ser cumplidas de forma masiva, estable y permanente por las convivencias meramente afectivas.

Ahora bien, si la familia matrimonial y las uniones de hecho no son semejantes ni equivalentes en sus deberes, funciones y servicios a la sociedad, no pueden ser semejantes ni equivalentes en el estatuto jurídico.

Ello así, porque la igualdad ante la ley debe estar presidida por el principio de la justicia, que importa considerar lo igual como igual, y lo diferente como diferente; es decir, dar a cada uno lo que le es debido en justicia; principio de justicia que se quiebra cuando se da a las uniones de hecho un tratamiento jurídico semejante o equivalente al que corresponde al matrimonio.

El pretendido fundamento muchas invocado de la no discriminación importa, en la realidad, una verdadera discriminación del matrimonio, al tratarlo con un nivel semejante al de estas uniones de hecho, sin considerar si existe o no un compromiso institucionalizado de fidelidad en orden al bien de los cónyuges y a la generación y educación de los hijos.

Esta igualación o equiparación muestra el deterioro contemporáneo de la conciencia moral social, de "pensamiento débil" ante el bien común, cuando no se da una verdadera y propia imposición ideológica ejercida por los grupos de presión.

Por otra parte, al valorarse las uniones de hecho solamente desde una dimensión subjetiva, es decir aceptando su visión propia de la vida, importa dejar de lado su abordaje desde la ética social porque el individuo humano es persona y por tanto es un ser social[36].

En efecto, limitarse a considerar exclusivamente a la persona en sus intenciones subjetivas sin tener en cuenta la dimensión social y objetiva de las mismas, orientadas al bien común, es lisa y llanamente producto de un individualismo arbitrario que apostata de los valores objetivos.

Ello así, atenta contra la sociedad toda, pues es innegable que la familia es la "célula original de la vida social". Es la sociedad natural en que el hombre y la mujer son llamados al don de sí en el amor y en el don de la vida. La autoridad, la estabilidad y la vida de relación en el seno de la familia constituyen los fundamentos de la libertad, de la seguridad, de la fraternidad en el seno de la sociedad[37].

Por eso, podemos afirmar que estas uniones libres son, en definitiva, factores disolventes y destructores del matrimonio e indirectamente de la sociedad, de la cual aquel es base fundamental, pues carecen del elemento constitutivo del amor conyugal que se funda en el consentimiento personal y permanente por el cual los esposos se dan y se reciben mutuamente, dando origen así a un vínculo jurídico y a una unidad sellada por una dimensión pública de justicia.

14. El matrimonio y las uniones de hecho desde una perspectiva racional

El amor libre se contrapone, en consecuencia, al verdadero amor conyugal. Ahora bien, abordado desde una perspectiva racional, es decir, desde la "recta razón", es evidente que el matrimonio y la familia son elementos objetivos y constitutivos de una sociedad rectamente organizada, y por el

36. Aristóteles, La Política, t. I, pp. 9/10, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1958.
37. Catecismo de la Iglesia Católica, n° 2207.

contrario, las uniones libres muchas veces fundadas en la emotividad desordenada, eventuales prejuicios ideológicos, presiones sociales o culturales, condicionamientos de los grupos de presión o de los partidos políticos, se constituyen en un factor disociativo de la vida social.

La crisis que atraviesa la sociedad de nuestro tiempo pasa fundamentalmente, por la crisis de la familia que ha sido bastardeada impiadosamente, con el fin de justificar una autonomía libertaria y anárquica en la que los valores han sido soslayados y reemplazados por el hedonismo, el facilismo, la irresponsabilidad y el relativismo ético.

Las uniones de hecho, en la gran mayoría de los casos, están íntimamente vinculadas con la repulsa a la responsabilidad, a la permanencia, a lo duradero, y son expresión significativa de una superficialidad que apostata de los valores esenciales, únicos sobre los cuales puede cimentarse una verdadera sociedad.

Estas uniones, en consecuencia, no son un acontecimiento aislado, sino el producto del ataque directo a la institución familiar que se está desarrollando, tanto a nivel cultural, político, legislativo y administrativo.

Por tanto, es imprescindible reiterar la definición de la identidad propia de la familia, pues a ella pertenece el valor y la exigencia de estabilidad en la relación matrimonial entre varón y mujer, estabilidad que halla expresión y confirmación en un horizonte de procreación y educación de los hijos, lo que resulta en beneficio del entero tejido social[38].

Es bueno tener presente, que dicha estabilidad matrimonial y familiar no está solo asentada en la buena voluntad de las personas concretas, sino que reviste un carácter institucional de reconocimiento público, por parte del Estado, de la elección de vida conyugal. El reconocimiento, protección y promoción de dicha estabilidad redunda en el interés general, especialmente de los más débiles, es decir, de los hijos.

15. Discriminación del matrimonio

Es evidente que el reconocimiento público de las uniones de hecho y la regulación en análisis importa un marco jurídico asimétrico, pues mientras la sociedad asume obligaciones respecto de los convivientes de las uniones de hecho, estos no asumen para con la misma las obligaciones esenciales propias del matrimonio.

Esta cuasi equiparación es mucho más grave dado que privilegia a las uniones de hecho respecto de los matrimonios, en cuanto las exime de los deberes esenciales para con la sociedad.

Se omite considerar que el matrimonio se asienta sobre unos presupuestos antropológicos definidos que los distinguen de otros tipos de uniones, y que superando el mero ámbito del obrar, de lo "fáctico", lo enraízan en el mismo ser de la persona, de la mujer o del varón.

Como lo hemos sostenido, la posibilidad de un amor específico entre el varón y la mujer inclina de por sí a una intimidad, a una exclusividad, al bien de los cónyuges, a la generación y a la educación de la prole, y a un proyecto de vida, constituyéndose así la comunidad de amor conyugal, que importa una donación y aceptación recíproca de la persona humana[39].

El amor conyugal no es solo ni sobre todo sentimiento; por el contrario es esencialmente un compromiso con la otra persona que se asume en un acto preciso de la voluntad. Una vez dado y aceptado el compromiso por medio del consentimiento, el amor se convierte en conyugal, y nunca pierde este carácter[40].

Los contrayentes, afirma Juan Pablo II, "son libres de celebrar el matrimonio, después de haberse elegido el uno al otro de modo igualmente libre; pero, en el momento en que realizan este

38. Pontificio Consejo para la familia, matrimonio y uniones de hecho, 26/7/2000.
39. Perrino, Jorge Oscar, Derecho de Familia, t. I, 2ª edición, n° 10. p. 16, Abeledo-Perrot, 2011.
40. Juan Pablo II, Discurso al Tribunal de la Rota Romana, 21/1/1999.

acto, instauran un estado personal en el que el amor se transforma en algo debido, también con valor jurídico".

No negamos que pueden existir otros modos de vivir la sexualidad –aun contra las tendencias naturales–, otras formas de convivencia en común. Otras relaciones de amistad –basadas o no en la diferenciación sexual–, otros medios para traer hijos al mundo, pero es la familia de fundación matrimonial la única institución que aúna y reúne los elementos citados, de modo originario y simultáneo.

Justamente, el núcleo central y el elemento esencial de esos principios es el amor conyugal entre dos personas de igual dignidad, pero distintas y complementarias en su sexualidad.

"Es un principio básico que un amor, para que sea amor conyugal verdadero y libre, debe ser un amor debido en justicia, mediante el acto libre del consentimiento matrimonial"[41].

A la luz de estos principios, puede establecerse y comprenderse las diferencias que existen entre una mera unión de hecho, aunque se afirme que ha surgido por amor, y el matrimonio, en el que el amor se traduce en un compromiso no solo moral, sino rigurosamente jurídico. El vínculo que se asume recíprocamente desarrolla desde el principio una eficacia que corrobora el amor que nace favoreciendo su duración en beneficio del cónyuge, de la prole y de la misma sociedad.

Ello es así, porque el matrimonio no es una forma de vivir la sexualidad en pareja; si fuera simplemente esto se trataría de una forma más entre varias posibles[42].

Tampoco es simplemente la expresión de un amor sentimental entre dos personas: esta característica se da habitualmente en todo amor de amistad.

El matrimonio es más que eso, es un consorcio entre varón y mujer, precisamente en cuanto tales, y en la totalidad de su ser masculino y femenino.

Tal unión solo puede ser establecida por un acto de la voluntad libre de los contrayentes, pero su contenido específico viene determinado por la estructura del ser humano, varón y mujer; recíproca entrega y transmisión de vida.

A este don de sí en toda la dimensión complementaria de mujer y varón con la voluntad de deberse en justicia al otro se la llama conyugalidad y los contrayentes se constituyen entonces en cónyuges: "esta comunión conyugal hunde sus raíces en el complemento natural que exige entre el hombre y la mujer y se alimenta mediante la voluntad personal de los esposos de compartir todo su proyecto de vida, lo que tienen y lo que son; por eso tal comunión es el fruto y el signo de una exigencia profundamente humana"[43].

Consideramos por lo expuesto que la unión convivencial o unión libre, no aporta la juridicidad necesaria para fundar una familia en sentido propio[44].

16. Análisis del Proyecto

Deslindadas las diferencias entre matrimonio y uniones de hecho corresponde analizar el articulado proyectado.

Dispone el Capítulo 1 Constitución y prueba, art. 509: *"Ámbito de aplicación. Las disposiciones de este Título se aplican a la unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que comparten un proyecto de vida común, sean del mismo o de diferente sexo".*

El art. 510 establece: "*Requisitos. El reconocimiento de los efectos jurídicos previstos por este título a las uniones convivenciales requiere que:*

41. Pontificio Consejo para la Familia, matrimonio y uniones de hecho, 26/7/2000.

42. Declaración del Consejo Permanente de la Conferencia Episcopal de Francia a propósito de la ley de Pacto Civil de Solidaridad del 17/9/1998.

43.64 Juan Pablo II, Discurso al Tribunal de la Rota Romana, 21/1/1999. Exhortación Apostólica Familiaris Consortio, n° 19.

44.65 Basset, Úrsula, Familia, uniones de hecho y reconocimiento de efectos jurídicos, LA LEY, 2009-C, 1244.

a) los dos integrantes sean mayores de edad;

b) no estén unidos por vínculos de parentesco en línea recta, ni colateral hasta el segundo grado, excepto, en este último caso, si lo son por afinidad;

c) no tengan impedimento de ligamen ni esté registrada otra convivencia de manera simultánea;

d) mantengan la convivencia durante un período no inferior a DOS (2) años".

La unión que la norma proyectada pretende amparar se aplica a la unión basada en relaciones afectivas que reúnan las siguientes condiciones:

a. carácter singular. Es decir en un solo varón y una sola mujer. O entre dos mujeres y dos varones.

b. Pública. Necesita su exteriorización sin ocultamientos.

c. Notoria Público y sabido por todos

d. Estable Debe tener continuidad.

e. Permanente. Es menester que tenga prolongación en el tiempo

f. Compartir un proyecto de vida en común. Requiere la norma intentada que los integrantes de esta unión irregular, tengan un plan de vida en común, aunque no brinda pautas acerca de que aspectos puede abarcar el mismo.

Por tanto podría versar sobre la mera relación entre las partes con exclusión de la procreación, o sobre el alcance de las relaciones sexuales entre ellos o sobre la administración o destino de los ingresos, entre otras.

g. Sexo indiferente Es indiferente que los convivientes sea de distinto o igual sexo.

Mayoría de edad

Los dos integrantes deben ser mayores de edad. Esto es haber cumplido 18 años (art. 128 CCiv. ref por ley 26.579).

Inexistencia de parentesco

Es menester que los convivientes no estén unidos por vínculos de parentesco en línea recta, ni colateral hasta el segundo grado, excepto, en este último caso, si lo son por afinidad.

Igualmente que no estén unidos por vínculos de parentesco por afinidad en línea recta (art. 510).

Ha pasado desapercibido que en el supuesto de las uniones convivenciales de dos mujeres, cuando estas se sometan a las técnicas de reproducción asistida, y atento que la norma proyectada dispone que no se genera vínculo jurídico alguno entre quien aportó el semen y el hijo (art. 575 del Proyecto) puede ocurrir, cuando cada una procrea bajo dicha técnica con el mismo aportador, que los dos hijos (parientes en la línea colateral según el régimen vigente) se unan entre si violando la normativa en análisis art. 403 inc. b). Dicho de otra manera dos hermanos unilaterales podrían contraer matrimonio entre sí.

Inexistencia de impedimento. Es necesario que no medie impedimento de ligamen.

Inexistencia registrada de otra convivencia de manera simultánea. Consecuente con lo antes expuesto, no se reconocerá la unión si uno de los convivientes o ambos tuvieren un concubinato simultáneo registrado.

Ello no impide que puedan mantenerse otras convivencias no registradas, ya sean de dos o más personas.

Por tanto una convivencia no registrada con otra persona, en principio no constituye un obstáculo para registrar una unión.

De tal manera se ampara la promiscuidad sexual y moral.

Convivencia durante un período no inferior a dos años. Ello se requiere para acreditar la estabilidad y el visu de permanencia.

Registración

El art. 511 del Proyecto regula la inscripción del concubinato disponiendo: "*Registración. La existencia de la unión convivencial, su extinción y los pactos que los integrantes de la pareja hayan celebrado, se inscriben en el registro que corresponda a la jurisdicción local, solo a los fines probatorios.*

"No procede una nueva inscripción de una unión convivencial sin la previa cancelación de la preexistente".

Una primera pregunta se impone. Si los convivientes han convenido vivir bajo esta modalidad, abrazando una unión libre, fuera de toda institucionalización de la misma, esto es, desestimando el matrimonio, colocándose al margen de todos los deberes y derechos que este impone, que razón existe para subrogarse a su decisión autónoma y exigirle la registración de su unión?

Según el art. 511 del Proyecto la inscripción es a los fines probatorios.

No obstante el art. 512 dispone: "*Prueba de la unión convivencial. La unión convivencial puede acreditarse por cualquier medio de prueba; la inscripción en el Registro de uniones convivenciales es prueba suficiente de su existencia"*.

Es decir, la registración solo persigue posibilitar que los convivientes hagan constar desde el inicio su unión libre para acreditarla en el futuro ante eventuales conflictos.

Pero ante la inexistencia de registración se puede acreditar la unión por cualquier medio de prueba.

Así lo expresan en los Fundamentos: "Las convivencias que no se registran y que cumplen todos los requisitos mencionados pueden ser reconocidas como tales y generar los efectos jurídicos pertinentes a pesar de su falta de registración si prueban todos los recaudos por otros medios".

Los autores pretenden dejar a salvo los derechos y existentes y los creados.

También habrá de inscribirse la extinción de la unión convivencial. Pero guarda silencio la norma sobre la prueba de su extinción pues en el art. 512 solo admite cualquier medio de prueba para acreditar la existencia de la unión convivencial, no haciendo mención sobre la prueba de su conclusión.

De la prueba de la unión convivencial

El art. 512 del Proyecto dispone que: *"…La unión convivencial puede acreditarse por cualquier medio de prueba…".*

Se ha consagrado una total amplitud para probar la existencia de esta unión, posibilitando, como veremos luego, que además se suscriban pactos sobre diversos ítems.

Asistencia

Dispone el art. 519 del proyecto que los convivientes se deben prestar asistencia, cuando dispone:"*Asistencia. Los convivientes se deben asistencia durante la convivencia".*

Se afirma en los fundamentos: "Tratándose de un derecho básico que se deriva del principio de solidaridad familiar, se dispone que los integrantes de la unión se deben mutuamente asistencia".

Concepto de asistencia

Diversos son los conceptos de la doctrina respecto del deber de asistencia, a la hora de tratar los efectos personales del matrimonio.

Así para Borda consiste en: "…prestarse mutua ayuda económica y espiritual, de asistirse en las dolencias y en la vejez, de sufrir y aceptar las situaciones derivadas de la pobreza o enfermedades de uno de los esposos; en suma de compartir alegrías y penas"[45].

45. Borda, Guillermo A., Tratado de Derecho Civil. Familia, t. 1, p. 201, 9ª edición, act. Perrot, Buenos Aires, 1993.

Zannoni al distinguir asistencia de alimentos, sostiene que la asistencia "…recoge –al igual que la fidelidad– una serie de presupuestos éticos que, sustancialmente, podrían sintetizarse en el concepto de solidaridad conyugal"[46].

Méndez Costa considera que el deber de asistencia nace del matrimonio "…porque es inexcusable en quien ha asumido voluntariamente el propósito de realizar una plena comunidad de vida apoyándose y participando en la tareas de lograrlo […]. Traduce el afecto entre los esposos y abarca la asistencia moral y la material económica"[47].

Por su parte Mazzinghi, considera que el contenido de la asistencia "consiste en observar recíprocamente la conducta propia de dos personas que se aman"[48].

Pasaremos a establecer a nuestro juicio cuál es el alcance del deber de asistencia en el matrimonio.

Para ello nos remontaremos a uno de los fines del matrimonio, el bien de los cónyuges, que tiene como base la complementariedad mutua, tanto biológica, psicológica, como sexual, de modo tal que el uno está ordenado a la otra para complementarse, el varón en la mujer y la mujer en el varón, en orden al bien personal recíproco de los esposos y a conformar la comunidad plena de vida y amor.

En el matrimonio se desarrolla de una manera especialísima la naturaleza del yo de la persona, pues no se limita a coexistir con el otro, sino que el yo existe para el tú.

Esa donación recíproca produce la integración estática de los cónyuges y su unidad jurídica.

Ahora bien, la integración estática de los cónyuges origina, como consecuencia necesaria, la integración dinámica de sus personas.

La asistencia es por tanto la expresa manifestación de la unión existencial dinámica de los cónyuges que debe estar presidida por relaciones de justicia y amor.

La asistencia abarca todos los comportamientos particulares de los cónyuges, sirve para concretar en su faz dinámica esa integración recíproca, y discurre no únicamente en el orden material de las necesidades del hogar, o en las enfermedades o en la vejez, sino en todos los órdenes de la vida y desde el mismo momento del inicio del matrimonio.

Ella es el elemento motor del *mutuum auditorium* y está constituida por el conjunto de comportamientos, gestos, actitudes y ayudas, como así por la satisfacción de las necesidades recíprocas de los esposos y que cada uno va captando en forma natural en el decurso de la vida cotidiana y fluyen también de los diálogos que integran la relación de los cónyuges.

La asistencia enriquece la justicia al reconocer en cada uno al titular de un mío o de un tuyo y en cuanto al amor enriquece la donación mutua, porque quien ama se entrega a la persona amada, y la persona amada hace lo propio con la persona amante.

La asistencia tiende pues a fortalecer lo que hemos llamado "nuestro", y debe apuntar también a que los proyectos, tanto en el campo del amor, de la profesión y del trabajo, se ordenen al mutuo perfeccionamiento.

Permitirá, cuando se cumpla acabadamente, que los cónyuges alcancen la felicidad, al encontrarse cada uno satisfecho de lo que ha hecho respecto del otro, tanto en su persona, en su vida, en sus afectos, y en su profesión o en su trabajo.

Ayuda a los cónyuges a alcanzar su destino personal, terreno y trascendente.

Ella se manifiesta en múltiples aspectos de la vida conyugal, algunos de los cuales vamos a señalar.

a) *Respeto mutuo.* El trato conyugal, debe estar presidido por la consideración de la persona del otro como un bien preciado. Impone el trato recíproco respetando la igual dignidad que dada uno tiene.

Ese respeto debe existir no solo en la relación frente a terceros, sino en todos los órdenes del diario convivir.

46. Zannoni Eduardo Derecho Civil. Familia t I n° 285 n 363.,

47. Méndez Costa, María Josefa; D'Antonio, Daniel H., Derecho de Familia, t. II.

48. Mazzinghi, Jorge A., Derecho de Familia, t. II, n° 230, p. 109.

Se pone de manifiesto tanto en los pequeños gestos de cortesía, hasta en los grandes acontecimientos del matrimonio.

"No eres su amo, escribía san Ambrosio, sino su marido; no te ha sido dada como esclava, sino como mujer […] Devuélvele sus atenciones hacia ti y sé con ella agradecido por su amor"[49].

Con similar argumento podemos hoy decir a la esposa, no te ha sido dado como esclavo, sino como esposo. Devuélvele sus atenciones hacia ti y sé con él agradecida por su amor.

b) *Solidaridad.* La asistencia importa solidaridad entre los esposos.

Hemos definido el matrimonio como consorcio de toda la vida, lo que supone compartir la misma suerte, afrontar juntos los distintos momentos de la vida conyugal, tanto en las alegrías como en los momentos de tristezas[50].

El carácter totalizante de la vocación matrimonial, supone estar en todos los momentos.

La actitud solidaria en cuanto manifestación de la dialéctica del amor importa renunciamientos, compartir, "estar con", ayudar, alegrarse con las alegrías del otro, elevar al cónyuge en la consideración de los demás.

c) *Lozanía del amor.* Asistencia es mantener en todo tiempo la lozanía del amor, evitando la rutina, el envejecimiento de la relación, el abandono, descuido, pérdida de la frescura y espontaneidad de la relación.

El amor peligra ante la rutina, el mejor remedio es su lozanía, que se logra con pequeños gestos, presentes, arreglos, regalos etc., que traduzcan la subsistencia de esa espiritualidad que los vinculó, ese encantamiento que los enamoró, que manifieste que ese amor está vivo.

Sentado ello, es innegable que el deber de asistencia es imposible imponerlo a los convivientes, pues ellos han optado por dicha unión para no asumir responsabilidades de ninguna índole y menos de este tipo.

Por otra parte el deber de asistencia es típicamente un deber de los esposos y consecuentemente supone el matrimonio.

En efecto la asistencia parte del carácter consorcial del matrimonio y es expresión dinámica de la complementariedad y mutuo perfeccionamiento de los esposos.

A partir del consentimiento matrimonial nace la asistencia oportunidad en que comienzan a complementarse y a completarse recíprocamente.

Ninguna de estas exigencias se reúnen para imponerle, como lo hace el proyecto, el deber de asistencia a los convivientes.

No obstante, la ideología que preside esta reforma en lo relacionado con el Derecho de Familia, en su decisión de asimilar la unión convivencial al matrimonio, no ha trepidado en alterar la naturaleza de ambos para intentar lograr su objetivo.

Alimentos entre convivientes

Hemos sostenido que a luz del Código Civil entre los convivientes no existe ningún título exigitivo que los habilite para requerir alimentos porque, además no son parientes entre sí.

Por tanto y en razón de que no se encuentran comprendidos entre los que pueden solicitar alimentos (arts. 367 y ss., 207 a 209 y 231, CCiv.) no es procedente ninguna acción en su procura[51].

Plantea Zannoni si los alimentos que durante la convivencia fueron prestados voluntariamente corresponde prestarlos como una obligación natural con los alcances del art. 515, CCiv.

En primer término, para responder correctamente a la cuestión, es menester determinar cuál es la naturaleza jurídica de la obligación natural.

49. San Ambrosio, Hexamerón, V, 19.
50. Perrino, Jorge Oscar, Derecho de Familia, t. I, n° 125, p. 182, 2ª edición, 2011, Abeledo-Perrot.
51. Perrino, Jorge Oscar, Derecho de Familia, t. I, n° 204, p. 335, 2ª edición, 2011, Abeledo-Perrot.

Coincidiendo con Salvat y Galli estimamos que no hay una diferencia sustancial de naturaleza entre las obligaciones naturales y las civiles, pues en unas y otras existe un vínculo jurídico, solo que en las naturales tiene menos eficacia, pues no genera acción para obligar a su cumplimiento, constituyéndose como una suerte de obligación civil imperfecta[52].

El art. 515, CCiv., avala lo antes expuesto, pues en todos los casos que contempla siempre existe una promesa o un compromiso pero que tiene que ser lícito, determinado y posible, lo que motiva al deudor a sentirse obligado, no obstante que el acreedor carezca de la acción pertinente para su exigibilidad.

Si bien otra parte de la doctrina considera que la obligación natural está basada en un deber de consciencia moral, no es menos cierto que en cualquier obligación civil existe un deber de consciencia al que se le atribuyen efectos jurídicos[53].

Ahora bien, a nuestro juicio, los alimentos entre concubinos no constituyen una obligación natural, sino a lo sumo un deber de solidaridad propio de cualquier tipo de relación entre las personas.

Éste parece ser el criterio que se ha adoptado por la legislación al reconocérsele ciertos beneficios al concubino supérstite, tal el caso del art. 248, ley 20.744, t.o. ley 21.297 que confiere a la concubina el derecho a percibir indemnización por muerte si hubiere vivido públicamente con el mismo, en aparente matrimonio durante un mínimo de dos años anteriores al fallecimiento. Igual beneficio se confiere cuando se tratare de un trabajador casado y la concubina hubiese vivido con el mismo durante los años anteriores al fallecimiento, cuando el trabajador estuviere divorciado o separado de hecho de su esposa por culpa exclusiva de esta o de ambos.

A nuestro juicio la misma puede justificarse a lo sumo en la solidaridad propia de cualquier tipo de relación entre las personas, pero en manera alguna fundada en el concubinato, pues este no genera título exigitivo alguno del deber alimentario recíproco.

El derecho alimentario entre parientes es regulado en el art. 537 del Proyecto, no figurando allí los convivientes por no reunir el carácter de parientes.

Tampoco están amparados por el 432 del Proyecto, por no revestir la calidad de cónyuges.

No puede alegarse que la contribución impuesta para solventar los gastos domésticos tiene carácter alimentario, pues si bien la obligación de alimentos y la contribución a las cargas hogareñas se confunden durante la convivencia, son jurídicamente distintas[54].

Pactos de convivencia. El art. 513.dispone: "*Autonomía de la voluntad de los convivientes. Las disposiciones de este título son aplicables excepto pacto en contrario de los convivientes. Este pacto debe ser hecho por escritura o ante el oficial del registro previsto en el artículo 511 (registración), procediéndose a su inscripción, y no puede dejar sin efecto lo dispuesto en los artículos 519 (alimentos) 521 (responsabilidad por deudas) y 522 (protección de la vivienda) de este Título*.

Formalidades del pacto. El pacto debe celebrarse por escritura pública o ante el oficial del Registro de las uniones convivenciales.

Luce como una utopía que quien apostata del matrimonio, para relevarse de toda formalidad, o quien se une de hecho por otras razones, concurra ante un escribano para celebrar un pacto de convivencia o lo haga ante el jefe del Registro de convivencias.

Se legisla para un minúsculo grupo que puede utilizar con fines meramente especulativos estos pactos.

Realmente en lugar de alentar y propiciar que esa convivencia se institucionalice mediante el matrimonio, se recurre a una solución contraria documentado la unión marginal.

52. Salvat, Raymundo M.; Galli, Enrique, Derecho Civil Argentino. Obligaciones, n° 273, TEA, Buenos Aires, 1952.

53. Colmo, Alfredo, De las Obligaciones en General, n° 78, Menéndez, Buenos Aires, 1920.

54. Labrusse-Riou, "Droit de la familie; Les personnes", p. 231, Ed. Masson, París 1984. Grosman, Cecilia; Martínez Alcorta, Irene, Alimentos entre cónyuges durante la convivencia. Ley 23.515, LA LEY, 1988-E, 1066.

Contenido del pacto de convivencia

Prescribe el art. 514 del proyecto: "*Contenido del pacto de convivencia. Los pactos de convivencia pueden regular, entre otras cuestiones:*

a) la contribución a las cargas del hogar durante la vida en común;
b) la atribución del hogar común, en caso de ruptura;
c) la división de los bienes obtenidos por el esfuerzo común, en caso de ruptura de la convivencia.

A su vez el art. 515 dispone: "Límites. Los pactos de convivencia no pueden ser contrarios al orden público, ni al principio de igualdad de los convivientes, ni afectar los derechos fundamentales de cualquiera de los integrantes de la unión convivencial".

Los pactos pueden ser modificados y rescindidos por acuerdo de ambos convivientes.

El cese de la convivencia pone fin de pleno derecho hacia el futuro a dichos pactos.

Se dispone que los pactos, su modificación y rescisión sean oponibles a los terceros desde su inscripción en el registro previsto en el artículo 511 y en los registros que correspondan a los bienes incluidos en estos pactos.

Ello permite inferir a *contrario sensu* que no son oponibles a terceros de no mediar la pertinente inscripción registral.

De igual manera los efectos extintivos del cese de la convivencia son oponibles a terceros desde que se inscribió en esos registros cualquier instrumento que constate la ruptura.

En cuanto a las relaciones patrimoniales entre los integrantes de la unión, prescribe el proyecto que se regirán por lo estipulado en el pacto de convivencia.

Si no se han suscriptos pactos cada integrante de la pareja ejerce libremente las facultades de administración y disposición de los bienes de su titularidad, con la restricción regulada para la protección de la vivienda familiar y de los muebles indispensables que se encuentren en ella (art. 518).

Impone a los convivientes, como hemos dicho, la obligación de contribuir a los gastos domésticos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 455 para los cónyuges.

El art 455 regula el deber de contribución disponiendo: **"***Los cónyuges deben contribuir a su propio sostenimiento, el del hogar y el de los hijos comunes, en proporción a sus recursos. Esta obligación se extiende a las necesidades de los hijos incapaces o con discapacidad de uno de los cónyuges que conviven con ellos".*

"El cónyuge que no da cumplimiento a esta obligación puede ser
demandado judicialmente por el otro para que lo haga".

También se ocupa el art. 521 del Proyecto de la responsabilidad por las deudas frente a terceros cuando hace a los convivientes solidariamente responsables por las deudas que uno de ellos hubiera contraído con terceros de conformidad con lo dispuesto en el artículo 461 que regula la responsabilidad de los cónyuges.

El citado art. 461 consagra la responsabilidad solidaria de los esposos cuando establece: "*Los cónyuges responden solidariamente por las obligaciones contraídas por uno de ellos para solventar las necesidades ordinarias del hogar o el sostenimiento y la educación de los hijos comunes".*

"*Fuera de esos casos, y excepto disposición en contrario del régimen matrimonial, ninguno de los cónyuges responde por las obligaciones del otro".*

Tal como lo señalamos con anterioridad la asimilación entre *la* unión convivencial y el matrimonio se pone claramente de manifiesto en las normas antes citadas que remiten al régimen de este último.

El art. 522 regula la protección de la vivienda familiar de los convivientes, cuando dispone: "*Ninguno de los convivientes puede, sin el asentimiento del otro, disponer de los derechos sobre la vivienda familiar, ni de los muebles indispensables de esta, ni transportarlos fuera de la vivienda. El juez puede autorizar la disposición del bien si fuera prescindible y el interés familiar no resulta comprometido.*

"Si no media esa autorización, el que no ha dado su asentimiento puede demandar la nulidad del acto dentro del plazo de caducidad de seis meses de haberlo conocido, y siempre que continuase la convivencia.

"La vivienda familiar no puede ser ejecutada por deudas contraídas después del inicio de la unión convivencial, excepto que hayan sido contraídas por ambos convivientes o por uno de ellos con el asentimiento del otro".

Esta norma reproduce casi textualmente el art. 456 que dispone que actos requieren el asentimiento, en el régimen patrimonial del matrimonio y dice: "*Ninguno de los cónyuges puede, sin el asentimiento del otro, disponer de los derechos sobre la vivienda familiar, ni de los muebles indispensables de esta, ni transportarlos fuera de ella.*

"El que no ha dado su asentimiento puede demandar la anulación del acto o la restitución de los muebles dentro del plazo de caducidad de seis meses de haberlo conocido, pero no más allá de seis meses de la extinción del régimen matrimonial.

"La vivienda familiar no puede ser ejecutada por deudas contraídas después de la celebración del matrimonio, excepto que lo hayan sido por ambos cónyuges conjuntamente o por uno de ellos con el asentimiento del otro".

Reiteramos la asimilación indudable entre matrimonio y unión convivencial.

La preservación de la vivienda familiar y la imposibilidad de ser esta ejecutada por deudas contraídas después del inicio de la unión convivencial, salvo que hayan sido contraídas por ambos convivientes o por uno de ellos con el asentimiento del otro, perjudica al acreedor de buena fe, que no podrá, en el caso de incumpliendo del pago, dirigir la ejecución sobre dicho bien.

Ello es así, salvo que se pretenda que antes de contratar, el futuro acreedor deba requerir informe al registro respectivo acerca de si obra inscripta una unión convivencial del futuro deudor.

Cese de la convivencia. Luego se regula el cese de la convivencia estableciéndose las siguientes causales:

a) por la muerte de uno de los convivientes;

b) por la sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento de uno de los convivientes;

Este inciso es consecuente con el art. 435 que aborda las causas de disolución del matrimonio y dispone que constituye una de ellas, la sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento.

c) por matrimonio o nueva unión convivencial de uno de sus miembros;

d) por el matrimonio de los convivientes;

e) por mutuo acuerdo;

f) por voluntad unilateral de alguno de los convivientes notificada fehacientemente al otro;

g) por el cese durante un período superior a un año de la convivencia mantenida. La interrupción de la convivencia no implica su cese si obedece a motivos laborales u otros similares, siempre que permanezca la voluntad de vida en común.

Fijación de una compensación económica

El art. 524 proyectado prescribe: "*Compensación económica. Cesada la convivencia, el conviviente que sufre un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación económica con causa adecuada en la convivencia y su ruptura, tiene derecho a una compensación. esta puede consistir en una prestación única o en una renta por un tiempo determinado que no puede ser mayor a la duración de la unión convivencial.*

Puede pagarse con dinero, con el usufructo de determinados bienes o de cualquier otro modo que acuerden las partes o en su defecto decida el juez.

Art. 525. "*Fijación judicial de la compensación económica. Caducidad.*

"El juez determina la procedencia y el monto de la compensación económica sobre la base de diversas circunstancias, entre otras:

"a) el estado patrimonial de cada uno de los convivientes al inicio y a la finalización de la unión;

"b) la dedicación que cada conviviente brindó a la familia y a la crianza y educación de los hijos y la que debe prestar con posterioridad al cese;

"c) la edad y el estado de salud de los convivientes y de los hijos;

"d) la capacitación laboral y la posibilidad de acceder a un empleo del conviviente que solicita la compensación económica;

"e) la colaboración prestada a las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro conviviente;

"f) la atribución de la vivienda familiar.

"La acción para reclamar la compensación económica caduca a los seis meses de haberse producido cualquiera de las causas de finalización de la convivencia enumeradas en artículo 523.

En los fundamentos se expresa al respecto: "Se extiende a las parejas convivientes la posibilidad de que el integrante que sufre un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación por causa de la convivencia y su ruptura sea compensado, de modo similar al supuesto del divorcio".

El carácter extensivo al que hacen mención los fundamentos surge claramente cuando se compara la norma proyectada con la obrante para el matrimonio.

Esta última dispone: *"Compensación económica. El cónyuge a quien el divorcio produce un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación y que tiene por causa adecuada el vínculo matrimonial y su ruptura, tiene derecho a una compensación.*

"Esta puede consistir en una prestación única, en una renta por tiempo determinado o, excepcionalmente por plazo indeterminado.

"Puede pagarse con dinero, con el usufructo de determinados bienes o de cualquier otro modo que acuerden las partes o decida el juez.

Asimismo prescribe en el artículo siguiente: "*Fijación judicial de la compensación económica. A falta de acuerdo de los cónyuges en el convenio regulador, el juez debe determinar la procedencia y el monto de la compensación económica sobre la base de diversas circunstancias, entre otras:*

a) el estado patrimonial de cada uno de los cónyuges al inicio y a la finalización de la vida matrimonial;

b) la dedicación que cada cónyuge brindó a la familia y a la crianza y educación de los hijos durante la convivencia y la que debe prestar con posterioridad al divorcio;

c) la edad y el estado de salud de los cónyuges y de los hijos;

d) la capacitación laboral y la posibilidad de acceder a un empleo del cónyuge que solicita la compensación económica;

e) la colaboración prestada a las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge;

f) la atribución de la vivienda familiar, y si recae sobre un bien ganancial, un bien propio, o un inmueble arrendado. En este último caso, quién abona el canon locativo.

La acción para reclamar la compensación económica caduca a los seis meses de haberse dictado la sentencia de divorcio".

Atribución de vivienda

Se regula también sobre similares fundamentos a los del régimen del matrimonio la atribución de vivienda, prescribiendo el art. 526: "*Atribución del uso de la vivienda familiar. El uso del inmueble que fue sede de la unión convivencial puede ser atribuido a uno de los convivientes en los siguientes supuestos:*

a) si tiene a su cargo el cuidado de hijos menores de edad, con capacidad restringida, o con discapacidad;

b) si acredita la extrema necesidad de una vivienda y la imposibilidad de procurársela en forma inmediata.

El juez debe fijar el plazo de la atribución. El plazo no puede ser mayor al que hubiera durado la convivencia, con un máximo de DOS (2) años a contar desde que se produjo el cese de la con-

vivencia, conforme a lo dispuesto en el artículo 523. A petición de parte interesada, el juez puede establecer: una renta compensatoria por el uso del inmueble a favor del conviviente a quien no se atribuye la vivienda; que el inmueble no sea enajenado durante el plazo previsto sin el acuerdo expreso de ambos; que el inmueble en condominio de los convivientes no sea partido ni liquidado. La decisión produce efectos frente a terceros a partir de su inscripción registral. Si se trata de un inmueble alquilado, el conviviente no locatario tiene derecho a continuar en la locación hasta el vencimiento del contrato, manteniéndose el obligado al pago y las garantías que primitivamente se constituyeron en el contrato. El derecho de atribución cesa en los mismos supuestos previstos en el artículo 445".

En el supuesto de muerte se establece: *"Artículo 527.- Atribución de la vivienda en caso de muerte de uno de los convivientes. El conviviente supérstite que carece de vivienda propia habitable o de bienes suficientes que aseguren el acceso a esta, puede invocar el derecho real de habitación gratuito por un plazo máximo de dos años sobre el inmueble de propiedad del causante que constituyó el último hogar familiar y que a la apertura de la sucesión no se encontraba en condominio con otras personas.*

"Este derecho es inoponible a los acreedores del causante.

"Se extingue si el conviviente supérstite constituye una nueva unión convivencial, contrae matrimonio, o adquiere una vivienda propia habitable o bienes suficientes para acceder a esta".

Cabe señalar que cuando se regula la atribución de vivienda en el matrimonio se lee: *"Atribución del uso de la vivienda familiar. Pautas. Uno de los cónyuges puede pedir la atribución de la vivienda familiar, sea el inmueble propio de cualquiera de los cónyuges o ganancial. El juez determina la procedencia, el plazo de duración y efectos del derecho sobre la base de las siguientes pautas, entre otras:*

"a) la persona a quien se atribuyó el cuidado de los hijos;

"b) la persona que esté en situación económica más desventajosa para proveerse de una vivienda por sus propios medios;

"c) el estado de salud y edad de los cónyuges;

"d) los intereses de otras personas que integran el grupo familiar"(art. 443 Proyecto).

En el art. 444 luce: "*Efectos de la atribución del uso de la vivienda familiar. A petición de parte interesada, el juez puede establecer:*

"a) que el inmueble ganancial o propio en condominio de los cónyuges no sea partido ni liquidado; esta decisión produce efectos frente a terceros a partir de su inscripción registral.

"b) una renta compensatoria por el uso del inmueble a favor del cónyuge a quien no se atribuyó la vivienda.

Por último el art. 445 dice: "*Cese. El derecho de atribución del uso de la vivienda familiar cesa:*

"a) por cumplimiento del plazo fijado por el juez;

"b) por cambio de las circunstancias que se tuvieron en cuenta para su fijación;

"c) por las mismas causas de indignidad previstas en materia sucesoria".

Distribución de los bienes

Expresan los Fundamentos: "Ante la inexistencia de pacto y a modo de régimen legal supletorio, en el proyecto se establece que los bienes adquiridos durante la convivencia se mantienen en el patrimonio al que ingresaron, sin perjuicio que por aplicación de los principios generales del derecho civil (por ej., el enriquecimiento sin causa, etc.) uno de los convivientes pueda solicitar después del cese de la unión, derechos sobre los bienes adquiridos durante la convivencia. De esta manera, el proyecto reconoce y habilita de manera expresa, solicitudes en materia patrimonial que ya la jurisprudencia nacional ha admitido en ciertas oportunidades y bajo determinadas circunstancias.

Así el art. 528 establece: "*Distribución de los bienes. A falta de pacto, los bienes adquiridos durante la convivencia se mantienen en el patrimonio al que ingresaron, sin perjuicio de la aplicación de los principios generales relativos al enriquecimiento sin causa, la interposición de personas y otros que puedan corresponder"*.

17. Conclusiones

Del análisis del pretendido nuevo texto proyectado, y no obstante que se expresa en los fundamentos que se admiten dos formas de organización familiar diferenciadas (la matrimonial y la convivencial), surge en forma clara que antes bien se ha asimilado la unión convivencial al matrimonio pese a ser la primera ontológicamente, una institución natural constituida legalmente y la otra una unión de hecho libre.

Es innegable la libertad de casarse o no casarse. Es decir la libertad para constituir una unión libre.

Pero su pretendida regulación no debe realizarse en el marco del Derecho de Familia, sino en el del Derecho de la Persona, sin que la institución de referencia sea el matrimonio, con el que nada tiene de semejante como lo hemos demostrado.

El conceder determinados efectos a las mismas es harto cuestionable, pero lo más grave es el vehículo jurídico mediante el cual se han conferido dichos efectos en el Proyecto.

En efecto, se ha creado una de "institución sombra" (shadow institution).

Su regulación, sumada a la desregulación del matrimonio, permite concluir que se pretende, bajo otro nombre, "unión convivencial", instaurar una especie de matrimonio de segunda clase, con una registración a los efectos probatorios, pactos de convivencia, deber de asistencia y ciertas consecuencias patrimoniales, que lejos están de resolver la cuestión, antes bien crea una mayor confusión y atentan contra la libertad de los convivientes.

Es menester revisar lo proyectado pues, como sostuviera el maestro Augusto M. Morello "… es deber del Estado custodiarlo (al matrimonio) y sumar políticas activas (art. 75, inc. 19 y 23) para preservar su propia fortaleza, idea racionalmente asumida por la mayoría de nuestro pueblo a interiorizada por su larga e insustituible enseñanza moral[55].

55. **Morello, Augusto M.,** Desvirtuación del matrimonio, LA LEY, 2005-D, 1471.

PARENTESCO. CONSIDERACIONES GENERALES

Úrsula C. Basset

Los lineamientos regulatorios del parentesco no resultan claros; las causas fuentes del estado de familia son pendulares y en algún punto, arbitrarias. El Art. 529 del Código Civil regula el parentesco como el vínculo jurídico existente entre personas en razón de la naturaleza, las técnicas de reproducción humana asistida, la adopción y la afinidad (versión del 12.04.2012).

Del examen de cada una de estas causas-fuentes, en su regulación específica, parece haberse potenciado como causa-fuente de parentesco la voluntad arbitraria (como causa única, sin escrutinio de idoneidad del que pretende el vínculo). No obstante: esa prevalencia de la voluntad arbitraria de los adultos no se aplica cuando el parentesco es causado por adopción. En ese caso, predomina más bien una tendencia biologista. La relevancia del elemento biológico vuelve a diluirse en las presunciones matrimoniales. Allí la causa del estado de familia es una presunción dogmática que puede estar totalmente divorciada de la realidad biológica (el caso de las parejas de personas del mismo sexo). En ese caso, la causa fuente del estado de familia sería el matrimonio. Reviven así las presunciones de paternidad con un vigor que solo puede encontrarse en estratos antiguos y paternalistas del derecho. Se trata de un orden público beneficiario de adultos. Análogamente, en el caso de fecundación *in vitro*.

El derecho subjetivo de los niños a contestar su estado de familia también es pendular. Mientras la adopción sigue siendo un instituto de última razón y se menoscaban los supuestos en que procede la adopción plena, promoviendo así una estabilidad del vínculo con la familia biológica; en los casos de filiación matrimonial se facilita la contestación del estado ampliando plazos y legitimaciones. El niño, si bien estaría en mejor situación para contestar una filiación biológica presumida visiblemente ficticia (el caso de dos personas del mismo sexo que pretenden ser progenitores de un niño); también vería fragilizada filiaciones con posesión de estado comprobado por varios años, aun cuando el niño no pretenda contestar su estado. Finalmente, si el niño tiene la desgracia de haber sido concebido por fecundación *in vitro*, no tendrá acceso a ninguna acción: todas las acciones le son sistemáticamente denegadas.

No queda claro si los nexos surgidos entre los unidos en una convivencia después de dos años generan o no parentesco, por lo cual no se sabe si existe o no lazo alguno que obligue respecto de los parientes de él o la conviviente. Ciertamente no se trata del parentesco por afinidad, ya que este, según el Proyecto tiene causa exclusivamente en el matrimonio (Art. 536: "es el que existe entre la persona casada y los parientes de su cónyuge").

Como puede advertirse, desde el punto de vista teórico, el parentesco y la regulación del estado de familia es un rompecabezas heterogéneo.

A grandes rasgos, este rompecabezas favorece empero a los adultos homosexuales. Digamos que está diseñado a medida de los reclamos de las parejas de personas del mismo sexo que desean tener hijos propios. De este modo, lejos de ser paidocéntrica, la nueva regulación del estado de familia se ha vuelto homonormativa (hecha a medida según la modalidad relacional homosexual y lésbica), y

no acorde a la modalidad relacional heterosexual. Se trata de otro movimiento pendular del Proyecto. De la heteronormatividad, el derecho había comenzado a hacer creciente lugar al paidocentrismo, del paidocentrismo a menos de dos años de la ley 26.618 se promueve un modelo de matrimonio y familia netamente homocéntricos (centrados en el modelo de las relaciones homosexuales y lésbicas, y diseñado para responder a sus necesidades, reclamos e inquietudes). De esta forma, por "igualar" formalmente, se desiguala en la realidad, dejando desprotegidos vastos colectivos sociales: no solo las parejas heterosexuales, sino sobre todo, los derechos de los niños.

El parentesco elástico para la adopción no parece respetar el principio de igualdad de las filiaciones ante la ley. El Art. 535 in fine dispone: "En ambos casos (de parentesco por adopción simple y plena) el parentesco se crea con los límites determinados por este Código y la decisión judicial que dispone la adopción." Eso da a entender que la extensión del parentesco en la adopción podría ser variable en cada caso, lo que da por tierra con el principio constitucional de igualdad de las filiaciones.

En la regulación de los alimentos se advierten algunas regulaciones espasmódicas, que a nuestro modo de ver responden a la confusión que impera en materia de parentesco. No es razonable disponer que para todos los casos de alimentos la extensión de los mismos incluya el esparcimiento y la educación. El Art. 541 del Cód. proyectado dispone que ambos rubros estarán incluidos. La situación genera injusticias, porque el criterio de alimentos a parientes estuvo históricamente regido por el criterio de que se cubren tan solo las necesidades imprescindibles de orden material[1]. Es verdad que este criterio fue materia de discusión doctrinaria y jurisprudencial, y la incorporación de los rubros de educación y esparcimiento ya estaban presentes en el proyecto de 1998. De todas formas, de mantenerse este criterio, sería contradictorio con el principio de subsidiariedad que preside dichas obligaciones alimentarias. Por otra parte, el derecho no demostraría la diferencia entre los alimentos a los hijos y los debidos a parientes, lo cual, desde el punto de vista teórico, parece ser un error.

En cuanto a la modalidad de pago, no parece razonable impedir a las partes que convengan libremente la modalidad de pago. El Art. 542 establece que el pago se hace en dinero, salvo que el obligado justifique motivos suficientes. Pero, ¿y si es el alimentado el que prefiere que le paguen en especie?

En cuanto a la actualización del dinero adeudado, sería sumamente trascendente asentar en algún artículo que la obligación alimentaria es de valor y que consolidada la deuda genera intereses.

Sería igualmente conveniente que se incorporara alguna sanción a la mala fe del deudor alimentario.

Respecto del régimen de visitas, nuevamente se proyecta el caos en materia de estado de familia. El régimen de visitas a aquellos quien justifique un "interés afectivo legítimo" (Art. 556) nos parece abusivo para el pariente que tiene a su cuidado al enfermo. A la larga impactará en la solidaridad familiar.

El que exista "interesados" con derecho de visitas pero sin el correlato de obligaciones viola el principio de congruencia.

El "interés afectivo legítimo" es evanescente y justifica un número tan amplio de casos, que genera inseguridad jurídica. El afecto, decimos nuevamente, no es un estándar jurídico válido. Podría justificar que personas que tienen rivalidad manifiesta con quien ejerce el cuidado del enfermo invoquen el derecho de visita, aun cuando el vínculo con el enfermo sea feble (adviértase que no se exige siquiera una proximidad vincular sino un mero interés vago de índole afectiva).

En definitiva, respecto del parentesco, consideramos que **existen imprecisiones** en materia de estado de familia que se proyectan en numerosas instituciones al punto de violar el principio de igualdad. En materia de alimentos y régimen de visitas, estas imprecisiones ocasionarán litigiosida-

1. BELLUSCIO, Claudio, *Prestación alimentaria,* Eudeba, Buenos Aires, 2006, p. 483.

des e injusticias. La extensión alimentaria respecto de parientes no es consistente con la debida a los hijos menores, que la modalidad de pago debería poderse pactar entre alimentante y alimentado, que debería establecerse que la obligación alimentaria es de valor, para zanjar estériles discusiones, y que el interés afectivo legítimo en materia de derecho de visitas a parientes es un estándar conflictivo que generará nueva litigiosidad.

PARENTESCO. ALIMENTOS. PRIMERA APROXIMACIÓN[1].

Claudio Belluscio

Ante todo, cabe señalar que, en esta materia, encontramos profundas reformas en comparación con la normativa actual.

En este Proyecto, son modificados sustancialmente los alimentos entre cónyuges, entre parientes y los debidos a los menores de edad.

Además, tanto para la ruptura de las uniones matrimoniales, como para las convivenciales (como denomina este Proyecto a las uniones de hecho), se incorpora una prestación pecuniaria-asistencial, que se encuentra regulada en varias legislaciones extranjeras y que viene a reemplazar –en determinadas circunstancias– a los alimentos: la compensación económica.

De todo ello, nos ocuparemos en los párrafos subsiguientes, al efectuar una primera aproximación y análisis del Proyecto precitado, en lo que a los alimentos se refiere.

1) Alimentos entre cónyuges

i) Durante la convivencia y la separación de hecho

Los primeros alimentos que trata este Proyecto, son los que se deben los cónyuges entre sí.

De los arts. 431 y 432 del Proyecto que venimos comentando, se desprende que los cónyuges se deben asistencia y alimentos (excluyendo explícitamente el deber de fidelidad en la unión matrimonial, a diferencia de nuestra actual legislación).

En materia de alimentos, específicamente, el primer párrafo del art. 432 dice que "los cónyuges se deben alimentos entre sí durante la convivencia y la separación de hecho. Con posterioridad al divorcio, la prestación alimentaria solo se debe en los supuestos previstos en este Código o por convención de las partes".

El texto transcripto, reconoce explícitamente, tanto la obligación alimentaria durante la convivencia como durante la separación de hecho.

Reconocer legalmente que los cónyuges se deben alimentos en esas circunstancias, es un avance positivo en esta materia.

En cuanto a los alimentos debidos durante la convivencia matrimonial, si bien ello se desprendía del art. 198 del Cód. Civil, es preferible que se lo exprese de forma explícita, tal como lo hace el Proyecto que venimos comentando.

1. Esta sección debemos agradecerla al permiso de Claudio Belluscio y a la Editorial El Derecho, Legislación Argentina, que permite su incorporación.

En cuanto a la prestación alimentaria que puede reclamarse durante la separación de hecho, se dudaba de tal posibilidad, en el entendimiento que ello no estaba contemplado en el Cód. Civil.

Sin embargo, jurisprudencia[2] y doctrina[3] posterior a la ley 23.515, no tenían reparos en reconocer el derecho a reclamar alimentos durante la separación de hecho.

Pero más allá de este reconocimiento, jurisprudencial y doctrinario, consideramos acertado que esté contemplado por el Proyecto, pues ello responde a la realidad actual.

Asimismo, esta primera parte del art. 432, expresa que con posterioridad al divorcio, solo se pueden reclamar alimentos en los supuestos previstos o por convenio entre partes.

Se limitan así, las posibilidades de que uno de los cónyuges reclame alimentos con posterioridad al divorcio, siendo solo viables las causales que enumera el art. 434.

El art. 433, enumera una serie de pautas para tener en cuenta para la cuantificación de la cuota alimentaria a fijarse, durante la convivencia o la separación de hecho.

ii) Con posterioridad al divorcio vincular.

1) Alimentos.

Cabe destacar que, al instaurar este Proyecto el divorcio incausado, desaparecen los alimentos entre cónyuges con posterioridad al divorcio para el inocente y para el culpable, porque no hay calificación de la culpabilidad en el divorcio.

En tanto, el art. 434 delimita la posibilidad de reclamar alimentos con posterioridad al divorcio.

Solo se permite tal petición:

"a) a favor de quien padece una enfermedad grave preexistente al divorcio que le impide autosustentarse. Si el alimentante fallece, la obligación se trasmite a sus herederos.

b) a favor de quien no tiene recursos propios suficientes ni posibilidad razonable de procurárselos. Se tienen en cuenta los incisos b), c) y e) del artículo anterior. La obligación no puede tener una duración superior al número de años que duró el matrimonio y no procede a favor del que recibe la compensación económica del artículo 441.

En los dos supuestos previstos en este artículo, la obligación cesa si: desaparece la causa que la motivó, o si la persona beneficiada contrae matrimonio o vive en unión convivencial, o cuando el alimentado incurre en alguna de las causales de indignidad.

Si el convenio regulador del divorcio se refiere a los alimentos, rigen las pautas convenidas".

Si bien, hubiéramos preferido que, una vez que cesó la causa fuente de los alimentos entre cónyuges (el matrimonio) a través del divorcio vincular, el derecho a solicitar los alimentos también cesara (y solo se pudiera reclamar lo que el Proyecto denomina "compensación económica"), observamos que los supuestos en que se pueden solicitar aquellos tras el divorcio vincular están realmente acotados.

La primera posibilidad de tal reclamo, es una adaptación del actual art. 208 del Cód. Civil y, suponemos, que se han tenido en consideración –para su implementación, en este Proyecto de reforma– los mismos motivos que cuando se incorporara aquella norma a ese Código, a través de la ley 23.515.

El segundo supuesto, tiene –en su primer párrafo– un resabio del actual art. 209 del Cód. Civil.

2. CNCiv., Sala A, 4/8/87, *LL*, 1989-A-716; ídem, íd., 15/11/96, *LL*, 1997-C-987 (caso 11.479); ídem, íd., 3/5/99, *ED*, 187-687; ídem, Sala B, 4/5/94, *LL*, 1995-D-38; ídem, Sala H, 11/8/97, *LL*, 1998-E-702 y *DJ*, 1998-1-870; CCiv. y Com. Morón, Sala 2ª, 15/6/95, *JA*, 1997-III-síntesis, sum. 6; CApel. Concepción del Uruguay, Sala Civ. y Com., 30/6/98, *LL*, 1999-C-801 (caso 13.990); CCiv., Com. y Laboral Rafaela , 4/4/01, *Zeus*, 88-473, Sec. Jurisprudencia.

3. Bossert, Gustavo A.: *Régimen jurídico de los alimentos*, 4ª reimpr., Ed. Astrea, Buenos Aires, 2000, p. 28.

Este supuesto, en nuestra opinión, posee menos justificación como fuente alimentaria, pues esa situación se podría haber remediado mediante la prestación compensatoria de que trata el art. 441 de este Proyecto. Sin embargo, resulta acertado que, dicha prestación alimentaria, sea limitada en el tiempo.

Para ambas causales de alimentos, con posterioridad al divorcio, el segundo párrafo del art. 434 de este Proyecto expresa que "la obligación cesa si: desaparece la causa que la motivó, o si la persona beneficiada contrae matrimonio o vive en unión convivencial, o cuando el alimentado incurre en alguna de las causales de indignidad"

En este párrafo del art. 434 del Proyecto, se reitera, en parte, lo que determina –en la actualidad– el art. 218 del Cód. Civil.

El último párrafo de este art. 434, dispone que "si el convenio regulador del divorcio se refiere a los alimentos, rigen las pautas convenidas".

Se plasma aquí, la postura que entiende que los convenios de alimentos entre cónyuges se encuentran en la órbita contractual, por lo cual estos alimentos se van a regir solo por lo convenido entre las partes.

En relación con la última parte de este art. 434, encontramos que el art. 440 decreta que "el juez puede exigir que el obligado otorgue garantías reales o personales como requisito para la aprobación del convenio".

Nos parece una medida adecuada, pues –de otra forma– quien suscribe un convenio de alimentos puede hacerlo sabiendo –de antemano– que no lo va a cumplir.

Pero, dicho esto, lo preceptuado en el art. 440 del Proyecto puede resultar muchas veces inaplicable en la práctica, como sucede –en la actualidad– cuando se pretende garantizar un convenio por alimentos (ya sea para el propio cónyuge o para los hijos menores de edad).

2) Compensación económica (prestación compensatoria)

El art. 441 del Proyecto, nos trae un instituto no conocido en nuestro derecho, aunque sí en varias legislaciones extranjeras: la prestación compensatoria o compensación económica (como la denomina este Proyecto).

Al respecto, las reformas legislativas en materia de Derecho de Familia que se han producido en Francia, Dinamarca, Gran Bretaña, Italia, España y Alemania han incorporado el instituto de la pensión compensatoria, aunque con distintas características[4]. También, Austria incorpora las prestaciones compensatorias a su legislación referida al matrimonio[5].

Asimismo, se introducen las pensiones compensatorias en la legislación de El Salvador, Quebec (Canadá) y, últimamente, en la de Chile.

También, se incorpora este instituto a varias de las autonomías regionales españolas, donde se lo aplica a las uniones matrimoniales, pero –sobre todo– a las uniones de hecho.

Dice este art. 441 del Proyecto: "Compensación económica. El cónyuge a quien el divorcio produce un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación y que tiene por causa adecuada el vínculo matrimonial y su ruptura, tiene derecho a una compensación. Esta puede consistir en una prestación única, en una renta por tiempo determinado o, excepcionalmente por plazo indeterminado. Puede pagarse con dinero, con el usufructo de determinados bienes o de cualquier otro modo que acuerden las partes o decida el juez".

Podemos decir –a rasgos generales– de este instituto (la prestación compensatoria, o "compensación económica" como la denomina el Proyecto), que se trata de una pensión de carácter pecuniaria

4. Fanzolato, Eduardo I.: *Prestaciones compensatorias y alimentos entre ex cónyuges*, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*: Alimentos, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2001, (2001-1), p. 20.

5. Scherman, Ida A.: *La reforma a la ley de matrimonio en Austria*, en *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, Ed. Lexis Nexis / Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2002, n° 20, pp. 147-149.

y asistencial –pero, no alimentaria– a favor de uno de los cónyuges, basada en el desequilibrio económico como consecuencia, y no a causa, del divorcio.

Tiene una finalidad compensatoria, de ahí el nombre por la que es conocida.

Es ajena a toda idea de culpabilidad y ofrece, más bien, los caracteres de una responsabilidad objetiva, estando la cuantía de esta prestación pecuniaria-asistencial sujeta a la discrecionalidad judicial sin tablas determinadas (aun, para aquellos países en que rigen baremos para la determinación judicial de la cuota alimentaria), dada la mutabilidad de circunstancias de cada matrimonio.

En definitiva, la llamada prestación compensatoria no constituye un efecto primigenio del divorcio, sino un efecto secundario, eventual, en cuanto a que su apreciación se da en unos casos y en otros no, según concurran en la concreta situación de los esposos los presupuestos de hecho previstos en la norma.

La prestación compensatoria o compensación económica (como la denomina el Proyecto) viene a reemplazar, en general, a los alimentos posteriores al divorcio.

Festejamos que se haya adoptado este instituto para el divorcio vincular, en el Proyecto que estamos analizando.

La adopción de este instituto en una futura reforma del Cód. Civil, la propiciamos desde hace varios años[6], a fin de evitar injustos reclamos alimentarios que la normativa actual permite (v. gr., que el cónyuge culpable le reclame alimentos al inocente, luego de 20 o 30 años de haberse decretado el divorcio, si el primero no incurrió en ninguna de las causales del art. 218 del Cód. Civil).

Asimismo, somos contestes en que esta prestación se deba por tiempo determinado (como lo establecen, por lo general, las legislaciones extranjeras que contemplan este instituto) o, excepcionalmente por plazo indeterminado

El art. 442 del Proyecto, dice que, a falta de acuerdo de los cónyuges, será el juez quien determine la procedencia y el monto de esta compensación económica, en base a la contemplación de determinadas circunstancias que se describen en ese artículo.

En tanto, la parte final de este artículo, acertadamente, determina la caducidad de esta compensación económica si han pasado seis meses de haberse dictado la sentencia de divorcio.

2) Alimentos entre convivientes

Este Proyecto de Ley regula las uniones de hecho, o uniones convivenciales como las denomina, y determina los efectos que tendrá dicha unión para sus integrantes.

i) Durante la convivencia.

En materia de alimentos, durante la convivencia de estas uniones, si bien el Proyecto no lo dice expresamente, aquellos se podrán regular a través de los pactos de convivencia, pues la enumeración del art. 514 del Proyecto no es taxativa (ya que dice "entre otras cuestiones").

Por otra parte, entre los efectos legales que el Proyecto atribuye a la unión convivencial, encontramos el deber de asistencia durante la convivencia (art. 519).

Entendemos que la asistencia, a que hace referencia el art. 519, se refiere solo a la asistencia espiritual, más no a la material (en la que estarían incluidos los alimentos).

De quererse incluir los alimentos durante la convivencia de este tipo de uniones, suponemos que se hubiera obrado como en la convivencia de la unión matrimonial: el art. 431 determina la asistencia no pecuniaria, pero el art. 432 preceptúa –con total claridad– el deber alimentario.

6. Belluscio, Claudio A.: *Prestación alimentaria. Régimen jurídico*, Ed. Universidad, Buenos Aires, 2006, pp. 610-613.

ii) Cesada la convivencia: compensación económica.

Cesada la convivencia de esta unión, el art. 524 del Proyecto faculta a aplicar la compensación económica para aquel conviviente que sufre un desequilibrio económico al momento de la ruptura de la unión convivencial.

A tal efecto, se reitera lo preceptuado en los arts. 441 y 442 del Proyecto.

3) Alimentos derivados del parentesco

i) Parientes obligados.

El art. 537 del Proyecto, enumera a los mismos parientes, que tienen obligación alimentaria recíproca, que el actual art. 367 del Cód. Civil (más allá de utilizar la denominación hermanos "bilaterales y unilaterales", en vez de la de "hermanos y medio hermanos").

Se sigue utilizando la prelación legal para solicitar los alimentos, ya que el art. 537 dice, en su comienzo, que los parientes se deben alimentos en el orden que estipula este artículo.

El primer inciso, enuncia a los consanguíneos en línea recta, ascendente y descendente, sin limitación de grado.

Respecto de estos, se agrega que están obligados preferentemente los más próximos en grado, estableciendo –de esa forma– el principio de subsidiariedad, que ya fuera consagrado en el actual art. 367 del Cód. Civil.

El segundo inciso, determina la obligación alimentaria de los hermanos bilaterales y unilaterales.

En este segundo inciso, se agrega textualmente: "Entre ellos, los alimentos son debidos por los que están en mejores condiciones para proporcionarlos. Si dos o más de ellos están en condiciones de hacerlo, están obligados por partes iguales, pero el juez puede fijar cuotas diferentes, según la cuantía de los bienes y cargas familiares de cada obligado".

Si bien, este texto se encuentra en el inciso correspondiente a los hermanos bilaterales o unilaterales, entendemos que es de aplicación a todos los parientes por consanguinidad que se encuentren en igualdad de grado como los hermanos (v. gr., los abuelos paternos y maternos)

Agrega el art. 537 del Proyecto, en su parte final, que si dos o más hermanos (o, agregamos nosotros, parientes del mismo grado) están en condiciones de cumplir con la obligación alimentaria, en principio, estarán obligados por partes iguales (coparticipación de la cuota alimentaria por partes iguales).

Más, luego, se dice que el juez –en ese caso– estará facultado a fijar cuotas diferentes, según la cuantía de sus bienes que posean y las cargas familiares.

Consideramos acertada esta última consideración, al tomar no solo el caudal económico (si bien el Proyecto habla de bienes, consideramos que también habrá que tener en cuenta los ingresos y la fuente de los que provienen) de cada pariente obligado, sino también las cargas familiares, ya que estas incidirán –evidentemente– en la cuota pecuniaria que se le pueda fijar al pariente (no es lo mismo tener un solo hijo, que tres o cuatro a los cuales mantener).

Por su parte, en cuanto a los parientes por afinidad, quedan comprendidos en la obligación alimentaria, los mismos que enuncia el actual art. 368 del Cód. Civil

ii) Características de estos alimentos.

El art. 539, en su primera parte, repite las prohibiciones contenidas en el art. 374 del Cód. Civil: la obligación alimentaria no puede compensarse, ni el derecho a reclamarlos o percibirlos puede ser objeto de transacción, renuncia, cesión, gravamen o embargo alguno.

Sin embargo, ello no es aplicable a los alimentos devengados pero no percibidos, como lo establece el art. 540 del Proyecto: "las prestaciones alimentarias devengadas y no percibidas pueden compensarse, renunciarse o trasmitirse a título oneroso o gratuito".

Respecto de esto último, el Proyecto ha recogido –de forma acertada– lo que había sido propuesto por importante doctrina[7] respecto de algunas de estas prohibiciones y, asimismo, por jurisprudencia acorde[8], al interpretar lo preceptuado en el actual art. 374 del Cód. Civil solo se refería a los alimentos futuros, pero no a los devengados y no percibidos.

En tanto, la parte final del art. 539 del Proyecto, reitera la prohibición de los arts. 371 y 376 del Cód. Civil: la irrepetibilidad de lo abonado en concepto de alimentos.

Si bien, como ha sucedido con los arts. 374, 371 y 376 del Cód. Civil, aunque los arts. 539 y 540 del Proyecto se ubiquen dentro de los alimentos debidos entre los parientes, lo preceptuado en esos dos artículos resultará ser válido para la prestación alimentaria en general.

Por lo tanto, los preceptos enunciados en los arts. 539 y 540 del Proyecto resultarán aplicables a las otras fuentes legales de los alimentos.

iii) Extensión de estos alimentos.

El art. 541 del Proyecto, establece que estos alimentos entre parientes comprenden lo necesario para la subsistencia, habitación, vestuario, y asistencia médica.

Repite, de esta forma, lo preceptuado en el art. 372 del Cód. Civil, en cuanto a los ítems que comprenden estos alimentos.

Sin embargo, con un destacable acierto, en su parte final agrega que "si el alimentado es una persona menor de edad, comprende, además, lo necesario para su educación".

Respecto a esto último, se había planteado (y ya habíamos dado cuenta de ello, en una de nuestras obras[9]) cuál era la extensión de los alimentos debidos por los parientes, cuando el reclamo se hacía para un menor de edad.

Más concretamente, cuál era esa extensión en los alimentos debidos por los abuelos a sus nietos menores de edad.

Conforme al Cód. Civil, la extensión alimentaria era la que enumera taxativamente el art. 372.

Sin embargo, de acuerdo al art. 27, incs. 1º y 2º, de la Convención sobre los Derechos del Niño, esa extensión alimentaria debería comprender para los padres "u otras personas encargadas del niño" lo que fuera necesario "para el desarrollo del niño".

Gozando esa Convención de jerarquía constitucional (y por lo tanto, supra legal) entendemos que esta prevalece por sobre lo preceptuado en el art. 372 del Cód. Civil.

Esa fue la acertada interpretación que hicieron algunos fallos[10], cuando se planteó el reclamo alimentario de los nietos menores contra sus abuelos.

Por ello, aun tratándose de los alimentos debidos entre los parientes, consideramos como muy acertada la inclusión del rubro educación para los menores de edad.

7. Bossert, Gustavo A., *Régimen*, cit., p. 7; Belluscio, Augusto C., *Manual de derecho de familia*, 6ª ed., Ed. Depalma, Buenos Aires, 1998, t. II, p. 410; Lagomarsino, Carlos A., Uriarte, Jorge A.: *Juicio de alimentos*, 2ª ed., Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1997, pp. 34-35.

8. CNCiv., Sala B, 6/3/85, *ED*, 115-668, *RED*, 20-A-188, sum. 77, *JA*, 1986-II-406, *Rep. JA*,1986-73, sum. 30, *LL*, 1985-C-189, y *Rep. LL*, 1985-123, sum. 108; ídem, Sala E, 21/3/80, *ED*, 88-742 y *Rep. LL* 1980-158, sum. 89; ídem., íd., 26/8/03, *LL*, 2003-E-822; ídem, Sala C, 11/2/85, *LL*, 1985-E-149 y *Rep.LL*, 1985-124, sum. 110; TColeg. Familia nº 3 Rosario, 16/3/99 (fallo del juez de Trámite) y 22/10/98 (fallo del Tribunal en Pleno, a raíz de la revocatoria interpuesta), causa Nº 636/97, inéditos.

9. Belluscio, Claudio A.: *Alimentos debidos por los abuelos*, Ed. García Alonso, Buenos Aires, 2011, pp. 54-55.

10. CNCiv., Sala F, 18/10/94, *JA*,1996-II-síntesis, sum. 38; STJ Corrientes, 10/12/07, *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008, nº 40, pp. 220-223 (con nuestra nota aprobatoria).

Aunque, en nuestra opinión, también se hubiera debido agregar el rubro esparcimiento que, a esa edad, es sumamente importante para el desarrollo del niño/a.

iv) Modo de cumplimiento.

La primera parte de art. 542 de Proyecto, establece que estos alimentos entre parientes se deben de cumplir –en principio– a través de una cuota en dinero.

Más luego, agrega que "el obligado puede solicitar que se lo autorice a solventarla de otra manera, justificando motivos suficientes".

Resulta ser claro, que –en los alimentos debidos entre parientes– el Proyecto permite que la pensión alimentaria se pueda solicitar que se fije en especie (o, al menos parte de ella), siempre que se justifique tal petición.

Este Proyecto, recoge así, lo establecido en otras legislaciones (v. gr., la española), que permiten que, entre parientes, la prestación alimentaria se satisfaga en especie.

La segunda parte del art. 542 del Proyecto, determina que –en principio– los pagos de la pensión alimentaria se efectúen en forma mensual (a más de anticipada y sucesiva), pero que –conforme las circunstancias– el juez podrá "fijar cuotas por períodos más cortos".

Somos contestes con la incorporación de este último párrafo, habiéndonos pronunciado en ese sentido, hace bastantes años atrás[11], pero cuando la cuota era convenida por las partes.

En este caso, el art. 542 del Proyecto posibilita que sea el juez quien fije la cuota por un período más corto al mensual (lo que, antaño, fuera establecido por un fallo[12], pero de forma aislada), modificando –en consecuencia– el art. 644 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en su parte pertinente.

v) Alimentos provisionales.

El art. 544 del Proyecto contempla los alimentos provisionales, y reitera lo preceptuado en la segunda parte del art. 375 del Cód. Civil que se refiere a los alimentos provisorios.

El texto del art. 544 del Proyecto, adolece de la misma falla del art. 375 del Cód. Civil: no contempla la posibilidad de solicitar este tipo de alimentos antes de interponer la acción principal (v. gr., juicio de alimentos o de divorcio).

No obstante, considerando que estos alimentos provisionales se encuadran dentro de las medidas cautelares genéricas que contempla el Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación, es de aplicación el art. 195 de ese Código de rito y, por lo tanto, este tipo de alimentos podrán solicitarse antes del principio de la causa.

vi) Existencia de otros obligados.

Una importante reforma introduce el texto del art. 546 del Proyecto, respecto de la legislación actual.

Dice el art. 546 del Proyecto: "Incumbe al demandado la carga de probar que existe otro pariente de grado más próximo o de igual grado en condición de prestarlos, a fin de ser desplazado o concurrir con él en la prestación. Si se reclama contra varios obligados, el demandado puede citar a juicio a todos o parte de los restantes, a fin de que la condena los alcance".

11. Belluscio, Claudio A.: *Prestación*…, cit., pp. 116-117.
12. CNCiv., Sala E, 31/10/95, *LL*, 1997-F-983, sum. 21.

La primera parte de este artículo, establece la posibilidad de que, demandado un pariente obligado legalmente, pueda citar a otro de grado más cercano al alimentado o de igual grado respecto de este.

Si se hace lo primero, la acción por alimentos irá –según lo que se desprende este artículo– dirigida contra el pariente de grado más próximo citado a juicio, liberándose de tal acción –en consecuencia– quien fuera primigeniamente demandado.

Si se efectúa lo segundo (citar a otro u otros parientes de igual grado) la acción seguirá contra el demandado, pero la cuota podrá ser coparticipada entre los demás citados al proceso.

Lo preceptuado en este artículo, viene a solucionar un problema que se presentaba en la práctica (sobre todo, con los abuelos): demandado un pariente por alimentos, si conocía que había otro de igual grado que tenía un caudal económico similar o superior, no lo podía citar en el proceso.

Ello, porque se entendía que citar a un tercero significaría una reconvención no permitida por nuestro Código de rito nacional; o una "ordinarización" de ese proceso, a tenor de lo que establece el art. 375 del Cód. Civil.

En consecuencia, el pariente demandado aunque supiera de la existencia de otro pariente de igual grado con similar o mayor caudal económico, tenía que esperar a que se le fijara la cuota de alimentos y, recién ahí, podía iniciar un incidente de coparticipación o cese de dicha cuota.

Con el agravante, que lo que hubiera abonado en concepto de cuota alimentaria, hasta que se decretara –en sede judicial– la coparticipación o el cese, era irrepetible a tenor de lo preceptuado en el art. 371.

Sin embargo, reconociendo que este artículo del Proyecto viene a solucionar tal injusticia, advertimos que esta posibilidad de que el demandado cite a otros parientes al proceso, indudablemente retrasará el momento en que se fijen los alimentos en sede judicial, a través de la sentencia.

Justamente, lo que el legislador había querido preservar, en nuestro Código de rito nacional, era la celeridad del proceso en materia de alimentos, no permitiendo la introducción en ese proceso de terceras personas, ajenas a la litis trabada.

4. Cuestiones procesales

i) Proceso por alimentos.

El art. 543 determina que el juicio de alimentos deberá tramitar por el proceso más breve que establezca la ley local, y no se acumulará a otra pretensión.

Algo muy similar, a lo que expresa –en la actualidad– el art. 375 del Cód. Civil.

ii) Prueba de los requisitos para interponer la acción.

La prueba de los requisitos para la petición de alimentos entre parientes, se halla regulada en el art. 545 del Proyecto, con un texto muy similar al art. 370 del Cód. Civil.

iii) Recursos contra la sentencia que fija los alimentos.

En cuanto a los recursos que se podrán interponer contra la sentencia que fija la cuota alimentaria, el art. 547 del Proyecto reitera lo preceptuado en el art. 376 del Cód. Civil.

iv) Retroactividad de la sentencia.

La retroactividad de la sentencia es tratada por el art. 548 del Proyecto.

Este artículo establece que los efectos de la misma se retrotraen al día de la interposición de la demanda o desde la interpelación al obligado por un medio fehaciente (en este último caso, siempre que la demanda se presente dentro de los seis meses de tal interpelación).

Se vuelve así, a lo que preceptuaba el art. 644 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, antes de la modificación establecida por la nueva ley de mediación 26.589.

Recordemos que esta ley de mediación, modificó el texto del art. 644 de ese Código de rito nacional y estableció que los alimentos decretados en la sentencia se retrotraían al inicio de la mediación previa y obligatoria.

No compartimos el texto del art. 548 del Proyecto, ya que ignora la etapa de mediación previa y obligatoria, vigente desde hace varios años en esta ciudad,

v) Medidas cautelares.

El art. 550 del Proyecto permite la adopción de la traba de medidas cautelares para asegurar el pago de alimentos definitivos (fijados por sentencia o convenidos) e, inclusive, para asegurar alimentos provisionales y futuros.

En consecuencia, este artículo da por terminada la discusión (jurisprudencial y doctrinaria) sobre la posibilidad de imponer medidas cautelares sobre los alimentos provisorios y sobre las cuotas alimentarias futuras.

vi) Intereses.

Con muy acertado criterio, el art. 552 del Proyecto resuelve aplicar la tasa de interés equivalente a la más alta que cobran los bancos a sus clientes, sobre las sumas debidas por alimentos por el incumplimiento en el plazo previsto, "a la que se adiciona la que el juez fije según las circunstancias del caso".

Leyendo el texto de este artículo, no podemos dejar de señalar lo lejos que ha quedado el criterio jurisprudencial, de hace decenios, el cual sostenía que sobre el importe de los alimentos adeudados no cabía aplicar tasa de interés alguna.

Asimismo, a la luz de este artículo, ha quedado atrás la discusión jurisprudencial sobre la aplicación de la tasa pasiva o activa, a las sumas adeudadas en concepto de alimentos.

vii) Incumplimiento.

Observamos con gran beneplácito, que el art. 551 viene a subsanar una laguna legal, que hemos señalado hace bastantes años atrás[13]: la responsabilidad solidaria del empleador o agente de retención que no cumplió con la orden judicial de depositar la suma que debió descontar al alimentante.

Este art. 551, dice textualmente: "Incumplimiento de órdenes judiciales. Es solidariamente responsable del pago de la deuda alimentaria quien no cumple con la orden judicial de depositar la suma que debió descontar a su dependiente o a cualquier otro acreedor".

Por otra parte, respecto del incumplimiento del pago de la cuota alimentaria fijada, el art. 553 del Proyecto expresa que "el juez puede imponer al responsable del incumplimiento reiterado de la obligación alimentaria medidas razonables para asegurar la eficacia de la sentencia".

13. Belluscio, Claudio A.: *Incumplimiento alimentario respecto de los hijos menores*, 1ª ed., Ed. La Rocca, Buenos Aires, 2002, pp. 57-59.

Como podemos observar, en un tema trascendental como es el incumplimiento alimentario, el texto del art. 553 deja librado al criterio del juez la aplicación de las "medidas razonables para asegurar la eficacia de la sentencia", sin especificar cuáles.

Consideramos que ello deja abierta la posibilidad de que el juez aplique "medidas razonables" cuya fuente no necesariamente deba ser de origen legal (ya que la norma en análisis no exige tal requisito), a fin de combatir el incumplimiento alimentario.

Por lo tanto, cabe interpretar, a la luz del texto del art. 553, que las "medidas razonables" podrán tener una fuente jurisprudencial o doctrinaria o, inclusive, basada en la legislación extranjera, siempre que tiendan a asegurar la eficacia de la sentencia en materia alimentaria.

Nos queda la duda, sobre si el texto del único artículo que, en los alimentos debidos entre parientes, trata sobre el incumplimiento alimentario, resulta ser el más adecuado.

viii) Cese de la obligación alimentaria.

El art. 554 del Proyecto, trata sobre el cese de los alimentos debidos entre los parientes.

Según este artículo, ello sucederá cuando:

– El alimentado incurra en alguna causal de indignidad.

Ello, es acorde con lo establecido por el art. 373 del Cód. Civil.

– Por la muerte del obligado o del alimentado.

Esto, se desprende del art. 374 del Cód. Civil, en cuanto los alimentos "no pueden transferirse por acto entre vivos o muerte del acreedor o deudor de alimentos".

– Cuando desaparecen los presupuestos de la obligación.

La desaparición de estos presupuestos quedará sujeta a las circunstancias fácticas de cada caso, apreciadas por el criterio del juez o tribunal.

ix) Irrepetibilidad.

Tanto el art. 539 como el art. 547 del Proyecto, establecen el principio de irrepetibilidad de lo abonado en concepto de alimentos, al igual que lo hacen en la actualidad los arts. 371 y 376 del Cód. Civil.

Sin embargo, el art. 549 del mismo Proyecto estable textualmente: "Repetición. En caso de haber más de un obligado al pago de los alimentos, quien los haya prestado puede repetir de los otros obligados, en proporción a lo que cada uno le corresponde"

Como podemos observar existe una aparente contradicción, entre el principio general de irrepetibilidad reglado en los arts. 539 y 547 y la posibilidad de repetir que estipula el art. 549.

Ante ello, cabe interpretar que el art. 549 establece una excepción al principio general.

De ser así, consideramos que ello debió explicitarse en la parte final de los arts. 539 y 547 del Proyecto bajo análisis.

5) Alimentos debidos a los hijos

i) Regla general.

La obligación de los progenitores de brindar alimentos a sus hijos, es tratada a partir de su art. 658 del Proyecto.

Este artículo, reitera parte de lo preceptuado en el primer párrafo del art. 265 del Cód. Civil, pues determina que "ambos progenitores tienen la obligación y el derecho de criar a sus hijos, ali-

mentarlos y educarlos conforme a su condición y fortuna, aunque el cuidado personal esté a cargo de uno de ellos".

Agrega que "la obligación de prestar alimentos se extiende hasta los 21 años, excepto que el obligado acredite que el hijo mayor de edad cuenta con recursos suficientes para proveérselos por sí mismos".

Reitera, de esta forma, lo resuelto por la ley 26.579 en el segundo párrafo del art. 265 del Cód. Civil.

ii) Extensión de estos alimentos.

Estos alimentos, conforme el art. 659 del Proyecto, comprenden: manutención (alimentación), educación, esparcimiento, vestimenta, habitación, asistencia, gastos por enfermedad y los "gastos necesarios para adquirir una profesión u oficio".

Este último ítem, es una innovación –en materia alimentaria– respecto de la legislación actual.

Asimismo, se establece que estos alimentos son proporcionales a las posibilidades económicas de los progenitores obligados y a las necesidades de los hijos.

iii) Forma de pago.

El segundo párrafo de este art. 659, expresa que los alimentos debidos a los hijos pueden estar constituidos por prestaciones monetarias o en especie.

Se reconoce, de esta forma, que los alimentos puedan ser abonados, también, en especie.

iv) Reconocimiento de las tareas de cuidado personal del hijo.

Mediante el art. 660, el Proyecto reconoce –muy acertadamente– que "las tareas cotidianas que realiza el progenitor que ha asumido el cuidado personal del hijo, tienen un valor económico y constituyen un aporte a la mantención"

Es un gran avance en materia alimentaria, lo que determina este artículo.

Ya nos habíamos manifestado a favor de ello[14], basándonos en la numerosa jurisprudencia[15] que así lo propugnaba.

14. Belluscio, Claudio A.: *Alimentos debidos a los menores de edad*, Ed. García Alonso, Buenos Aires, 2007, p 73.

15. CNCiv., Sala C, 3/12/81, *Rep. ED,* 17-104, sum. 60; ídem, íd., 15/11/83, *LL*, 1984-B-142 y y*Rep. LL*, 1984-141, sum. 51; ídem, íd., 29/12/83, *LL*, 1985-D-564 (36.973-S); ídem, íd., 28/2/84, *LL*, 1984-B-469 (36.606-S); ídem, íd., 3/2/84, *Rep. ED*, 20-A-184, sum. 41; ídem, íd., 12/11/87, *LL*, 1988-C-23; ídem, íd., 4/8/87, *LL*, 1989-A-227; ídem, íd., 8/2/88, *ED*, 128-309; ídem, íd., 23/3/88, *ED*, 129-170; ídem, íd. 28/5/96, *LL*, 1997-A-274; ídem, íd., 26/4/01, *ED*,195-13; ídem, Sala E, 6/8/84, *LL*, 1985-B-574 (caso 5.398); ídem, íd., 31/3/81, *LL*, 1981-C-451 y *Rep. LL*, 1981-182, sum. 24; ídem, íd., 30/10/81, *Rep. ED*, 17-105, sum. 68; ídem, íd., 29/2/80, *LL*, 1980-B-456; ídem, Sala A, 16/2/84, *LL*, 1984-C-622 y *Rep. LL*, 1984-153, sum. 167; ídem, íd., 23/4/84, *LL*, 1984-C-637 (caso 5.232); ídem, íd., 11/10/84, *LL*, 1985-B-574 (caso 5.396); ídem, íd., 4/12/84, *LL*, 1985-B-556 (36.975-S); ídem, íd., 11/3/96, *ED*,170-87; ídem, Sala B, 24/8/83, *Rep. ED,* 20-A-185, sum. 48; ídem, íd., 12/12/86, *LL*, 1987-C-43; ídem, íd., 22/2/96, *JA*, 1997-II-36 (índice), sum. 14; ídem, Sala I, 4/4/89, *LL*, 1990-D-467; ídem, íd., 17/11/98, *JA*, 1999-IV-55; ídem, íd., 16/9/99, *ED*, 186-248; ídem, Sala F, 14/2/84, *LL*, 1984-B-350 y *Rep. LL*, 1984-148, sum. 120; ídem, íd., 10/11/88, *LL*, 1995-D-849, sum. 76 y *DJ*, 1989-2-555; ídem, Sala H, 12/8/94, *ED*, 159-616; ídem, íd., 13/8/97, *LL*, 1998-B-709; ídem, Sala G, 18/11/87, *ED*, 128-346; ídem, Sala K (de los considerandos del fallo), 23/9/03, *DJ*, 2003-3-1051; CCiv. y Com., Morón, Sala 2ª, 8/11/94, *JA*, 1997-III-41 (índice), sum. 24; CCiv., Com. y de Garantías en lo Penal, Zárate, 27/5/99, *LLBA*, 2000-37; CCiv., Com. y de Garantías en lo Penal, Pergamino, 17/10/00, *LLBA*, 2001-378; CCiv. y Com., Rosario, Sala IV, 6/8/02, *LL Litoral*, 2003-256; CCiv., Com. y Laboral, Rafaela, 12/7/02, *LL Litoral*, 2003-372; CCiv. y Com., Resistencia, Sala I, 11/07/02, *LL Litoral*, 2003-566; CApel. Civ. y Com. 1ª, San Isidro, Sala I (de los fundamentos del fallo), 8/7/02, *Zeus*, t. 90, Sec. Jurisprudencia, p. 339.

El art. 660, cabe destacarlo, no solo instaura –con atinado acierto– la valoración pecuniaria de los cuidados y la asistencia brindada por el progenitor conviviente a su hijo, sino –también– el aporte alimentario en que se traducen tales cuidados.

v) Legitimación para demandar estos alimentos.

Conforme el art. 661, tienen legitimación para demandar al progenitor que falte a la prestación de estos alimentos:

- El otro progenitor, en representación del hijo.
- El hijo, con grado de madurez suficiente y con asistencia letrada.
- Subsidiariamente, cualquiera de los parientes del hijo o el Ministerio Público.

Aunque este artículo no lo aclara, dada la enumeración de los legitimados, se entiende que se refiere a los hijos menores de edad.

vi) Hijo mayor de edad.

El art. 662, dispone que el progenitor conviviente con el hijo mayor de edad, tiene legitimación para obtener la contribución alimentaria del otro progenitor, hasta que ese hijo cumpla los 21 años.

Asimismo, el progenitor conviviente con el hijo mayor de edad, podrá iniciar el juicio alimentario o, en su caso, continuarlo.

También, expresa –con total claridad– que ese progenitor tiene derecho a cobrar y administrar las cuotas alimentarias devengadas.

Todo ello, implica una derogación implícita de la mayoría de los efectos que, en materia alimentaria, impone la ley 26.579.

Sin embargo, la segunda parte de este artículo posibilita que el juez, a pedido de parte, pueda fijar una suma que deba percibir directamente el hijo del progenitor que tiene a su cargo la cuota dineraria.

Tal suma, estará destinada a cubrir los desembolsos de la vida diaria del hijo, como esparcimiento, gastos con fines culturales o educativos, vestimenta u otros rubros que se estimen pertinentes.

Por otra parte, el art. 663 del Proyecto concreta una reforma que hemos propiciado (y que omitió la ley 26.579): la continuidad de la cuota alimentaria al hijo mayor de edad y hasta los 25 años, si la prosecución de estudios o preparación profesional de un arte u oficio, le impide proveerse de los medios necesarios para sostenerse por sí mismo.

Esta prolongación de los alimentos por tales motivos, podrá ser solicitada por el hijo o por el progenitor que convive con él, siempre que se acredite la viabilidad de ese pedido.

vii) Protección del hijo no reconocido y de la madre embarazada en la filiación extramatrimonial.

El art. 664 del Proyecto, establece legalmente lo que era admitido por numerosos fallos[16]: la posibilidad de reclamar alimentos provisorios para el hijo no reconocido, antes de que se establezca –en sede judicial– la filiación paterna.

16. CNCiv., Sala I, 7/9/04, *LL*, 2005-B-215; ídem, Sala A, 17/12/84, *LL*,1986-B-621, y *Rep. LL*, 1986-116, sum. 23; ídem, íd., 27/10/88, *LL*, 1989-B-127, caso 87.279, *LL*, 1995-D-853, sum. 112, y *ED*, 133-783, caso 41.727; ídem, Sala M, 29/6/99, *JA*, 2002-III-145, sum. 1; ídem, Sala H, 28/2/92, *ED*, 148-435, caso 44.485; ídem, Sala C, 27/11/97, *ED*, 179-14,

Si bien, se agrega que esta posibilidad de reclamar alimentos, en esas circunstancias, requiere la acreditación sumaria del vínculo invocado (tal como lo requería la jurisprudencia que aceptaba tal reclamo).

Si la petición de alimentos se efectúa antes de iniciar el juicio por filiación extramatrimonial, este art. 664 requiere que el juez deba establecer un plazo para promover dicha acción, bajo apercibimiento de cesar la cuota alimentaria fijada mientras esa carga se encuentre incumplida.

En tanto, el art. 665, en el mismo supuesto (filiación extramatrimonial), nos dice que "la mujer embarazada tiene derecho a reclamar alimentos al progenitor presunto con la prueba sumaria de la filiación alegada".

Nos parece muy acertada esta doble protección alimentaria en la filiación extramatrimonial: por un lado al hijo extramatrimonial no reconocido y, por el otro, a la mujer embarazada producto de una unión o relación extramatrimonial.

viii) Alimentos en la tenencia alternada.

Si se estableció una tenencia alternada (o "cuidado personal compartido en la modalidad alternada", como la denomina este Proyecto) del hijo menor de edad, el art. 666 resuelve que –en principio– cada uno de los progenitores debe hacerse cargo de los alimentos del hijo cuando este permanece bajo su cuidado, si es que ambos cuentan con recursos económicos equivalentes.

En tanto, si los recursos pecuniarios de ambos progenitores no son equivalentes, aquel que cuenta con mayores recursos debe pasar una cuota alimentaria al otro para que el hijo "goce del mismo nivel de vida en ambos hogares".Somos contestes con ello.

ix) Reclamo a ascendientes.

El art. 668, de manera atinada, permite que se reclamen los alimentos para el hijo a los ascendientes y progenitores en un mismo proceso, debiéndose acreditar verosímilmente –en tal caso– las dificultades del actor para percibir los alimentos del progenitor obligado.

Es decir, que se permite el reclamo en una misma acción tanto al padre como al abuelo, pero siempre que se acredite que no se podrán percibir estos alimentos del progenitor obligado en primer término.

Esta es la postura correcta, que hemos sustentado basándonos en la Convención sobre los Derechos del Niño, pero sin olvidar el carácter subsidiario de la obligación alimentaria derivada del parentesco.

x) Retroactividad e incumplimiento de la sentencia que establece los alimentos.

En ambos temas, el Proyecto repite en sus arts. 669 y 670 lo que establece para los parientes en los arts. 548 y 553, mereciendo los mismos comentarios que hicimos oportunamente.

Sin embargo, en la parte final del art. 669 (relativo a la retroactividad de la sentencia de alimentos), dispone que "por el período anterior, el progenitor que asumió el cuidado del hijo tiene derecho al reembolso de lo gastado en la parte que corresponde al progenitor no conviviente".

Es decir, que la madre que reclama los alimentos en nombre del hijo, tendrá derecho a reclamar los alimentos prestados a este, con anterioridad al momento en que la primera parte del art. 669 los retrotrae.

---

caso 48.744; ídem, íd., 14/7/70, *ED*, 35-380, sum. 10; Juzg. Civ., Com. y Trab. San Cristóbal, 30/9/93, *JA*, 2005-III-1460, sum. 55.

xi) Obligación alimentaria del cónyuge o conviviente respecto de los hijos del otro.

Al respecto, el art. 676 expresa que "la obligación alimentaria del cónyuge o conviviente respecto de los hijos del otro, tiene carácter subsidiario".

Innova en el tema este Proyecto, ya que en el articulado que trata sobre los alimentos en el Cód. Civil, no se encuentran obligados el cónyuge, ni menos el conviviente, respecto de los hijos del otro (más allá, de lo establecido en el inc. 1º del art. 1275 del Cód. Civil, como cargas de la sociedad conyugal).

Agrega, este art. 676 del Proyecto, que –en principio– cesa la obligación alimentaria de esas personas, en los casos de disolución del vínculo conyugal o ruptura de la unión convivencial.

xii) Continuidad del deber alimentario, durante la privación y la suspensión del ejercicio de "la responsabilidad parental".

Con atinado criterio, el Proyecto de reforma manifiesta en su art. 704, que "los alimentos a cargo de los progenitores subsisten durante la privación y suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental".

En consecuencia, se despejan –de forma definitiva– las posibles dudas que existían al respecto.

xiii) Cuestiones procesales.

a. Participación en el proceso de niños, niñas y adolescentes.

El art. 707 del Proyecto, se refiere al derecho de niños, niñas y adolescentes a ser oídos en todos los procesos que los afecten directamente (entre los cuales se encuentra el de alimentos), si cuentan con un grado de madurez suficiente para formarse un juicio propio.

Asimismo, se establece –con muy buen criterio y conforme a lo establecido en la ley 26.061– que deberán ser oídos por el juez en forma personal.

b. Competencia.

Estipula el art. 716 del Proyecto que en los procesos relativos a niños, niñas y adolescentes referidos a alimentos (entre otras cuestiones), es competente el juez del "lugar donde la persona menor de edad tiene su centro de vida".

Somos contestes con el criterio adoptado, que, por otra parte, es el que viene siguiendo la Corte Suprema de Justicia de la Nación desde hace varios años[17].

c. Facultad del juez de decretar los alimentos provisionales.

Un notable avance en los alimentos debidos a los hijos, es lo que dispone el art. 721, inc. d), del Proyecto bajo análisis.

Conforme ese inciso, el juez puede decretar de oficio un régimen de alimentos provisorios, o provisionales (como los denomina este Proyecto) para los hijos.

17. CS, 20/2/01, *LL*, 2001-D-691; CS, 20/2/01, *JA*, 2002-I-138.

Recordemos, al respecto, que en nuestra actual legislación (a diferencia de alguna otra, como la chilena), el juez solo puede decretar los alimentos provisorios a pedido de parte o de su representante legal (en el caso de los menores de edad).

Por lo tanto, lo dispuesto por el art. 721, inc. c), merece nuestro beneplácito, al igual que otras medidas que, en materia de alimentos, hemos resaltado de este Proyecto de ley.

FILIACIÓN. CONSIDERACIONES GENERALES

Úrsula C. Basset

El Título de filiación es probablemente el más novedoso de toda la regulación. Implica un giro copernicano en los principios que hasta ahora regían el estado de familia. Se pasa de un eje paidocéntrico (centrado en los derechos del niño), a la predominancia del deseo adulto respecto de tener un hijo. Del derecho a la identidad, al derecho a la filiación. Paradójicamente, ese giro copernicano se reviste de un giro lexicográfico antitético: el capítulo ya no se determina más la maternidad o la paternidad, sino que se determina la filiación. Vale decir que mientras que el cambio lexicográfico pareciera indicar un giro paidocéntrico, se trata solo de palabras. La merma sufrida por los niños en sus derechos es palpable: en gran cantidad de casos pierden legitimación activa y derechos para establecer su estado de familia. La posesión de estado no significa nada, y la estabilidad de los vínculos adoptivos y biológicos se debilita.

a) Nuevas fuentes de la filiación[1]

El Art. 558 que remplaza el antiguo 240 del Código Civil establece que la filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción. Se establece que cualquier de las filiaciones tiene los mismos efectos, en otro ensayo de igualación formal y abstracta, que luego el texto contradice ("conforme a las disposiciones de este Código"). El número de vínculos filiatorios se limita a dos.

b) Los efectos colaterales de la incorporación de la fecundación in vitro sin regular la técnica en sí misma previamente[2]

Consideramos que la regulación de la fecundación asistida por vía del Código Civil es harto peligrosa, porque se legitima una práctica sin un adecuado marco regulador de las biotecnologías empleadas y sin organismos de control. Se regulan aspectos civiles legitimando la práctica sin tener en cuenta que se precisa una legislación integral que evite abusos biotecnológicos. Si se franquea una regulación de esta índole, sin asegurar una legislación coherente con los derechos humanos fundamentales, como en cambio sí ha sucedido en el derecho comparado; se corre el riesgo de habilitar prácticas sin organismos de control y que ocasionen perjuicios a largo plazo.

1. Autoría: Úrsula C. Basset.
2. Autoría: Úrsula C. Basset.

Algunas de las cuestiones controversiales que surgen de tratar un efecto de la técnica sin regularla en forma integral son las siguientes: la Argentina podría convertirse en proveedor/exportador internacional de embriones humanos para experimentación; por ejemplo, a países como Alemania que cuidan a sus ciudadanos e impiden la experimentaciones sobre líneas de células madre embrionarias provenientes de ese país[3]. El tráfico de óvulos y espermas también queda abierto, haciendo eventualmente susceptible a la Argentina a regulaciones de tipo internacional sobre el acceso a la identidad, que aún no han sido suficientemente informadas aquí. El consentimiento informado de los donantes acerca de posibles efectos civiles que podrían proyectarse a futuro en torno a las técnicas de fecundación asistida es otro asunto que aquí no se baraja, porque sería objeto de una ley general. Por otra parte, hay fuertes intereses económicos en juego en torno a la fecundación humana. La falta de un análisis adecuado, puede tornar en sujetos vulnerables sin adecuada protección jurídica a los consumidores de las TRA, que se encuentran en una situación de vulnerabilidad mayor debido a la ansiedad que con frecuencia genera la imposibilidad de procrear.

c) Análisis de las disposiciones generales

Decíamos que en cuanto a las Fuentes de la filiación (Art. 558) *nos parece que sumar un tercer género de filiación a la filiación natural y por adopción, es innecesario*. Existe el principio lógico que dice que los entes no deben multiplicarse innecesariamente y que toda división debe tener una justificación. En el caso, nos parece que existe una semejanza estructural entre la fecundación heteróloga y la adopción y entre la fecundación homóloga y la filiación natural, pudiendo eventualmente subsumirse las categorías. Esta solución permitiría no regular por vía oblicua lo que requiere una ley marco. A nuestro modo de ver, es necesario un debate social sobre las técnicas, y no parece conveniente regularlas por medio del Código Civil sin consensos sociales.

En cuanto al segundo párrafo del Art. 558, como ya dijimos más arriba, la aseveración de que todas las filiaciones producen los mismos efectos no se verifica en los hechos y en el derecho proyectado en el nuevo código. Existen sets de regulaciones distintas, y espectros de derechos distintos de los niños nacidos según las diferentes clases de filiación[4]. Con lo cual, si se desea establecer un principio, parecería más razonable modalizarlo: "en la medida de lo posible…" o algún otro giro semejante. Algunas diferencias, sin ahondar demasiado, son las siguientes:

- A la adopción se le atribuye un parentesco extensible o reducible, según el criterio del juez. Esta variabilidad del parentesco no aparece en las demás filiaciones.
- Los niños nacidos por filiación por TRA se les limita el acceso a las acciones de filiación.
- Los niños nacidos por vía natural (ya sean criados por sus padres, o no) no han sido preseleccionados por los médicos antes de su implantación; en cambio, los niños nacidos por TRA han superado un proceso de selección previo que los transforma invariablemente en bebés de diseño[5] –aunque sea solo para descartar bebés trisómicos u otras enfermedades genéticas antes de la implantación-. Y se ha dicho que hay una injusticia en que una generación imponga a la otra su propio deseo seleccionando genes[6].
- Los niños que nazcan de una filiación natural verán plenamente salvaguardado su derecho de ser criado por sus padres biológicos; los demás niños, no.

3. El caso del "Embryonenschutzgesetz" (ESchG).

4. Ver a todo efecto el cuadro comparativo inserto en el análisis de LAFFERRIERE, Nicolás, "Visión crítica del proyecto de reforma de filiación", en Revista de Derecho de Familia y las Personas, enero 2012, La Ley.

5. SOMMERVILLE, Margaret, "Children's Human Rights to Natural Biological Origins and Family Structure", en *International Journal of the Jurisprudence of the Family,* Boston, Hein, 1-2010, p. 35 y ss. La Dra. Margaret Sommerville es una profesora australiana de prestigio mundial en materia de bioética. Ella misma es especialista en Derecho y Medicina Genética.

6.Ibíd, p. 39.

- Los niños que sean concebidos por donación de gametos no tendrán derecho a que el Estado controle la idoneidad de los padres que ordenarán su gestación y luego los criarán. En cambio, para los niños que se incorporen a una familia por adopción, habrá al menos tres procesos que aseguren que: i) si existe alguna posibilidad de que los niños sean criados por su familia de origen, esta será garantizada; y, ii) los padres adoptantes serán idóneos en beneficio del niño. Los niños cuyos padres biológicos hayan sido donantes de gametos, no tendrán esa protección especial del Estado.
- Los niños nacidos de adopción tendrán pleno acceso y los padres tendrán el deber de informarles que no son sus padres biológicos, en los niños concebidos por TRA con donación de gametos de terceros, los niños lo ignorarán, salvo que sus padres de crianza decidan decírselos.

Puede entonces concluirse, que de hecho y de derecho los niños en el nuevo Código Civil tienen derechos divergentes según la modalidad en que se establezca su filiación. Como se ve, no tienen los mismos derechos ni producen los mismos efectos.

d) Reglas de la Filiación por TRA[7]

Más allá de la desafortunada denominación de "técnicas de reproducción asistida" que más evocan la fabricación reiterada de un producto que la procreación de un ser humano, cabe hacer una serie de consideraciones a hacer.

Aspectos generales

236. ***La contractualización de la filiación vulnera la dignidad personal del niño.*** Por más eufemismos que se utilicen, la regulación de las técnicas de fecundación, así como se presenta, ingresa el hecho procreativo en la esfera contractual. Hay un contrato, una voluntad expresada, un precio pagado, etc. Estudios recientes han demostrado que esta vulneración tiene efectos nocivos en la psiquis y el desarrollo personal del niño[8]. La mitad de los así concebidos se sienten perturbados de que en su concepción hubo dinero involucrado[9]. Las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho civil se votó por amplísima mayoría (42-3 votos, con 10 abstenciones), la siguiente conclusión: "Debe prohibirse todo contrato que tenga por objeto manipular o suprimir aspectos de la identidad."

Objeciones a la fecundación heteróloga: riesgo de acciones de daños y perjuicios

Uno de los mayores sufrimientos de los niños concebidos por medio de estas técnicas es la perturbación del derecho a la integridad personal y la identidad cuando se admite la fecundación heteróloga[10], que queda fraccionada en varios segmentos en el caso de que se admita esta última. La identidad del niño se fragmenta. Por eso, autores de la talla de Mauricio Luis Mizrahi[11], han sugerido regular siguiendo el modelo italiano que admite solo la fecundación homóloga. En las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil se votó por unanimidad que "Los niños tienen derecho a que en la

7. Autoría: Úrsula C. Basset.

8. Hemos presentado varios de estos estudios en nuestro artículo: BASSET, Úrsula C., "Derecho del niño a la unidad de toda su identidad." L.L. 16/11/2011.

9.MARQUARDT, Elizabeth, *My daddy's name is donor,* Institute for American Values, Washington, 2010, puede consultarse en http://www.familyscholars.org/assets/Donor_FINAL.pdf, p. 5.

10. MARQUARDT, Elizabeth, *My daddy's name is donor,* Institute for American Values, Washington, 2010, puede consultarse en http://www.familyscholars.org/assets/Donor_FINAL.pdf

11. MIZRAHI, Mauricio Luis, "El niño y la reproducción humana asistida", La Ley, 30.08.2010.

medida de lo posible se respete la unidad de todos los estratos de su identidad (genética, biológica, familiar, social y jurídica)."

Queda enervado el derecho a la identidad del niño cuando se admite la fecundación heteróloga[12]. Los niños así concebidos podrían reclamar en el futuro daños y perjuicios contra el Estado por la admisión de estas técnicas. Del relevamiento sobre una muestra representativa de niños concebidos con donación de gametos, más de la mitad señaló que cada vez que ven una persona que se les parece, se preguntan si tendrán algún parentesco con él. Una cantidad semejante sostiene que teme tener relaciones íntimas o estar atraído a una persona con la que tenga vínculo de parentesco sin saberlo. Dos tercios de ellos, señalan que se les debería abrir sin restricciones el derecho a conocer su identidad biológica. Más de la mitad objeta la admisibilidad de la donación de la gametos[13].

Objeciones a la regulación específica sobre fecundación homóloga y heteróloga

En el Art. 560 no resulta claro cuál es el efecto del primer y del segundo consentimiento que se requieren. Si lo que se persigue, como parece y por la oportunidad de la modificación redaccional de este artículo, es que además del consentimiento general haya un consentimiento concreto para cada implantación a fin de evitar los conflictos en los juicios de divorcio cuando hay embriones crioconservados, sería recomendable especificar exactamente el efecto de la falta del segundo consentimiento.

En cuanto a los gametos aparece una contradicción: para el segmento de personas el cuerpo humano y sus partes tienen una dignidad especial, en cambio para el segmento de familia son tratados como cosas ("material genético").

En efecto, el Art. 17 establece que "Los derechos sobre el cuerpo humano o sus partes no tienen un valor económico" y que pueden ser disponibles por su titular cuando el Código lo autorice. En tanto, si bien el Título relativo a la Persona Humana considera que en el caso de los embriones, estos solo ingresan al estatuto personal a partir de su implantación, dicho artículo es inconstitucional por la prohibición de regresividad en la protección de la vida humana que impone la Convención Interamericana de Derechos Humanos[14] y la vigencia para la Argentina de la Convención sobre los Derechos del Niño, a partir de la cláusula interpretativa que funciona –según los últimos trabajos de la Comisión de Viena sobre el derecho de los tratados– como prisma bajo el cual la Argentina se obliga constitucionalmente respecto de la niñez. La designación "material genético" da el estatuto de cosa, mientras que el Código prefiere dar al cuerpo humano y sus partes un estatuto diferencial. En este sentido, parecería inadecuado hablar de "material genético" para referirse a los gametos. Menos adecuado parece el término "material genético" para referirse a los embriones humanos.

No hay diferencia sustancial alguna entre el embrión dentro del útero materno o fuera de él, por eso carece de razonabilidad el trato discriminatorio fundado en la modalidad de la concepción (discriminación expresamente prohibida por la CDN, como veremos más abajo). No hay diferencia morfológica u ontológica alguna entre un embrión concebido por la unión de sus progenitores que el embrión concebido en un recipiente de laboratorio. En ambos casos se trata de un embrión humano en su fase preimplantatoria. La única diferencia entre ambos, es un accidente de situación: se refiere al lugar en dónde se encuentra uno y otro. La diferencia de situación es causada por el agente (en el caso el médico). Sería injusto que un ente careciera del estatuto personal por acciones de un agente,

12. Hemos desarrollado este aspecto, con amplia bibliografía en el artículo citado en la nota 47.

13. Todo en MARQUARDT, *My daddy's name…*, cit., pp. 5-6.

14. Sobre esto, ver el vastísimo y documentado desarrollo de BACH de CHAZAL, Ricardo, *El aborto en el derecho positivo argentino,* El Derecho, Buenos Aires, 2010, pp. 197-224. O también, el análisis del derecho a la vida en los tratados internacionales en BASSET, Úrsula C. y BACH de CHAZAL, RICARDO, "Análisis legal: El derecho a la vida en el sistema jurídico argentino", en LAFFERRIERE, Nicolás, *La vida, primer derecho humano,* UCA, Buenos Aires, 2010. (Puede consultarse en http://www.notivida.org/Articulos/Aborto/La_vida_primer_derecho_humano.pdf).

en lugar de que su estatuto dependa de cualidades ontológicas. Todos los Tratados Internacionales contienen cláusulas contra la discriminación, pero especialmente el Art. 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño, dispone: "Los Estados parte respetarán los derechos y asegurarán su aplicación a cada niño… sin distinción alguna, independientemente de … los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales." Creemos que la regulación del artículo mentado, incurre en discriminación injusta porque regula el estatuto del embrión según una condición del niño (falta de implantación cuando la concepción –acto de los padres– es extrauterina).

El Art. 561 establece la voluntad procreacional como causa del estado de familia. De este modo se establece un régimen discriminatorio, por el cual los niños concebidos por fecundación *in vitro* están en peor situación que los niños que obtienen su filiación por adopción. En el caso de la adopción, hay al menos un escrutinio estatal de las condiciones de los padres; en el caso de la fecundación *in vitro*, cualquiera que exprese su consentimiento puede ser padre con independencia de su idoneidad. Se viola el derecho a la identidad y del niño a ser criado por sus padres en la medida de lo posible, puesto que la paternidad la tiene el que expresa su voluntad (nos referimos siempre al caso de fecundación heteróloga). El resultado es que el Estado viola sus obligaciones internacionales de agotar los recursos para que el niño sea criado por sus padres biológicos, dando preeminencia a la pretensión de los adultos a ser padres por sobre los derechos de los niños a ser criados cuando fuera posible por sus progenitores biológicos. La infracción a los deberes internacionales contraídos, queda plasmada de manera palmaria con la frase "con independencia de quien haya aportado su material genético" la maternidad y paternidad o maternidad, quedarán establecidas respecto de quien exprese su libre consentimiento. Nuevas formas de sustitución de identidad sin el debido cotejo del Estado se ciernen sobre los derechos de los niños.

f) Maternidad subrogada

La introducción de la maternidad subrogada (Art. 562) cosifica a la mujer. Para empeorar la cosa, se admite el pago al intermediario, pero no a la mujer (por lo menos antes de la gestación, porque según el texto nada impide que haya pagos futuros, transformando la gestación en un objeto de comercio).Buena parte de los países del mundo rechazan la maternidad subrogada porque supone una forma de trata de mujeres. Casi siempre las gestantes son mujeres con menos recursos que gestan para mujeres u hombres con vastos recursos. Con la redacción que se adjunta, se propicia el negocio de las grandes empresas intermediarias en la filiación, que cuentan con carteras de mujeres que se ofrecen al público, y según condiciones personales tienen más o menos valor económico. Colisiona con los deberes de los Estados de tomar medidas para suprimir "todas las formas de trata de mujeres" (Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, Art. 6).

No se establece sanción alguna para el caso en que los médicos procedan a la implantación de un embrión por maternidad subrogada sin autorización judicial.

En varias ocasiones se hace referencia a una ley especial que aún no existe. Consideramos que antes de regular por vía oblicua los efectos civiles de las técnicas, convalidándolas implícitamente, sería preferible un debate social. Francia, Alemania, Italia e Inglaterra, han priorizado un debate profundo con comisiones e incluso un plebiscito en el caso italiano. En la Argentina, no solo no será objeto de debate, sino que se introducirán por vías tangenciales cuestiones relativas a la dignidad humana y a la bioética sin control alguno.

g) Filiación posmortem

La introducción de la filiación posmortem supone la canonización de una regla jurídica que priva intencionalmente al niño de una de sus filiaciones (paterna o materna). De esta forma, el

derecho habilita la concepción de huérfanos, lo cual resulta cruel para los niños. Niños que nacerán de un muerto, en una forma de filiación que está llamada a causar sufrimiento en los niños así concebidos, aunque resulte de una satisfacción de un deseo de trascendencia de un adulto o de la intención de mantener vivo a quien ya falleció[15]. De esta forma vulnera el derecho a la integridad personal, la obligación de medio de los Estados partes de adoptar medidas tendientes a que el niño pueda ser criado por sus padres biológicos en la medida de lo posible, así como aquellas tendientes a que se asegure el máximo desarrollo bio-psico-social-espiritual del niño (Arts. 7º, 1; 6º ,2; Art. 8, 2; todo lo referido al deber de garantizar la reunión familiar cuando esta fuera posible; 27, inc. 1; 24, etc.).

h) Determinación de la maternidad matrimonial

El capítulo 3 de Determinación de la maternidad es confuso: si anteriormente se reguló la determinación de la filiación por TRA, sería conveniente que de manera simétrica, se regulara la de la maternidad por filiación natural. De este modo se conservarían más prolijamente los capítulos.

Propongo que se reincorpore la ficha de identificación en la regulación de la determinación de la maternidad, sujetando su regulación a las leyes especiales. El Art. 565 quita el requisito de agregar la ficha de identificación del nacido ¿Debe entenderse que queda tácitamente derogada la ley 24.540 y lo dispuesto por los Arts. 32/33 de la ley 26.413? Si así fuera se estaría infringiendo el Art. 7, CDN que indica que "el niño deberá ser registrado inmediatamente después de su nacimiento". Habría además una severa mengua del derecho a la identidad del niño, permitiéndose diversas formas de sustitución de identidad. Por otro lado, la ley 26.061 prescribe una garantía estatal de identificación e inscripción.

Tenemos la impresión de que en el Art. 565 hay un error gramatical: debería decir "excepto que haya sido ella" quien la solicitó; y no "que sea ella", dado que con excepto corresponde el pretérito perfecto del subjuntivo, dado que se trata de una acción que temporalmente antecede a la notificación de la inscripción.

i) Determinación de la filiación matrimonia

En líneas generales, la supresión de las palabras padre y madre, supone un empobrecimiento de la riqueza de las relaciones familiares. Significa uniformar la ley según una regla homonormativa, exiliando la riqueza de la heteroparentalidad del derecho civil.

Se genera ambigüedad con la titulación "filiación", toda vez que con esa designación hay una superposición de estándares. El hijo es hijo tanto de la madre que pare, como de su padre. Ahora bien, si el título es Determinación de la Filiación Matrimonial¸ podría producirse una ambigüedad porque en el caso de la madre que pare se aplicarían ambas reglas: la del Art. 565 (determinación de la maternidad) y la de los Arts. 566 y ss. (determinación de la filiación matrimonial y extramatrimonial). Es verdad que en ocasiones para zanjar ese error se utiliza el circunloquio de "madre que dio a luz" o "la que da a luz" (que sin embargo podría ser la subrogada, que no sería propiamente madre según la regulación propuesta). Con lo cual, la ambigüedad no queda salvada.

Mientras que antes el vínculo entre un varón y su hijo tenía nombre jurídico, y el vínculo entre una mujer y su hijo también lo tenía, la homonormativización de la filiación implica la supresión del nombre jurídico obligando a hacer malabares para designar la relación específica.

Aplicar la presunción de "filiación" a los matrimonios de personas del mismo sexo es un contrasentido que atenta contra el derecho a la identidad del niño. En las XXIII Jornadas Nacionales de

15. MILLÁN, Fernando, "El derecho a procrear en los matrimonios de personas del mismo sexo. Una visión comparada", *Revista de Derecho de Familia y de las Personas* La Ley Septiembre de 2011. pág. 47.

Derecho Civil se propuso una norma con el siguiente texto: "De legeferenda: Se propone una norma que diga que en caso de matrimonio de dos mujeres, el hijo nacido en él será hijo matrimonial de ambas si fuere concebido por fecundación asistida y mediare consentimiento de la otra. " La norma obtuvo solo 11 votos afirmativos y 30 negativos. Por otra parte, se sometió a votación la siguiente recomendación. "De lege lata: A la luz del derecho a la identidad del niño y de las normas civiles vigentes, en caso de que una mujer casada con otra mujer diera a luz un hijo: la filiación se debe considerar extramatrimonial. Por la afirmativa: 29 votos. Por la negativa: 8 votos. En tanto, cuando se sometió a votación la aplicación de las presunciones matrimoniales a los matrimonios entre personas del mismo sexo, el resultado fue abrumador: "De lege lata: No se aplica la presunción de paternidad del Art. 243 CC a la maternidad en los matrimonios de personas del mismo sexo. Aprobada por MAYORÍA: 50 votos. El Art. 243 CC (presunciones de paternidad matrimonial) debe ser entendido como aplicable tanto a las parejas del mismo sexo como a las parejas de distinto sexo, solo en el caso de fecundación asistida. No se aplica la presunción de paternidad del Art. 243 CC a la maternidad en los matrimonios de personas del mismo sexo. MINORÍA: 15 votos." Todo lo cual demuestra la falta de consenso científico sobre la solución propuesta por el Código Civil proyectado. Sin contar que es incongruente con la teoría de las presunciones, que se apoyan en lo que normalmente sucede (normal como factible o frecuente).

Las presunciones matrimoniales se han basado históricamente en la factibilidad de que marido y mujer concibieran un hijo, en virtud de la cohabitación y la fidelidad. Suprimidos estos deberes matrimoniales, la presunción carece de fundamento in re. Más aún, a partir de la ley 26.618 la procreación y educación de los hijos probablemente haya dejado de ser un fin teórico del matrimonio, toda vez que del matrimonio mismo, concebido como neutral de género, no puede deducirse siquiera la potencialidad procreativa. (Es ocioso aclarar en este ámbito que la potencialidad procreativa no significa tener hijos efectivamente, sino la aptitud en abstracto de los contrayentes de que –removidos todos los obstáculos, inclusive de disfuncionalidad fisiológica– de concebir entre sí por el signo de la donación mutua física).

No tiene asidero fáctico y por ello es un contrasentido afirmar que dos hombres o dos mujeres pueden concebir entre sí un hijo, porque siempre necesitarán de un tercero que aporte gametos de diverso sexo.

No es posible sustentar una posición como la propuesta, sin agraviar profundamente las bases del derecho civil y procesal. El niño así emplazado será privado de una dimensión de su identidad, pudiendo accionar contra el Estado por el agravio ocasionado.

No hay proporcionalidad entre las aptitudes de los cónyuges y la concepción de un hijo. Si se toma a los cónyuges como neutrales de género, considerando que pueden ser dos varones o dos mujeres, y de esa forma se define el matrimonio, esos contrayentes abstractos no pueden entre sí, concebir. De allí que lógicamente y ontológicamente sea imposible deducir una presunción de esos cónyuges en abstracto. La presunción se transforma así en un enunciado dogmático y arbitrario.

En última instancia, fenoménicamente, el Código proyectado, con esa norma, no está creando una presunción, sino atribuyendo una filiación dogmáticamente. Sería preferible atribuir de esa forma a afirmar que se trata de una imposible presunción. Sería preferible derogar las presunciones para todos, antes de que en el derecho argentino hubiera una noción de presunción que demostrara un error de comprensión sobre el significado jurídico de las presunciones legales.

En el caso de matrimonios de personas del mismo sexo, el emplazamiento será ficticio ministerio legis, sin que pese una obligación de los progenitores de informar al niño sobre este emplazamiento ficticio (sobre la discordancia necesaria entre la filiación legal y la biológica).

En el Art. 569, en dónde dice "Formas de determinación", sería más exacto titular "Prueba de la filiación", ya que la forma de la determinación está establecida en los artículos anteriores y en la regulación de la filiación.

j) Derechos de los niños concebidos en el seno de relaciones homoparentales

Con la actual regulación sobre las presunciones matrimoniales, en el caso de matrimonios de personas del mismo sexo, el emplazamiento será ficticio ministerio legis, sin que pese una obligación de los progenitores de informar al niño sobre este emplazamiento ficticio (sobre la discordancia necesaria entre la filiación legal y la biológica).

El nuevo Art. 578 prevé que el hijo pueda impugnar la paternidad o maternidad matrimonial ("Ninguna persona podrá tener más de DOS (2) vínculos filiales, independientemente del sexo de los progenitores. Si se reclama una filiación que importa dejar sin efecto una anteriormente establecida, debe previa y simultáneamente ejercerse la correspondiente acción de impugnación.").

Sin embargo, toda vez que no hay deber de informar la discordancia entre filiación por ministerio legis (por presunciones) y la filiación biológica del niño, en muchos casos este no podrá ejercer su derecho.

En el frecuente caso de que la filiación matrimonial en un matrimonio entre personas del mismo sexo provenga del recurso a las TRA por donación de gametos, los niños perderían el derecho del emplazamiento biológico acorde con su realidad, porque quedan excluidos de las acciones de filiación.

Nótese que esto sucedería aun en el frecuente caso en que las parejas de mujeres que practican el lesbianismo recurren a un amigo que practica la homosexualidad o un amigo heterosexual para la donación de gametos masculinos, siendo que en ese caso el donante no es anónimo.

k) Restricción de los derechos de los niños concebidos por TRA heterólogas respecto de los concebidos por filiación natural

Los niños concebidos por filiación natural tendrán acción para conocer a su padre biológico. A los niños concebidos por fecundación heteróloga se les negará ese derecho. Se crearán dos categorías de hijos fundada en la modalidad concepcional utilizada por los padres. Esto surge del Art. 575 in fine, que otra vez refiriéndose al "material genético" dice: "cuando en el proceso reproductivo se utilice material genético de terceros, no se genera vínculo jurídico alguno con estos, excepto a los fines de los impedimentos matrimoniales en los mismos términos que la adopción plena".

En el mismo sentido, el Art. 577 limita el derecho a accionar por el emplazamiento familiar conforme a la verdad biológica a los hijos concebidos por TRA. La voluntad de los padres es causa de la supresión del derecho de los hijos al acceso a su realidad biológica. Esto se limita en casi todos los casos de "acciones de filiación", salvo en la negación de paternidad, que es una acción que no se confiere al hijo.

El último inciso del Art. 577 hace referencia al derecho de acceder a la información, no obstante no resulta aplicable porque se refiere a un registro de donantes de gametos que aún no se ha creado.

La regulación actual habilita el incesto entre hermanos unilaterales, y más raramente, bilaterales. La regulación actual admitiría los incestos entre personas concebidas con donación de gametos. No todas las personas son conscientes del modo de su concepción. Sería posible que algunas de ellas, concebidas por donantes anónimos tuvieran progenitores comunes, o incluso que se contrajeran nupcias con el propio donante anónimo de gametos. Para evitar esto, debería instaurarse además un mecanismo de control antes de la celebración de cada matrimonio si uno de sus contrayentes fue concebido por fecundación *in vitro* heteróloga, para excluir los casos de matrimonio de medio hermanos o incluso entre los progenitores por donación de esperma y sus hijos (que aunque no lo diga la ley, en la realidad, configurarían un matrimonio prohibido por razones de prohibición del incesto.

Obviamente, que según nuestro criterio debería prohibirse la fecundación heteróloga. No obstante, de regularse, sería necesario poder detectar los casos de fecundación heteróloga antes del casamiento, como no existen registros ni deber de informar de los progenitores, a fin de evitar los incestos sería necesario (siempre gracias a la incorporación de la fecundación heteróloga en el de-

recho argentino), crear un registro de nacidos por donación de gametos de terceros, que fuera consultable automáticamente por el registro civil en todos los matrimonios, aun a falta de pedido de los contrayentes, ya que, como no existe deber de información como en el caso de la adopción, respecto del origen genético, podría suceder que una persona no conociera la forma de su concepción y por lo tanto no pudiera informarla al oficial público. De esta manera, se prevendría sanitariamente las consecuencias del incesto, pero se violaría la privacidad e intimidad de todos los argentinos que dispusieran contraer nupcias.

Aun así, no podría prevenirse el caso de incesto de las personas que mantuvieran de hecho relaciones románticas, o incluso concibieran fuera de la esfera de control que posibilita el matrimonio. Respecto de ellas no podría ejercerse el control que se ejerce en torno al matrimonio.

De este modo, se viola el derecho a la intimidad, pero se protege un fin sanitario y relativo al bien común, como lo es la prevención del incesto.

Claro está que el incesto puede suceder también en la filiación natural, pero por lo menos en esos casos la ley organiza un sistema de prevención por la veracidad biológica. En cambio, en los casos de fecundación heteróloga, el vínculo biológico no tiene publicidad.

En todo caso, se vuelve a demostrar el carácter nocivo de la incorporación de la fecundación heteróloga. Seguimos pensando, que como ha sucedido en el caso italiano, no debe incorporarse al derecho argentino, porque solo produce desatinos y riesgos.

l) Prueba genética posmortem

El tipo legal se construye sobre la base de un padre joven que muere antes que los abuelos del niño. No obstante, el caso más polémico y frecuente es el del progenitor que muere con avanzada edad (y por lo tanto los abuelos ya no existen).

m) Presunción de los convivientes

Cómo el término convivir resulta ambiguo en el nuevo Código Civil, es difícil saber su extensión, considerando que bajo el giro uniones convivenciales no se exige la cohabitación ni la fidelidad y en cambio basta el afecto y un proyecto común de vida.

Ni el afecto ni un proyecto común de vida son suficientes para habilitar una presunción de que esas personas procrearán.

n) Impugnación de la maternidad

Se quita la legitimación de los herederos del marido (Art. 588), que suponemos quedarán subsumidos en los terceros que tengan interés legítimo. Ahora bien, caben dudas de que los herederos del marido puedan ser considerados, estrictamente hablando, como terceros. Con lo cual, los herederos podrían quedar sin acción.

Se amplían los supuestos en los que la madre puede impugnar su propia maternidad, ya que antes quedaba limitada a la alegación de sustitución o incertidumbre sobre la identidad de su hijo, y ahora ya no será necesario.

Toda ampliación de los supuestos de impugnación, lógicamente debilita la fragiliza el estado de familia del hijo.

El segundo párrafo del Art. 588, se prevé una limitación temporal para la impugnación de la madre, que sin embargo no es seguro que no se preste al fraude, toda vez que el cómputo de los plazos podría comenzar "desde que se conoció la sustitución o incertidumbre" generando una ventana indefinida de tiempo.

ñ) Las denominadas "acciones de filiación"

En el Art. 589 se regula lo que antes se conocía como impugnación de la paternidad del marido, que repite en más o en menos el texto del antiguo art. 258, con la diferencia de que ya no es el padre el que tiene la acción, sino "el o la cónyuge de quien da a luz".

La legitimación activa se ensancha considerablemente. Si hasta ahora podían impugnar la paternidad del marido el mismo marido y el hijo, con la limitación de un año desde la inscripción del nacimiento (salvo que pruebe que no tuvo conocimiento del parto) en el caso del marido y los herederos del marido si el deceso se produjo antes de transcurrir el término de caducidad (caso en el cual el plazo caduca cuando hubiera caducado el plazo del marido); *ahora la acción puede ser intentada por el mismo cónyuge, por el hijo, por la madre y por cualquier tercero que invoque interés legítimo*.

Se ven afectados no solo la estabilidad del estado de familia del hijo, sino también su derecho a la privacidad del padre y del hijo, ya que cualquier tercero interesado puede contestar su estado. El plazo también se amplía por un año más: el plazo actual de caducidad son dos años, salvo en el caso del hijo que puede iniciar la acción en cualquier tiempo.

Se amplía también el plazo de caducidad de la acción de negación de la filiación de un año a dos años (Art. 591, que debe compararse con el actual Art. 260).

La nueva maximización de la legitimación activa de la impugnación preventiva de la filiación fragiliza los derechos a la intimidad y privacidad familiar; así como el estado de familia del hijo. La impugnación preventiva de la filiación, contenida en el antiguo Art. 258 se desplaza al Art. 592. Creemos que debe haber un error, porque mientras que la impugnación preventiva correspondía al marido, ahora corresponde a la madre y a cualquier tercero que invoque un interés legítimo. Tal amplitud en la legitimación activa fragiliza el derecho a la estabilidad y al emplazamiento privilegiado en el matrimonio, siempre y cuando se entienda que el emplazamiento matrimonial sigue suponiendo socialmente una ventaja (según los estudios comparados, el matrimonio es el medio óptimo para el crecimiento del niño, sobre todo si perdura; no obstante, ese matrimonio no es el que perfila la regulación proyectada del Código Civil).

El padre podría quedar excluido de la acción de impugnación de reconocimiento. La acción de impugnación del reconocimiento está contenida en el Art. 593 y tal vez modifique la legitimación activa del Art. 263. Si el art. 263 legitimaba a los propios hijos y a "quienes tengan interés en hacerlo" (dejando abierta la pregunta si el padre reconociente ingresaba a dicha categoría); *ahora la redacción pareciera excluir al padre reconociente, toda vez que confiere la acción a "terceros que invoquen un interés legítimo". De esta forma, el padre podría quedar excluido explícitamente de la legitimación.*

o) Espectro de acciones para los hijos concebidos por TRA

Específicamente el Código proyectado excluye del acceso a varias acciones de filiación a los hijos concebidos por TRA cuando haya mediado consentimiento informado y libre de los padres, con independencia del "material genético" empleado.

La voluntad de los padres (el consentimiento) sería suficiente para bloquear el emplazamiento filial concordante con la realidad biológica para esos niños.

Así quedan excluidos de:

- La acción de impugnación de maternidad, que en cambio sí se garantiza a los niños concebidos por vía natural
- La impugnación preventiva de la filiación, y,
- La impugnación del reconocimiento.

En todos estos casos, los redactores han incluido específicamente al pie del artículo mencionado una fórmula que reza como sigue: "Esta disposición no se aplica en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida cuando haya mediado consentimiento informado y libre con independencia de quienes aportaron el material genético."

Hay sin embargo una acción en la que esta fórmula no figura, lo que hace presumir que tal vez en este caso, el esposo o la esposa de la mujer que da a luz podría intentar la acción. Recordemos que la acción de negación procede solo en el caso del niño nacido dentro de los 180 días siguientes a la celebración del matrimonio, por lo que tendría que tratarse de una fecundación *in vitro* previa al matrimonio. Sospechamos, empero, que debe tratarse de un error de los redactores.

Si fuera un error de los redactores, sería preferible en lugar de repetir la fórmula en el párrafo final de cada acción, agregar una advertencia general al principio.

LA VOLUNTAD PROCREATIVA COMO CAUSA FUENTE DE FILIACIÓN[1].

Verónica Polverini

El nacimiento de Louise Brown en Oldham, el 25 de julio de 1978, abrió el camino a nuevas formas de concebir la vida y los nacimientos. La primera "bebé probeta" ya no pudo ser incluida en los estándares normativos de la época en materia de filiación y, tras más de tres décadas, la Argentina sigue sin dar marco legal a las variadas prácticas de laboratorio para engendrar niños.

Por ello resulta prudente que el legislador nacional se ocupe de normativizar lo que ya es una realidad social, pues muchos niños argentinos nacen diariamente fruto de las llamadas "técnicas de reproducción humana asistida" y merecen, sin distinción alguna, que sus derechos a la vida y a la identidad gocen de igual defensa que los de cualquier otro niño.

El proyectado Título V sobre "Filiación", del Libro Segundo sobre "Relaciones de Familia", que reproduce en parte el vigente Título II, Sección Segunda, Libro Primero, del Código Civil, pretende mantener algunas de las bases actuales, incorporar reglas específicas "relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida" y amalgamar todo el título con la desaparición de los criterios clásicos de maternidad y paternidad[2].

La subsistencia de normas pensadas para determinar quién es madre y quién es padre de un niño, utilizadas para establecer dobles maternidades o paternidades, y yuxtapuestas con la preeminencia de la "voluntad procreacional" como fundamento de determinación de los vínculos filiatorios en algunos supuestos, parece no solo un entramado complejo sino de difícil interpretación armónica.

Reaparecen entonces categorías de hijos con derechos diferenciados, que nos recuerdan a aquellas del Derecho Romano que creíamos superadas hace tiempo. Ya no son los *liberijusti* (hijos legítimos o justos) y los *spurii* o *vulgo concepti* (concebidos del vulgo), sino los nacidos "por naturaleza" y "por técnicas de reproducción humana asistida", quedando los segundos sujetos a las voluntades y consentimientos adultos para ser titulares de derechos.

"¿Quieres que esto se repita una e innumerables veces?", pregunta Nietzsche en *La gaya ciencia*, y ante nosotros parece realizarse aquello que los filósofos han llamado el eterno retorno. Bajo nuevas formas volvemos a distinguir los derechos de nuestros hijos y desandamos el largo camino recorrido hacia la igualdad. Olvidamos la jerarquización en categorías tomadas de la tradición romano-hispánica (hijos legítimos, naturales, y adulterinos, incestuosos o sacrílegos), las tímidas morigeraciones en aspectos hereditarios y de alimentos que hizo el mismo Vélez, y los avances legislativos de 1954 y 1985.

1. Por Verónica Polverini, de su artículo publicado en EDFA del mes de mayo de 2012.

2. Esta cuestión ha sido tratada en el artículo de Jorge Nicolás Lafferriere, *Visión crítica del Proyecto de reforma del Código Civil sobre filiación*, Revista de Derecho de Familia y de las Personas, La Ley, enero-febrero 2012, año IV, nº 1, págs. 43/47.

Pero más grave aún es el olvido de los pasos dados con la incorporación de normas constitucionales que impiden cualquier tipo de discriminación entre los hijos: el art. 25.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), el art. 24.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), el art. 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), el art. 17.5 del Pacto de San José de Costa Rica (1969) y, con total claridad, el art. 2.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989).

Sentado lo dicho, y bajo estas premisas, intentaremos analizar los artículos proyectados, su impacto sobre el derecho vigente y su constitucionalidad. En artículo separado de este mismo número serán analizadas las acciones de filiación, por lo que centraremos el análisis en los primeros capítulos del título.

A) Capítulo 1: Disposiciones generales (actual Capítulo I de igual título)

Tres "fuentes" de la filiación

El art. 558 del proyecto, que encabeza el Capítulo 1 sobre "Disposiciones generales" en sustitución del actual art. 240, introduce un concepto novedoso, no para el derecho en general, pero sí para regular la filiación: el de "fuentes".

La definición de fuente como "principio, fundamento u origen de algo" (octava acepción en el diccionario de la RAE), habitualmente usada en el derecho, difiere de la expresión "tener lugar por", que es la del texto vigente y que se mantiene en el cuerpo del proyecto aunque con la singular adenda del título.

La locución verbal "tener lugar" se refiere a "ocurrir, suceder, efectuarse" (RAE) y no estrictamente a "fuente". Pareciera que, pese a mantenerse la enunciación de igualdad en los efectos de todo tipo de filiación, la idea de "origen" pasara a cobrar un lugar determinante para la titularidad de algunos derechos, lo que así se corrobora en la lectura de las subsiguientes normas proyectadas.

Si bien la redacción del artículo es casi idéntica a su precedente en vigor, agrega, como ya señalamos, el título "fuentes de la filiación", e intercala "mediante técnicas de reproducción asistida".

Recordemos el texto del art. 240: "La filiación puede tener lugar por naturaleza o por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial o extramatrimonial. La filiación matrimonial y la extramatrimonial, así como la adoptiva plena, surten los mismos efectos conforme a las disposiciones de este Código".

Veamos ahora el proyecto: "Fuentes de la filiación. La filiación puede tener lugar por naturaleza, *mediante técnicas de reproducción humana asistida*, o por adopción. La filiación por naturaleza *y por técnicas de reproducción humana asistida* pueden ser matrimonial o extramatrimonial. La filiación *por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida* matrimonial y extramatrimonial, así como la adoptiva plena, surten los mismos efectos conforme a las disposiciones de este Código".

Máximo de dos vínculos filiales

Quizás el añadido más destacable sea el párrafo final del art. 558, que establece que "Ninguna persona puede tener más de dos (2) vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación". Es decir que, según la normativa proyectada, un niño puede tener una madre y un padre, dos madres, o dos padres, pero no más. Quizás no se haya advertido que en los casos de adopción simple, figura que se mantiene en el proyecto, pueden existir hasta cuatro vínculos filiatorios.

Es interesante el análisis de esta norma en relación con el ejercicio de acciones de filiación, pues pareciera abrirse la posibilidad de que el desplazamiento de una madre permita el emplazamiento de un padre, y viceversa.

Certificado de nacimiento

Bajo el número 559 se establece la obligación del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de expedir únicamente "certificados de nacimiento que sean redactados en forma tal que de ellos no resulte si la persona ha nacido o no durante el matrimonio, por técnicas de reproducción humana asistida, o ha sido adoptada".

Se reproduce así, con acierto, el criterio sentado por art. 241 del cód. civil.

B) Capítulo 2: Reglas relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida (incorporado por el proyecto)

Voluntad procreacional

Este capítulo, verdadera novedad intercalada en el orden del articulado vigente, regula la filiación que no es llamada "por naturaleza" ni por "adopción", y que involucra el uso de prácticas científicas desarrolladas para asistir la reproducción humana.

En el sistema actual, las formas de determinación de la filiación que tiene lugar "por naturaleza", sea matrimonial o extramatrimonial, y las presunciones vigentes, descansan sobre el sustrato biológico: un niño es hijo de la madre que lo pare y del padre que lo ha engendrado en matrimonio, de aquel que lo reconoce como tal fuera de él, o de aquel cuya paternidad es probada en juicio. En todos los casos, las personas establecidas como progenitores son realmente quienes han procreado –o al menos existe la posibilidad fáctica de que "por naturaleza" así haya sucedido–. Se limita la voluntad de los adultos a la participación en el acto reproductivo que desencadena el proceso de gestación del hijo y este siempre tiene acción para establecer su verdadera identidad, sea que la filiación no haya quedado establecida o que haya habido falsedad en su determinación.

Las proyectadas "reglas relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida" introducen un concepto sustancialmente distinto, que coexistiría –en alguna medida– con los estándares vigentes. Debe tenerse presente que la regulación propuesta se reconoce insuficiente, pues el texto en seis oportunidades remite a una "ley especial", cuyo contenido ignoramos si ha sido previsto por la misma comisión que elaboró el proyecto.

La voluntad de los adultos, y no la identidad de los niños, pasa a ser el eje para determinar maternidades y paternidades bajo la forma de un consentimiento informado que debe ser protocolizado ante escribano público, y que además resulta revocable.

Así lo establece el art. 560 del proyecto: "El centro de salud interviniente debe recabar el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten al uso de las técnicas de reproducción humana asistida. Este consentimiento debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones. La instrumentación de dicho consentimiento debe contener los requisitos previstos en las disposiciones especiales, para su posterior protocolización ante escribano público. El consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la mujer, o la implantación del embrión en ella".

El artículo subsiguiente, titulado "voluntad procreacional", establece que "los hijos nacidos de una mujer por las técnicas de reproducción humana asistida son también hijos del hombre o de la mujer que ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos del artículo anterior, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos".

Una primera pregunta asoma cuando pensamos en casos donde, por mero error humano, por falta de notificación del acto revocatorio, y aun por ardides o engaños, la concepción intrauterina asistida o la transferencia o implantación del embrión cuando se lo ha creado fuera del útero, se producen luego de que el consentimiento informado del no gestante haya sido revocado tras su otorgamiento. ¿Tiene el hijo derecho a reclamar esa filiación? Y si no es esa, ¿puede exigir la de quien ha

aportado los gametos? ¿Y si quien aportó los gametos es la misma persona que *a posteriori* revocó su consentimiento?

Pareciera ser, a tenor de los capítulos del proyecto referidos a acciones de filiación, que la respuesta a los anteriores interrogantes es triplemente negativa. Si, en un caso extremo, la madre de ese niño muriera en el parto, a diferencia del nacido sin uso de esas técnicas, no habría otro progenitor a quien reclamar su estado de hijo. Tendríamos entonces un regreso a la discriminación de niños que por su origen estaban impedidos de reclamar su filiación.

Recuerda esto a la injusta situación de los durante siglos llamados hijos "adulterinos", "incestuosos" o "sacrílegos", que carecían del derecho a exigir su filiación por la ilicitud de las circunstancias de la concepción que habían protagonizado sus padres. Este retorno a que los hijos soporten con la merma de sus derechos la consecuencia de los actos de los padres no parece un avance en el devenir de la ley hacia un ideal de justicia.

Gestación por sustitución

Otra novedad es la incorporación de la "gestación por sustitución", comúnmente llamada "maternidad subrogada", en el art. 562. En estos supuestos cae el viejo aforismo romano "*mater… quia semper certa est*"[3], pues madre y padre, o madres y padres, pasan a ser –según el proyecto– los "comitentes", es decir los que dan a otro una "comisión mercantil" o "ceden sus funciones a otra persona, poniendo a su cargo y cuidado algún negocio", a tenor de las acepciones actuales de la RAE.

En este caso, sería comisionado o encargado –entiendo que sin sentido comercial– nada menos que el proceso de gestación de un niño, a una mujer que da a luz sin ser madre. Incluso es posible que solo se establezca la filiación respecto de uno o dos padres, y no tendría posibilidad el hijo de accionar para obtener el emplazamiento filial materno. Aparece así, inauditamente, el caso de hijos sin madre.

Como en el supuesto anterior, se exige el "consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución" pero con el recaudo de homologación judicial previa a la transferencia embrionaria. Esta homologación solo será procedente si se observan los siguientes recaudos establecidos en el proyecto:

a) se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer;
b) la gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica;
c) al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos;
d) el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término;
e) la gestante no ha aportado sus gametos;
f) la gestante no ha recibido retribución;
g) la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de dos (2) veces;
h) la gestante ha dado a luz, al menos, un (1) hijo propio.

La coexistencia de los requisitos impuestos en los puntos f) y g) pareciera tener por finalidad evitar el carácter comercial del contrato. Sabemos que controlar la existencia de pago, muchas veces encubierto, y aun la existencia de habitualidad en los actos, pues no se prevé registro público de la identidad de la gestante, es en la práctica casi imposible.

Sigue sin resolverse el interrogante ya planteado de "revocación del consentimiento", que en este caso involucra no solo a los "comitentes" sino también a la gestante. Si es ella quien retrotrae su voluntad durante el embarazo, ¿puede imponérsele la entrega del niño tras el parto? El requisito del punto h) no alcanza para enervar esta posibilidad, ni la resuelve.

3. Paulo (D.2.4.5).

En cambio, se regula especialmente el supuesto de falta de autorización judicial previa, en el que el vínculo se determinaría "por las reglas de la filiación por naturaleza": sería madre la parturienta más allá del aporte del óvulo por otra mujer, mientras queda un velo de duda sobre la paternidad, que no se regiría por el principio de la "voluntad procreacional", establecido en general para las técnicas de reproducción asistida, sino por el aporte genético masculino. Pero ello choca con otras normas (arts. 575 y 577) que disponen la inadmisibilidad del ejercicio de acción de filiación justamente contra quien haya aportado los gametos. ¿Querrá esto decir que el niño pierde el derecho constitucional que le asiste a tenor del art. 7º de la Convención sobre los Derechos del Niño?

Si esta norma de "inadmisibilidad de la demanda" se reputara válida, para lo cual debería pasar por un tamiz de constitucionalidad, una vez más la ley inhibiría a un niño, cuya maternidad quedaría probada por el parto, de buscar su identidad en cualquier otro reclamo filiatorio.

Filiación posmortem

En un orden no del todo claro, el art. 563 retoma la regulación general en materia de técnicas de reproducción humana asistidas en las que la mujer que pare es la madre, es decir, no hay "gestación por sustitución". Este artículo dispone que "en caso de muerte del o la cónyuge o conviviente de la mujer que da a luz, no hay vínculo filial entre la persona nacida del uso de las técnicas de reproducción humana asistida y la persona fallecida si la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella no se había producido antes del fallecimiento".

Solo se establecen dos excepciones en las cuales quedaría establecida la segunda filiación:

1. la persona consiente en el documento previsto en el art. 560 o en un testamento que sus gametos o embriones producidos con sus gametos sean transferidos en la mujer después de su fallecimiento.
2. la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella se produce dentro del año siguiente al deceso.

Como consecuencia de esta norma, y de las posibilidades científicas de que un niño sea engendrado tiempo después de la muerte de su progenitor, se reitera la limitación para el hijo con filiación materna que no podría accionar reclamando la segunda filiación. Ello, en cambio, no sucede cuando la filiación es establecida "por naturaleza", pues el hijo puede entablar la acción contra los herederos del progenitor fallecido en todo tiempo.

Por otra parte, advertimos que nada se dice sobre la muerte de uno o ambos "comitentes" en la gestación por sustitución. Paradojalmente, en un proceso en que intervienen dos, tres y aun cuatro voluntades adultas en el acto procreacional, el hijo no tendría por madre a quien lo pare, jamás conocería a los sindicados como padres por contrato, y tampoco podría accionar reclamando su filiación respecto de quien haya efectuado el aporte genético.

Derecho a la información

Finalmente, el art. 564 del capítulo 2 establece el "derecho a la información en las técnicas de reproducción asistida". Este derecho, que reconocemos importante en sí mismo, no puede sustituir, como paliativo, el derecho a la identidad y al reconocimiento del estado de hijo del que debe gozar todo niño.

Dice el proyecto: "La información relativa a que la persona ha nacido por el uso de técnicas de reproducción humana asistida con gametos de un tercero debe constar en el correspondiente legajo base para la inscripción del nacimiento".

Y a continuación establece que la revelación de la identidad del donante solo procede "por razones debidamente fundadas, evaluadas por la autoridad judicial por el procedimiento más breve que prevea la ley local" y la información relativa a datos médicos del donante puede obtenerse del centro de salud interviniente "cuando hay riesgo para la salud".

Difícil es saber si los criterios dominantes juzgarán razones debidamente fundadas, la búsqueda de hermanos, abuelos u otros parientes o, en definitiva, el conocimiento del propio origen, derecho que siempre está abierto para los hijos nacidos "por naturaleza" y aun en los casos de filiación establecida "por adopción".

Nada se dice respecto del acceso a la información sobre la identidad de la mujer que lleva adelante el embarazo en el caso de maternidad subrogada, cuestión de evidente interés para el hijo.

C) Capítulo 3: Determinación de la maternidad

El principio de establecimiento de la maternidad por "la prueba del nacimiento y la identidad del nacido", incorporado por el art. 242 del cód. civil en la reforma de 1985, es mantenido en general en el proyecto pero con algunas modificaciones.

En primer lugar, a tenor del proyectado art. 565, esta forma de determinación solo regiría "en la filiación por naturaleza".

El certificado para realizar la inscripción no es solamente "del médico u obstétrica que haya atendido el parto" sino que también puede ser del "agente de salud si correspondiere".

Además se elimina la referencia a la vigencia del principio "aun sin reconocimiento expreso", pues este ya no es previsto como posible forma de determinación de la maternidad.

En caso de parto ocurrido sin atención sanitaria, el proyecto directamente remite "a las disposiciones contenidas en los ordenamientos relativos al registro del estado civil y capacidad de las personas". Esta técnica de remisión a normas locales de inferior jerarquía no parece adecuada para un Código Civil, pues debe ser este el que imponga las soluciones de fondo que cada provincia reglamentará en sus registros civiles, y no a la inversa. La opción legislativa de "ley en blanco" no es adecuada en materia tan sensible, íntimamente relacionada con el art. 7º de la Convención sobre los Derechos del Niño y con el art. 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Finalmente, el requisito de notificación de la inscripción a la madre se exceptúa si ella es quien lo solicita o si quien denuncia el nacimiento es su cónyuge.

D) Determinación de la filiación matrimonial

Presunción de filiación matrimonial

El Código Civil vigente establece la unicidad en las formas de determinación de la maternidad, sea el hijo matrimonial o extramatrimonial. De este modo, probado el parto o efectuado el reconocimiento materno, solo resta determinar la paternidad, para lo cual sí rigen distinciones según exista o no matrimonio.

En el proyecto, a la par que varían las formas de establecer quién es madre, desaparece el binomio madre-padre y por lo tanto, establecida la maternidad, la otra filiación puede ser de varón o mujer.

Lo que llama la atención es que se mantengan presunciones fundadas en este binomio, es decir en la posibilidad de que "por naturaleza" la concepción se haya producido con la participación de los progenitores presuntos.

El art. 243 actual, que sienta la presunción de paternidad del marido respecto de los hijos nacidos "después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a su disolución, anulación o la separación personal o de hecho de los esposos", es reemplazado en el proyecto por el

art. 566, referido no ya a la presunción de paternidad sino a la de "filiación". Según el nuevo artículo, determinada la maternidad de un niño, se presume la paternidad del marido o, en caso de matrimonio de dos mujeres, una segunda maternidad de la esposa de la parturienta.

Es curioso, entonces, que en la ampliación de la presunción a los hijos "del o la cónyuge", continúe rigiendo el plazo de trescientos días "posteriores a la interposición de la demanda de divorcio o nulidad del matrimonio, de la separación de hecho, de la muerte o presunción de fallecimiento". En efecto, este plazo se vincula a la duración máxima de un embarazo. Recordemos que la presunción de paternidad matrimonial –traída del Derecho Romano y basada en datos médicos de Hipócrates– siempre fue *iuris tantum*, de modo que desde aquellos tiempos se admitió prueba en contrario cuando por ausencia o enfermedad del marido hubiese sido imposible la cohabitación en la época de la concepción.

Ante la imposibilidad fáctica de dos mujeres de concebir, carece de real sentido que estos plazos rijan porque en nada influye la existencia o no de cohabitación. Pareciera que en todo caso lo que se presume es la "voluntad procreacional" del cónyuge dentro del matrimonio y no la filiación en sí misma. Máxime si tenemos en cuenta que esta norma se aplica a los supuestos de nacimientos "por naturaleza", donde necesariamente interviene un varón. Por lo tanto, la vigencia de la presunción "excepto prueba en contrario", que también se mantiene en el proyecto, no cuadra en el caso de matrimonio de dos mujeres donde siempre existe esa prueba por la identidad misma de las cónyuges.

Pensemos en eventuales acciones de "impugnación de la filiación presumida por ley" –el proyecto da legitimación al hijo y legitima a terceros que invoquen interés legítimo (art. 593)– que prosperarían siempre en caso de matrimonios de dos mujeres, pues nunca en la filiación "por naturaleza" puede existir nexo biológico respecto de ambas.

Como ya advertimos, el proyecto no permite esta acción –y tampoco otras– al hijo nacido mediante técnicas de reproducción asistida, puesto que su estado de familia depende de voluntades y consentimientos adultos. En los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida, la presunción del art. 566 rige siempre que él o la cónyuge haya prestado el correspondiente consentimiento previo, informado y libre según lo dispuesto en el Capítulo 2 de este Título. En este supuesto, la presunción del artículo 566 "no rige en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida si el o la cónyuge no prestó el correspondiente consentimiento previo, informado y libre según lo dispuesto en el Capítulo 2 de este Título".

También es curioso que la presunción deje de regir cuando no existió consentimiento informado del marido o la esposa para la práctica científica, aunque el nacimiento se produzca dentro del matrimonio, e incluso si el marido fue quien aportó los gametos. Y por lo contrario, que la misma presunción continúe vigente en caso de evidente adulterio, como sería un embarazo en el marco del matrimonio de dos mujeres cuando no existió consentimiento de la cónyuge para el acto sexual de su pareja con un tercero.

Separación de hecho

En el art. 567 proyectado se mantiene la previsión del art. 245 que dispone la inscripción del nacido como hijo de los cónyuges –aun en caso de separación– si concurre el consentimiento de ambos.

La norma se extiende a los supuestos de uso de técnicas de reproducción humana asistida, en cuyo caso, "y con independencia de quién aportó los gametos, se debe haber cumplido además con el consentimiento previo, informado y libre".

Matrimonios sucesivos

Esta situación es normada por el art. 568, que sostiene iguales lineamientos que los del art. 244 vigente.

En caso de matrimonios sucesivos de la "mujer que da a luz (ya no dice madre) se presume que el hijo nacido dentro de los trescientos días de la disolución o anulación del primero y dentro de los ciento ochenta días de la celebración del segundo tiene vínculo filial (ya no dice padre) con el primer cónyuge; y que el nacido dentro de los trescientos días de la disolución o anulación del primero y después de los ciento ochenta días de la celebración del segundo tiene vínculo filial con el segundo cónyuge (ya no dice marido)".

Otra vez se mantienen plazos vinculados a las presuntas duraciones mínimas y máximas de un embarazo, y se reitera que "estas presunciones admiten prueba en contrario". No queda claro a qué tipo de prueba puede referirse en caso de matrimonio de dos mujeres, donde en supuestos de filiación "por naturaleza" evidentemente no puede existir vínculo biológico entre el niño y la esposa de la madre.

Prueba de la filiación matrimonial

Se mantienen las dos formas de determinación legal de la filiación matrimonial previstas por el art. 246 (por inscripción del nacimiento con prueba del matrimonio y por sentencia firme en juicio), y se añade en el art. 569 del proyecto una tercera variante: "por el consentimiento previo, informado y libre debidamente inscripto en el Registro Civil del Estado y Capacidad de las Personas" para los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida.

E) Determinación de la filiación extramatrimonial

Principio general

En los casos de hijos extramatrimoniales, el art. 570 agrega a la determinación por reconocimiento o por sentencia en juicio de filiación (art. 147, cód. civil), la que nace del "consentimiento previo, informado y libre al uso de las técnicas de reproducción humana asistida" que pueden otorgar hombre o mujer.

Vuelve a eliminarse la referencia a "paternidad" para su reemplazo por la expresión genérica de filiación extramatrimonial. Esta amplitud podría llevar a concluir la admisión del reconocimiento del hijo por otra mujer distinta de la parturienta. Si bien este criterio resulta congruente con la vigencia de presunciones de filiación en matrimonios de dos mujeres, parece negado en el artículo siguiente que retoma la figura paterna.

Formas del reconocimiento

Extrañamente, en materia de reconocimiento se pivota sobre la tradicional idea de "paternidad", lo que parece contradictorio con los lineamientos generales del proyecto y lo sostenido en el artículo anterior que habla de "filiación" en sentido amplio. Sin embargo, por ser esta lo norma específica que regula el reconocimiento de hijos, puede interpretarse que este no es admitido para la determinación de la maternidad en ningún caso.

El art. 571 reproduce sin modificaciones las tres posibilidades previstas por el art. 248 del cód. civil: a) declaración formulada ante el oficial del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas en oportunidad de inscribirse el nacimiento o posteriormente; b) declaración realizada en instrumento público o privado debidamente reconocido; y c) disposiciones contenidas en actos de última voluntad, aunque el reconocimiento se efectúe en forma incidental.

Lo que elimina el proyecto es la aplicación de estas norma a la madre "cuando no hubiera tenido lugar la inscripción prevista en el art. 242" (actual art. 248 *in fine*).

Notificación del reconocimiento

El Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas "debe notificar el reconocimiento a la madre y al hijo o su representante legal", que en general es la misma madre (art. 572 proyectado).

Caracteres del reconocimiento

Según el art. 573 el reconocimiento sigue siendo "irrevocable, no puede sujetarse a modalidades que alteren sus consecuencias legales, ni requiere aceptación del hijo". Además si se realiza respecto del hijo ya fallecido "no atribuye derechos en su sucesión a quien lo formula, ni a los demás ascendientes de su rama, excepto que haya habido posesión de estado de hijo". Esta última excepción es la única diferencia con el art. 249 vigente.

Reconocimiento del hijo por nacer

Se prevé expresamente en este capítulo la posibilidad de reconocimiento del hijo por nacer, "quedando sujeto al nacimiento con vida" (art. 574).

La norma es positiva, puesto que permite solucionar múltiples problemas, incluyendo los de orden asistencial durante el embarazo.

Determinación en las técnicas de reproducción humana asistida

En los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida, la determinación de la filiación se deriva del consentimiento previo, informado y libre (art. 575). Ese consentimiento debe ser prestado de conformidad con lo dispuesto en una "ley especial", cuyo contenido, como ya señaláramos, no ha sido difundido.

El artículo proyectado vuelve a dejar en claro que "cuando en el proceso reproductivo se utilicen gametos de terceros, no se genera vínculo jurídico alguno con estos", pero establece una excepción "a los fines de los impedimentos matrimoniales en los mismos términos que la adopción plena". Aparece entonces un primer supuesto taxativamente regulado en el que existe "derecho a la información" por razón fundada.

Conclusión

Hasta aquí hemos realizado apenas un esbozo de la normativa proyectada en materia de filiación, en contraste con la ley vigente, y con algunas dudas a la luz de los tratados internacionales incorporados por la Constitución Argentina. La profundización del estudio de estas cuestiones y el verdadero debate deben darse en el Congreso Nacional con total amplitud.

Si, como se sostiene en los fundamentos del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, este es un "Código para una sociedad multicultural" que pretende "dar un marco regulatorio a una serie de conductas sociales que no se pueden ignorar" y que "en ese sentido, se incorporan normas relativas a la filiación que tienen en cuenta la fecundación *in vitro*", a la par debe garantizarse que la recepción normativa del hecho social no afecte derechos constitucionales de los niños, entre ellos el derecho a la vida y a la identidad.

La "voluntad procreacional" de los adultos no puede erigirse en una categoría pétrea con derecho a veto de los derechos de los hijos. Todo niño, nacido "por naturaleza" o "por técnicas de reproducción asistida", dentro del matrimonio o fuera de él, debe gozar de idénticos derechos y garantías.

La penetración del contrato en las relaciones de familia lleva a retrocesos no deseados si no se establecen normas claras, precisas y exentas de efectos discriminatorios.

Con el tiempo nos dimos cuenta de que ni los derechos de los niños ni las responsabilidades de los adultos podían ser truncados o mermados, aun cuando los hijos no fueran "deseados" como

tales. Era el caso de los hijos de hombres casados y de religiosos, entre otros. La historia reconoció la injusta discriminación y equiparó derechos y deberes. No convirtió a los hijos no deseados en queridos, pero les permitió exigir la determinación de su filiación, la fijación de alimentos y su porción hereditaria.

Hoy vemos cómo otra vez asoma la posibilidad de que los derechos de los hijos varíen según los deseos adultos. Y a su vez advertimos, desde la perspectiva de los progenitores, una valoración diferenciada de la voluntad de ser madre o padre según conciban por la vía "natural" o mediante "técnicas de reproducción asistida".

Sabemos que el equilibrio de los derechos en juego no es fácil, pero la balanza nunca, en ningún caso, puede inclinarse contra los niños, cuyo superior interés hemos jurado defender constitucionalmente.

LA MATERNIDAD SUBROGADA (GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN)

Eduardo A. Sambrizzi

1. La norma proyectada y la crítica del procedimiento de maternidad subrogada

En el artículo 562 del proyecto de Reformas al Código Civil se admite la maternidad subrogada –que solo es permitida en muy escasos países[1]–, no obstante que, tal como hemos sostenido en más de una ocasión[2], la razón y el sentido común se rebelan ante dicha práctica, mediante la cual se conviene con una mujer, habitualmente mediante un pago en dinero, en gestar un óvulo de ella misma[3] o de quien encargó al niño –aunque también puede ser de una tercera persona–, fecundado con gametos ya sea del marido de aquella o de un tercero, para luego entregar al hijo a quien se lo encargó. O, también, de gestar un embrión de terceros, produciéndose de esta manera una disociación entre la generación de un ser humano y su gestación, para procurar satisfacer un deseo de ser madre, que si en sí mismo es ciertamente loable, no tiene un carácter absoluto, no pudiendo emplearse cualquier medio para satisfacerlo; además, esa disociación provoca una situación de incertidumbre con relación a la filiación, debido a la dicotomía existente entre madre genética y madre gestante, desatendiéndose de tal manera el interés del hijo al colocarlo ante una virtual disputa de intereses.

La mayor parte de la doctrina de nuestro país se halla conteste en que un convenio de esa naturaleza atenta contra la dignidad de la persona, por considerárselo inmoral, no existiendo duda de que de ser acordado, actualmente se decretaría su nulidad por aplicación de lo dispuesto en el artículo 953 del Código Civil, que considera nulo por ser de objeto ilícito al acto contrario a las buenas costumbres, o que recayera sobre cosas que no se hallan en el comercio[4]. Y ninguna duda existe sobre que

1. Véase al respecto nuestro trabajo La Filiación en la Procreación Asistida, Buenos Aires, 2004, págs. 160 y sig.

2. Tratado de Derecho de Familia, Buenos Aires, 2010, t, VI, págs. 88 y sigs., n° 1317; La Procreación Asistida y la Manipulación del embrión humano, Buenos Aires, 2001, págs. 109 y sigs.; La Filiación en la Procreación Asistida, cit., págs. 157 y sigs.; "El pretendido derecho a tener un hijo y la maternidad subrogada", La Ley, 2010-D-1182.

3. Aunque se dice que este supuesto no es el característico de esta figura, o, al menos, no es el genuino: Zannoni, Eduardo A., Derecho Civil. Derecho de Familia, 5ª ed., Buenos Aires, 2006, t. 2, ps. 558 y sigte., parágr. 1154; Loyarte, Dolores y Rotonda, Adriana E., Procreación humana artificial: Un desafío bioético, Buenos Aires, 1995, p. 319; Wagmaister, Adriana M., "Maternidad subrogada", en Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, n° 3, Buenos Aires, 1989, p. 20, II, y "Maternidad subrogada", publicado en el n° 43, de julio/agosto 2009 de esa misma Revista, p. 419; Sapena, Josefina, Fecundación artificial y derecho, Asunción, Paraguay, 1998, p. 139, quien afirma que en este caso no se está en presencia de un mero alquiler de vientre, sino de una compraventa de niños; Silva Ruiz, Pedro F., "Manipulación de embriones humanos", en Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, n° 7, p. 87; Martínez-Pereda Rodríguez, J. M. y Massigoge Benegiu, J. M., La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho español, cit., p. 68, quienes manifiestan que el fenómeno genuino se presenta en el contraste entre lo genético y lo biológico, entre la fecundación y el parto.

4. Conf., Tobías, José W., Derecho de las Personas, Buenos Aires, 2009, p. 85; Mazzinghi, Jorge A., Tratado de Derecho de Familia, 4ª. ed., Buenos Aires, 2006, t. 4, p. 125, parágr. 727; Messina de Estrella Gutiérrez, Graciela N., "Respon-

las personas están fuera del comercio, no pudiendo las mismas ser objeto de relaciones jurídicas, ya que a ello se opone su dignidad[5] y el respeto al ser humano, cuyo valor no es susceptible de ser medido; no puede, en consecuencia, contratarse la entrega de la persona fruto de la gestación encargada[6]. La capacidad generativa es indisponible, intransferible y personalísima[7], por lo que un pacto como el referido se encuentra fuera de la autonomía de la voluntad de las partes, debido a que el hecho de pretender contratar un útero durante nueve meses de gestación, atenta contra los principios de orden público, además de oponerse a la moral, y ello, con independencia del carácter gratuito u oneroso del contrato[8].

El niño no puede ser tratado como si fuera un artículo comercial, no pudiendo tanto el embrión como el niño, recibir el tratamiento de cosas[9]. Kant decía que "aquello que tiene precio puede ser sustituido por algo equivalente; en cambio, lo que se halla por encima de todo precio y, por tanto, no admite equivalentes, eso tiene una dignidad"[10].

---

sabilidad derivada de la biotecnología", en Libro en Homenaje al Dr. Isidoro H. Goldenberg, Buenos Aires, 1995, p. 206; y Bioderecho, Buenos Aires, 1998, ps. 76 y 166; Hooft, Pedro Federico, Bioética y Derechos Humanos. Temas y casos, Buenos Aires, 1999, p. 45; Méndez Costa, María Josefa, La Filiación, Santa Fe, 1986, ps. 209 y 210; Bossert, Gustavo A., "Fecundación asistida", JA, 1988-IV-879 y sigte. (este autor afirma, sin embargo, que le parece excesiva la prohibición en sí misma de la práctica); Wagmaister, Adriana M., "Maternidad subrogada", en Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, n° 3, cit., p. 25; Wagmaister, Adriana M. y Levy, Lea M., "La intención de ser padres y los mejores intereses de los hijos. Trascendencia jurídica", JA, 1995-I-451; Vidal Martínez, Jaime, "La aplicación de la inseminación artificial y otras técnicas genéticas en los seres humanos", LA LEY, 1986-D, 1041, nº 7; Cafferata, José Ignacio, "Las nuevas técnicas de reproducción humana y el derecho positivo argentino", ED, 130-740; Basso, Domingo M. y otros, Problemas éticos que plantean las técnicas que actúan sobre la reproducción humana desde la perspectiva cristiana a fines del siglo XX, Buenos Aires, 1995, ps. 232 y 233; Loyarte, Dolores y Rotonda, Adriana E., Procreación humana artificial: Un desafío bioético, cit., p. 322; Lorenzo de Ferrando, María Rosa, "Determinación de la maternidad y de la paternidad en los casos de fecundación asistida", en Derecho de Familia, Libro en Homenaje a la Dra. María Josefa Méndez Costa, Santa Fe, 1991, p. 325, 12; Sapena, Josefina, Fecundación artificial y derecho, cit., p. 144; Sánchez Gómez, Yolanda, El derecho a la reproducción humana, Madrid, 1994, p. 141; Parellada, Carlos Alberto, "Una aproximación del derecho de daños frente al manipuleo genético", en Derecho de Familia, Libro en Homenaje a la Dra. Méndez Costa, cit., p. 425, f); Osset Hernández, Miquel, Ingeniería genética y derechos humanos, Barcelona, 2000, p. 90; Martínez-Pereda Rodríguez, J. M. y Massigoge Benegiu, J. M., La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho español, cit., p. 139, donde citan en apoyo de su posición los arts. 1271 y 1275 del Cód. Civil español, similares a nuestro art. 953.

5. En la "Instrucción sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación", de la Congregación para la Doctrina de la Fe, conocida comúnmente como Instrucción *Donum Vitae*, que fuera aprobada por el papa Juan Pablo II el 22 de febrero de 1987, se afirmó con relación a la maternidad subrogada, que la misma es contraria "a la unidad del matrimonio y a la dignidad de la procreación de la persona humana. La maternidad sustitutiva representa una falta objetiva contra las obligaciones del amor materno, de la fidelidad conyugal y de la maternidad responsable; ofende la dignidad y el derecho del hijo a ser concebido, gestado, traído al mundo y educado por los propios padres; instaura en detrimento de la familia, una división entre los elementos físicos, psíquicos y morales que la constituyen" (II, B, nº 5).

6. Conf., Mosso, Carlos José, "Algunas consideraciones éticas y jurídicas acerca de la procreación artificial", ED, 167-961.

7. RAMÍREZ NOVALÓN, "Problemas jurídicos de las nuevas formas de reproducción humana, Ámbito de aplicación y filiación de los nacidos mediante estas técnicas", en Revista General del Derecho, 1987, pág. 6564 (cit. por PÉREZ MONGE, Marina, La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida, Madrid, 2002, pág. 347, nota 89).

8. MORO ALMARAZ, María Jesús, Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación *in vitro*, Barcelona, 1988, pág. 264. Véanse los argumentos que expone dicha autora tanto a favor como en contra de la maternidad subrogada, en las págs. 334 y sigs. La ilicitud del contrato ha sido puesta de relieve, entre otros, por el *Comité National d'Etique* de Francia en el mes de diciembre de 1984, por ser su objeto nulo y contraído en fraude a la ley relativo a la adopción, que depende de la decisión de un juez que se pronuncia en función del interés del menor.

9. ZANNONI, Eduardo A., Derecho Civil. Derecho de Familia, 5ª ed., cit., t. 2, ps. 561 y sigtes., parágr. 1154. Josefina Sapena pone el acento en su crítica a la maternidad subrogada, en el hecho de que la misma es contraria a los intereses del niño así nacido, por estar dividido el vínculo materno-filial, dando lugar a conflictos muy difíciles de resolver en materia de filiación, aparte de generar en los afectos conflictos sociales y psicológicos irreparables (Fecundación artificial y derecho, cit., p. 143).

10. Cit. por Aparisi Miralles, Ángela, "Aspectos Científicos, éticos y jurídicos de la manipulación genética en seres humanos", ED, 179-963.

En el caso del vientre alquilado, subrogado o sustituido –dice Mirta Videla–, la maternidad es literalmente descuartizada, debido a que se la transforma en una actividad económicamente rentable. Y agrega que desde la ética "es impensable la propuesta de hacer del niño un objeto de mercancía, de la mujer una portadora comprada y del hecho maravilloso de la maternidad una negociación infame"[11]. Liliana Matozzo de Romualdi afirma a su vez al referirse a la maternidad subrogada, que al transformar a una persona por nacer en el contenido de una prestación contractual, se viola todo principio de dignidad humana[12]. Dicha crítica también es efectuada por María Josefa Méndez Costa, quien señala que la dicotomía entre una madre biológica y una gestante desatiende el interés del hijo al colocarlo ante una virtual disputa de intereses[13].

La dignidad de la persona no admite que sea objeto de transacciones jurídicas de ninguna especie, debiendo respetarse el derecho del *nasciturus* a su identidad y a nacer en una familia en la que los padres genéticos sean, también, los padres legales, que no le oculten al hijo su origen, aprovechándose para ello de meras ficciones[14]. Pero el daño al hijo no comienza ni concluye allí, pues la especialísima relación que se produce entre la madre o la gestante y el hijo con motivo de la gestación, desaparece en el caso de la maternidad de sustitución, al separarse a ambos luego de pocos días de producido el nacimiento, dejándose de tal manera de lado las necesidades del recién nacido, que se hacen pasar a un segundo plano, mientras que se privilegia el deseo de quienes lo encargan.

Es importante asimismo destacar el hecho de que, como señala Liliana Matozzo de Romualdi, el organismo que se prepara para la ulterior lactancia no es el de la mujer que va a recibir al niño, sino el de la embarazada, privándose por tanto al nacido de ese beneficio[15]. Por otra parte, no debe dejarse de lado el hecho de que la madre que alberga al embrión acoge a un ser cuyo patrimonio genético –en el supuesto de que el óvulo no haya sido de ella– difiere en un 100 % del suyo, no teniéndose por el momento elementos suficientes como para juzgar sobre las consecuencias que el día de mañana esa circunstancia puede producir tanto en el nuevo ser como en la madre gestante.

Debemos poner de relieve que la admisión de estos pactos puede significar la creación de un instrumento de explotación física y económica por parte de la mujer acomodada patrimonialmente que prefiere no pasar por las incomodidades del embarazo, hacia la mujer de escasos recursos –y que Mirta Videla califica de *anfitrionas del feto para otros*[16]– que necesita desesperadamente un ingreso extra, ya sea que se considere el pago como precio por el servicio, o como indemnización por las molestias por las que debió pasar[17]. Convenios de la naturaleza del analizado dan pie a la comercialización de la maternidad, o del cuerpo femenino, lo que no es sino una forma distinta de prostitución, además de traer consigo problemas de distinta especie, entre los cuales señalamos, aparte de los ya mencionados, el que se produce cuando el estudio prenatal informa sobre malformaciones en el feto, situación para la cual generalmente se conviene como *solución* –si así pudiera llamarse–, la del aborto[18].

Vidal Martínez ha afirmado con relación a esta práctica de la maternidad de sustitución, que su difusión resulta a todas luces indeseable por la instrumentalización a que se somete a la mujer[19]. Y Llambías señala "la serie de aberraciones que todo ello supone y qué tipo de sociedad humana puede

11. Videla, Mirta, Los derechos humanos en la bioética, Buenos Aires, 1999, p. 159.

12. "Volviendo a la cuestión de la maternidad subrogada… ¿Puede reconocerse un derecho al hijo?", ED, 182-1656.

13. Méndez Costa, María Josefa y D'Antonio, Daniel Hugo, Derecho de Familia, Santa Fe, 1990, t. III, ps. 55 y 173, n° 73, b).

14. Mosso, Carlos José, "Algunas consideraciones éticas y jurídicas acerca de la procreación artificial", cit., ED, 167-961. Conf. en cuanto a que la maternidad subrogada no se compadece con el necesario respeto a la dignidad humana, Gómez Sánchez, Yolanda, El derecho a la reproducción humana, cit., p. 141.

15. ¿Madre subrogada o esposa subrogada?", E.D., 181-1453 y sig.

16. Los derechos humanos en la bioética, cit., p. 153.

17. Parecería que diferenciar esos supuestos no constituye sino una mera hipocresía.

18. Videla, Mirta, Los derechos humanos en la bioética, cit., p. 56.

19. Vidal Martínez, Jaime, "La regulación de la reproducción humana asistida en el Derecho español", en Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida, de Vidal Martínez, Jaime, Benítez Ortúzar, José Ignacio y Vega Gutiérrez, Ana María, Granada, 1998, p. 123.

plasmarse a poco que el egoísmo latente en todo ser aflore en las mujeres que por la potencia de sus medios económicos decidan eximirse de las cargas de la maternidad desplazándolas sobre las nuevas esclavas portadoras en sus senos de los hijos ajenos, a cambio de la superación de su indigencia: ¡he ahí la prostitución de la maternidad transitoria con todo el cortejo degradante de los comisionistas y de los auxiliares profesionales!"[20].

No obstante lo hasta aquí expresado, de acuerdo al contenido del Proyecto de Reformas al Código Civil, la gestante queda desplazada como madre, pasando de tal manera el niño a constituir una mercancía que aquella se obliga a proveer, convirtiéndolo en el objeto de un contrato. Además, el niño puede inclusive no tener siquiera una madre, porque de acuerdo a lo proyectado, también puede un hombre solo –o dos– contratar la gestación.

2. El contenido de la reforma supone la existencia de un derecho al hijo, que la mayor parte de la doctrina rechaza

En efecto, de los fundamentos de la norma proyectada –a los que más adelante haremos referencia particularizadamente– se desprende en forma clara que los integrantes de la Comisión de Reformas consideran que todas las personas tienen lo que se ha dado en llamar un "derecho al hijo", considerado, tal como hemos sostenido en otra oportunidad[21], como un medio de satisfacer una necesidad que de alguna manera se encuentra inducida por el desarrollo de las propias técnicas de procreación asistida[22]. O quizás por la necesidad innata del ser humano de perpetuarse, o hasta inclusive por una especie de atavismo cultural ínsito en el ser humano y cuyas raíces se pierden en el tiempo, del cual constituye un testimonio lúcido el hecho admitido en distintas culturas de la antigüedad, de considerar a la fecundidad como una bendición de los dioses, y a la esterilidad, en cambio, como una maldición.

En esto se suele mirar más hacia la satisfacción de los deseos e intereses de los adultos que hacia el hijo en sí mismo[23], como si aquellos tuvieran un derecho subjetivo a tener un hijo –olvidando que la persona no puede ser *objeto* de un derecho–, que se debe satisfacer no importando a costa de qué o de quién[24]. Andorno afirma en ese mismo sentido, que en el caso no solo falta el sujeto activo, sino también el sujeto pasivo de ese pretendido derecho[25]. Por su parte, Bustamante Alsina denomina *ensañamiento procreativo* al afán posesivo de pretender tener un derecho al hijo y la consecuente búsqueda neurótica del nacimiento a cualquier costo, lo cual persigue la satisfacción de un deseo personal, olvidando de tal manera que el procrear no es un derecho del ser humano sino un don de la naturaleza, así como que el hijo tiene el derecho natural a nacer con dignidad[26].

20. Llambías, Jorge Joaquín, "La fecundación humana *in vitro*", ED, 79-896, V. En ese sentido, recordamos que en el mes de septiembre de 2000 se denunció a Radio Vaticana que en Italia, jóvenes extranjeras procedentes de países del Este europeo son utilizadas por organizaciones mafiosas albanesas, como si fueran fábricas de hijos, alquilando su útero a familias que no pueden tener hijos, por la suma de tres mil dólares.

21. Véase al respecto nuestro trabajo más arriba cit., "El pretendido derecho a tener un hijo y la maternidad subrogada", La Ley, 2010- D-1182.

22. Conf., VIDAL MARTÍNEZ, JAIME, en el prólogo del libro Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida, cit., p. XVII.

23. Domingo M. Basso pone de relieve al respecto el hecho de que cada día existe un "menor interés por el individuo-niño, que se opera en beneficio del individuo adulto", debido a la idolatría de la técnica (Nacer y morir con dignidad. Bioética, 3ª ed., Buenos Aires, 1993, p. 333).

24. Si el marido no puede proveer el semen, resulta inimaginable la exigencia de obligar a un tercero a proveerlo. Bustos Pueche, entre otros, se manifiesta en forma expresa contra la posibilidad de que se considere que la persona tiene un derecho subjetivo a tener un hijo, dado que la persona humana no puede ser objeto de un derecho (El Derecho Civil ante el reto de la Nueva Genética, Madrid, 1996, ps. 91 y sigtes.).

25. Andorno, Roberto L., "El derecho a la vida: ¿Cuándo comienza? (A propósito de la fecundación *in vitro*)", ED, 131-904.

26. Bustamante Alsina, Jorge A., "Aspectos ético jurídicos de la procreación humana artificial", LA LEY, 1997-D, 1212 y sigte. Agrega dicho autor que, de la misma manera, "el derecho o la libertad de casarse no equivale a la atribución de un marido o una esposa".

Si fuera cierto que las personas tuvieran un derecho para exigir un hijo, siguiendo esa misma pauta, cualquier persona también podría exigir que se le proporcione felicidad, o salud, porque tiene derecho a ser feliz, como también tiene derecho a tener una buena salud, lo cual, como es natural, no se le puede proporcionar, sino, a lo más, en cuanto a la salud, se le debe otorgar –y, por tanto, puede exigir– una adecuada atención médica, lo que como es obvio, no le garantiza una buena salud. En realidad lo que las personas tienen no es un derecho subjetivo a tener un hijo, sino un derecho a que nadie se inmiscuya o interfiera en su decisión relativa a procrear en forma natural. En igual sentido, Vicente Bellver Capella sostiene que a nadie se le puede obligar ni prohibir tener hijos, existiendo solo derecho a que el Estado no obstaculice la libre decisión de los padres en la generación de la vida. Y agrega que la libertad para tener o no hijos, no incluye la voluntad de tenerlos de cualquier manera, o de reproducirse a cualquier precio[27].

La eventual admisión del derecho a tener un hijo podría implicar, como una consecuencia lógica, el reconocimiento del derecho a no tenerlo, y según señala Ana María Vega Gutiérrez, el derecho al aborto libre y gratuito, el derecho a tener el hijo mediante el recurso de las técnicas de reproducción asistida sin cortapisa legal alguna, o el derecho a la esterilización y a la elección de cualesquiera métodos anticonceptivos, etc. Agrega dicha autora que la responsabilidad procreadora supone el rechazo absoluto de toda libertad para decidir acerca de la vida de un hijo, tanto para desearla a toda costa, como para rechazarla en forma absoluta y por cualquier medio[28].

Acertadamente señala Mazzinghi que admitir la existencia de un derecho al hijo, sería reducir a este a una condición semejante a la de las cosas, así como que esa suposición constituye uno de los errores que se proyecta con mayor fuerza sobre los métodos de fecundación artificial[29]. Y Arias de Ronchietto se pregunta si "el *derecho al hijo* incluye el *derecho* a la crioconservación y al eventual descarte –muerte– de los otros *hijos*"[30]. Es por ello que no estamos de acuerdo con aquellos que entienden que no importa la forma en virtud de la cual se consigue un hijo.

Queremos por último recordar que en la Instrucción *Donum Vital* se señaló que "un verdadero y propio derecho al hijo sería contrario a su dignidad y a su naturaleza. El hijo no es algo debido y no puede ser considerado como un objeto de propiedad: es más bien un don, *el más grande* y el más gratuito del matrimonio, y es el testimonio vivo de la donación recíproca de sus padres. Por este título el hijo tiene derecho… a ser el fruto del acto específico del amor conyugal de sus padres y tiene también el derecho a ser respetado como persona desde el momento de su concepción"[31].

27. ¿Clonar? Ética y derecho ante la clonación humana, Granada, 2000, ps. 120 y sigte.. Conf., Mazzinghi, Jorge A., "Reproducción asistida: Sensatez con media sanción", ED, 173-1107. Señala Mazzinghi que desde que la esclavitud fue abolida en el mundo, se acepta que el hombre no puede ser objeto del derecho de otro; Molina, Alejandro, "La fecundación artificial en el IX Congreso Mundial sobre Derecho de Familia – Consideraciones y aplicaciones a nuestra realidad actual", ED, 175-603; Sapena, Josefina, Fecundación artificial y derecho, cit., quien señala que el derecho de toda mujer a ser madre no es un derecho absoluto que pueda ser exigido al margen de cualesquiera consideraciones sociales, o sin considerar el bien de otros, o de la sociedad (ps. 43 y 119).

28. Vega Gutiérrez, Ana María, "Los derechos reproductivos en la sociedad postmoderna: ¿Una defensa o una amenaza contra el derecho a la vida?", en Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida, cit., p. 44.

29. Mazzinghi, Jorge A., Tratado de Derecho de Familia, 4ª ed., cit., t. 4, ps. 101 y sigtes., parágr. 719.

30. Arias de Ronchietto, Catalina E., "Procreación humana asistida. ¿Estamos generando huérfanos?", en El Derecho frente a la procreación artificial, Buenos Aires, 1997, p. 74.

31. Esto es reiterado en el n° 2378 del Catecismo de la Iglesia Católica, como también en el Angelus del 31 de julio de 1994, donde, entre otros conceptos, Juan Pablo II agregó que por lo que se refiere a la ciencia, esta tiene la obligación de mantener los procesos procreadores naturales, y no la función de sustituirlos artificialmente". Conf. el Discurso de S.S. Pío XII al II Congreso Mundial de la Fertilidad y la Esterilidad, del 19 de mayo de 1956, en que afirmó que "los cónyuges no tienen derecho al hijo, tienen derecho al acto sexual. El hijo es un don que Dios puede conceder o no, pero aunque no lo conceda, el acto sexual ya tiene una finalidad que lo dignifica: unir a los esposos" (cit. por el presbítero Pedro José María Chiesa: "El estatuto biológico-moral. Sobre la procreación humana y las denominadas técnicas de reproducción artificial", en El Derecho frente a la procreación artificial, Buenos Aires, 1997, p. 52). Ver, en igual sentido, Molina, Alejandro, "La Argentina y la adopción internacional", ED, 186-1114, n° II.

3. Los requisitos exigidos en el Proyecto de Reformas para que el juez pueda autorizar la gestación por una tercera persona

No obstante lo hasta aquí dicho y tal como más arriba puntualizamos, en el Proyecto se admite un convenio como el referido, que debe ser acordado únicamente previa autorización judicial, debiendo el juez homologar lo convenido si se acreditan las circunstancias que seguidamente señalaremos:

a) que se ha tenido en mira el interés superior del niño que pueda nacer.

Llama la atención la exigencia de este requisito, por cuanto resulta más que difícil pensar que el *interés superior del niño* puede haber sido tenido en cuenta en una práctica de maternidad subrogada, o pueda consistir en que al muy escaso tiempo de nacido se lo separe voluntariamente de la gestante –que lo ha tenido en su seno durante nada menos que nueve meses– para entregárselo a una persona con la que hasta ese momento no ha tenido nada que ver con él, salvo, en todo caso y a lo más, que la misma haya aportado el óvulo con el que se fecundó el embrión transferido a la madre de alquiler.

Debemos señalar con respecto al interés superior del niño, lo expresado por Mirta Videla en cuanto a la memoria corporal de todo niño, mediante la cual "registra el contacto, el movimiento, los ritmos viscerales y motores, los olores, los sabores y el acompasado *tun-tun* del corazón de la mujer que lo lleva nueve meses metido en su cuerpo. Eso forma parte de la biografía gestacional del niño… El niño gestado para ser abandonado permanece invisiblemente ligado al cuerpo muerto para él… Un niño es receptivo de todo hecho en que se encuentre involucrado y *cualquier experiencia deja huellas*, su psiquismo y su cuerpito son como un papel secante que absorbe los acontecimientos de la existencia"[32].

b) que la gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica.

Este requisito nos hace recordar lo expresado por José Enrique Bustos Pueche, quien con respecto a la maternidad subrogada señala el riesgo de deslizarse hacia la pendiente eugenésica, lo cual, dice, se descubre sin dificultad, por cuanto se escogerían mujeres de las características deseadas para su inseminación y posterior gestación con la finalidad de obtener representantes cabales de la raza humana: la tentación del hijo *a la carta*, con desprecio de la dignidad humana y del valor intrínseco de la vida humana, afirma, vuelve a otearse en el horizonte[33].

Debemos por otra parte señalar que la norma no requiere, como sí resulta de varios proyectos de ley presentados en distintos Estados de los Estados unidos de América, una certificación o un informe de un especialista en el sentido de que la madre subrogada y su marido, en caso de que estuviera casada, son personas aptas para entregar el niño luego de nacido, o de que la madre portadora debe someterse a una evaluación psíquica y psicológica previas y a un asesoramiento psíquico posterior al nacimiento del bebé, si así fuera recomendado.

c) que al menos uno de los comitentes ha aportado su material genético.

No cabe duda de que dicha exigencia es preferible a que ninguno de los denominados *comitentes*[34] haya aportado sus gametos. Pero lo cierto es que tal circunstancia no cambia en absoluto la inmoralidad del convenio de alquiler de vientre.

32. Videla, Mirta, Los derechos humanos en la bioética, cit., p. 152.
33. El Derecho Civil ante el reto de la Nueva Genética, cit., p. 183.
34. La palabra *comitente* denota claramente un aspecto comercial en el convenio.

Sin perjuicio de lo cual, no podemos dejar de señalar que no resulta clara la manera en la que el juez –que, como resulta del Proyecto, debe otorgar la autorización para que se pueda proceder a la práctica– vaya a constatar el cumplimiento de este requisito. Por cuanto no podemos pensar que vaya a requerir la realización de un examen preimplantatorio en el embrión –con el peligro que resulta para la vida del mismo– para acreditar el cumplimiento de lo requerido. Aunque de no ser así, resultará sumamente fácil violar la norma.

d) que el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término.

La exigencia parece en buena parte enderezada –aunque, naturalmente, no en forma exclusiva– a facilitar la descendencia a la unión de dos hombres, o aun a un hombre solo, ya que ninguna limitación se establece al respecto en la normativa proyectada. Quizás no esté de más está señalar que la práctica de la maternidad subrogada resulta antinatural en supuestos como los referidos, pues la propia naturaleza indica la conveniencia de la crianza de los niños por una mujer, quien físicamente se encuentra capacitada para alimentar con su cuerpo a los recién nacidos.

e) que la gestante no ha aportado material genético propio.

Si este requisito estuviera pensado con la finalidad de evitar un reclamo de maternidad por parte de la gestante, o de que esta se negara a entregar al recién nacido, la exigencia no parecería suficiente, puesto que, al menos a nuestro juicio, más relevante que el material genético es el aporte biológico transmitido al hijo por nacer durante el período del embarazo.

f) que la gestante no ha recibido retribución.

También llama la atención dicha exigencia, que parece desconocer la motivación de la gestación para terceros, que en la inmensa mayoría de los casos se practica mediante una retribución en dinero. De más está poner de relieve la prácticamente imposibilidad por parte del juez de poder constatar que en el caso la gestante no ha recibido o no recibirá una retribución del o de los comitentes.

Cabe señalar que la ilicitud del objeto de un convenio de la naturaleza del señalado es independiente de la circunstancia de haberse o no convenido un precio por la gestación, como también del hecho de que la finalidad que tuvo en mira la madre sustituta haya sido altruista[35]. No podemos desconocer que hay personas que se prestan a gestar un hijo para un tercero porque sienten que su acción es positiva, algo así como si hubieran donado un órgano; o porque al estar embarazadas, se sienten respetadas por los demás; o porque de esa manera sienten que expían una culpa por un aborto antes realizado. Pero lo cierto es que no se podría justificar el método de procreación por sustitución porque el mismo haya sido realizado sin que se halle el lucro de por medio[36], ya que no es posible que ese acto sea efectuado a costa del hijo, no resultando admisible que este sea tratado como una cosa, como si fuese una mercancía, pues como antes señalamos, el objeto del contrato es la persona que mediante él se encarga.

35. Conf., entre otros, Tobías, José W., Derecho de las Personas, cit., p. 85.
36. Conf., Gómez Sánchez, Yolanda, El derecho a la reproducción humana, cit., p. 141.

g) que la gestante no se ha sometido a un proceso de maternidad subrogada más de dos (2) veces.

Ello significa que la gestante podrá someterse a dicho proceso por lo menos tres veces, lo que de alguna manera hace suponer el carácter retributivo de su accionar.

Ello sin perjuicio de apuntar la dificultad de hecho existente para acreditar la cantidad de veces que la mujer que se ofrece como gestante para una tercera persona lo ha hecho con anterioridad.

h) que la gestante ha parido, al menos, un hijo propio.

Si bien nada se aclara con respecto a este requisito en los Fundamentos del Proyecto, podría pensarse que se trata de acreditar que la gestante no tiene inconvenientes de tipo físico para gestar a una criatura, o que el hecho de tener ya al menos un hijo propio la disuadirá de querer retener al hijo que gestó por encargo.

La norma proyectada dispone, por último, que los médicos no pueden proceder a la implantación de la gestante sin la previa autorización judicial, careciéndose de la cual, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza.

4. Los fundamentos del Proyecto y su réplica

En dichos Fundamentos se afirma que al existir un reconocimiento legal del matrimonio de las personas del mismo sexo y tener estas derecho a recurrir a la filiación por adopción, "sería inconsecuente no autorizar para ellas las técnicas de reproducción humana asistida". No podemos coincidir con lo expresado, ya que, por de pronto, en el supuesto de tratarse de un matrimonio entre dos mujeres, para tener descendencia cualquiera de ellas puede acudir a alguna de las técnicas de procreación asistida que no impliquen la maternidad subrogada. Y tanto en ese supuesto como en el de un matrimonio entre dos hombres, pueden recurrir a la adopción. Por otra parte, el hecho de que puedan recurrir a esta última institución no significa argumento alguno para que también puedan acceder a la maternidad subrogada.

Pero, además, no es admisible querer justificar la admisión de la maternidad subrogada, por el hecho del reconocimiento legal en nuestro país del matrimonio entre personas del mismo sexo, tan es así que de acuerdo al contenido del Proyecto, cualquier persona, esté o no casada o conviviendo con otra, puede acudir a dicho procedimiento para tener un hijo, lo que también carece de justificación alguna y desnuda lo erróneo del fundamento esgrimido.

También se expresa en los Fundamentos que "se entiende más beneficioso contar con una regulación de pautas claras, previamente fijadas, que brinden seguridad jurídica tanto a los usuarios de estas técnicas como, principalmente, a los niños nacidos de estas prácticas", y que "ni la postura abstencionista ni la prohibitiva podrán evitar que se presenten conflictos jurídicos complejos que deberán ser resueltos a pesar del vacío legislativo o su expresa prohibición". Con respecto a lo cual podemos señalar la innecesariedad de una pauta más clara que la que resulta de la actual normativa para determinar la maternidad, consistente en la gestación del niño, que no deja resquicio alguno a la duda.

Y naturalmente que los conflictos jurídicos siempre podrán presentarse, sea cuales fueren las disposiciones en vigor, buena prueba de lo cual la constituye el reclamo judicial que se recuerda en los Fundamentos del Proyecto –de fácil solución por aplicación de la normativa vigente–, de "la impugnación de la maternidad de la gestante que dio a luz por no ser ella la titular del material genético femenino utilizado". Resulta innegable que siempre pueden presentarse conflictos referentes a la determinación ya sea de la paternidad o de la maternidad, siendo por demás evidente que de aprobarse la norma proyectada, también la gestante podrá cuestionar la maternidad del o de los comitentes, por ejemplo, con fundamento en la alegación del hecho de haber sido ella la que gestó

al niño y, por tanto, la que más ha contribuido a su desarrollo. Afirma Mazzinghi con razón, que la madre gestante también lo es orgánicamente, por haber contribuido al desarrollo del embrión y al alumbramiento –es madre biológica, aunque no genética, dice–, con prescindencia de la mujer que proveyó los gametos[37].

Lo cierto es que tan biológica es la aportación genética (titularidad del óvulo), como la nutrición y cuidado embrionario (titularidad de la gestación), debiendo señalar que, a nuestro juicio, en la determinación de la maternidad debe prevalecer la gestación, así como destacar que en el Proyecto ni siquiera se requiere que la comitente (de tratarse de una mujer) aporte el óvulo. Por otra parte, en apoyo de la corriente de pensamiento que destaca el aporte de la madre gestante por sobre el aporte genético de quien no ha gestado a la criatura, debemos resaltar la relevancia que para la formación psicológica del niño tiene la gestación. En ese sentido, Juan Carlos Priora señala que "la formación de la persona no comienza con el alumbramiento, sino con la concepción, y que las influencias prenatales son muy importantes. Esas influencias prenatales no son solo físicas, sino también psicológicas…"[38]. También Xavier O'Callaghan pone de relevancia la comunicación de elementos propios biológicos y afectivos que la gestante hace al niño que ha acogido en su seno durante largos meses[39].

Por su parte, Loyarte y Rotonda afirman la interacción que existe del nuevo ser con el medio en el que se desarrolla, lo que lleva a dichas autoras a afirmar que "desde el mismo instante en que una nueva vida se inicia, el entorno tendrá un efecto directo e indirecto sobre esta", ya que la relación entre madre e hijo durante la gestación, junto con las relaciones con el padre y con terceros luego del nacimiento, habrán de ser decisivas en la conformación del ser humano[40]. Esa relación tan especial que existe entre la gestante y la persona por nacer y que se perderá si se aprueba la norma proyectada, ha sido asimismo puesta de relieve en el denominado Informe Benda, que en el año 1985 aprobó una Comisión interdisciplinaria constituida un tiempo antes por el Ministro Federal de Justicia y el de Investigación y Tecnología de la entonces República Federal de Alemania, que se ocupó de los nuevos métodos de fertilización *in vitro* y del análisis del genoma, así como de la terapia de genes en el hombre, y las cuestiones éticas y jurídicas que plantean esos métodos. En dicho Informe, entre otros aspectos, se remarcó la gran importancia que presenta para el desarrollo del niño la íntima relación personal entre la mujer embarazada y la persona que lleva en su seno, que si fue gestada con un óvulo de la madre requirente y semen de su esposo, podría originar conflictos y perjudicar al hijo, el cual, se dijo, en el caso de conocer su origen encontrará importantes problemas en la búsqueda de su identidad, por la necesaria participación en su existencia que tienen tanto la madre gestante como la genética. A lo cual se añadiría, se sostuvo, la duda que puede existir en el momento del alumbramiento, sobre quién es la madre, lo que haría nacer al niño bajo tan grave desconocimiento[41].

Siguiendo la pauta recién señalada, además de afirmar que la solución de dar preeminencia en la determinación de la maternidad a una persona distinta de la gestante transforma al hijo en el objeto de un contrato, no consintiendo su dignidad que se disponga su emplazamiento familiar según factores enteramente subjetivos, Mazzinghi ha afirmado que la relación entre la gestante y el niño alcanza un grado que no queda limitado al aspecto orgánico, sino que trasciende a lo psíquico, habiéndose

37. Tratado de Derecho de Familia, cit., t. 4, pág. 113, inc. a), parágr. 723, y pág. 126, inc. a) parágr. 727.

38. "¿Cómo prevenir la delincuencia?", en Familia y Valores, suplemento del diario La Nación del 31 de octubre de 1999, pág. 20). Ver asimismo sobre esta cuestión, entre otros, CAFFERATA, José Ignacio, "Las nuevas técnicas de reproducción humana y el derecho positivo argentino", cit., E.D., 130-744, nº 36; OBIGLIO, Hugo O.M., "En Homenaje al *Nascituro*", en la Revista de la Corporación de Abogados Católicos (Comisión de Abogados Jóvenes), de Julio de 2000, Año IV, n° 6, donde señala que la soledad del *nascituro* es relativa, "puesto que la interacción madre-hijo, el sentir de la embarazada, que es portadora de una nueva vida, hace que esta soledad sea aparente, puesto que en realidad se convierte en un particular diálogo de amor".

39. Conf. lo expresado en la pág. 12 del Prólogo al libro La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho Español, de MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M. y MASSIGOGE BENEGIU, J.M., cit.

40. LOYARTE, Dolores–ROTONDA, Adriana E., Procreación humana artificial: Un desafío bioético, cit., págs. 73 y sigs.

41. MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M. y MASSIGOGE BENEGIU, J.M., La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho Español, cit., págs. 59 y sigs.

afirmado la existencia de una auténtica simbiosis entre ambos[42]. De forma similar, Carlos Lasarte Álvarez atribuye a la maternidad de gestación el mayor rango, por la estrecha relación psicofísica con el niño durante el embarazo[43]. Esto es tan así, que en distintos proyectos de ley presentados hace ya un tiempo en varios Estados de los Estados Unidos de América se establece que antes de la suscripción del contrato aceptando gestar un niño para otra mujer, la madre sustituta debe someterse al asesoramiento de un profesional acerca de las consecuencias psíquicas de la supresión de los derechos sobre el ser que va a nacer[44].

Recordamos, asimismo, que en el Informe Parlamentario aprobado en el año 1985 en España por la denominada "Comisión Especial de Estudio de la Fecundación *in vitro* y la Inseminación Artificial Humanas", se puso de relieve "el estigma vital que puede llegar a gravitar sobre la mujer sustituta que en principio entrega el hijo a la pareja estéril, y luego lo desea", así como también, que no es aventurado suponer que esa situación pueda llegar a "ser causa de desequilibrios psicológicos permanentes y reacciones imprevisibles para cualquier mujer sensible sometida a una clara quiebra de identidad". Además, en dicho Informe se interpretó con relación a los aspectos biológicos genéticos de la maternidad y los aspectos biológicos de la gestación, que "ni por razones biológicas ni por razones humanas tienen el mismo valor, y que de ambos, es más importante el componente de gestación que el genético pues la gestante lleva en su vientre el fruto durante nueve meses y lo protege fisiológica y psicológicamente, lo cual irá siempre a favor de la mujer portadora, y en contra de la gestación de sustitución a favor de otros… aunque en el origen del hijo hayan intervenido donantes". Pocos años después, en 1988, al referirse el legislador en la Exposición de Motivos de la ley n° 35 a la que allí denomina maternidad plena, en la que la mujer gesta al hijo con su propio óvulo, y a la no plena o parcial, que comprende la maternidad de gestación, y la maternidad genética, se afirma que "en cualquier caso y sin cuestionar el alcance de las otras variantes, se atribuye a la maternidad de gestación el mayor rango, por la estrecha relación psicofísica con el futuro descendiente durante los nueve meses de embarazo".

Además, el hecho de dar preeminencia a la gestación hace que resulten determinados con mayor precisión y seguridad los lazos filiatorios, limitándose en importante medida las acciones de impugnación de estado. Por otra parte, de esa manera también se tiene en cuenta –y esto creemos que es fundamental– el interés del hijo, quien en el hipotético supuesto de permitirse y prosperar una acción de impugnación de la maternidad con fundamento en no ser la mujer la madre genética, quedaría el mismo –de provenir el óvulo de una donante anónima– sin una madre cierta[45].

5. Conclusiones

De lo hasta aquí dicho no podemos sino concluir en nuestro total y absoluto desacuerdo con la norma proyectada, que permite que cualquier persona capaz, hombre o mujer, haya o no contraído matrimonio, viva sola o en pareja, pueda convenir con una mujer que esta geste un hijo para serle entregado luego de nacido. Un convenio de esa naturaleza ha sido considerado inmoral por la mayor parte de nuestra doctrina, que ha entendido que, de celebrarse, el mismo sería nulo, de nulidad absoluta. Resulta claro que las personas están fuera del comercio, no pudiendo las mismas ser objeto de relaciones jurídicas, ya que a ello se opone su dignidad y el respeto al ser humano.

Lo cual no se ha modificado con motivo de la sanción de la ley 26.618 que permitió la celebración de matrimonio entre personas del mismo sexo, no constituyendo una unión de esa naturaleza

42. MAZZINGHI, Jorge A., Tratado de Derecho de Familia, cit., t. 4, pág. 126, inc. a), parágr. 727.

43. Principios de Derecho Civil, t. VI, Derecho de Familia, Madrid, 1997, pág. 346.

44. Véase al respecto, MARTÍNEZ-PEREDA, J.M. y MASSIGOGE BENEGIU, J.M., La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho español, cit., págs. 46 y sig.

45. Esto es también puesto de relieve, entre otros, por ALTERINI, Atilio Aníbal, "Cuerpo humano, persona y familia", en Derecho de Familia, Libro en Homenaje a la Dra. María Josefa Méndez Costa, cit., pág. 312.

motivo alguno como para modificar la doctrina que afirma la inmoralidad de la práctica de la maternidad subrogada. Dicha conclusión se ve reforzada, si se creyera necesario, por la circunstancia de que, como más arriba recordamos, las personas no tienen un derecho subjetivo a tener un hijo, sino únicamente un derecho a que nadie se inmiscuya o interfiera en su decisión relativa a procrear en forma natural.

Resulta asimismo claro que el interés superior del niño, que es la pauta que debe tenerse en cuenta cuando de los mismos se trata, implica no solo que tengan –de ser posible– tanto un padre como una madre, sino también de resguardar su identidad, que está dada por elementos biológicos, que resultan de la naturaleza, y no, en cambio, del contenido de una ley que omita tener en cuenta a tal efecto la relación con la gestante. Resulta además inadmisible crear huérfanos artificiales, que es lo que ocurriría si el comitente del niño fuera una sola persona.

Por todo lo cual nos oponemos firme y decididamente a la norma proyectada, y esperamos que se cumpla la promesa efectuada por el Dr. Ricardo Lorenzetti al inaugurar en Tucumán las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, en el sentido de que las normas a ser reformadas lo serán por consenso de los operadores jurídicos.

LA FECUNDACIÓN POSMORTEM

Eduardo A. Sambrizzi

1. La norma proyectada

En el artículo 563 del Título sobre "Filiación" del Proyecto de Reformas a los Códigos Civil y de Comercio, se admite la denominada *fecundación posmortem*, lo que constituye una novedad en nuestra legislación, ya que no obstante los varios Proyectos anteriores presentados en nuestro país sobre procreación asistida que se referían al tema –incluido el Proyecto de Reformas del año 1998–, hasta ahora en nuestra legislación no se contempla la posibilidad de practicar una fecundación utilizando semen de una persona fallecida.

La disposición proyectada por la Comisión designada para la Reforma, dice así:

ARTÍCULO 563.- Filiación posmortem en las técnicas de reproducción humana asistida. En caso de muerte del o la cónyuge o conviviente de la mujer que da a luz, no hay vínculo filial entre la persona nacida del uso de las técnicas de reproducción humana asistida y la persona fallecida si la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella no se había producido antes del fallecimiento.

No rige lo dispuesto en el párrafo anterior si se cumple con los siguientes requisitos:

a) la persona consiente en el documento previsto en el artículo 560 o en un testamento que los embriones producidos con sus gametos sean transferidos en la mujer después de su fallecimiento.

b) la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella se produce dentro del año siguiente al deceso.

Antes de entrar al estudio particularizado de dicha disposición, creemos conveniente efectuar en forma previa un somero análisis con fundamento en las normas actualmente vigentes, del supuesto en el que efectivamente se produce la denominada *fecundación posmortem*, así como también la determinación de la filiación paterna de la persona concebida de tal manera y los derechos que le asisten, e igualmente efectuar una valoración ética de un procedimiento de esa especie.

2. Cuándo se produce la fecundación *posmortem*, filiación paterna del concebido de tal manera y derechos que le asisten con relación al aportante de los gametos

a) Cuándo se produce una fecundación posmortem

Es a nuestro juicio indiscutible que el supuesto de la fecundación *posmortem* se presenta cuando una mujer fecunda su óvulo con semen de una persona fallecida. Lo que no es así, en cambio, en el

caso de la implantación en la mujer de un embrión crioconservado obtenido antes del fallecimiento del varón, por fecundación de un óvulo de aquella con semen de este último, por cuanto, en tal caso, la fecundación ya se había producido con anterioridad a la muerte[1].

b) Determinación de la filiación paterna

De conformidad a las normas vigentes en materia de filiación, creemos que quien nació como consecuencia de la fecundación del óvulo materno con semen del hombre que falleció antes de esa fecundación, es hijo de este último y de la mujer que lo gestó, lo que es así en razón de haber el concebido recibido de quien murió, la mitad de su dotación genética[2]. Dicha conclusión no variaría en el supuesto de que el causante no hubiera prestado conformidad para que con su semen sean fecundados los ovocitos de su esposa o de su pareja, ni tampoco en el caso de que se hubiera expresamente opuesto a ello, por cuanto, como regla general, en nuestro derecho la paternidad se determina por la vinculación genética que existe entre el hombre que aporta el semen, y la persona así concebida[3].

Por otra parte, a pesar de que en el supuesto considerado la concepción se ha producido con posterioridad –en el caso de estar casados– a la disolución del matrimonio ocurrida por la muerte del esposo (art. 213, inc. 1° del Código Civil)[4], pensamos que en este caso especialísimo –que, como señalamos, no se halla contemplado en forma expresa en el Código, que no se ocupa de la determinación de la filiación en el supuesto de la fecundación *posmortem*– corresponde, mientras no exista una disposición especial en contrario, que se considere al hijo como *matrimonial*[5], y no como *ex-*

1. Recordamos, no obstante, una Resolución de la Dirección General de los Registros del Notariado, de España, del 24/09/2002, que contra la opinión del juez Encargado del Registro Civil, consideró que la implantación luego de la muerte del esposo de un óvulo de la mujer que había sido fecundado con semen de aquel con anterioridad a su muerte, debía ser considerada una fecundación posmortem, y que una opinión contraria llevaría a consecuencias poco deseables, dado que los plazos máximos que establecen tanto el art. 9 de la entonces vigente ley nacional n° 35/1988, como el 92 del Código de Familia de Cataluña, quedarían desnaturalizados si se entendiera producida la fecundación en vida y los embriones quedaran congelados sine die hasta que la viuda decidiera o no implantárselos (Pizarro Maqueda, María José, "Fecundación *in vitro*, fallecimiento del marido y filiación", Boletín Aranzadi Civil-Mercantil, n° 47/2002, Pamplona). Ese concepto tan amplio y comprensivo de la fecundación posmortem no deja de llamar la atención, en especial si se advierte que el consentimiento que contempla el art. 9.2. tanto de la anterior ley española 35/1988, como de la actual n° 14/2006 a fin de admitir efectos legales a la filiación derivada de la fecundación posmortem, lo es para la utilización del "material reproductor" del marido luego de su fallecimiento, o sea, de sus gametos, y no de la transferencia a la mujer de un embrión. Más aún, la norma se refiere a la fecundación de la mujer luego del fallecimiento del marido, lo cual implica la inexistencia de embrión, puesto que si no fuera así, no se podría hablar de fecundación.

2. Conf. nuestros trabajos Tratado de Derecho de Familia, Buenos Aires, 2010, t. VI, págs. 280 y sigs., n° 1367; y La Filiación en la Procreación Asistida, Buenos Aires, 2004, págs. 214 y sigs., n° 66. No obstante y como pone de relieve María Josefa Méndez Costa, es muy posible que en el supuesto de que el hijo naciera después de los 300 días de la muerte del marido, deba iniciar una acción de reclamación de filiación, debido a la circunstancia de no presumirse en tal caso la paternidad (La Filiación, Santa Fe, 1986, pág. 209; de la misma autora: Derecho de Familia, Santa Fe, 1990, t. III, pág. 51). Conf., Messina de Estrella Gutiérrez, Graciela N., Bioderecho, Buenos Aires, 1998, pág. 68. Naturalmente que dicha acción resultaría innecesaria en el caso de haberse producido el nacimiento dentro de los trescientos días de la muerte, conforme resulta del art. 243 del Cód. Civil.

3. LOYARTE, Dolores y ROTONDA, Adriana E., Procreación humana asistida: Un desafío bioético, Buenos Aires, 1995, págs. 298 y sigte. Con relación a la falta de conformidad del marido, dichas autoras afirman que al no existir una voluntad expresa del mismo para inseminar a su esposa con su semen luego de fallecido, la mujer no podría reclamar el cumplimiento de la inseminación, aunque aclaran que si no obstante ello, igual fuera fecundada con ese semen, el hijo sería de ambos; solución que, consideran con razón, también sería aplicable en el supuesto de que la mujer hubiera sido inseminada con semen de su marido o conviviente, a pesar de la revocación por parte de estos de la autorización que previamente hubieran prestado para que su semen fuera utilizado con ese destino.

4. Ver al respecto, Alterini, Atilio Aníbal, "Cuerpo humano. Persona y familia", en Derecho de Familia, Libro en Homenaje a la Dra. María Josefa Méndez Costa, Santa Fe, 1991, pág. 313, e).

5. Conf., Méndez Costa, María Josefa, La Filiación, cit., pág. 209; Muñiz, Roberto Fabián y Pitrau, Osvaldo Felipe, "Filiación en el Derecho Internacional Privado", en Enciclopedia de Derecho de Familia, dirigida por Carlos A. R. Lagomarsino y Marcelo U. Salerno, t. II, Buenos Aires, 1992, pág. 418; Krasnow, Adriana N., "La verdad

tramatrimonial, dado que biológicamente es hijo de dos personas que se encontraban casadas entre sí al tiempo de la muerte del marido. Cabe asimismo señalar que no existe una imposibilidad legal para que la ley determine la categoría de *matrimonial* con respecto a un hijo concebido luego de disuelto el matrimonio, como efectivamente ocurre en el supuesto contemplado en el artículo 9.2. de la ley española 14/2006, con relación a los hijos nacidos por fecundación *posmortem*, cuando se cumplen los requisitos que establece dicha norma.

Aparte de los autores recién citados en nota, María Rosa Lorenzo de Ferrando sostiene, entre otros, el carácter extramatrimonial del hijo nacido con gametos del marido luego de los trescientos días de la muerte de este, lo que fundamenta en el hecho de que, en tal caso, no operaría la presunción de paternidad que consagra lo normado en el artículo 243 del Código Civil[6]. Soto Lamadrid llega a la misma conclusión, y aclara que considera en tal caso factible el ejercicio de una acción para determinar la filiación paterna[7].

Por nuestra parte, creemos que la solución de considerar al hijo como extramatrimonial, adolece de un exceso formal. En cambio, entendemos que en el supuesto de que los padres hubieran estado divorciados, el hijo concebido con semen del ex esposo luego de la muerte de este, será efectivamente extramatrimonial, aunque ello es así siempre que el nacimiento se hubiera producido con posterioridad a los trescientos días de la interposición de la demanda de divorcio (conf., art. 243, *in fine*, Cód. Civil).

En cambio, por aplicación de las normas proyectadas en materia de filiación por la Comisión de Reformas, tanto el padre como la madre, o los dos padres o las dos madres del concebido son quienes hubieran prestado un consentimiento libre e informado para someterse al uso de las técnicas de procreación asistida, pudiendo inclusive el nacido tener un solo padre, si solo fue una persona quien prestó dicho consentimiento[8]. La solución también es la misma en caso de fecundación *posmortem*, aunque ello es así únicamente si se dan las circunstancias contempladas en la 2ª parte del artículo 6 transcripto al comienzo de esta nota.

c) Derechos de los hijos concebidos posmortem en relación con el aportante del semen

El hecho de considerar a la persona que falleció como padre del nacido, le da a este último los derechos derivados de ese estado, como ser, entre otros, el de usar el apellido del padre, y la posibilidad de poder reclamar alimentos a los parientes por consanguinidad, en el orden que resulta del artículo 367 del Código Civil; además del derecho de visitas (art. 376 *bis*). En ese mismo sentido, Miguel Ángel Soto Lamadrid afirma lo siguiente con relación al hijo concebido después de la muerte de su padre: "Nosotros coincidimos en que se trata de un hijo extramatrimonial y también que carece de derechos hereditarios, pero, ¿por qué no podrá ese hijo llevar el apellido de su padre? Debe que-

---

biológica y la voluntad procreacional", LA LEY, 2003-F-1150; Grosman, Cecilia, Acción de impugnación de la paternidad del marido, Buenos Aires, 1982, pág. 104, cit. por Andorno, Luis O., "Responsabilidad civil en materia de genética y filiación", en Derecho de Familia, Libro en Homenaje a la Dra. María Josefa Méndez Costa, cit., pág. 386, autor que, en cambio, considera que el hijo es extramatrimonial, por haber sido concebido fuera del matrimonio. Conf. con esto último, Medina, Graciela, "De la naturaleza jurídica y los derechos patrimoniales y extrapatrimoniales del embrión de probeta", en Derecho de Familia, recién cit., pág. 342; Cafferata, José Ignacio, "Las nuevas técnicas de reproducción humana y el derecho positivo argentino", ED, 130-738, b), 15; Carranza Casares, Carlos A. y Herrera, Marina, "La fecundación *post mortem* y su incidencia en el derecho de filiación", en Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, n° 21, pág. 41; Sapena, Josefina, Fecundación artificial y derecho, Asunción, Paraguay, 1998, págs. 66 y sigtes.; Moro Almaraz, María Jesús, Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación *inin vitro*, Barcelona, 1988, pág. 247.

6. "Determinación de la maternidad y de la paternidad en los casos de fecundación asistida", en Derecho de Familia, Libro en Homenaje a la Dra. María Josefa Méndez Costa, cit., pág. 319, n° 5.

7. Biogenética, filiación y delito, Buenos Aires, 1990, pág. 97.

8. Véase al respecto nuestra nota "La voluntad procreacional. La Reforma del Código Civil en materia de filiación", La Ley, diario del 3 de noviembre de 2011.

dar claro que el hijo póstumo tiene todos los derechos derivados de la filiación, excepto el derecho a heredar a su padre…, y que no es necesario reglamentar sus prerrogativas porque estas surgen ya, expresamente de la ley. En realidad, no debería cuestionarse qué derechos tiene el hijo nacido de la inseminación *posmortem*, sino cuáles son los que no puede ejercer en razón de la forma y época en que se produjo la concepción"[9].

Graciela Medina señala que el embrión crioconservado –actuando por medio de su representante– también podría reclamar alimentos, comprensivo de los gastos necesarios producidos en el centro médico en el cual haya tenido lugar la fertilización *in vitro* y el posterior congelamiento[10]. Por su parte, Zannoni afirma que la ley no podría dejar de atribuir la paternidad a ciertos efectos, al menos –agrega– a fin de proteger el interés familiar del hijo, que de otra manera carecería de filiación paterna[11].

Claro que no todos los autores están de acuerdo con lo señalado, habiéndose afirmado al respecto que si el nacimiento se hubiera producido más allá del plazo de trescientos días de la muerte del esposo y padre biológico, "el nacido no tendrá derecho alguno, pues a pesar de haber existido el presupuesto biológico, este no debe trascender al plano jurídico, ya que podría alentar a la viuda a procrear herederos aun muchos años después de la muerte de su cónyuge"[12]. Con lo cual no podemos coincidir, por cuanto de otra manera se debería concluir, ya no en la existencia de un hijo con padre desconocido, sino en la de un hijo sin padre, lo cual –salvo en un procedimiento de clonación– no es lógicamente posible; además de inconveniente para el hijo, cuyo interés se debe proteger en forma prioritaria.

Y en cuanto a los efectos que el procedimiento en cuestión tiene con relación a las reglas sucesorias, siguiendo una recomendación del Informe *Warnock* se ha afirmado que el hijo concebido luego de la muerte de su padre biológico no tiene derecho a heredarlo[13], solución que parece contradictoria desde un punto de vista lógico, al impedirle al mismo heredar a quien es su verdadero padre no solo legal, sino también biológicamente. No obstante, en nuestro derecho resulta claro que para que tenga derecho a suceder al causante, el heredero debe estar al menos concebido –ya sea dentro o fuera del seno materno– en el momento de la apertura de la sucesión (arts. 3287 y 3290, Código Civil)[14]. Requisito que se encuentra cumplimentado en el supuesto de que el embrión hubiera estado fecundado con los gametos del padre antes de la muerte de este[15]. Lo cual es así aun en el caso de que estuviera crioconservado y naciera después de los trescientos días posteriores al fallecimiento de su padre; aunque en ese supuesto resulta conveniente establecer, con la finalidad de evitar la incer-

9. Biogenética. Filiación y delito, cit., págs. 102 y sigte.

10. "De la naturaleza jurídica y los derechos patrimoniales y extrapatrimoniales del embrión de probeta", en Derecho de Familia, Libro en Homenaje a la Dra. María Josefa Méndez Costa, pág. 343, n° 3.

11. Derecho Civil. Derecho de Familia, 5ª ed., Buenos Aires, 2006, t. 2, pág. 552, parágr. 1059, nota 60.

12. Iñigo de Quidiello, Delia B., Levy, Lea Mónica y Wagmaister, Adriana Mónica, "Reproducción humana asistida", en Enciclopedia de Derecho de Familia, Buenos Aires, 1994, t. III, pág. 559.

13. Conf., Acosta de Farah, Mariel Victoria y Cabrera de Gariboldi, María del Luján Cecilia, "El concebido por métodos de reproducción asistida. Reflexiones en torno a su vocación hereditaria", ED, 163-1005, 1); Corral Talciani, Hernán, "La filiación en las técnicas de reproducción humana asistida", en Revista de Derecho, de la Universidad Católica del Norte, Campos Guayacán, 2000, pág. 117; Tobías, José W., Derecho de las Personas, Buenos Aires, 2009, pág. 91; Lorenzo de Ferrando, María Rosa, "Determinación de la maternidad y de la paternidad en los casos de fecundación asistida", cit., pág. 319, quien con fundamento en la inmoralidad que resultaría de tratarlo como desigual en comparación con los otros hijos, sostiene que la legislación debería prever que al hijo nacido en esas condiciones le asisten todos los derechos, incluyendo los hereditarios en la sucesión del padre prefallecido.

14. Conf., entre otros, Bossert, Gustavo A., "Fecundación asistida", JA, 1988-IV-878. Ello no es así, en cambio, de acuerdo al Código Civil de Paraguay, que no requiere que el hijo esté concebido al tiempo de la muerte del causante para poder heredarlo; ver al respecto, Sapena, Josefina, Fecundación artificial y derecho, cit., págs. 72 y sigtes.

15. Conf., Loyarte, Dolores y Rotonda, Adriana E., Procreación humana artificial: Un desafío bioético, cit., pág. 333. José Raúl Velazco considera que una futura legislación debería establecer que todo hijo no implantado en el útero materno al morir el padre, no lo heredará ("Presupuestos a los cuales debe ajustarse una futura legislación que regule los procedimientos de investigación genética y de inseminación artificial", JA, 1995-II-950).

tidumbre relacionada con los bienes sucesorios, un límite al derecho a heredar, determinado por la fijación de un período de tiempo máximo para el nacimiento, contado desde la muerte del causante[16].

3. Evaluación ética del procedimiento de fecundación *posmortem*

Sabido es que las normas jurídicas tienen un trasfondo moral del que no es dable prescindir, lo que nos lleva a efectuar una necesaria evaluación ética con respecto a los procedimientos de fecundación *posmortem*. Pues bien, dejando por el momento de lado la valoración que nos merecen los procedimiento de procreación asistida, debemos poner de relieve con respecto a la fecundación *posmortem*, que dicha práctica hace que el niño nazca con un solo padre vivo, privándolo de la atención y la relación con el otro, lo que puede afectar su personalidad y su desarrollo[17]. En la Instrucción *Donum Vitae* se ha puesto con razón énfasis en el derecho de los hijos a ser concebidos, traídos al mundo y educados por sus padres, o sea, por *ambos* padres, y no solo por uno de ellos, habiéndose además afirmado en dicho documento que es moralmente injustificable "la fecundación artificial de una mujer no casada, soltera o viuda, sea quien sea el donador". Y si bien es cierto que el hecho de nacer con un solo padre también se produce cuando el otro fallece antes del nacimiento del hijo, la diferencia estriba que en la fertilización posterior al fallecimiento de uno de los esposos se coloca al hijo *en forma voluntaria* en un hogar disgregado, en lugar de ocurrir ello por una causa de fuerza mayor, como se produce en el caso de la muerte, que constituye una situación no deseada.

El principio de *libertad*, en el cual, junto con el de *igualdad*, se basan quienes se pronuncian a favor de la fecundación *posmortem*, carece a nuestro juicio de aplicabilidad, puesto que la libertad tiene un claro límite, que se halla donde se invade el derecho de los otros, en este caso, el de los hijos a nacer en una familia constituida por el padre y la madre. No se pueden dejar de lado las necesidades afectivas del niño, que en la fecundación *posmortem* se halla "aprisionado al proyecto identificatorio de un solo sexo"[18], siendo fundamental para su desarrollo la presencia de ambos progenitores; se ha llegado inclusive a afirmar que "un niño no puede vivir psíquicamente sino mediante una relación humana triangular"[19]. Siguiendo esas pautas, Dolores Loyarte y Adriana Rotonda señalan que la inseminación *posmortem* no contribuye a favorecer la realización de la vida plena del hijo, al que se

16. Loyarte y Rotonda afirman que se debería organizar un registro de embriones, con sus datos filiatorios, el cual no sólo sería útil en el supuesto de la adopción prenatal, sino también en caso de muerte, en que los restantes herederos podrían en tal caso conocer su existencia (Procreación humana artificial: Un desafío bioético, cit., pág. 406).

17. Conf., entre otros autores, Matozzo de Romualdi, Liliana A., "Cómo proteger la evolución biológica natural de la especie humana frente a los avances del biopoder", ED, 167-1119; Cafferata, José Ignacio, "Las nuevas técnicas de reproducción humana y el derecho positivo argentino", cit., ED, 130-732, 5; Arias de Ronchietto, Catalina Elsa, "Derechos Humanos y Derecho de Familia. El derecho a casarse y formar una familia", ED, 180-1357; Sapena, Josefina, "Fecundación posmortem", Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, n° 43, julio/agosto 2009, págs. 467 y sigte., II, y pág. 469, III, 2.; Bossert, Gustavo A., "Fecundación asistida", cit., JA, 1988-IV-878; Tobías, José W., Derecho de las Personas, cit., págs. 90 y sigte., nº 8; Méndez Costa, María Josefa y D'Antonio, Daniel Hugo, Derecho de Familia, cit., III, pág. 51; Velazco, José Raúl, "Presupuestos a los cuales debe ajustarse una futura legislación que regule los procedimientos de investigación genética y de inseminación artificial", cit., JA, 1989-II-947 y 948; Messina de Estrella Gutiérrez, Graciela N., Bioderecho, cit., pág.68, quien pone de relieve el interés del hijo de nacer y crecer como hijo de un hombre y una mujer unidos entre sí por una relación estable de afecto, así como que el derecho a la identidad del hijo exige una verdadera filiación, consistente en tener un padre y una madre. Delia Iñigo admite la aplicación de una técnica de reproducción asistida con respecto a una mujer viuda, únicamente cuando se hubiera iniciado el proceso de fecundación *in vitro* al momento de la muerte del hombre y este hubiera prestado su consentimiento ("Técnicas de reproducción asistida: consideraciones sobre su aplicación a mujeres solas", en Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, n° 2, Buenos Aires, 1989, pág. 61).

18. Videla, Mirta, Los derechos humanos en la bioética, Buenos Aires, 1999, pág. 57. Dice Videla que "quienes puedan nacer por obra y gracia de empecinamiento individualista, vendrá un día en que la verdad acerca de su filiación, llegue al límite absurdo de juicios salomónicos, con la triste realidad de una procreación anónima que les lleve a la conclusión de que en realidad son hijos de nadie".

19. Videla, Mirta, Los derechos humanos en la bioética, cit., pág. 143.

lo priva premeditadamente de la vivencia del vínculo paterno, que constituye uno de los elementos estructurantes de la personalidad, teniendo también el mismo un derecho integral de asistencia moral y material exigible a sus progenitores[20].

Tal como se ha sostenido, los llamados *derechos reproductivos* no pueden atentar contra los derechos fundamentales o libertades del ser humano, entre los cuales se encuentra el de la integridad física, psicológica y existencial que condicionan el libre desarrollo de la personalidad, así como el derecho a una familia, que, entre otros supuestos, se ve atentado en el caso de inseminación *posmortem*, como también en la procreación asistida practicada por homosexuales o por una mujer sola[21].

Pedro Federico Hooft ha sostenido sobre el tema que el derecho de todo niño de tener un padre y una madre, al ofrecerle mayores posibilidades de alcanzar un armónico desarrollo bio-psico-social y espiritual, debe prevalecer frente al deseo de la mujer de procrear al margen de un grupo familiar pleno; y agrega que la legitimación de la fecundación artificial en mujeres solas, *lato sensu*, contraría la razón misma de ser del desarrollo de las nuevas técnicas de procreación asistida. Agrega Hooft que en principio no parece razonable invocar un presunto derecho de la mujer de elegir el *tipo de familia* que desea constituir (monoparental), cuando esa prerrogativa entra en colisión con los derechos del niño y las exigencias del bien común, debiendo en este tema –y en otros– el legislador, asumir la *voz del sin voz*, cuyo legítimo interés debe prevalecer, habida cuenta que de tal manera se contribuye al bien común de la sociedad y se resguarda más plenamente la dignidad humana, no debiendo el derecho promover aquellas situaciones que se estimaren disvaliosas[22].

También Zannoni se ha pronunciado en contra de la práctica de la fecundación *posmortem*, habiendo dicho autor afirmado que no deberían autorizarse inseminaciones en esos supuestos, ni tampoco admitirse demandas de la viuda tendientes a recuperar el semen del esposo; y por el contrario, agrega, debería disponerse su destrucción, para evitar cualquier controversia que se pudiera plantear por el requerimiento de una inseminación heteróloga con ese semen a favor de otro matrimonio[23].

Por su parte, Jaime Vidal Martínez ha sostenido que la fecundación *posmortem* implica un ejercicio desorbitado del derecho de procrear, ínsito en el de fundar una familia, que, como tal, concluye con la muerte del titular. También ha resaltado la necesidad de la exigencia, cuanto menos, de un proyecto parental para autorizar el recurso a las técnicas de que se trata, siendo la lógica consecuencia la de negar la posibilidad de ejercerlas cuando falta el presupuesto de la pareja procreadora. Lo cual es así, agrega, salvo que se parta de la concepción individualista del *derecho al hijo* –que dicho autor con razón condena–, supuesto en el cual, dice, en cierto modo resulta coherente admitir la posibilidad de obtener el hijo deseado pese a la muerte del marido o de la pareja conviviente[24].

Queremos asimismo recordar aquí la recomendación contenida en el punto 13 del Informe del Parlamento Europeo del año 1990 sobre fecundación artificial, donde se afirmó que "es interés del hijo nacer y crecer en una familia estable, esto es, como hijo de un hombre y de una mujer unidos entre sí por una relación estable de afecto… Ello hace inaceptable la fecundación artificial en favor de parejas homosexuales o de mujeres solas, aun cuando la fecundación se realice con semen del

20. Procreación humana artificial: Un desafío bioético, cit., pág. 292. Recuerdan las mencionadas autoras el art. 7° de la Convención sobre los Derechos del Niño, que establece el derecho del hijo "a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos".

21. Vega Gutiérrez, Ana María, "Los derechos reproductivos en la sociedad posmoderna: ¿Una defensa o una amenaza contra el derecho a la vida?", en Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida, Granada, 1998, págs. 40 y 41.

22. Bioética y Derecho Humanos. Temas y casos, Buenos Aires, 1999, págs. 38 y 39. Conf., Cafferata, José Ignacio, "Las nuevas técnicas de reproducción humana y el derecho positivo argentino", cit., ED, 130-738, 16); Matozzo de Romualdi, Liliana A., "Cómo proteger la evolución biológica natural de la especie humana frente a los avances del biopoder", cit., ED, 167-1119, donde sostiene que la reproducción humana *posmortem* viola la identidad genética del niño, que tiene derecho inalienable de ser concebido por padres vivos.

23. Derecho Civil. Derecho de Familia, 5ª ed., cit., t. 2, págs 551 y sigte., a), parágr. 1152.

24. "La regulación de la reproducción humana asistida en el Derecho español", en *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida*, Granada, 1998,, págs. 110 y sigtes.

marido difunto; no se deben producir huérfanos artificiales a través de la fecundación artificial"[25]. También recordamos la recomendación practicada en el IX Congreso Mundial sobre Derecho de Familia celebrado en la ciudad de Panamá en el año 1997, de prohibir la fecundación *posmortem*.

4. Análisis de la norma proyectada

No obstante los cuestionamientos éticos recién reseñados, en la norma proyectada, transcripta al comienzo de esta nota, se admite la fecundación del óvulo de una mujer con semen de una persona fallecida. Pero la admisión del vínculo filial entre el concebido y la persona fallecida se limita a los supuestos de las personas casadas, así como de aquellas que integran la que en el Proyecto se denomina "unión convivencial"; aunque ese vínculo solo se produce si se cumplen los requisitos establecidos en la segunda parte de la norma, por lo que de no haber ello ocurrido, el vínculo sería inexistente, aun cuando la fecundación se hubiera producido mediante el aporte del semen del fallecido. La limitación proyectada llama la atención, dado que en las restantes normas del Proyecto se admite en forma amplísima la práctica de la procreación asistida (dentro de la cual también se permite la denominada *maternidad subrogada*), tanto para personas casadas o no, como también para personas solas, sea que se trate de hombres o de mujeres.

En el supuesto de que se tratara de la unión de dos mujeres, el semen deberá necesariamente pertenecer a un donante (lo que también podría ocurrir aun cuando el fallecido fuera un varón), no obstante lo cual, de producirse el supuesto de excepción contemplado en la segunda parte de la norma proyectada, la persona fallecida –en el caso de que fuera una mujer– será considerada madre del nacido. Y ello, a pesar de la inexistencia total de todo vínculo, no solo biológico sino también social entre ambas personas, y al hecho de haberse producido la concepción luego del fallecimiento; por lo que la solución admitida no puede sino ser calificada como excesiva.

Hacemos asimismo notar que en el supuesto de excepción no se encuentra contemplado el caso de que antes del fallecimiento hubiera comenzado el procedimiento necesario para la posterior implantación, como ocurre en España[26], ni tampoco cuando el fallecido hubiera prestado su consentimiento informado y libre simplemente para la práctica de la procreación asistida, sin mención alguna sobre la implantación de sus gametos a la mujer en el supuesto de fallecimiento.

5. Conclusiones

Por lo hasta aquí afirmado, no coincidimos con el contenido de la disposición proyectada en el artículo 563. Por de pronto y tal como más arriba afirmamos, el procedimiento de la fecundación *posmortem* hace que el niño nazca con un solo padre vivo, con lo que se lo priva de la atención y la relación con el otro progenitor, lo que puede afectar su personalidad y su desarrollo, atentando de tal manera contra su legítimo interés.

Si bien dicha circunstancia bastaría para cuestionar la disposición proyectada, cabe señalar que no obstante ser de alguna manera positivo el hecho de limitar el vínculo filiatorio a los supuestos en que el procedimiento se produce con relación a las personas casadas o que integran un "vínculo convivencial", bien puede afirmarse que dicha limitación es contradictoria con la amplitud establecida en otras normas del Proyecto relacionadas con la determinación de la filiación en materia de procreación asistida.

25. Véase al respecto, Bustos Pueche, José Enrique, en El Derecho Civil ante el reto de la Nueva Genética, Madrid, 1996, pág. 125.

26. En efecto, de acuerdo al art. 9.2. de la ley española 14/2006, el consentimiento para la fecundación *posmortem* se presume otorgado "cuando el cónyuge supérstite hubiera estado sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido".

Además, nos parece inconveniente la aplicación de la norma cuando la cónyuge o conviviente fallecida es una mujer, por cuanto de darse el supuesto contemplado en la segunda parte del artículo, el vínculo filiatorio que en tal supuesto se producirá entre esa mujer y el nacido, carece de una base real, dada la inexistencia de todo vínculo con este último, no solo biológico sino también social.

Tampoco estamos de acuerdo con la inexistencia de vínculo filiatorio entre el nacido y la persona fallecida, cuando el óvulo de la mujer hubiera sido fecundado con semen del muerto sin haberse cumplimentado los requisitos establecidos en la segunda parte de la norma proyectada, pues de tal manera se conculca el derecho a la identidad del niño.

En definitiva, creemos que la norma en cuestión agrede el interés superior del niño, de carácter prioritario por aplicación tanto de la Convención sobre los Derechos del Niño –que tiene jerarquía constitucional (art. 75 inciso 22, CN)–, como de la ley 26.061.

LA ADOPCIÓN

Atilio Álvarez[1]

La regulación legal del instituto adoptivo en la República Argentina, aquel que Vélez Sarsfield excluyó del Código Civil por considerarlo ajeno a nuestras costumbres, fue siempre objeto de permanente crítica, desde su reincorporación por la ley Nº 13252 en septiembre de 1948. A tal punto que podemos afirmar que en las seis décadas y media de vigencia de los tres regímenes sucesivos de adopción no hubo momento en que no existieran iniciativas y proyectos de reforma o un clamor político-periodístico por una nueva ley.

Esta insatisfacción social, continua y acentuada, parte de la falta de análisis de los verdaderos problemas que afectan a la adopción en la Argentina y en América latina, y se funda en la visión unilateral desde quienes desean con comprensible ansiedad un hijo que la naturaleza les niega, y también en una inveterada tolerancia hacia el tráfico de niños y las formas contractuales de adquirirlos, arropada bajo el falso manto del "fin altruista" que movería a los delincuentes.

La reforma propuesta declara el propósito de acelerar los procesos adoptivos. Analizaremos si el texto proyectado encarna esta idea. Si solamente se tratara de transformar el plazo de un año previsto en el artículo 317, inc. a) del Código Civil para considerar a un niño internado en situación de abandono subjetivo a tenor del actual art. 307 del mismo Código, en el de seis meses del artículo 607, inc. c) del proyecto (al que se suma el tiempo del procedimiento sumarísimo en doble instancia que establece el mismo artículo), en poco habremos avanzado. Sancionada que sea la reforma, en breve recomenzará el eterno pedido de celeridad.

En realidad, adentrarse en una reforma del instituto adoptivo, no es ganar unos meses más o menos en el extenso proceso personal que lleva a la decisión de formar familia por adopción. Es ante todo poner en debate cuestiones muy profundas del derecho, no solamente nacional, y asumir una clara toma de posición en materia de ética personal y social, que deriva en arduas cuestiones de política pública. Con clarividencia decía en 1995 el maestro don Rafael Sajón: "El problema de la adopción, a nivel interno y entre países, es de la esencia de la sociedad humana actual y de las próximas décadas, porque se ha convertido en tal por un juego de necesidades, expectativas y valores morales, jurídicos y políticos, prospectivos y proyectivos hasta más allá del año 2000"[2].

En esta línea, son otros, y no la proclamada celeridad, los verdaderos aportes del proyecto que, aun con las necesarias salvedades y observaciones, pueden coadyuvar a afirmar el instituto adoptivo en Argentina.

Tres son las respuestas que permiten afirmar un balance positivo del proyecto en las grandes cuestiones en debate:

1. Defensor Público de Menores.
2. Sajón, Rafael, Derecho de Menores, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, cap. XVIII, pág. 439.

Haber zanjado desde el Poder Ejecutivo la veleidad de destrucción de la adopción plena que aparecía en numerosos proyectos legislativos[3] en los últimos tiempos, algunos de ellos con estado parlamentario, y cuyo choque en las discusiones en comisiones y en plenarios será interesantísimo.

Enrolarse en una postura contraria al contractualismo en adopción, es decir a los acuerdos de voluntades entre los pretensos adoptantes y generalmente una madre en situación de gran vulnerabilidad, con intermediarios profesionales muy bien pagos, que son la fuente principal de tráfico y apropiación de niños y el real motivo de la demora en el avance de los listados de postulantes adoptivos.

Mantener, con las observaciones que haremos, la postura contraria a la adopción internacional, siguiendo la línea de la reserva parcial argentina al artículo 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño y la más expresa formulada al Protocolo Facultativo de dicha Convención sobre la venta de niños, del 25 de mayo de 2000.

Como limitación de estos elementos positivos, se advierte la introducción de confusiones entre los efectos de la adopción simple y la plena, derivados de una concepción estática del valor identidad de la persona humana, ciertos sutiles retrocesos en cuanto a la defensa del centro de vida como constitutivo del interés superior de los niños, y la pérdida de oportunidad de establecer firmemente este principio como esencial en el derecho de adopción argentino, tanto para niños nacionales como extranjeros.

I. Los problemas de una definición

Los autores clásicos del Derecho Civil Argentino criticaron a Vélez Sarsfield su tendencia a introducir definiciones en el texto del Código, puesto que la tarea de definir las instituciones jurídicas es más propia de la doctrina que de la ley[4]. Los redactores actuales han dejado de lado totalmente ese reparo, siguiendo una tendencia dominante, al punto que las leyes de moderna factura suelen comenzar por explicitar la finalidad del legislador ("esta ley tiene por objeto", es casi una muletilla), antes reservada a la exposición de motivos o al mensaje de elevación, y es habitual encontrar definiciones encabezando amplios enunciados jurídicos declamatorios.

Es evidente que una definición no es una norma jurídica, ni por su naturaleza ni por su estructura formal, pero no obstante –pese a que no es aplicable a una relación jurídica, ni sirve de regla de solución de conflictos– si el legislador intenta darla, esta debe ser precisa y omnicomprensiva.

La definición de adopción que propone el artículo 594 del proyecto pareciera a primera lectura inobjetable: "**La adopción es una institución jurídica que tiene por objeto proteger el derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando estos no le pueden ser proporcionados por su familia de origen**". Pero no es íntegramente correcta, porque no responde a todos las formas de adopción: ni en la adopción de integración, ni en el caso excepcional de emplazamiento como hijos de mayores de edad, ni en muchos supuestos de adopción simple, se dan los elementos que contiene este artículo, y mucho menos la situación negativa que se ha previsto respecto de la familia de origen.

3. Proyectos Expte. Nº 6843-D-06. (T.P. Nº 173). García Méndez, Carlotto, Comelli, Macaluse, Azcoiti, Negri, Pérez (A.), Di Tullio, Gorbacz, Augsburger, Tonelli y Romero. De ley. Código Civil. Modificación del Título IV, Sección Segunda, Libro Primero, de la adopción. (Legislación General y Familia), y los que se enrolan en su estela.

4. El mismo Vélez sostuvo en la nota al artículo 495 del Código Civil: "Nos abstenemos de definir porque, como dice Freitas, las definiciones son impropias de un código de leyes y no porque haya peligro en hacerlo, pues mayor peligro hay en la ley que en la doctrina. En un trabajo legislativo solo pueden admitirse aquellas definiciones que estrictamente contengan una regla de conducta, o por la inmediata aplicación de sus vocablos, o por su influencia en las disposiciones de una materia especial. La definición exacta de los términos de que se sirve el legislador para expresar su voluntad, no entra en sus atribuciones…".

Cuánto más claro y preciso era el artículo 1º de la ley Nº 13252 cuando abría normativamente el régimen de esta institución, definiendo por la finalidad objetiva, con esta frase: "La adopción crea un vínculo legal de familia".

No debemos dudar en sostener, en Derecho, que **la adopción es una institución jurídica familiar que crea vínculos análogos a los de la filiación por naturaleza**. De ese modo la definición comprendería todas las especies de adopción –no solo la de protección de niños huérfanos o desamparados, que es la principal en nuestro tiempo– y tendría siempre una referencia clara a la filiación por naturaleza, a la cual tiende a asimilarse.

Una definición más completa, si se creyera que es función de la ley darla, sería en mi opinión: **"La adopción es una institución jurídica familiar que crea vínculos análogos a los de la filiación por naturaleza. Principalmente tiene por objeto proteger a los niños, niñas y adolescentes y garantizar el derecho de estos a vivir y desarrollarse en una familia que les brinde los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando no le puedan ser proporcionados por su familia de origen".**

Las diferencias no son casuales ni baladíes. A más de comprender la totalidad de las situaciones adoptivas –cuestión lógica, pues no es correcta la definición que no es aplicable a todos los supuestos– es necesario dejar en claro que no son protegidos los derechos, sino que se protege a los niños, en tanto que tales, como impone sin mediatizaciones conceptuales el artículo 19 del Pacto de San José de Costa Rica. Y esto es ya una cuestión ética, y de profundidad tal que integra el núcleo constitutivo de las sociedades. Los derechos humanos[5] deben ser reconocidos y garantizados por la ley, y respetados por todos. No los otorga la ley sino que nacen de la dignidad misma de la persona. Y por lo tanto nunca puede ser invocando un "derecho humano" en escisión o en contra de la persona misma. El deslizamiento que ciertas usinas de pensamiento están creando en América latina desde la histórica doctrina de la "protección integral de los niños" hacia una "protección de los derechos de los niños" es un paso sutil en el camino hacia la relativización del principio del interés superior, sobre todo cuando la ley pretende negar a algunos niños su carácter de sujeto prevalente de derecho.

II. ¿Contrato o institución?

Es importante que el Derecho Civil Argentino determine en forma expresa y definitiva la naturaleza institucional y no contractual de la adopción. Resulta obvio que un contrato entre adoptante y adoptado, según la vieja concepción civilista de la adopción entre adultos, no es hoy admisible. Pero menos aun lo es concebir un contrato entre adultos –ya sea a título oneroso o gratuito– tendiente a establecer el estado de familia y la identidad misma de un niño. Esto sería un retroceso hacia la arcaica visión del hijo como "cosa del padre", y una negación flagrante de todos los derechos fundamentales de la persona.

Es necesario volver a los clásicos y profundizar sus principios en interés superior del niño. Así, sobre la primera ley de adopción Spota decía: "Con acierto dicho legislador [el diputado Yadarola] repudiaba aquella concepción que ve aquí un mero vínculo contractual. El vínculo adoptivo es una institución del derecho de familia, crea un estado de familia y descansa en ese aspecto del derecho público que tiene todo el derecho de familia"[6].

5. El derecho de todo niño a nacer y vivir en una familia, es un derecho fundamental de la persona humana, previo al Estado, reconocido en cláusulas de jerarquía constitucional, tanto en razón del carácter natural de la familia (art. VI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art. 16.3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 10.1 del Pacto Internacional de derechos Económicos, Sociales y Culturales; art. 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y art. 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) como específicamente en el artículo séptimo de la Convención sobre los Derechos del Niño.

6. Spota, Alberto, Tratado de Derecho Civil, Tomo I, Volumen 3, nota 675, pág. 410.

Por su parte, Borda se enrola firmemente en la concepción institucional, al punto de sostener que "en nuestro derecho positivo la concepción de la adopción como contrato no tiene asidero posible, desde el momento que no se exige el acuerdo de los representantes legales del menor para establecerla. La adopción es, pues, una institución de derecho privado fundada en un acto de voluntad del adoptante nacida de la sentencia del juez"[7].

El artículo 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en su cuerpo y en su inciso a), únicos vigentes por efecto de la reserva efectuada al aprobar la Argentina ese tratado en 1990, por ley nº 23849, y reiterada en el acto de ratificación del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía[8], sirve de base constitucional para establecer el verdadero carácter de la adopción.

La fórmula institucional y no contractualista del artículo 594 proyectado es un avance, pero al limitarse a la llamada adopción de protección, deja abierto el campo contractual en otras modalidades, no solamente para hacer negociable una adopción de integración, sino para encubrir a través de formas simples y de artilugios que ya se conocen en Latinoamérica, verdaderas burlas al imperativo de protección de los niños.

Desde los primeros fallos en materia de adopción, hubo que distinguir esa doble vertiente en la materia. Si la adopción argentina, restaurada en la legislación en 1948, hubiera tenido carácter contractual podría haber sido eximido por acuerdo de partes el plazo legal de guarda (que en aquel primigenio ordenamiento era de dos años, y no el año de la ley de facto N° 19134, ni los seis meses actuales, según el art 316 C.C.). En el primer fallo del Fuero Civil sobre el tema, hace sesenta años, el Dr. Florencia Ignacio Goitia fundó la negativa en el expreso carácter institucional y no contractual de la adopción. En igual sentido se expidieron por la confirmación del fallo el entonces primer Asesor de Menores ante la Cámara, Dr. Héctor Madariaga, y los camaristas Dres. Chute, Coronas, y Alsina.[9]

Nunca existió en nuestro país una doble regulación de la adopción, como sí ocurrió en Brasil hasta hace muy poco: adopción "civil" por escritura pública, como contrato entre adultos, y adopción del derecho de menores, por sentencia judicial especializada. La adopción fue siempre institucional, y debe seguir siéndolo, tanto en la sentencia que la constituye como en la guarda que la prefigura y la determina en términos reales.

La nefasta concesión contractualista de la ley N° 19134 a los acuerdos entre adultos instrumentados por escritura pública, provenía del sistema de "adopción civil", convirtiendo al niño, sujeto prevalente por excelencia de la institución adoptiva, en un objeto de las voluntades interesadas en él. Por ello recibió las duras críticas que llevaron a su prohibición por el artículo 318 del Código Civil en la reforma de la ley n° 24779.[10]

La solución prevista en el Código Proyectado es draconiana, aunque merece apoyo en términos generales. Establece en su artículo 611[11]**: "**Queda prohibida expresamente la entrega directa en guarda de niños, niñas y adolescentes mediante escritura pública o acto administrativo, así como la entrega directa en guarda otorgada por cualquiera de los progenitores u otros familiares del niño". Se entiende que por cualquier vía o forma jurídica o de hecho.

Pero no se mantienen en esto los autores del proyecto sino que avanzan diciendo: "La transgresión de la prohibición habilita al juez a separar al niño transitoria o definitivamente de su guardador,

7. Borda, Guillermo, Tratado de derecho Civil Argentino, Familia II, nº 770, pág. 118.

8. *Asamblea General - Resolución A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000, aprobado por Argentina mediante ley nº 25763 del 23 de julio de 2003*.

9. J.A. 1952 -I- pág. 96/97, fallo de Cámara del 31 de julio de 1951.

10. Es importante reafirmar estos principios en tiempos en los cuales se intenta justificar los contratos sobre niños en su etapa de vida embrionaria. Esperamos que aquellos que, quizás de buena fe y solo preocupados por ideas de celeridad o "antiburocráticas" defendieron la utilización del contrato por escritura pública, adviertan ahora cual era el fundamento ultimo de la oposición a todo contrato que acuerde la identidad misma de una persona humana.

11. Titulado "Guarda de hecho. Prohibición", aunque cabe distinguir si lo que se prohíbe es el hecho mismo de la guarda, extendidísimo en nuestro país y en Latinoamérica, o esa vía para preconstituir una guarda con fines adoptivos al margen de los controles previos a los postulantes.

excepto que se compruebe judicialmente que la elección de los progenitores se funda en la existencia de un vínculo de parentesco o afectivo, entre estos y el o los pretensos guardadores del niño".

Hasta aquí llegaba en la primera versión que trascendió (artículo 18 de la sección sobre adopción) el texto proyectado. Se advierte que al correlacionar distintos documentos o fuentes se hizo evidente la contraposición de este criterio originario del artículo 611 con la incorporación de la facultad de delegar el ejercicio de responsabilidad parental en un tercero idóneo que proviene del título VII referido a lo que hoy llamamos patria potestad.

Ambas soluciones eran incompatibles y por eso en la última versión del artículo 611 se agrega como párrafo final: "Ni la guarda de hecho, ni los supuestos de guarda judicial o delegación del ejercicio de la responsabilidad parental deben ser considerados a los fines de la adopción".

Esta ha sido necesario, reitero, pues de modo bastante incomprensible, al tratar sobre el instituto, también de orden público, de la patria potestad llamándolo "responsabilidad parental", el proyecto pretende introducir en nuestro Derecho una novedosa fórmula de delegación de ejercicio de la misma, estableciendo en el artículo 643: "En el interés del hijo y por razones suficientemente justificadas, los progenitores pueden convenir que el ejercicio de la responsabilidad sea otorgado a un pariente o tercero idóneo. El acuerdo con la persona que acepta la delegación debe ser homologado judicialmente debiendo oírse necesariamente al hijo. Tiene un plazo máximo de un año, pudiendo renovarse judicialmente por razones debidamente fundadas, por un período más con participación de las partes involucradas…".

Da la impresión de que quienes redactaron el articulado referido a la adopción tenían criterios institucionalistas diferentes de quienes propician este contrato privado sobre ejercicio de responsabilidad parental, pues no se entiende de otro modo la contradicción de principios que obliga a una salvedad semejante al final del citado artículo 611.

La sana intención de quienes proyectaron el título sobre adopción, y en especial el carácter público de la guarda preadoptiva incompatible con la naturaleza de un contrato privado, choca entonces con una delegación de responsabilidades parentales regida por la contractual autonomía de la voluntad. No llega a salvar esta contradicción la cláusula final del artículo 611 del proyecto, que no soportará, en ese marco, los primeros casos conflictivos. En efecto, no resulta razonable la prohibición intentada en la necesaria intervención judicial en la guarda preadoptiva, con régimen de aptitud de los postulantes previamente constatada en sede administrativa, cuando por otra parte se establece contra la normativa hoy vigente una libre delegación de responsabilidades, no de funciones precisas, con homologación judicial.

La previsión final del artículo 611 del proyecto, entonces, está destinada a ser puesta en jaque tempranamente en situaciones en las que exista una realidad jurídica previa de naturaleza superior a la guarda, como es la pergeñada delegación de responsabilidad parental. Ya abierto el camino, por la vía de la existencia de un vínculo afectivo previo, real o ficticio, entre padres y guardadores, o por la más directa invocación a la autonomía de la voluntad de una madre que si podrá legalmente delegar el ejercicio de la patria potestad sobre su hijo, bien podría elegirles adoptantes, el sistema se deslizará hacia un oculto contractualismo, aunque esto no haya sido la voluntad de los autores del título específico. Será el precio de las contradicciones ideológicas, que una vez más pagarán los niños.

Los frentes de ataque al párrafo final de la nueva norma provendrán de dos ángulos, de distinto origen y de diferente validez ética: unos lo harán desde la cruda posición individualista y en pro de la vigencia del contrato; otros tendrán que hacerlo desde un marco teórico realista que sin dudas invocará el interés superior del niño.

Dos casos paradigmáticos permiten entender en concreto lo dicho:

a) El caso de María.

Por ante el Juzgado Nacional en lo Civil Nº 92 se presentó en febrero de 2008 un pedido de guarda judicial preadoptiva con la niña recién nacida en la Capital Federal, a favor de un joven matri-

monio domiciliado en una ciudad del interior de la provincia de Santa Fe. La madre, mayor de edad, daba conformidad en un "otrosí" y denunciaba su domicilio real en uno de la calle Iriarte del barrio de Barracas. Se decía que había trabajado en casa de la familia adoptante y que mantenía una larga relación de confianza con esta.

De inmediato el Ministerio Público comisionó a su asistente social al domicilio materno, para entrevistar a la progenitora, y encontró que esa vivienda no era la de la madre de la niña, sino la de la madre de la abogada. Ubicada rápidamente la progenitora, resultó ser madre de cinco hijos, ninguno de los cuales vivía con ella, no haber trabajado nunca en casa de los peticionarios de la guarda, y no haberlos conocido hasta el momento de una entrevista, concertada por oscuros intermediarios, en un bar de Constitución donde entregó la niña de apenas tres días y firmó el escrito presentado ante la jueza.

Sobreabundantemente, se pudo acreditar que los apropiadores –un matrimonio de 32 años de edad y apenas uno de casados– se hallaban muy presionados a tener hijos por parte de su dominante entorno familiar. Habían conseguido la guarda judicial de un varoncito en septiembre de 2007 en Rosario y a los cinco meses pretendían completar con una nena el imaginario de familia completa de ellos o de quien pagaba la maniobra.

Una importante y contundente medida cautelar en favor de la criatura culminó con el rescate de la beba por parte de una comisión federal, con todos los recaudos técnicos de salvaguarda, el dos de marzo, y la resolución de confiarla en guarda preadoptiva a uno de los matrimonios más antiguos de los evaluados, aprobados e inscriptos en el Registro Único de Adoptantes[12].

Pero no terminó allí el debate. El 7 de marzo, un diputado por la provincia de Santa Fe, en curiosa concomitancia, presentó en la Cámara de Diputados de la Nación, un proyecto que hasta hoy resulta el paradigma de contractualismo en adopción[13]. Por el mismo se pretendía que la madre tuviera el derecho a elegir los adoptantes, con control judicial posterior. Si el juez no homologaba esa entrega, debía reintegrar el niño a la madre para que propusiera nuevos guardadores. Recién al tercer rechazo de propuestas "maternas" el juez podría recurrir a los postulantes inscriptos en el Registro.

Algo hay en ese extraño proyecto, que perdió estado parlamentario, que evoca la reminiscencia de los orígenes romanos de la adoptio, con el rito de triple venta ficticia por parte del pater, que permitía extinguir la patria potestad, como sanción justamente a esas reiteradas ventas. Con la diferencia que en el antiguo procedimiento romano las ventas eran fictas y ahora son reales.

Contra esos acendrados sentimientos contractualistas, siempre en función del poderoso o al menos del "cliente" y por cierto avalados por los intermediarios, deberá contender la endeble prohibición del artículo 611 *in fine*. No es difícil predecir el final de juego –como en el ajedrez– cuando se enfrenten a esa prohibición una delegación de responsabilidad parental en terceros idóneos, homologada por el mismo juez ante el cual las mismas partes requieran la consecuente guarda preadoptiva, habiéndose inscripto mientras tanto los interesados en el registro competente y sin óbice alguno a formular. Todo el sistema minuciosamente reglado tras un largo esfuerzo de controles y contrapesos se derrumbará en un instante.

b) El caso Mauro

Si la cuestión del choque de la parte final del proyectado artículo 611 con la novedosa incorporación de la delegación de ejercicio de la responsabilidad paterna tiene resultado predecible, mucho más claro será el caso cuando se trate de guardas otorgadas judicialmente.

12. En estos casos, la velocidad y la prudente utilización de la vía cautelar en defensa del niño son el único remedio posible, junto con la inmediata guarda en un matrimonio apto. En un sonado caso de la provincia de Corrientes, años atrás, al haber dispuesto la juez de la intervención federal el retiro del bebé pero su internación en el hogar Tía Amanda, que se prolongó durante meses con serio efecto de depresión en la criatura, se produjo la revocación por la Cámara de la decisión de primera instancia, y el retorno del niño al primer hogar de entrega, donde sin dudas estaba muy bien cuidado y que lo adoptó con toda felicidad. . .Se creó así un precedente emblemático a favor del contractualismo.

13. Expediente 0460-D-2008, trámite 7 de marzo de 2008, firmante Ariel Dalla Fontana.

El supuesto llegó a la Corte Suprema, en un asunto resuelto en forma absolutamente acorde a los derechos del niño, pero transcripto en el sumario de modo tal que ha sido tomado como bandera de los contractualistas y apropiadores. La joven madre de Mauro, afectada por drogadicción y muchos otros problemas, no pudo asumir su crianza desde el nacimiento. Por eso el Juzgado Civil Nº 106 confió en marzo de 2006 su guarda a los padrinos, una familia humilde de la misma colectividad, mientras se intentaba la recuperación de la progenitora. Al cabo de tres años, y con la muerte de un hermanito de por medio, se declaró la adoptabilidad del niño, y allí sorpresivamente, se designó guardadores a los fines adoptivos a un matrimonio que ya había recibido en adopción un niño en el mismo juzgado con óptimos resultados.

Ante la oposición de los padrinos, que pretendían mantener consigo a Mauro, incluso ofreciendo adoptarlo –lo que no había sido su intención originaria, pues estaban a la espera de la recuperación materna– la resolución judicial de primera instancia rechazó el pedido, fundándose en condiciones socioculturales e incluso en la hipoacusia de algunos de los cuatro hijos de la familia de guarda. Apelada la resolución por los primeros guardadores judiciales, la confirmó la Sala A, introduciendo –obiter dictum– el tema de que los padrinos no se habían inscripto en el Registro de postulantes de la jurisdicción. Esta cuestión oscureció el verdadero problema jurídico que era la aplicación del artículo 20 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en cuanto al respeto a la identidad cultural y social del niño, y también la interpretación del alcance del concepto de centro de vida de Mauro, incorporado al principio del interés superior por el artículo 3º de la ley Nº 26061.

Recién yendo en queja ante la Corte, los guardadores de origen y el Ministerio Público obtuvieron un fallo favorable, que sin perjuicio de revocar lo resuelto en las instancias anteriores exigió el cumplimiento de los recaudos de evaluación reglamentarios en los registros. El voto de la Dra. Carmen Argibay adentra en el tema del centro de vida, y en la arbitrariedad del cambio de guarda[14].

Como se advierte, frente al origen judicial de una primera guarda, y su desarrollo satisfactorio, no tendrá efectos tampoco la prohibición incorporada en la parte final del artículo 611 proyectado.

Un mejor análisis de las cuestiones en debate, el conocimiento minucioso de las prácticas que fueron apareciendo para burlar la ley tras la prohibición de la escritura pública, y por sobre todo la eliminación de la delegación de responsabilidad parental, reemplazando ese concepto por las autorizaciones puntuales o la guarda judicialmente controlada con expresa exclusión de los fines adoptivos, podrán mejorar sustancialmente el proyecto.

Tal como está planteado, y pese a la convicción institucional que se advierte en los redactores del título VI sobre adopción, el sistema no será en definitiva muy distinto del que pretendía establecer el Proyecto de Código Unificado de 1998 (llamativamente apenas un año después de la ley Nº 24779) cuando decía en su artículo 648: "La guarda judicial no es necesaria si se acredita sumariamente una guarda de hecho por igual período, con audiencia del Ministerio Público y de los equipos técnicos que correspondan". En suma, el retorno del contractualismo, bajo otros carices.

III. Adopción plena y simple

Hemos anticipado que consideramos un logro del proyecto haber mantenido en su artículo 625 la posibilidad de adopción plena, a más de los casos de niños huérfanos o sin filiación establecida, en los siguientes supuestos:

a) Cuando se haya declarado al niño, niña o adolescente en situación de adoptabilidad;
b) Cuando sean hijos de padres privados de la responsabilidad parental;
c) Cuando los progenitores hayan manifestado ante el juez su decisión libre e informada de dar a su hijo en adopción.

14. CSJN, 16/9/2008, Fallos 331-3: 2047/2068.

Esto permitirá que siga existiendo en la realidad social argentina la adopción, pues si la forma plena se redujera estrictamente a los supuestos de orfandad o de desconocimiento de filiación, el grueso de los niños en situación de abandono subjetivo, que son los más, quedaría bajo obligada forma de adopción simple, que nuestra sociedad –con razón o sin ella– no ha aceptado por lo general. La imposición del mantenimiento de vínculos en casi todos los casos apartaría del sistema a muchos de los potenciales postulantes y los haría presa fácil de los intermediarios que ofrecerían mayor "seguridad", a través de las consabidas maniobras, o de otros modos de llegar al ansiado hijo.

La visión negativa respecto de la adopción plena en nuestro país parte de una sesgada interpretación del derecho a la identidad de los niños. Siempre hemos defendido este derecho fundamental de la persona, pero sin considerarlo solamente desde lo biológico e incorporando en su análisis sus aspectos dinámicos, psicológicos y sociales.

Cuesta entender cómo se sostiene en la Argentina la alegada inconstitucionalidad de la adopción plena, cuando muchos países solamente poseen esta forma jurídica y ninguno de ellos ha sido cuestionado por el Comité de los Derechos del Niño, órgano de ONU intérprete de la Convención. La proverbial brillantez argentina nos convierte en los únicos del mundo que advertimos la incompatibilidad entre los artículos 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño y la figura de la adopción plena, acuñada modernamente en el Derecho Continental Europeo y rápidamente admitida en el mundo anglosajón. Paralelamente, nada se advierte en igual sentido en la admisión de donantes anónimos de gametos, en técnicas de reproducción asistida, como si en tales casos el niño no tuviera derecho a conocer sus orígenes.

Si bien sostener la adopción plena en los casos de abandono subjetivo es un cabal acierto del proyecto, que debe ser reconocido y apoyado, se advierte que existió un cierto grado de compromiso con las líneas ideológicas sobre el tema, que dio como resultado una fórmula llamada a crear muchísimos problemas. En efecto, la posibilidad judicial de "mantener subsistente el vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia de origen en la adopción plena, y crear vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia del adoptante en la adopción simple" llevará a un mosaico de soluciones, con un régimen individual que no es propio del emplazamiento en un estado de familia. Ya no bastará con un certificado de nacimiento, sino que será necesario exhibir la sentencia de adopción en cada situación en que corresponda decidir sobre la existencia o no de los vínculos, tanto de origen como adoptivos.

Más confusión aún crea la pretensa aclaración de que "en este caso, no se modifica el régimen legal de la sucesión, ni de la responsabilidad parental, ni de los impedimentos matrimoniales regulados en este Código para cada tipo de adopción" pues entonces tendríamos una verdadera Babel de vínculos y efectos jurídicos de los mismos, no siempre coincidentes.

Se agrega a ello el impacto de decisiones judiciales sobrevinientes, como las que deriven de la acción de filiación admitida, aunque en forma limitada, tras la adopción plena (art. 624), y la posible interpretación referida a que los motivos fundados, más convenientes para el niño, niña o adolescente, a pedido de parte, puedan ser posteriores a la sentencia misma. Si así fuera, la sentencia de adopción plena perdería carácter de constitutiva de estado.

Ya no habría dos formas de adopción, sino múltiples. El debate entre formas plenas y simples se zanjaría así a favor de ninguna de las dos modalidades, en una solución híbrida, indefinida en general y a resolver en cada caso.

IV. La aparente celeridad

En cada reforma de la ley el legislador ofreció, casi demagógicamente, una mayor celeridad en la adopción, sin lograrla en absoluto, tal como hemos dicho.

De más está decir que la experiencia y la reflexión de décadas sobre miles de casos concretos nos inclina a sostener que la sociedad argentina necesita una adopción mejor en todo sentido, más segura para el niño, y no solamente más rápida. El mito de la celeridad como única respuesta a la

ansiedad de los postulantes a formar familia por vía adoptiva se desmorona cuando se analizan los tiempos reales de la adopción.

Por lo general un matrimonio sin posibilidades de tener hijos biológicos tarda mucho en decidirse a adoptar, incluso entregando años de su vida a los procedimientos médicos; tras esto a veces, mal aconsejado, comienza a seguir caminos erráticos en pos de una "adopción" que más de una vez encubre formas de tráfico de niños. Todo ese tiempo jamás es computado en la espera. Más tarde en su ciclo vital se inscriben en un listado oficial, decepcionados de otras vías intentadas y ansiosos por recuperar el tiempo perdido. Si la disponibilidad adoptiva es amplia, tanto en edad y en salud como en número de hermanos, los llamados judiciales son casi inmediatos. Pero es cierto que si la disponibilidad adoptiva se centra en un bebé sano, el número de postulantes supera ampliamente la cantidad de casos que se presentan.

He allí el secreto de la demora en la adopción en la República Argentina. En poco influye, sin negar que el problema exista, el tiempo durante el cual se esperan las definiciones por parte de la familia de origen, aunque es de suyo cruel que los niños aguarden internados las decisiones de los adultos. Esto se da fundamentalmente con niños que no son ya recién nacidos, y por lo tanto el acortamiento de los plazos para definir la adoptabilidad en seis meses (180 días) según el artículo 607, no influirá sobre la relación numérica entre postulantes y niños muy pequeños en condiciones de ser adoptados.

De más está decir que al haber establecido para resolver sobre la situación de adoptabilidad el procedimiento más breve previsto en cada jurisdicción, que por lo general es el juicio sumarísimo, dependerá del trámite y de los eventuales recursos, que el sistema proyectado sea más breve o más lento aún que el actual.

En definitiva, el proyecto, cuyos aciertos reconocemos, se presenta nuevamente ante la sociedad argentina como una respuesta a las ansias de celeridad de los pretensos adoptantes, aun sin poder garantizarla. El único modo de lograr celeridad en la adopción es la firme persecución del tráfico de niños, que es el fenómeno que provoca el desequilibrio entre el número de postulantes y los casos de adopción. También coadyuvará a la celeridad la conciencia generalizada sobre la temprana toma de decisiones en cuanto a formar familia mediante adopción.

Pero para esto último, como así también para limitar los alcances del tráfico de niños, se necesita una mejor adopción. Es decir, una adopción más transparente y más segura. Respecto de la transparencia no es un avance la idea de delegación de responsabilidad parental, propicia a todo fraude; y en cuanto a lo segundo, no brinda seguridad sino que la quita la confusa normativa que regiría los efectos jurídicos de la adopción en sus formas plena y simple. Está en el Congreso de la Nación la responsabilidad de partir de una base valiosa y mejorar aquellos aspectos que parecen haber surgido de una transacción con otras formas de pensamiento contrarias a la institución de la adopción en tanto que emplazamiento en estado de familia.

LA PATRIA POTESTAD EN INICIATIVAS DE REFORMA A LA LEGISLACIÓN CIVIL

Daniel H. D'Antonio

I. Diversidad semántica e identidad conceptual

a) La denominación de la institución y la percepción de "responsabilidad"

La denominación legal de la máxima institución protectoria de la minoridad es nuevamente puesta en cuestión al proyectarse reformas a la legislación civil y, en la que ahora nos ocupa, proponiéndose reemplazar la tradicional referencia a la patria potestad por "responsabilidad parental".

En su obra póstuma "La causa de los adolescentes" (Paidós, Buenos Aires, 2005) Françoise Dolto hace referencia a un libro del juez de Toulouse Philippe Chailloux en el cual se propone sustituir el concepto de autoridad paterna por el de responsabilidad, posición que comparte la autora señalando que la responsabilidad de los padres consiste en dar al hijo las armas para que pueda prescindir de ellos (ps. 197/198).

En nuestra doctrina ha sido Mizrahi quien abrazó con entusiasmo esta posición, partiendo de su concepción de que la palabra responsabilidad aparece como la más adecuada, en tanto es inherente al deber paterno de orientar al hijo en el camino a su autonomía, en contraposición a "autoridad", que el autor encuentra conectada con el poder y poniendo el acento en la dependencia del niño (Mizrahi, Mauricio Luis, Familia, matrimonio y divorcio, Astrea, Buenos Aires, 1998, p. 138).

b) Patria potestad y autoridad de los padres

En la elaboración de la reforma de 1985 (ley 23.264) en Diputados prosperó la idea de reemplazar la tradicional denominación de la institución por el de "autoridad de los padres", no concretándose tal iniciativa en Senadores y manteniéndose finalmente la referencia tradicional en el acápite y en las respectivas menciones legales.

Sin perjuicio de ello, se formularon expresas referencias a la autoridad de los padres, como sinónimo, pudiendo señalarse las volcadas en los artículos 308; 309 y 310, siendo oportuno recordar que el propio Vélez Sarsfield había efectuado mención de la autoridad paterna como sinónimo de patria potestad (artículo 276; su nota al artículo 305).

El Proyecto de Reforma de 1998, a su vez, denominó a la institución "patria potestad" (Título VII, Lib. III), más en la regulación de la institución asimiló tal denominación a la de "autoridad de los padres" (arts. 574 y concs.).

En la legislación comparada, en tanto, las similitudes existentes entre aquellas que mencionan patria potestad; autoridad de los padres, "potestágenitoriale"o "autoritéparentale" son notorias y di-

rigidas siempre a comprender tanto derechos como deberes paternos, sin olvidar la peculiaridad de tales derechos-deberes subjetivos familiares.

c) La autoridad paterna como "tipo puro" de transmisión cultural

La perfecta correlación existente entre "patria potestad" y "autoridad de los padres" deriva de que esta última –a diferencia de la errónea percepción que la vincula con el poder–, constituye un "tipo puro" dentro de las clasificaciones de la autoridad. Y ella se traduce en la transmisión intergeneracional de la cultura por parte de los mayores (Doval, Delfina- Rattero, Carina, Autoridad y transmisión. Niños y jóvenes en la mira; Novedux, Buenos Aires, 2011).

Por lo demás, quienes reniegan de la denominación "autoridad paterna" por encontrarla vinculada con el poder olvidan que existe autoridad sin poder y poder sin autoridad (ob. antes cit.), con lo que tal fundamento se vuelve carente de sustento.

d) La autoridad de los padres en la Convención sobre los Derechos del Niño

Esta Convención Internacional, de positividad reforzada conforme lo dispuesto por el art. 75, inc. 22 C.N., hace referencia al respeto por los Estados parte de las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres" (art. 5°), dejando expresamente establecidas las prerrogativas paternas; las conductas exigibles y las consecuencias de su incumplimiento o indebida satisfacción.

Nuestro derecho positivo interno no puede contradecir estas preceptivas jerarquizadas ni dejar lugar a resquicios donde pueda considerarse la inexistencia de derechos subjetivos familiares de los progenitores.

e) La responsabilidad, entre lo inexacto y lo difuso

La pretensión de reemplazar la denominación tradicional de la institución, como así también excluir toda referencia a "autoridad de los padres" es criticada con fundamento y claridad por Gérard Cornu, quien en la 8ª. edición de su "Droit civil. La famille" (Montchrestien, París, 2003) sostiene: "Il serait de trés mauvaise inspiration d' abandonner "autoricé" pour "responsabilité". Non seulement (on revient á l' etymologie) parce qu' "autorité" évoque justement le développement progressif qu'il s'agit de favoriser chez l'enfant, mais parce que le terme "responsabilité" s'est irréductiblement chargué, dans les multiples emplois que lui donnent la responsabilicé civile, délictuelle ou contractuelle et la responsabilité penale…" (p. 150).

Esta imprecisión que se deriva de la palabra "responsabilidad" ha sido puesta de manifiesto por la doctrina, que ha procurado delimitar los alcances de la acepción en los distintos ámbitos del mundo jurídico (v. Larrañaga, Pablo, El concepto de responsabilidad, Fontamara, México, 2000).

Queda evidenciado que el vocablo responsabilidad, tanto por su imprecisión como por estar vinculado a la percepción de la patria potestad como deber, se muestra inaplicable en relación con la patria potestad.

Ello aparece notorio cuando nos encontramos con un concepto de la institución que reproduce el acogido por nuestra legislación, concibiéndosela como "el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres.." y haciéndose numerosas referencias en la regulación de la institución a derechos y derechos-deberes de los progenitores.

No aparece de fácil explicación que el concepto de patria potestad sea idéntico al de "responsabilidad parental", cuando –como observáramos– esta última avanza sobre la esencia y los caracteres de la institución.

Si se pretendiera que nos encontramos más allá de una mera discordancia semántica y se postulara una modificación en la esencia de la institución, ella debiera reflejarse en una regulación legal que excluyera la existencia de derechos o derechos-deberes paternos, lo cual no acontece.

II. La parentalidad como elemento discordante

Largo tiempo la doctrina francesa estuvo sumida en procurar superar las dificultades que se derivaban de considerar que la patria potestad se extendía más allá de la figura de los progenitores.

Son clásicos al respecto los trabajos de Demolombe y de Laurent, expresando este último autor que existía una singular confusión en la doctrina al admitirse dos potestades: la del padre y la madre y la de los demás ascendientes (v. D'Antonio; en Méndez Costa-Ferrer-D'Antonio, T. IV; Cap. Primero; § 8).

La confusión que sin dudas puede darse con la alusión a "parental" no solo habrá de producirse por el indubitable significado técnico-jurídico que la palabra tiene sino también por lo desdibujada regulación del parentesco, que a las justificadas críticas que se han formulado a las normas vigentes suma una errónea definición del parentesco por afinidad en el proyectado artículo 536.

Por lo demás, la propia regulación específica de la institución la muestra reservada a los padres, conclusión inequívoca en tanto la fuente de la patria potestad se encuentra en el vínculo filiatorio original y primario, excediendo el mero ámbito del parentesco.

RESPONSABILIDAD PARENTAL (TÍTULO VII) [1]

Carina Comito y Natalia Comito

a) Terminología y principios aplicables

La ley 23.264 efectuó un aporte importante en relación con la patria potestad y su contenido, poniendo la lupa no solo en los derechos de los padres sino también en sus deberes. El proyecto avanza un paso más en esa dirección y modifica el término "patria potestad" por el de "responsabilidad parental". La definición es similar a la de la ley 23.264, con algunos cambios mínimos como el hecho de cambiar el término "padres" por "progenitores", o de añadir el "desarrollo" dentro de los fines de la institución (art. 638). Empero, ya no se aclara cuándo comienza la responsabilidad parental, en concordancia con el nuevo art. 19 sobre el comienzo de la existencia de las personas humanas[2].

Incluye principios generales por los cuales debe regirse la responsabilidad parental, siguiendo los lineamientos de la Convención sobre los Derechos del Niño: el interés superior del niño, la autonomía progresiva y el derecho a ser oído (art. 639).

b) Ejercicio de la responsabilidad parental[3]

El proyecto no distingue el ejercicio de la responsabilidad parental según convivan o no los padres (acaso en conformidad con la eliminación del deber de cohabitación entre los cónyuges). Se establece expresamente que el ejercicio siempre corresponde a ambos progenitores, salvo en los casos de suspensión, privación, falta de reconocimiento voluntario, etc. (art. 641).

Sin embargo, persisten diferencias entre el padre conviviente y el no conviviente.

En primer lugar, porque se presume que los actos realizados por uno de los padres cuentan con la conformidad del otro, salvo los supuestos contemplados en el art. 645 similar al art. 264 quáter actual. Es decir que se le puede hacer la misma crítica en cuanto a que otros actos significantes en la vida del hijo no han sido incluidos. Por ejemplo, un solo progenitor podría decidir sobre una intervención quirúrgica, si se bautiza al hijo, si se lo circuncida, qué idioma estudiar, qué deporte practicar, a qué colegio ir, sobre la conveniencia de hacer un tratamiento terapéutico, etc.

Y en segundo lugar, porque el art. 654 señala que cada progenitor debe *informar* al otro sobre cuestiones de educación, salud y otras relativas a la persona y bienes del hijo. Ahora bien, el deber de

1. Esta vez, la autoría es de Carina y Natalia Comito, con licencia de EDFA-mayo de 2012.

2. El art. 19 del proyecto dispone que la existencia de la persona comienza con la concepción, pero a continuación diferencia el caso de técnicas de reproducción asistida para establecer que en tal situación el comienzo de la existencia se da con la implantación del embrión en la mujer.

3. Autoría: Carina y Natalia Comito.

informar puede tener valor ya que el otro padre está facultado a solicitar al juez que se redistribuyan las funciones de acuerdo al art. 642. Pero lo cierto es que no se puede volver el tiempo atrás, y la decisión que se informa tal vez acarree consecuencias irreparables.

Quizás sería más conveniente requerir autorización del otro padre para los actos trascendentales para la vida del hijo, aunque excedan la escueta enumeración del art. 645, y así evitar que el ejercicio de la responsabilidad parental del padre no conviviente se convierta en letra muerta.

c) Delegación

El art. 643 del proyecto establece la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental a un pariente o tercero idóneo convenida por los progenitores en el interés del hijo y por razones suficientemente justificadas. El acuerdo con la persona que acepta la delegación debe ser homologado judicialmente. Tiene un plazo máximo de un año, aunque renovable judicialmente por razones fundadas. Pero los padres conservan la titularidad de la responsabilidad parental y mantienen el derecho a supervisar la crianza y educación de su hijo.

El art. 657 establece la posibilidad de que el juez otorgue la guarda a un tercero, pariente o no, en casos de especial gravedad. El guardador tiene el cuidado personal del hijo y está facultado para tomar las decisiones relativas a las actividades cotidianas, aunque la responsabilidad parental quede en cabeza de los progenitores, quienes conservan los derechos y responsabilidades emergentes de la titularidad y el ejercicio.

Más allá de que se podría generar un debate en cuanto a qué es cotidiano y qué no lo es, puesto que pueden darse situaciones cotidianas que sean trascendentales, v.gr. someterse a un tratamiento de radioterapia[4], nos preguntamos si el guardador, en el caso del art. 657, tiene que pedir autorización a los padres para el resto de los actos. Las decisiones que no requieran autorización judicial, ¿podrán ser llevadas a cabo sin inconvenientes por el guardador? ¿Cómo se implementará esto en la práctica? ¿Podrá el guardador, por ejemplo, mudar la residencia del niño a otra provincia sin la autorización de los padres? Parece ser que la idea que subyace es la de asimilación del ejercicio de la responsabilidad parental con la guarda, tal como lo señala el art. 264 del cód. civil.

Por último, recalcamos que si bien el proyecto por un lado sustituye el término "guarda" por el de "cuidado personal" –como mencionaremos en el punto V del presente–, el art. 657 alude a la guarda y al guardador, términos desaprobados por gran parte de la doctrina.

d) Progenitores adolescentes

El proyecto parece innovar en gran manera, pero al hacer una lectura más profunda, advertimos que la innovación no es de tal magnitud. El art. 644 establece que los progenitores adolescentes, estén casados o no, ejercen la responsabilidad parental de los hijos, pudiendo decidir por sí mismos realizar las tareas necesarias para su cuidado, educación o salud.

Sin embargo, la intervención de los abuelos sigue siendo preponderante. Por un lado, la norma señala que cuando el abuelo vive con el padre adolescente y su hijo, puede oponerse a la realización de actos que resulten perjudiciales para el niño, e intervenir cuando el progenitor omita realizar las acciones necesarias para preservar su adecuado desarrollo. Pero por otro lado, también se exige el asentimiento de cualquiera de los progenitores del adolescente cuando se trata de actos trascendentes para la vida del niño, "como su entrega con fines de adopción, intervenciones quirúrgicas que ponen en peligro su vida, u otros actos que puedan lesionar gravemente sus derechos". En caso de conflicto, debe decidir el juez.

4. Es decir, ¿cualquier acto que se realice en forma diaria es cotidiano, más allá de su relevancia?

Es decir que, si bien el progenitor adolescente ejerce la responsabilidad parental, en ciertos casos va a necesitar la conformidad de su propio padre; en otros, el abuelo puede oponerse a la celebración de actos decididos por el adolescente; y también está facultado a actuar ante la desidia del adolescente.

Asimismo, se genera una incertidumbre con relación a cuáles son los actos que requieren asentimiento del padre del adolescente. Al referirse el art. 644 a las "intervenciones quirúrgicas", deducimos que no remite a los actos enumerados por el art. 645: parece ser más extenso, y a la vez más impreciso. Entonces, ¿qué casos llegarán ante al juez para que él decida? ¿Quiénes determinarán cuáles actos lesionan gravemente los derechos del niño de forma tal que requieran la conformidad de los abuelos?

e) Cuidado personal

Se modifica el término de "guarda" por el de "cuidado personal" (art. 648). Se establece expresamente la posibilidad del cuidado alternado (mal llamada "tenencia compartida", ya que la misma solo podría darse cuando los padres conviven). También se señala la posibilidad de que el cuidado sea indistinto, modalidad en la que el hijo reside principalmente en el domicilio de uno de los padres, pero ambos comparten las decisiones y se distribuyen las tareas (art. 650). La modalidad preferente es la indistinta (art. 651).

Para otorgar el cuidado personal, se va a preferir al progenitor que facilite el mantenimiento del trato regular con el otro. También se tendrá en cuenta la edad del hijo, el mantenimiento del *statu quo*, y la opinión de niño o adolescente (art. 653).

Se autoriza a los padres a que presenten un plan de parentalidad relativo al cuidado del hijo, que se refiera al lugar y tiempo en que aquel permanezca con cada padre, régimen de vacaciones, responsabilidades que cada uno asume, etc. (art. 655). Si no hubiere tal acuerdo, o el juez no lo homologase, el juez debe fijar el régimen de cuidado priorizando la modalidad compartida indistinta. Pero también puede optar por el cuidado unipersonal o alternado. El juez no puede decidir basándose en discriminaciones fundadas en el sexo, orientación sexual, religión, preferencias políticas o ideológicas o cualquier otra condición (art. 656).

En atención a lo expuesto en el punto II, no advertimos qué diferencia relevante existiría entre el cuidado personal unipersonal y el indistinto. ¿Acaso en el cuidado unipersonal no se aplicaría el art. 645? A grandes rasgos, la opción sería entre modalidad alternada o unipersonal.

En caso de la modalidad alternada, cuando ambos padres cuentan con recursos equivalentes, cada uno debe hacerse cargo de la manutención cuando el hijo permanece bajo su cuidado. Pero si los recursos no son equivalentes, aquel padre que tiene mayores ingresos debe pasar una cuota alimentaria al otro para que el hijo goce del mismo nivel de vida en ambos hogares (art. 666).

f) Progenitor afín

El art. 672 define al progenitor afín como el cónyuge o conviviente que vive con quien tiene a su cargo el cuidado personal del niño o adolescente. Nos preguntamos por qué se optó por tal terminología, ya que el parentesco por afinidad no ha sido modificado en el proyecto, y se podrían haber utilizado otros términos usados en derecho comparado, como "padre social", "padre psicológico" o "padre de hecho".

Este progenitor afín debe colaborar en la crianza y educación de los hijos del otro, realizar los "actos cotidianos relativos a su formación en el ámbito doméstico", y tomar decisiones ante situaciones de urgencia. Se prevé que en caso de desacuerdo entre el padre y el progenitor afín prevalece el criterio del progenitor, pero no se regula qué criterio prevalece en caso de desacuerdo del progenitor no conviviente: solo se limita a expresar que no se afectarán sus derechos parentales (art. 673). Una vez más nos encontramos ante un divorcio entre la letra del proyecto y los hechos derivados de la aplicación del mismo. ¿Cómo no se van a ver afectados los derechos del otro padre, si se le otorga una amplitud tal de derechos al padre afín?

También se establece la posibilidad de que se delegue el ejercicio de la responsabilidad parental en el progenitor afín, pero en casos excepcionales y siempre requiere homologación judicial, salvo que el otro progenitor exprese su conformidad (art. 674).

La obligación alimentaria del progenitor afín es de carácter subsidiario, y cesa en caso de disolución del matrimonio o ruptura de la convivencia. Empero, si el cambio de situación ocasiona un grave daño al hijo, y el padre afín había asumido durante la vida en común el sustento de él, puede fijarse una cuota asistencial a su cargo con carácter transitorio (art. 676).

A nuestro entender, el carácter subsidiario de la obligación del padre afín parece limitarse al período de convivencia, ya que luego de la ruptura de la misma, si efectivamente había asumido la manutención del niño, deberá seguir abonando una cuota asistencial más allá de la existencia de otros parientes con obligación alimentaria prioritaria.

g) Supresión del usufructo paterno

El art. 697 ordena que las rentas de los bienes del hijo corresponden a este. Además, añade que los progenitores deben preservarlas, evitando que no se confundan con sus propios bienes.

Se señala que los padres pueden disponer de las rentas de los bienes del hijo por razones fundadas y con autorización judicial. Pero también se establece la posibilidad de que las utilicen sin autorización judicial cuando sea para solventar los siguientes gastos: 1) subsistencia y educación del hijo, cuando los padres no pueden asumir esta responsabilidad por incapacidad o dificultad económica; 2) enfermedad del hijo y de la persona que haya instituido heredero al hijo; 3) conservación del capital devengado durante la minoría de edad del hijo.

Cuando la utilización de las rentas requiere autorización judicial, los progenitores, a pedido del hijo, deben rendir cuentas. Pero cuando son sin autorización judicial, están obligados a rendir cuentas aunque no lo pida el hijo.

En primer lugar, el proyecto aparenta avanzar más de lo que en realidad avanza, ya que si bien pareciera que el usufructo desaparece, se permite utilizar las rentas de los bienes de los hijos en el caso de "dificultad económica", con la imprecisión que esta terminología implica, máxime teniendo en cuenta que no requiere autorización judicial.

En segundo lugar, la redacción aparece confusa por momentos, sobre todo en el caso de enfermedad de la persona que instituyó al hijo como heredero. El Código Civil establecía como carga del usufructo los gastos de entierro y funeral de quien hubiera instituido al hijo como heredero, por lo que la diferencia es abismal. Permítannos la obviedad, pero si hablamos de gastos de enfermedad nos estamos refiriendo a una persona que testó y está viva, que por ende puede revocar el testamento. Esto es, no se podría aludir al deber de gratitud. ¿O es que existe un deber de gratitud ante aquellos que nos instituyen herederos hoy pero revocan el testamento mañana?

h) Balance final

Como hemos observado, la intención del proyecto fue positiva al intentar armonizar el instituto de la responsabilidad parental con la Convención sobre los Derechos del Niño. No obstante, el avance que se vislumbra a primera vista no es tal, dado que en muchos casos los principios que aporta tienen tantas excepciones que finalmente quedan desdibujados.

En suma, algunas normas nos parecen criticables y otras aplaudibles, pero sería conveniente que algunas de ellas se vean modificadas en su redacción –considerablemente confusa–, y así evitar que traigan dificultades a la hora de aplicarse. Caso contrario, serán los magistrados, primordialmente, quienes deberán enfrentarse a tal encrucijada a menudo, e intentar resolver la situación teniendo como norte el mejor interés del niño.

ANÁLISIS DEL PROYECTO DE NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL 2012

LIBRO III - DERECHOS PERSONALES. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

Coordinador: Fernando Ubiría

Facultad de Derecho
Pontificia Universidad Católica Argentina

Agosto de 2012

OBLIGACIONES EN GENERAL. DISPOSICIONES GENERALES

Fernando A. Ubiría

De manera coherente con lo normado para el conjunto del articulado, se ha ordenado una "parte general" de la materia obligacional, siguiendo el modelo velezano (Libro II, Sección 1ª, Parte 1ª, Título I) y a pretéritos anteproyectos y proyectos de reforma.

En el trabajo objeto de comentario, cabe resaltar especialmente la incorporación de una "definición" de obligación (y su contemplación a la luz de su naturaleza jurídica), lo previsto en orden a los "elementos" que la integran, la entidad de la llamada "obligación natural", lo normado acerca de la buena fe y, finalmente, lo estipulado en materia de "efectos". En el análisis de tales tópicos fincaremos nuestro aporte.

La primera innovación reside en la introducción del concepto de obligación a través del art. 724 que prescribe: "La obligación es una relación jurídica en virtud de la cual el acreedor tiene el derecho a exigir del deudor una prestación destinada a satisfacer un interés lícito y, ante el incumplimiento, a obtener forzadamente la satisfacción de dicho interés".

Recordemos que Vélez Sarsfield, en la nota a su art. 495, explicitó las razones por las que consideraba impropio o extraño a un código de leyes la formulación de definiciones: lo estimó ajeno a las atribuciones del legislador, "del dominio del gramático y del literato en el lenguaje ordinario y atribución del profesor cuando la expresión es técnica". Sostuvo sabiamente que, como excepción, definir es procedente cuando por su intermedio se brinda "una regla de conducta, o por la inmediata aplicación de sus vocablos, o por su influencia en las disposiciones de una materia especial", es decir, cuando resulte "legislativa" por "tener por objeto restringir la significación del término a las ideas que reúnan todas las condiciones establecidas por la ley".

Los autores del Proyecto en los "Fundamentos" explican que solo se incluyeron definiciones con "efecto normativo y no meramente didáctico en consonancia con la opinión de Vélez Sarsfield", y así conceptualizaron a la obligación, decisión que no compartimos ya que no advertimos que clarifique, dote de mayor certeza ni, por tanto, apuntale la seguridad jurídica del sistema.

En efecto, por lo pronto es sabido es que la "teoría general de las obligación", quizá el apéndice más científico del Derecho (con razón llamada la "matemática jurídica"), tiene un carácter lógico que permite una contemplación legal codificada similar en los diversos países, en los que se prescriben reglas uniformes o al menos semejantes, característica que se acentúa en los países de tradición romanista, con un prestigio que se traduce en expresiones simples y a menudo invariables no obstante el tiempo y el espacio (Lafaille).

Entre tantas definiciones doctrinarias se cuenta con la que brinda las Institutas, y tal como lo han reconocido renombrados tratadistas nacionales y extranjeros a lo largo del siglo XX, todavía tiene vigencia pues, con sencillez y contundencia, explica adecuadamente el fenómeno: "la obligación es un vínculo jurídico, de acuerdo con nuestro Derecho civil, que nos constriñe a pagar alguna cosa" (*Institutas*, III, Tít. 13, *proemio*). De ella se desprenden sus características esenciales: que importa

una relación jurídica, la vinculación entre el derecho subjetivo del acreedor y el deber jurídico del deudor, así como el contenido patrimonial de la prestación. La cita y análisis de otras definiciones que explican satisfactoriamente excede el propósito de este trabajo.

Entendemos que la definición proyectada no delinea o precisa una "regla de conducta" que resulte imprescindible para conferir un marco legal adecuado a las relaciones obligacionales, tampoco tiene por objeto restringir la significación del término a las ideas que reúnan todas las condiciones establecidas por la ley.

Por el contrario, no alcanza a comprender o abarcar a la obligación de manera íntegra, no la contempla como fenómeno jurídico "complejo" pues en su formulación se remarca desmedidamente la dimensión de las obligaciones nacidas de actos jurídicos y deja de lado la de los hechos ilícitos por directa violación del *neminem laedere* o *alterum non laedere*. La responsabilidad por incumplimiento no puede considerarse un fenómeno ajeno a la estructura conceptual de la obligación que se vincule a esta solo ocasionalmente (Giorgianni), y refuerza este criterio la unificación de los regímenes de responsabilidad civil que el Proyecto formula (art. 1716). En suma, la obligación debe ser concebida como un "vínculo complejo" que contemple las dos virtualidades (Llambías).

A tenor de lo razonado en los "Fundamentos", la implicancia normativa que se ha perseguido parece dirigirse (de manera flagrante, prioritaria o hasta única) a descartar el carácter obligacional de las denominadas obligaciones "naturales", a suprimir su tradicional categorización jurídica por considerarse que no son "verdaderas obligaciones por defecto de exigibilidad". Aquí se aparta no solo de Vélez Sarsfield sino también del Proyecto de 1998 que las mantenía. Esta decisión, incluso a través de una lectura egológica del derecho (Cossio), comporta un propósito desviado y a la vez pírrico (volveré sobre este punto al analizar el art. 728).

En consonancia con lo expuesto, cabe poner de resalto que en derecho comparado la gran mayoría de los códigos no definen a la obligación, y las contadas excepciones que se verifican son irrelevantes (ej. códigos de Montenegro, Guatemala, Filipinas). Que nuestro Código Civil adolezca de ella no ha aparejado dificultad alguna…

Ahora bien, sin perjuicio de lo hasta aquí desarrollado, de la formulación del art. 724 se desprende que el acreedor es el sujeto "prevalente" pues cuenta con el derecho de exigir al deudor el cumplimiento de la prestación, deber específico y calificado, en procura de satisfacer su interés lícito.

Su enunciado resulta continente de los "elementos" que la componen y de los "efectos" que genera en relación al sujeto activo, extremo que pone de manifiesto que el sistema se orienta a proveerle las herramientas necesarias para proteger y satisfacer su interés, tal como fuera advertido agudamente por Rudolf von Ihering al fincar allí su teoría sobre la naturaleza jurídica de la obligación. Se impone recordar que el vocablo "obligación" deriva del latín *ob ligare* y significa "atar alrededor", por lo que de manera elocuente evidencia la situación del deudor respecto del acreedor.

Según los autores del Proyecto, la definición pondría de manifiesto su "verdadera estructura institucional en la que, armónicamente, aparecen el débito y la responsabilidad como tramos de una misma relación obligacional".

Aun cuando efectivamente la formulación legal evidencia claramente la existencia de dos "tramos" (*debitum* y *obligatio, schuld* y *haftung*), lo cierto es que ello únicamente tiene lugar en las obligaciones de génesis convencional, en las que se verifica en primer lugar la expectativa del acreedor al cumplimiento de la prestación (pago), y recién ante el incumplimiento material jurídicamente relevante del deudor se produce la transformación o mutación en expectativa a la indemnización, lo que no se verifica v.gr. en las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos.

Ahora bien, en otro orden interesa determinar si se identifican o distinguen "objeto" y "prestación", mas el punto no resulta clarificado ya que ambos términos son utilizados de manera indistinta o promiscua.

En efecto, la letra del art. 724 da cuenta que resulta exigible la "… prestación destinada a satisfacer un interés lícito", lo que pone de resalto la existencia de un "plan prestacional" (Heck, Díez Picazo, Bueres) en orden a alcanzar el objeto obligacional constituido por el interés del acreedor (el

que, por cierto, puede o no estar comprometido por el deudor), siguiendo de esta manera cierta doctrina nacional e italiana (minoritarias ambas y que compartimos) que discrimina ambos elementos. Sin perjuicio de ello, la norma siguiente, el art. 725, prescribe: "la prestación que constituye el objeto de la obligación", por lo que los identifica, encolumnándose aquí en la posición mayoritaria…

La enumeración de los requisitos de la prestación efectuada en el art. 725 es acertada pues determina que "debe ser material y jurídicamente posible, lícita, determinada o determinable, susceptible de valoración económica y debe corresponder a un interés patrimonial o extrapatrimonial del acreedor", siendo especialmente positivo que se aclare esto último. Con diferente sintaxis, se reproduce en el art. 1003 en materia de objeto de los contratos.

La incorporación de dicho texto es valiosa y sigue los modelos de 1998 (art. 675), de 1992 (art. 714) y del código italiano (art. 1174), superando a la normativa velezana en tanto esta contiene únicamente disposiciones específicas sobre el objeto del acto jurídico (art. 953) y del contrato (arts. 1167/1179).

En cuanto a la "causa", el Proyecto solo le dedica dos normas dentro de las "disposiciones generales" en materia de obligaciones (los arts. 726 y 727) y por su intermedio resuelve la aporía enmarcándola en la dimensión estrictamente genética.

Dicho extremo no fija posición sino que, por el contrario, se regula un régimen causalista que produce un claro y conveniente efecto "moralizador", fincándose a la causa fin en el terreno del acto jurídico (art. 281) y de los contratos (art. 1014). Al existir una regulación acerca del acto jurídico (género) en la que se incluye disposiciones generales sobre el objeto y la causa, los autores del Proyecto procuraron incluir en materia de obligaciones y contratos únicamente normas de aplicación específica para evitar la superposición, propósito logrado a medias.

El primer art. (726) sintetiza el actual 499 y mejora su redacción al determinar de manera lacónica y suficientemente clara que: "No hay obligación sin causa, es decir, sin que derive de algún hecho idóneo para producirla, de conformidad con el ordenamiento jurídico".

El restante (727) también mejora pues, ordenadamente, comienza por dar cuenta que "La existencia de la obligación no se presume", y acierta al prescribir que "La interpretación respecto de la existencia y extensión de la obligación es restrictiva", aspectos ambos en los que la doctrina parece coincidir. La última parte de la disposición da cuenta que "Probada la obligación, se presume que nace de fuente legítima mientras no se acredite lo contrario". Encontramos que la "presunción de causa" del actual art. 500 está receptada en el art. 282 que regula la causa del acto jurídico y al que se remite el art. 1012 en materia de causa del contrato, así como la "necesidad de causa" surge del art. 1013.

Por su parte, cabe subrayar que la causa fin es contemplada claramente en materia de acto jurídico a través del art. 281 que la conceptualiza y fija su alcance interpretativo, y cuando la misma resulta ilícita y determina la nulidad del contrato, está contenida en el art. 1014.

Ahora bien, en otro orden, se impone volver a la cuestión atinente a las "obligaciones naturales" que Vélez define con propiedad en el art. 515 del CC pues cuestionamos que se descarte su carácter obligacional.

En efecto, aun cuando las mismas carezcan de "exigibilidad", lo cierto –y a la postre determinante– es que la coercibilidad de la conducta del deudor no interesa al concepto mismo de obligación, es decir, no hace a su esencia, lo que no significa por supuesto negarle importancia en la dimensión estrictamente "práctico prudencial" (Hervada).

El art. 728 prescribe que "lo entregado en cumplimiento de deberes morales o de conciencia es irrepetible", y resulta errado considerar que su fundamento reside solamente en un deber de entidad "moral" o en "razones de paz e interés social" ("Fundamentos").

No se agota en ello su juridicidad. Solo dentro de su campo propio o específico, es decir, reconociendo su naturaleza obligacional, es que se explica satisfactoriamente que por la debilidad de su estructura genera únicamente un vínculo que se manifiesta por vía de excepción. Se trata, simplemente, de una deuda sin garantía con fundamento en el derecho natural y la equidad, mientras que las obligaciones civiles (llamadas perfectas) están especialmente tuteladas por el derecho positivo que

les reconoce la plenitud de su eficacia (y, desde luego, también están penetradas de derecho natural) (Llambías).

Su adecuada regulación se orienta por cierto a respetar un "contenido mínimo de derecho natural" (Hart) que permitirá evitar el "insularismo" (Nino) de afirmar el carácter autosuficiente y autónomo del derecho en cuanto vana pretensión de prescindir de otros saberes como por ejemplo la moral (Vigo). La aporía hace impacto en una cuestión mayor, de "ingeniería central" del sistema pues cabe recordar que en el presente estado de la evolución jurídico – filosófica no se identifican derecho y ley, y cabe recordar el cambio producido desde el "Estado de Derecho Legal" al "Estado de Derecho Constitucional", en nuestra área a través del fenómeno de la "constitucionalización del derecho privado" que, como principio, recepta el Proyecto ("Fundamentos").

En otro orden, la "buena fe" incorporada al Código Civil por la ley 17.711 en el art. 1198 en el terreno de los "Contratos en general" (Sección III, Título I, Capítulo 6 "Del efecto de los contratos") y que tan amplio respaldo doctrinario y jurisprudencial recibiera, encuentra en el Proyecto un espacio aún más relevante: es contemplada liminarmente y como principio general a través del art. 9, específicamente en materia de obligaciones en general el art. 729 (Capítulo 1 "Disposiciones generales"), y en el Título sobre "Responsabilidad civil" en el art. 1710 (Sección 2ª "Función preventiva y sanción pecuniaria disuasiva").

El primero, con anclaje en el "Título Preliminar" del Código, lo recepta con un alcance normativo muy vasto y especialmente significativo, erigiéndolo adecuadamente como principio rector: "Los derechos deben ser ejercidos de buena fe" (dentro del Capítulo 3 "Ejercicio de los derechos"), por lo que cumple una función de control axiológico que nutre a su ingeniería filosófica. Según los "Fundamentos", constituye un principio que suministra una pauta general para el ejercicio de los derechos de fundamental importancia para dar una orientación a todo el articulado.

Su contemplación a través del art. 729 en materia obligacional contiene alguna diferencia: "Deudor y acreedor deben obrar con cuidado, previsión y según las exigencias de la buena fe", procurándose contemplar de esta manera los particulares contornos de la dinámica obligacional de génesis contractual. La buena fe, recordemos, dota a la llamada "tácita obligación de seguridad" de adecuado fundamento valorativo.

Para concluir, en materia de "efectos", los arts. 730 y 731 del Proyecto prácticamente reproducen lo normado por el art. 505 del Código de Vélez, incluso el párrafo agregado a través de la ley 24.432.

El 1er. inciso del art. 730 sigue el modelo velezano en cuanto prescribe que el acreedor tiene derecho a "emplear los medios legales para que el deudor le procure aquello a que se ha obligado", cuando en rigor debería decir "aquello a que está obligado" (Busso, Lafaille, Llambías) para abarcar así tanto a las obligaciones convencionales como a las que se imponen al deudor.

Se aborda de manera adecuada el abanico de consecuencias que puede generar la obligación. La única diferencia, de escasa significación, es que en el Proyecto –quizás de manera más prolija, seguramente con mejor sintaxis–, se separa a los efectos con relación al deudor de los correspondientes al acreedor al asignársele una norma autónoma (731).

Las previsiones contenidas en los actuales arts. 503 (carácter relativo de los efectos que produce la obligación) y 504 (contrato a favor de terceros), han sido eliminadas de este Título I para ser normados con mayor detalle en el título siguiente del mismo Libro III que regula a los "Contratos en general": el primero a través de los arts. 1021/1024 y el segundo por medio de los arts. 1025/1030.

OBLIGACIONES DINERARIAS

Marcelo U. Salerno

1. Introducción

Una reforma trascendente a los Códigos Civil y Comercial, elaborada tras varios intentos fallidos, despierta curiosidad e inquietud. Obedece a una decisión política que nos concierne analizar como ciudadanos y abogados. Los textos vigentes durante largas décadas serán sustituidos por otros, despojados de notas al pie a fin de orientar al intérprete. Pacientemente habrá que examinar cada propuesta innovativa del orden vigente y brindar algunas conclusiones liminares.

Solo dos artículos de ese "Proyecto", relativos a las obligaciones dinerarias, por ahora merecen ser comentados (arts. 765 y 766). Luego de haber sido ofrecido el "Anteproyecto" que redactó una Comisión "ad hoc", esas disposiciones variaron, con una versión diferente a la inicial. Los autores de la iniciativa preliminar habían aclarado que esta regiría siempre que existiese un "proceso de estabilización de la economía". En poco tiempo mudó el criterio sobre esta importante categoría, sin brindar al lector una explicación satisfactoria al respecto.

Los temas a considerar, tomando como punto de referencia al "Proyecto" que recientemente tuvo entrada en el Congreso, se basan en el régimen de la moneda extranjera, y al tipo de cambio a aplicar, más las deudas de valor (art. 772 Pr.).

2. La obligación dineraria

El dinero, como instrumento de pago o para atesorar, no reconoce fronteras en nuestro tiempo, cualquiera sea el Estado emisor del numerario. Circula por todos los mercados del mundo para satisfacer el cumplimiento de las prestaciones que le sirven de objeto. Los fondos se transfieren con fluidez de un país a otro sin mayores dificultades superando las barreras aduaneras, de acuerdo a las exigencias de la comunidad internacional. Es un fenómeno propio de la época a causa de ir declinando la idea de soberanía política, obra de la globalización.

Monedas de diversa especie coexisten en un mismo territorio para efectuar variadas operaciones. Nadie puede sustraerse a esta realidad impuesta en los hechos por las prácticas negociales. Uno de los factores que provocó esas prácticas es la inflación, a fin de preservar los términos del intercambio y la equivalencia de las prestaciones al tiempo de contratar. Así como alguna vez se negoció con el peso fuerte –el cual tenía respaldo en oro–, después que perdió ese respaldo y sufrió devaluaciones, los capitales se refugiaron en las divisas.

La República Argentina vivió esta experiencia que impactó sobre el Código Civil de 1869. La moneda extranjera estaba encuadrada en la categoría de "obligaciones de dar cantidades de cosas" (art. 617), diferenciando las monedas según tuviesen o no curso legal en el país. Sin embargo, esta

discriminación con el correr de los años se fue atenuando y hasta fue eliminada del Código en 1991 por la ley 23.928. El "Proyecto" vuelve al régimen anterior, y retorna a la fórmula de equiparar las divisas a las "cantidades de cosas" (art. 765 Pr.), incluyéndolas en las "obligaciones de genero". No compartió el dictamen de la Comisión redactora que decía: "si… se estipuló dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar sumas de dinero".

Esto lleva a discurrir sobre el tema del numerario de "curso legal" y de "curso forzoso". Highton de Nolasco –integrante de la Comisión designada para reformar los Códigos– sentó jurisprudencia en la materia en un celebre voto que dictó como Ministro de la Corte Suprema (CS, octubre 26-2004, "Bustos, Alberto Roque y otros c. Estado Nacional s/amparo", Fallos 327:4495). Sostuvo entonces: "la moneda de curso legal es aquella cuyo pago es irrecusable por el acreedor y dicho atributo solo es conferido por ley", dando como ejemplo el "austral convertible", en la actualidad el peso. Y agregó: "a diferencia del curso legal, el curso forzoso no significa la obligatoriedad de recibir o irrecusabilidad de la moneda, sino esta calidad da curso legal aplicada al papel moneda inconvertible. Mediante el curso forzoso, el instituto de emisión queda dispensado de reembolsar los billetes a la vista". Evidentemente, el "Proyecto" se apartó de este criterio moderno para rescatar una norma abrogada, tras extensos debates y polémicas, fuente de conflictos, objeto de vacilación para el intérprete. Resulta censurable que esta enmienda haya llevado a especular sobre una posible "pesificación" de la economía, fantasma que se agita para asustar a los inversores y ahorristas.

De todos modos, el Estado de Derecho no puede ocultar la realidad negocial, pretendiendo eliminar dinero que circula, aun cuando no tenga curso legal, mediante una sutil modificación al régimen monetario. En el caso que esa fuese la intención se verían afectados derechos adquiridos por los justiciables. Parece oportuno dejar todo como está y no innovar en este tema puntual.

3. El tipo de cambio

Lo expuesto en el acápite anterior tiene derivaciones insospechadas si se adopta una tesis estricta. Después de ser sancionada la ley 23.928, las obligaciones dinerarias pudieron ser pactadas en pesos o en dólares y, en el momento del pago, debían ser satisfechas en la moneda de origen. Ello a causa de la reforma introducida en 1991 al art. 619 Cód. Civ., disposición que había adherido al principio nominalista. En virtud de esa reforma, fue posible efectuar depósitos bancarios en cajas de ahorro o en certificados a plazo fijo en moneda dólar estadounidense, como así también celebrar contratos de mutuo con garantía hipotecaria en dicho signo.

La innovación del "Proyecto" en la materia abre interrogantes sobre el tema, pues permitiría afirmar que da un giro en sentido opuesto. Falta claridad, su ambigüedad hace posible seguir corrientes diversas, y crea confusión al análisis parlamentario. En otras palabras, carece de la certeza necesaria para aplicarla como solución general a cualquier conflicto. Omite tratar la operación de cambio monetario propiamente dicha, habitualmente a cargo de agencias autorizadas, donde se adquiere o se vende moneda sin curso legal. Vale decir, olvida las llamadas deudas pecuniarias con la cláusula en "efectivo", pagaderas en billetes de la divisa acordada pues son inconvertibles, ya que es la causa determinante de dicha cláusula.

El art. 768 (Pr.) al regular esta cuestión dice: "el deudor podrá liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal". Establece una opción: contratar en dinero extranjero y pagar con esa divisa, o pagar la prestación en pesos ¿Será lícito renunciar al ejercicio de dicha opción? ¿Acaso no es una mera facultad? ¿Será valido ejercer la opción para perjudicar al acreedor? Cabe plantear otros interrogantes más; tal vez convenga rescatar el enunciado del art. 962 (Pr.) según el cual "las normas legales relativas a los contratos son supletorias de la voluntad de las partes".

Otro problema reside en fijar el tipo de cambio del dinero extranjero aplicable para determinar su equivalente en pesos. Recordemos que corresponde al Congreso "hacer sellar moneda, fijar su valor y el de las extranjeras" (art. 75 inc. 11 Const. Nac.), atribución que fue delegada al Banco Central. Por tanto, debe aplicarse, el llamado "tipo oficial" aunque no corresponda a su cotización en el

mercado libre. Un antecedente de interés lo proporciona la ley 23.928 al fijar la paridad del dólar y del peso en 1 a 1.

Sin embargo, el "tipo oficial", lejos de ser inmutable, puede variar con el tiempo. Esa variación se presenta habitualmente día a día, según el parecer de las autoridades del Banco Central. Cuando se desata una escalada inflacionaria el monto de la paridad va aumentando en forma paulatina. Vale decir: no será el mismo a la fecha de celebrar el contrato que al día del cumplimiento de la prestación pecuniaria. Sirva esta aclaración porque el "Proyecto" postula que el tipo de cambio oficial se tome al día de la "constitución de la obligación", significando que el acreedor recibirá menos pesos que si se lo toma al día del "vencimiento" del plazo para el pago, como lo dice ahora el art. 619 Cód. Civ.

4. Las deudas de valor

El "Proyecto" (art. 722 Pr.) incorpora las llamadas "deudas de valor", admitidas para determinados casos por la ley 17.711. El monto cuantificado debe representar el valor real de la prestación (v.gr. el pleno resarcimiento de los perjuicios inferidos en los bienes o en la persona del damnificado, art. 1736 Pr.)

Esta solución fue inducida por la doctrina italiana a mediados del siglo XX a fin de resguardar la obligación de las contingencias económicas posteriores a su nacimiento. Respondió a las críticas de aplicar el principio nominalista, cuyo rigor afectaba a la equidad en los contratos, sin distinguir la prestación según esta sea monetaria en origen o no lo fuese, porque se relaciona con el avalúo de bienes y servicios.

De manera que el "Proyecto" distingue entre las obligaciones dinerarias y las prestaciones cuyo contenido encierra un valor económico a cuantificar oportunamente. En razón de que subsiste la prohibición de indexar, establecida por la ley 25.561 en el texto del art. 10 de la ley 23.928, cabe pensar que las deudas en pesos serán pagaderas según la suma fijada en el título de la obligación. Evidentemente, ello obedece a un pensamiento basado en la "estabilidad económica", pero no es compatible con la situación de "emergencia económica" que vive el país desde hace una década. Cuando se incrementan los salarios, las tarifas y los precios de artículos de primera necesidad, surge patente que ese aumento en realidad se trata de un reajuste monetario.

En definitiva, los conflictos que suscita el poder adquisitivo del dinero van a ser resueltos en la Justicia mediante una hermenéutica de las normas aplicables. Este "Proyecto" poco aporta para solucionar los problemas actuales, siembra dudas, y no satisface los requerimientos de la época. Deja flotando en el aire una sensación de incertidumbre.

OBLIGACIONES DE DAR MONEDA EXTRANJERA

Fernando A. Ubiría y Ángel M. Pafundi

I. Introducción

El Proyecto regula las "obligaciones de dar dinero" en los arts. 765 a 772 y de tales normas nos centraremos en las dos primeras, ambas modificadas por el Poder Ejecutivo de la Nación respecto de las previstas por la Comisión de Reformas Decreto N° 191/2011. Aun cuando su análisis pueda ser abordado desde distintas perspectivas (económica, política, socio-cultural, etc.) orientaremos nuestro aporte preponderantemente a la dimensión estrictamente jurídica y sin anticipar criterio respecto a los otros asuntos.

II. El sistema propuesto originalmente por la Comisión

Por lo pronto el art. 765 propuesto originalmente disponía: "Concepto. La obligación es de dar dinero si el deudor debe cierta cantidad de moneda, determinada o determinable, al momento de constitución de la obligación. Si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se estipuló dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar sumas de dinero". El art. 766, por su parte: "Obligación del deudor. El deudor debe entregar la cantidad correspondiente a la especie designada, tanto si la moneda tiene curso legal en la República como si no lo tiene".

El texto proyectado por la Comisión, por tanto, no modificaba el sistema legal vigente contenido en el Código de Vélez Sarsfield en cuanto prevé: "Si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se hubiere estipulado dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar sumas de dinero" (art. 617), y: "Si la obligación del deudor fuese de entregar una suma de determinada especie o calidad de moneda, cumple la obligación dando la especie designada, el día de su vencimiento" (art. 619), ambas normas según el texto consagrado por la llamada "Ley de convertibilidad del Austral" N° 23.928 del año 1991. Sabido es que al remitir la primera norma a la segunda, se produce una asimilación del régimen aplicable a las obligaciones objeto de comentario con las de dar moneda nacional, es decir, una equiparación de ambas, pues en definitiva ambas son consideradas obligaciones de dar "sumas de dinero" y, por tanto, se les aplica el sistema previsto por los arts. 616/624.

III. La versión finalmente plasmada por el P.E.N.

Ahora bien, el texto remitido al Honorable Congreso de la Nación con la modificación del P.E.N. finalmente prevé en el art. 765: "… Si por el acto por el que se ha constituido la obligación,

se estipuló dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar cantidades de cosas y el deudor puede liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal, de conformidad con la cotización oficial", mientras que el 766: "Obligación del deudor. El deudor debe entregar la cantidad correspondiente a la especie designada".

Surge diáfano que las modificaciones introducidas por el Ejecutivo importan una alteración sustancial del régimen aplicable a las obligaciones contraídas en moneda extranjera, a nuestro entender, cabal muestra de la existencia de un fenómeno elocuentemente descripto por Jean Carbonnier medio siglo atrás al advertir que cada vez más la obligación propende a convertirse en una "relación jurídica triangular" en la que intervienen el acreedor, el deudor y el Estado, este último dueño de la moneda (que emite), de los precios y de las fuerzas mayores.

Profundizando tal línea de pensamiento no hay duda que constituye un síntoma o reflejo del retraimiento del derecho privado que se viene profundizando en las últimas décadas y que, desde luego, altera progresivamente su estructura y hasta su identidad. Por lo demás, no dudamos que la reforma produce un recorte o limitación de la autonomía de la voluntad creadora que sigue siendo principio en la materia (art. 958), y, desde esta óptica, se impone un análisis que precise su alcance o entidad para, en definitiva, habilitar la formulación de un juicio crítico.

Ahora bien, recordamos con Llambías que la moneda extranjera en nuestro país no es dinero, la autoridad pública local le atribuye función de unidad de medida de valor de todos los bienes únicamente a la moneda que emite, en nuestro caso al peso (la única que tiene "curso legal"), y consecuentemente no hay duda que el Banco Central de la República Argentina no puede garantir el circulante de una divisa diferente.

Sin perjuicio de ello, no puede soslayarse que las sistemáticas crisis económicas que atraviesa nuestro país alteran el poder adquisitivo de nuestra moneda, fundamentalmente debido al impacto de los procesos inflacionarios fuerza a los particulares a introducir remedios niveladores para conferir estabilidad y fortaleza a sus contrataciones, una suerte de refugio o salvoconducto que precisamente encuentran en la contratación en moneda extranjera.

Un principio general del tráfico negocial es que la ecuación prestación – contraprestación debe ser mantenida inalterada por ser ley entre las partes. Las circunstancias económicas pueden impactar en el sinalagma contractual, el *rebus sic stantibus* de los romanos, y es oportuno recordar que la convención no obliga solo a lo que está formalmente expresado en el documento continente del negocio económico jurídico, sino también a todas las circunstancias que puedan considerarse virtualmente comprendidas en ella (Mosset Iturraspe).

Pues bien, las normas en análisis según el texto del P.E.N. "desandan" de alguna manera el sistema vigente y vuelven al cauce anterior a 1991, ya que antes de la ley N° 23.928 el art. 617 de Vélez disponía: "Si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se hubiere estipulado dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar cantidades de cosas", lo que aparejaba la aplicación de la normativa aun prevista en los arts. 606/615 del CC. Recordemos que en tal contexto era frecuente recurrir a la utilización de las llamadas "cláusulas estabilizadoras" para enjugar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda a causa de la inflación, las que fueron creadas dentro del amplio y generoso marco de la "libertad negocial" y que, a pesar de la controversia que suscitaron, terminaron siendo aceptadas y de uso muy generalizado.

IV. Prospectiva

La facultad asignada al deudor de cumplir y liberarse entregando el equivalente en moneda de curso legal de conformidad con la cotización oficial a la fecha de cumplimiento de la obligación, en definitiva constituye una excepción al principio de "identidad de pago" que el C.C. vigente recepta en sus arts. 740/741 y el proyectado en el art. 868.

El deudor, así, no puede aducir *ad imposibilia nemo tenetur* (art. 888 y ss. del C.C., arts. 955/956 y 1732 del Proyecto) ya que siempre tendrá la posibilidad de cumplir, aspecto de particular impor-

tancia a tenor del contexto económico-cambiario actual que prácticamente veda la adquisición de divisa foránea.

No hay duda de que el Estado Nacional en el ejercicio de su poder soberano puede y debe arbitrar las medidas legales conducentes y que estime adecuadas respecto a la moneda extranjera y otras de similar naturaleza que componen el derecho privado económico, sea porque se procure que el tráfico de esta no desplace a la que es de curso legal en la República o bien por otras razones de la más variada índole. En definitiva, entendemos que resulta una decisión coyuntural y de innegable naturaleza político legislativa e, insistimos, no entramos a juzgar el acierto o desacierto "económico" de las previsiones propuestas.

Por lo demás, las normas proyectadas no prohíben la contratación en moneda que no sea de curso legal, lo permiten (lo que incluso se desprende del art. 772 referente a las obligaciones de valor), aunque se introduce un elemento determinante al supeditar la exigencia de cumplimiento en la especie y calidad acordada a la facultad del deudor de pagar con una u otra moneda. La calificación que coloquialmente se ha introducido, "pesificación", es cuanto menos exagerada.

Para concluir diremos que resultan inocultables los graves problemas que podrían aparejarse si se acentuara la diferencia que existe hoy día entre la cotización "oficial" de la moneda extranjera prevista por la norma y la cotización que fije el "mercado" informal. Ello razonablemente produciría una distorsión de la libertad negocial de tal naturaleza que en definitiva pulverizaría la verdadera utilidad o finalidad estabilizadora de tal moneda, frecuentemente tan conveniente y necesaria en una economía como la nuestra.

OBLIGACIONES CON CLÁUSULA PENAL Y SANCIONES CONMINATORIAS

Horacio A. Peix

A) Introducción:

El objetivo del presente informe es analizar la regulación que el Proyecto da a la cláusula penal y a las sanciones conminatorias o *astreintes*, efectuando también una comparación de dichas previsiones con las establecidas en el Código Civil actual.

Para las observaciones que se realizarán luego, es importante tener en cuenta que una obligación con cláusula penal implica, en realidad, la referencia a dos obligaciones interdependientes, donde una de ellas es la principal y la otra (precisamente la cláusula penal) es una obligación accesoria que se estipula para el caso de retardo o incumplimiento definitivo de la primera.

B) Metodología del Proyecto:

Tanto la cláusula penal como las sanciones conminatorias están contempladas en el Libro Tercero, Título I, Capítulo 3, Sección 5ª del Proyecto; es decir, dentro del capítulo dedicado a las clases de obligaciones y luego de cuatro secciones que las clasifican en relación a la prestación[1].

De este modo, se mantiene la metodología del Código Civil actual, sin receptar las críticas formuladas por la doctrina[2] basadas en el desacierto de adoptar la presencia o inexistencia de cláusula penal como criterio de clasificación.

En efecto, la cláusula penal es una especie de obligación accesoria que puede ser incorporada a otra obligación principal de fuente contractual para acrecentar la eficacia de esta; mientras que los criterios a través de los cuales las obligaciones se clasifican son, en cambio, pautas que permiten diferenciarlas en virtud de las particularidades que puedan presentarse en los elementos esenciales (vínculo, prestación, objeto, sujeto, fuente) o a partir de la dinámica que genera la relación de interdependencia entre obligaciones principales y accesorias.

1. Las dos primeras secciones del Capítulo 3 están dedicadas a clasificar las obligaciones según la naturaleza de la prestación (Sección 1ª: obligaciones de dar; Sección 2ª: obligaciones de hacer y de no hacer). Por su parte, las dos siguientes contemplan especies de obligaciones caracterizadas por tener prestaciones compuestas (Sección 3ª: obligaciones alternativas; Sección 4ª: obligaciones facultativas). Cabe agregar que el Código Civil actual posee la misma secuencia al momento de clasificar las obligaciones en el Libro II, Sección Primera, Parte Primera, Títulos 7 a 11.

2. LLAMBÍAS, Jorge Joaquín; RAFFO BENEGAS, Patricio; SASSOT, Rafael, *Manual de Derecho Civil - Obligaciones*, undécima edición, Ed. Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 125. ALTERINI, Atilio Aníbal; AMEAL, Oscar José; LÓPEZ CABANA, Roberto, *Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales*, cuarta edición actualizada, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009.

Por dicha razón, y siguiendo a la autorizada doctrina que formulara sus críticas metodológicas al Código Civil actual, resultaría más adecuada la inclusión de esta regulación en el lugar donde se tratan los efectos de las obligaciones con relación al acreedor[3].

Menos conveniente aún parece, desde el punto de vista metodológico, contemplar dentro de este apartado la previsión referida a las sanciones conminatorias o *astreintes* ya que, además de no estar asociadas a la estructura de las obligaciones tampoco son, estrictamente, efectos de estas.

Ello por cuanto constituyen, en realidad, un medio legal que tiene una finalidad distinta consistente en sancionar a quien no cumple con un deber impuesto por una decisión judicial, sea que esta se haya dictado frente al incumplimiento de obligaciones o por la inobservancia de cualquier otro deber jurídico.

En consecuencia, la previsión del art. 804 del Proyecto debería ser reubicada tomando a las sanciones conminatorias como un efecto del incumplimiento de las decisiones judiciales, y esta desobediencia podría ser considerada, en todo caso, como otra de las fuentes de obligaciones diferentes al contrato que se contemplan en el Título V.

C) Regulación de la cláusula penal:

Las previsiones contempladas desde el art. 790 al 803 del Proyecto receptan, en términos generales, una regulación de la cláusula penal similar a la existente en los arts. 652 a 666 del Código Civil.

Sin embargo, tanto en esta Sección como en el resto del Proyecto se emplea una técnica legislativa diferente a la utilizada por Vélez Sarsfield en el Código actual, la cual consiste en incluir un título antes de cada artículo, anticipándose así el tema a considerar.

Más allá de esta diferencia genérica, y con el objeto de profundizar en la detección de similitudes o variaciones, se comentarán a continuación cada uno de los artículos proyectados.

Por otra parte, y dejando sentada la salvedad de no corresponder a la versión original, se empleará la técnica de resaltar con un subrayado aquellos términos o frases que impliquen una innovación respecto de las normas vigentes del Código Civil.

Art. 790. *Concepto. "La cláusula penal* es *aquella por la cual una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena o multa en caso de retardar o de no ejecutar la obligación."*

Comentario: Se trata de una reproducción del art. 652 del Código Civil en la que siguen receptándose las dos especies de cláusula penal: moratoria y compensatoria. No obstante esa similitud, se introduce gramaticalmente un cambio al reemplazar "en que" por la conexión destacada en el texto.

Art. 791. *Objeto. "La cláusula penal puede tener por objeto el pago de una suma de dinero, o cualquiera otra prestación que pueda ser objeto de las obligaciones, bien sea en beneficio del acreedor o de un tercero".*

Comentario: La única diferencia con el art. 653 del Código Civil es la supresión del adverbio "solo" que antecede a la construcción verbal "puede tener" en esta última disposición. Dicha innovación resulta adecuada en tanto elimina un término que se advierte innecesario en el Código actual, reafirmando así que en la cláusula penal se puede establecer como prestación cualquiera de las que están admitidas para las obligaciones en general.

Art. 792. *Incumplimiento. "El deudor que no cumple la obligación en el tiempo convenido debe la pena, si no prueba la causa extraña que suprime la relación causal. La eximente del caso fortuito debe ser interpretada y aplicada restrictivamente".*

3. Anteproyecto de Código Civil y Comercial, Libro Tercero, Título I, Capítulo 1, denominado "Disposiciones generales".

Comentario: Esta previsión tiene importantes diferencias con el actual art. 654 del Código Civil por cuanto, si bien establece el mismo presupuesto para convertirse en deudor de la pena (el incumplimiento), elimina la frase "*aunque por justas causas no hubiese podido verificarlo"*. Esta última ha sido objeto de críticas por considerarla un énfasis poco significativo, limitado solo a indicar que el deudor no se exonera de la pena si pretende ampararse en motivos que lo justifican subjetiva y no objetivamente (como no cumplir una obligación de hacer para dedicar su tiempo al cuidado de un pariente enfermo[4]).

Por lo demás, queda en claro que a los fines de hacer valer la cláusula penal no es necesario probar la imputabilidad subjetiva del incumplimiento, y que esa presunción de responsabilidad solo puede ser desvirtuada por el deudor invocando el caso fortuito. En tal sentido, la nueva norma incorpora expresamente como eximente de responsabilidad a la ruptura del nexo causal entre su acción u omisión y el incumplimiento de la obligación principal. Además, introduce un criterio restrictivo para su apreciación, de modo que en caso de duda ha de estarse por la imputabilidad del incumplimiento y la consecuente aplicación de la cláusula penal.

Art. 793. *Relación con la indemnización. "La pena o multa impuesta en la obligación entra en lugar de la indemnización de los daños cuando el deudor se constituyó en mora; y el acreedor no tiene derecho a otra indemnización, aunque pruebe que la pena no es reparación suficiente"*.

Comentario: En lo sustancial hay coincidencia con el art. 655 del Código Civil, y los términos subrayados implican solo innovaciones que brindan un mejor estilo gramatical a la redacción. Así, se reemplaza la frase "de perjuicios e intereses" por "los daños". También se cambian los tiempos verbales "hubiese constituido" y "tendrá" por "constituyó" y "tiene", respectivamente. Finalmente, toda vez que en el artículo del Código actual el término "indemnización" es utilizado dos veces en la misma oración, en el Anteproyecto se evita esa reiteración reemplazando la segunda aplicación de dicha palabra por un sinónimo: "reparación".

Art. 794. *Ejecución. "Para pedir la pena, el acreedor no está obligado a probar que ha sufrido perjuicios, ni el deudor puede eximirse de satisfacerla, acreditando que el acreedor no sufrió perjuicio alguno.*

Los jueces pueden reducir las penas cuando su monto desproporcionado con la gravedad de la falta que sancionan, habida cuenta del valor de las prestaciones y demás circunstancias del caso, configuran un abusivo aprovechamiento de la situación del deudor".

Comentario: Aquí se mantiene la regulación prevista en el art. 656 actual, con la única modificación del tiempo verbal "ha sufrido" por "sufrió".

También se replica el sistema de inmutabilidad relativa de la cláusula penal incorporado al art. 656 mediante la ley 17.711. En tal sentido debe tenerse en cuenta que, de acuerdo a lo previsto en el art. 332 del Anteproyecto, el vicio de lesión subjetiva se presume *iuris tantum* en caso de existir desproporción notable entre las prestaciones, de modo que en tales casos estará a cargo del acreedor la prueba de la inexistencia de dicho aprovechamiento para evitar la nulidad parcial que motiva la reducción de la pena.

Art. 795. *Obligaciones de no hacer. "En las obligaciones de no hacer el deudor incurre en la pena desde el momento que ejecuta el acto del cual se obligó a abstenerse"*.

Comentario: Más allá de modificaciones en la sintaxis de la primera parte y del diferente modo en que se conjuga el verbo "ejecutar", la norma tiene el mismo contenido del art. 657 del Código Civil.

4. LLAMBÍAS, Jorge Joaquín *et al.; op. cit.,* p.135.

Art. 796. *Opciones del deudor. "El deudor puede eximirse de cumplir la obligación con el pago de la pena únicamente si se reservó expresamente este derecho".*

Comentario: El contenido de este artículo trasunta el mismo que se estableciera en el art. 658 del Código Civil, difiriendo solo en cuanto este está concebido en términos negativos ("no podrá eximirse… pagando la pena, sino en el caso en que expresamente se hubiese reservado este derecho").

Art. 797. *Opciones del acreedor. "El acreedor no puede pedir el cumplimiento de la obligación y la pena, sino una de las dos cosas, a su arbitrio, a menos que se haya estipulado la pena por el simple retardo, o que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entienda extinguida la obligación principal".*

Comentario: En la redacción se suprime la conjunción "pero" con la que comienza el art. 659 actual y los verbos subrayados reemplazan, respectivamente, a las expresiones "podrá" y "aparezca haberse estipulado".

Más allá de esos cambios gramaticales, el contenido de esta disposición coincide en lo sustancial con la del mencionado artículo del Código Civil, estableciendo así el principio de no acumulación entre la pena y la prestación de la obligación principal. Por otra parte, se mantienen las dos excepciones a dicho principio, de modo que se admite la acumulación entre la prestación principal y la pena derivada de una cláusula moratoria, como así también pueden acumularse la pena y la prestación cuando aquella se ha acordado para cumplir solo una función compulsiva (y no indemnizatoria a la vez).

Art. 798. *Disminución proporcional. "Si el deudor cumple solo una parte de la obligación, o la cumple de un modo irregular, o fuera del lugar o del tiempo a que se obligó, y el acreedor la acepta, la pena debe disminuirse proporcionalmente".*

Comentario: Esta disposición difiere del actual art. 660 solo en cuanto no contempla expresamente la posibilidad de intervención judicial en caso de no existir acuerdo entre las partes respecto de la disminución proporcional de la pena ante el cumplimiento parcial o irregular de la obligación principal. Se estima acertada esa omisión, por cuanto la vía judicial es una alternativa frente a todo diferendo, de modo que se torna redundante su previsión expresa ante una situación como la que se contempla en esta norma.

Art. 799. *Divisibilidad. "Sea divisible o indivisible la obligación principal, cada uno de los codeudores o de los herederos del deudor no incurre en la pena sino en proporción de su parte, siempre que sea divisible la obligación de la cláusula penal".*

Comentario: La redacción de este artículo, estableciendo la divisibilidad de la cláusula penal si su objeto lo permite y con independencia de la posibilidad de fraccionamiento con que cuente el objeto de la obligación principal, solo difiere del art. 661 del Código Civil en el cambio al tiempo presente del verbo "incurrirá", armonizando así con el tiempo de conjugación empleado en los restantes artículos.

Art. 800. *Indivisibilidad. "Si la obligación de la cláusula penal es indivisible, o si es solidaria aunque divisible, cada uno de los codeudores, o de los coherederos del deudor, queda obligado a satisfacer la pena entera".*

Comentario: También aquí existe una modificación del tiempo verbal respecto del utilizado en el art. 662 del Código Civil ("fuere"), subsistiendo en lo sustancial la misma regulación contenida en este último.

Art. 801. *Nulidad. "La nulidad de la obligación con cláusula penal no causa la de la principal. La nulidad de la principal causa la de la cláusula penal, excepto si la obligación con cláusula penal fue contraída por otra persona, para el caso que la principal fuese nula por falta de capacidad del deudor".*

Comentario: A partir de lo indicado al comienzo de este trabajo y del sentido que tiene esta norma, la frase "obligaciones con cláusula penal" parece no ser la adecuada. En efecto, no debería emplearse la preposición "con", ya que la cláusula penal es, en sí misma, una obligación –accesoria pero obligación al fin–. Por dicha razón debió utilizarse la frase "obligación de cláusula penal" empleada en otros artículos, "obligación consistente en una cláusula penal" o, directamente, la frase "cláusula penal".

Más allá de eso, en su primera parte este artículo contempla lo establecido en el art. 663 del Código Civil aunque con una redacción diferente. Así, dispone que la nulidad de la obligación principal provoca la invalidez de la cláusula penal –consecuencia del principio de accesoriedad– sin que se dé la situación inversa.

A su vez, incorpora adecuadamente una excepción a dicho principio que no está presente en el Código Civil. Se trata del supuesto en el que un tercero sea el sujeto obligado por una cláusula penal accesoria de una obligación cuyo deudor fuera incapaz. En tal caso, pese a la existencia de un vicio de nulidad relativa en la obligación principal, el acreedor puede hacer valer la virtualidad de la pena a modo de indemnización.

Resta señalar que no se ha reproducido el art. 664 del Código Civil, lo cual resulta adecuado frente a las críticas efectuadas por la doctrina al entender que el supuesto previsto en él no es una excepción al principio de accesoriedad. En efecto, dicha norma prevé la subsistencia de la cláusula penal porque en tal caso opera como una obligación independiente –y no accesoria– asumida por una persona al contratar a cuenta de un tercero sin tener su representación. De este modo, esa subsistencia está sujeta a la condición suspensiva de no ser asumida o ratificada la obligación principal por parte de dicho tercero.

Art. 802. *Extinción de la obligación principal. "Si la obligación principal se extingue sin culpa del deudor queda también extinguida la cláusula penal".*

Comentario: Esta previsión tiene una idéntica redacción a la del art. 665 del Código Civil.

Art. 803. *Obligación no exigible. "La cláusula penal tiene efecto, aunque sea puesta para asegurar el cumplimiento de una obligación que al tiempo de concertar la accesoria no podía exigirse judicialmente, siempre que no sea reprobada por la ley".*

Comentario: Además de una modificación en el tiempo de conjugación del verbo "tener", la redacción de este artículo incorpora, en su sintaxis, un circunstancial de lugar que está ausente en el actual art. 666 del Código Civil y que resulta esclarecedor respecto de la excepción al principio de accesoriedad que se contempla.

Se admite así una pena que es exigible pese a no serlo la prestación de la obligación principal, y se introducen también ciertos límites a dicha excepción al aclarar que tal hipótesis solo se da si la cláusula penal es concertada cuando ya la obligación principal es natural. De este modo, *a contrario sensu*, no habrá excepción al principio de accesoriedad y, consecuentemente, la cláusula penal seguirá la suerte de la obligación principal cuando fue estipulada en momentos en que esta era exigible, tornándose luego en una obligación natural.

D) Regulación de las sanciones conminatorias:

Art. 804. *Sanciones conminatorias. "Los jueces pueden imponer en beneficio del titular del derecho, condenaciones conminatorias de carácter pecuniario a quienes no cumplen deberes jurídicos impuestos en una resolución judicial. Las condenas se deben graduar en proporción al caudal económico de quien debe satisfacerlas y pueden ser dejadas sin efecto o reajustadas si aquel desiste de su resistencia y justifica total o parcialmente su proceder.*

La observancia de los mandatos judiciales impartidos a las autoridades públicas se rige por las normas propias del derecho administrativo" (Párrafo agregado por iniciativa del Poder Ejecutivo Nacional al original del Anteproyecto).

Comentario: El primer párrafo de la disposición es similar al art. 666 bis que la ley 17.711 introdujera al Código Civil, reemplazándose solo el verbo "graduarán" por "deben graduar" al comienzo de la segunda oración, y el tiempo de conjugación de los demás verbos.

Por su parte, el agregado que el Poder Ejecutivo Nacional efectúa respecto de la observancia de los mandatos judiciales impartidos a las autoridades públicas, constituye una previsión que no parece suficientemente clara en cuanto a sus alcances.

En efecto, no permite determinar exactamente qué amplitud tiene la delegación a "las normas propias del derecho administrativo", es decir, a las órbitas de creación normativa correspondientes al Estado Nacional, las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en sus respectivos ámbitos de competencia.

Desde luego, la mención da a entender que el no acatamiento de las decisiones judiciales por parte de las autoridades públicas tiene alguna relevancia.

Ahora bien, si sobre esa base lo que se pretende delegar es la posibilidad de establecer un régimen especial que entre sus consecuencias no incluya sanciones conminatorias, se estaría habilitando la creación de un marco desigual que exima a las autoridades públicas de las consecuencias que la legislación nacional establece para similares incumplimientos en los que incurran los particulares.

Si, en cambio, este agregado que realiza el Poder Ejecutivo Nacional no genera excepciones a la regla general del primer párrafo del artículo, sino que solo delega en el derecho administrativo la reglamentación del instituto de las *astreintes* para el supuesto de inobservancia en que incurran las autoridades públicas frente a las decisiones judiciales, entonces la inserción parece adecuada.

De todos modos, resulta conveniente que, en términos de técnica legislativa, se esclarezca debidamente su alcance. Así, considerando que la regla prevista en el primer párrafo del artículo debería regir también ante el incumplimiento de autoridades públicas, podría despejarse cualquier ambigüedad estableciendo que "las sanciones conminatorias que se impongan por inobservancia de los mandatos judiciales impartidos a las autoridades públicas podrán ser reglamentadas por las normas del derecho administrativo en cuanto a los sujetos sobre los que se aplican, los criterios para determinar su cuantía y las modalidades de ejecución. La ausencia de reglamentación no obsta a la aplicación de lo previsto en el párrafo primero."

E) A modo de síntesis:

Las modificaciones que el Proyecto introduce respecto de la cláusula penal resultan atinadas en cuanto mejoran el estilo de redacción. No obstante ello, se recomienda cambiar la denominación "obligación con cláusula penal" que se emplea tanto en el título de la Sección 5ª como en el art. 801, en virtud de las razones que se brindaran al comentar este último.

También se aprecian como adecuados los cambios que el Proyecto hace tanto al suprimir el supuesto previsto en el actual art. 664 del Código Civil, como al incorporar la nueva excepción al principio de accesoriedad que se menciona en el art. 801 *in fine* y, finalmente, al agregar en el art. 803 una connotación temporal necesaria para la correcta aplicación de otra de las excepciones a la accesoriedad.

En cuanto a las sanciones conminatorias, sería recomendable dar mayor precisión a la inserción que realiza el Poder Ejecutivo Nacional al final del art. 804, de modo que no quede lugar a dudas respecto de cuál es el marco de delegación que se efectúa en el derecho administrativo frente a los incumplimientos de mandatos judiciales por parte de las autoridades públicas.

Más allá de ello, y teniendo en cuenta el cambio legislativo trascendental que implica la modificación de un Código Civil, sería conveniente emplear un mejor criterio metodológico al momento de distribuir, dentro de todo el cuerpo normativo, las disposiciones relativas a los dos institutos analizados aquí. En tal sentido, deberían considerarse las observaciones que la doctrina realizara sobre el método empleado en el actual Código de Vélez Sarsfield.

MORA DEL DEUDOR

Juan P. Montesano

A) La letra del Proyecto de Código Civil y Comercial:

En materia de Mora del deudor, el texto del Proyecto, en los artículos 886, 887 y 888, se prevé lo siguiente:

ARTÍCULO 886.- "**Mora del deudor. Principio. Mora automática.** La mora del deudor se produce por el solo transcurso del tiempo fijado para su cumplimiento."

ARTÍCULO 887.- "**Excepciones al principio de la mora automática**. La regla de la mora automática no rige respecto de las obligaciones:

a) sujetas a plazo tácito; si el plazo no está expresamente determinado, pero resulta tácitamente de la naturaleza y circunstancias de la obligación, en la fecha que conforme a los usos y a la buena fe, debe cumplirse;

b) sujetas a plazo indeterminado propiamente dicho; si no hay plazo, el juez a pedido de parte, lo debe fijar mediante el procedimiento más breve que prevea la ley local, a menos que el acreedor opte por acumular las acciones de fijación de plazo y de cumplimiento, en cuyo caso el deudor queda constituido en mora en la fecha indicada por la sentencia para el cumplimiento de la obligación.

En caso de duda respecto a si el plazo es tácito o indeterminado propiamente dicho, se considera que es tácito."

ARTÍCULO 888.- "**Eximición.** Para eximirse de las consecuencias jurídicas derivadas de la mora, el deudor debe probar que no le es imputable, cualquiera sea el lugar de pago de la obligación."

B) La letra del Código Civil actual:

El actual Código Civil, en el Artículo 509 dispone lo siguiente:

ARTÍCULO 509. "En las obligaciones a plazo, la mora se produce por su solo vencimiento.

Si el plazo no estuviere expresamente convenido, pero resultare tácitamente de la naturaleza y circunstancias de la obligación, el acreedor deberá interpelar al deudor para constituirlo en mora.

Si no hubiere plazo, el juez a pedido de parte, lo fijará en procedimiento sumario, a menos que el acreedor opte por acumular las acciones de fijación de plazo y de cumplimiento, en cuyo caso el deudor quedará constituido en mora en la fecha indicada por la sentencia para el cumplimiento de la obligación.

Para eximirse de las responsabilidades derivadas de la mora, el deudor debe probar que no le es imputable."

C) La interpretación del Artículo 509 del Código Civil:

1) Constitución en Mora:

En lo referido a la forma de constitución en mora, la doctrina está de acuerdo en que la misma se produce o bien mediante interpelación o bien por el mero transcurso del tiempo (mora automática).

En cuanto a los argumentos en favor de la interpelación, se ha dicho que se encuentra justificado en "… I) La gravedad de los efectos de la mora del deudor; II) El principio del *favor debitoris*; III) La presunción de que, al no exigir el pago, el acreedor consiente el retardo del deudor…" (Alterini, pág. 167ss).

Por otra parte, no hay en la actualidad –tampoco en el Anteproyecto de Código Civil y Comercial- una buena salida de la situación de mora del deudor, ni mediante la mora del acreedor –que no se regula en el Código de Vélez, sino que solamente se menciona en la Nota al Art. 509– ni mediante la regulación del pago por consignación, que en el mejor de los casos, libera al deudor desde la fecha del depósito judicial o de la intimación judicial para que el acreedor reciba una cosa cierta.

La mora automática como principio general, con las actuales previsiones del Código Civil, colisiona con la adecuada protección que debe darse al derecho del deudor a pagar y liberarse de la obligación en los casos en que por causa del acreedor –negativa, falta de colaboración, ausencia, etc.– se encuentra imposibilitado del cumplimiento de la prestación.

Por otra parte, queda sin protección legal suficiente el deudor, en todos los casos en los que queriendo cumplir a tiempo o ya estando en mora, se encuentra a merced de la conducta abusiva del acreedor en los casos en que este no coopera en el cumplimiento, o bien se niega injustificadamente a recibir el pago.

En el mejor de los casos, en el actual Código Civil, el deudor quedaría liberado mediante el pago por consignación, pero desde la fecha del depósito judicial o intimación judicial a recibir una cosa cierta, existiendo una laguna en lo referido a las obligaciones de hacer.

Esta situación se empeora en el Proyecto, en el que cuando el deudor paga por consignación, los efectos del pago se consideran, en el mejor de los casos desde la fecha de notificación de la demanda.

El Código de Vélez, en el Artículo 509, traía un principio general que era la mora por interpelación.

Con la reforma de la Ley 17.711 y en la actual redacción no se menciona una regla general.

No obstante ello, hay actualmente tres posturas doctrinarias: la que sostiene que la regla es la mora automática (Borda); la que sostiene que hay una casuística y no una regla (Alterini) y la tesis que sostiene que la regla continúa siendo la interpelación (Llambías) ya que, "…las reglas en derecho no son cuantitativas sino cualitativas: la regla jurídica no surge de la multiplicidad de casos, de su reiteración, sino que se trata de una pauta que traza el legislador según su decisión, y que es tal aunque –en definitiva– cubra supuestos limitados en número, de modo que solo aparezca un rastro suyo a través de un montón de casos, que importan excepciones, y que dificultan su percepción por el observador…" (Alterini, Ameal, y López Cabana, Derecho de Obligaciones, Abeledo-Perrot, 1996, pág. 169).

Análisis de los supuestos del Artículo 509 del Código Civil y casos no previstos:

1. Obligaciones con plazo expresamente determinado: El plazo expresamente determinado puede ser cierto o incierto; es cierto cuando su término se produce en un día, mes y año designados; es incierto cuando fuere fijado con relación a un acontecimiento futuro necesario y este acontecimiento futuro acontezca. La doctrina está de acuerdo en que la mora es automática en los casos de plazo expresamente determinado cierto. Pero, difieren las interpretaciones en los casos de plazo incierto: para algunos autores (Borda), como la ley no lo distingue, también en este caso la mora será automática; para otro sector (Llambías) habrá que interpelar, ya que no se puede saber de antemano cuándo se producirá y no necesariamente el deudor tendrá conocimiento que el acontecimiento se produjo; y para otra

postura (Alterini), bastaría con una mera notificación al deudor en el sentido que el hecho aconteció.

2. Incidencia del lugar de pago: Aun en los casos de plazo expresamente determinado cierto, la mora se produce automáticamente cuando el lugar de pago es el domicilio del deudor. La solución jurisprudencial (Plenario Cámara Nacional en lo Civil, "Caja de Jubilaciones c/Juan", LL 1980-B-123; y Cámara Nacional en lo Comercial en Pleno (17-VI-81, "Kairus c/Romero, LL 1981-C-fs.79857) se critica en doctrina, ya que obliga al deudor a la prueba "diabólica" de demostrar que estuvo todo el día en el domicilio esperando al acreedor y que este nunca compareció a recibir el pago para no caer en mora.
3. Hay supuestos en los que, aun habiendo plazo expresamente determinado cierto, la mora no se produce automáticamente y resulta necesaria la interpelación: por ejemplo en los casos de pacto de mora con interpelación, si la mora se frustra por una causa no imputable al deudor –v.gr. Si una escritura fijada para determinado día se frustra por la demora en la expedición de certificados registrales pedidos por el escribano designado; en los casos de resolución contractual previstos por los Arts. 1204 del Código Civil y 216 Código Comercial.
4. Obligaciones con plazo tácitamente determinado: resulta necesaria la interpelación.
5. Obligaciones con plazo indeterminado: se prevé un sistema de fijación judicial de plazo.
6. Obligaciones puras y simples: no están previstas en el actual Art. 509, son aquellas que no presentan modalidades –condición, plazo o cargo– y que resultan exigibles en la primera oportunidad que su índole consiente.
7. Otros supuestos de mora sin interpelación: mora legal, plazo esencial, hechos ilícitos, confesión del deudor, manifestación del deudor de su voluntad de no cumplir, imposibilidad de pago por causa del deudor, imposibilidad de interpelar por causa del deudor.

2) Factores impeditivos de la mora:

Para eximirse de las responsabilidades de la mora, el deudor debe demostrar que no le es imputable. Es decir, probado el incumplimiento material y la constitución en mora, se presume la culpabilidad, admitiéndose prueba en contrario. Por ejemplo si el acreedor no presta la colaboración necesaria para el cumplimiento.

D) Modificaciones propuestas por el Proyecto de Código Civil y Comercial:

1) Constitución en mora:

El Artículo 886 del Proyecto de Código Civil y Comercial trae un principio general en materia de constitución en mora del deudor que es la mora automática: "La mora del deudor se produce por el solo transcurso del tiempo fijado para su cumplimiento.".

Queda sin discusión cuál es el principio general, si bien por los argumentos expuestos supra nos inclinamos en el sentido que la regla sea la interpelación.

Creemos que para prever como principio general la mora automática, que desde el punto de vista del ejercicio del derecho del acreedor resulta más práctico, habría que dar adecuada protección al derecho a pagar y liberarse de la obligación del deudor, por medio de una regulación más propicia al deudor de los institutos de la mora del acreedor y del pago por consignación.

Obsérvese que desde el punto de vista del momento en que se producen los efectos del pago por consignación, en el Proyecto se agrava aún más la situación del deudor, ya que en el mejor de los casos se producirán a la fecha de notificación de la demanda

En este sentido, el Artículo 907 del Proyecto prevé que "La consignación judicial, no impugnada por el acreedor, o declarada válida por reunir los requisitos del pago, extingue la deuda desde el día en que se notifica la demanda".

En otro orden, queda sin discusión que este principio general de la mora automática se aplica, cualquiera sea el lugar de pago (Art. 888 del Proyecto) y tanto a las obligaciones de plazo cierto como incierto, aclaración que se encuentra en el Art. 871 del Proyecto en cuanto prevé "El pago debe hacerse: …b) si hay un plazo determinado, cierto o incierto, el día de su vencimiento…".

Seguidamente, el Artículo 887 prevé las excepciones al principio general:

a. obligaciones sujetas a plazo tácito –el que resulta de la naturaleza y circunstancias de la obligación: "en la fecha que conforme a los usos y a la buena fe, debe cumplirse". No se comprende la solución dentro de las excepciones, ya que pareciera que se prevé la mora automática para el supuesto del plazo tácito en la fecha que conforme a los usos y la buena fe debe cumplirse, por lo que carecería de sentido para el Proyecto la interpelación. El artículo del Anteproyecto preveía que debía interpelarse en el caso del plazo tácito, cuestión que es más acertada.
b. obligaciones de "…plazo indeterminado; si no hay plazo…" –dice el Proyecto– se prevé un procedimiento de fijación de plazo similar al actual y la mora se producirá en la fecha indicada en la sentencia. En otro orden, la letra del Proyecto solucionó la crítica que se hacía al Anteproyecto y al actual Código Civil en lo referido al procedimiento sumario, mención que ha sido sustituida por el procedimiento más acotado que prevea la legislación, solución que concuerda con la previsión del Art. 871 del Proyecto que dice: "El pago debe hacerse: … d) si el plazo es indeterminado, en el tiempo que fije el juez, a solicitud de cualquiera de las partes, mediante el procedimiento más breve que prevea la ley local."

No queda claro en la redacción del Proyecto, si el plazo indeterminado es cuando no hay plazo, definición errónea, ya que si no hay plazo la obligación es pura y simple y en este caso el Art. 871 del Proyecto dispone que "El pago debe hacerse: a) si la obligación es de exigibilidad inmediata, en el momento de su nacimiento…"; o si por el contrario el plazo indeterminado es diferente que "si no hay plazo" y en ambos supuestos se prevé el sistema de fijación de plazo.

Nos inclinamos por entender que son dos supuestos diferentes en atención al tratamiento que da el Art. 871, por lo que sería conveniente modificar la redacción del Artículo 887 del Proyecto.

Finalmente, en caso de duda respecto a si el plazo es tácito o indeterminado propiamente dicho, se considera que es tácito.

Consideramos que es una previsión plausible, ya que resulta más práctica y menos costosa la constitución en mora por interpelación que tramitar un procedimiento judicial.

2) Factores impeditivos de la mora. Eximición.

En este aspecto, en artículo aparte (Art. 888 del Proyecto) se mantiene la previsión que para eximirse de las responsabilidades de la mora, el deudor debe demostrar que no le es imputable. Es decir, probado el incumplimiento material y la constitución en mora, se presume la culpabilidad, admitiéndose prueba en contrario.

Pero, además se aclara que ello es así, cualquiera sea el lugar de pago de la obligación, quedando cerrada toda discusión doctrinaria en torno a qué sucede si el lugar de pago es el domicilio del deudor, y adhiriendo a la solución de la doctrina plenaria de las Cámaras Nacional en lo Civil y en lo Comercial.

A nuestro juicio, la solución coloca al deudor en la prueba "diabólica" de tener que aguardar todo el día en su domicilio la llegada del acreedor y en su caso demostrar que este no compareció para eximirse de las responsabilidades de la mora.

Finalmente, creemos que dentro de la posibilidad que se da al deudor de "demostrar que (la mora) no le es imputable", debería regularse adecuadamente la mora del acreedor, que solamente se menciona en el Artículo 904 del Anteproyecto al referirse a los casos en que procede la consignación entre los que se encuentra cuando "…a) el acreedor fue constituido en mora…".

PAGO POR CONSIGNACIÓN

Juan P. Montesano

1) Consignación judicial:

A) Las previsiones del Proyecto de Código Civil y Comercial:

ARTÍCULO 904.- **Casos en que procede.** El pago por consignación procede cuando:

a. el acreedor fue constituido en mora;
b. existe incertidumbre sobre la persona del acreedor;
c. el deudor no puede realizar un pago seguro y válido por causa que no le es imputable.

ARTÍCULO 905.- **Requisitos.** El pago por consignación está sujeto a los mismos requisitos del pago.

ARTÍCULO 906.- **Forma.** El pago por consignación se rige por las siguientes reglas:

a. si la prestación consiste en una suma de dinero, se requiere su depósito a la orden del juez interviniente, en el banco que dispongan las normas procesales;
b. si se debe una cosa indeterminada a elección del acreedor y este es moroso en practicar la elección, una vez vencido el término del emplazamiento judicial hecho al acreedor, el juez autoriza al deudor a realizarla;
c. si las cosas debidas no pueden ser conservadas o su custodia origina gastos excesivos, el juez puede autorizar la venta en subasta, y ordenar el depósito del precio que se obtenga.

ARTÍCULO 907.- **Efectos.** La consignación judicial, no impugnada por el acreedor, o declarada válida por reunir los requisitos del pago, extingue la deuda desde el día en que se notifica la demanda.

Si la consignación es defectuosa, y el deudor subsana ulteriormente sus defectos, la extinción de la deuda se produce desde la fecha de notificación de la sentencia que la admite.

ARTÍCULO 908.- **Deudor moroso.** El deudor moroso puede consignar la prestación debida con los accesorios devengados hasta el día de la consignación.

ARTÍCULO 909.- **Desistimiento.** El deudor tiene derecho a desistir de la consignación antes de que la acepte el acreedor, o de que haya sido declarada válida. Con posterioridad solo puede desistir con la conformidad expresa del acreedor, quien en ese caso pierde la acción contra los codeudores, los garantes y los fiadores.

B) El Pago por Consignación en el Código de Vélez y las modificaciones propuestas por el Proyecto de Código Civil y Comercial.

1) Concepto.

El actual Código Civil brinda un concepto del pago por consignación al disponer que el deudor tiene derecho a obtener la liberación de la deuda mediante el pago por consignación "haciéndose el depósito de la suma que se debe" (Art. 756 del Código Civil).

No hay una previsión similar en el Proyecto, sino que se habla en el Artículo 731 de los efectos de las obligaciones con relación al deudor: "El cumplimiento exacto de la obligación confiere al deudor el derecho a obtener la liberación y el de rechazar las acciones del acreedor.", pero no se define ni el pago por consignación –que sí se regula– ni la mora del acreedor, que resulta ser otro instituto básico de protección al deudor.

2) Supuestos.

En los casos que a modo enunciativo menciona el Artículo 757 –negativa del acreedor, incapacidad del acreedor, ausencia del acreedor, derecho dudoso del acreedor, en caso de embargo o retención de la deuda, en caso de pérdida del título, redención de hipotecas, el actual Código de Vélez autoriza la consignación. La doctrina es unánime en el sentido que la enunciación no es taxativa.

El Proyecto, modifica el tratamiento de los supuestos, en el Artículo 904 que presenta casos más genéricos, comprensivos también de los legislados por el actual Art. 757 del Código Civil.

En este sentido el Artículo 904 del Proyecto dispone que "El pago por consignación procede cuando: a) el acreedor fue constituido en mora; b) existe incertidumbre sobre la persona del acreedor; c) el deudor no puede realizar un pago seguro y válido por causa que no le es imputable.".

En este punto, la modificación propuesta resulta plausible desde el punto de vista de la técnica legislativa y de la incorporación legal de la "mora del acreedor" como instituto jurídico, en lugar de la actual mención que refiere el Art. 757 inc 1 del Código de Vélez "…Cuando el acreedor no quisiera recibir el pago ofrecido por el deudor…".(Véase sobre la Mora del Acreedor, la Tesis Doctoral del Suscripto, ejemplar el Biblioteca de la UCA, aprobada con sobresaliente).

En este sentido sería conveniente para dar adecuada protección al derecho del deudor a pagar y liberarse de la obligación, una acertada legislación sobre Mora del Acreedor.

3) Requisitos.

En cuanto a los requisitos de la consignación, la actual legislación es clara en que deben cumplirse todos los requisitos del pago para que no pueda ser rechazada justificadamente por el acreedor.

El mismo criterio sigue el Artículo 905 del Proyecto.

4) Efectos de la Consignación.

Los efectos de la consignación son los efectos del pago, libera al deudor, cesa el curso de los intereses, traslada los riesgos de la cosa, las ventajas y frutos benefician al acreedor.

Desde el punto de vista de los efectos del pago por consignación, a nuestro juicio la regulación del Código Civil actual y del Proyecto de Código Civil y Comercial, no resultan adecuadas para dar protección al derecho del deudor a cumplir y liberarse con el cumplimiento.

En el actual Código Civil, el momento a partir del cual se producen los efectos es interpretado por la doctrina de la siguiente forma:

a) Consignación no impugnada: El Artículo 759 Código Civil no aclara desde cuándo se producen los efectos, pero la doctrina coincide en que en las obligaciones dinerarias es desde la fecha del depósito y en las de dar cosa desde el momento en que se intima judicialmente al acreedor para que las reciba.
b) Consignación impugnada: Si el acreedor impugna la consignación, el Artículo 759 dispone que surte los efectos del pago desde el día de la sentencia que la declare legal. La doctrina más compartida interpreta el artículo en el sentido que si el acreedor impugna la consignación por no cumplir todos los requisitos del pago y son subsanados posteriormente, entonces los efectos de la consignación se consideran desde el día de la sentencia que la declara legal; en caso en que el acreedor impugna la consignación, pero esta ha sido declarada bien efectuada por cumplir todos los requisitos, entonces la consignación tiene efectos al momento del depósito de la suma de dinero o de la intimación judicial que se efectuó para que el acreedor recibiera la cosa debida.

El Proyecto de Código Civil y Comercial, si bien con Artículo 907 da certeza legislativa en cuanto al momento en que se producen los efectos, sigue sin dar adecuada protección al deudor que, queriendo cumplir no puede hacerlo por una causa que no le es imputable.

Llevar los efectos de la consignación en el caso en que resulte bien efectuada a la fecha de la notificación de la demanda, implica para el deudor pagar sin saber cuánto va a tener que pagar.

Obsérvese que puede pasar mucho tiempo desde que el deudor quiere cumplir con la obligación, y en su caso efectúa el depósito y se notifica la demanda.

No son pocos los casos en los que por causas no imputables al deudor, la notificación de una demanda puede llevar meses y hasta años.

Tampoco es suficiente para dar claridad lo previsto por el Artículo 908 del Proyecto en cuanto dispone que "El deudor moroso puede consignar la prestación debida con los accesorios devengados hasta el día de la consignación."

Si bien se consagra el derecho a pagar del deudor moroso adicionando los accesorios devengados hasta el día de la consignación, la misma no surte los efectos del pago sino desde la fecha de la notificación de la demanda, que puede ser muy posterior en el tiempo.

La solución, claramente perjudica al deudor aún moroso que quiere cumplir adicionando todos los accesorios que fueran consecuencia de su situación de mora.

Finalmente se prevé que si la consignación es defectuosa, y el deudor subsana ulteriormente sus defectos, la extinción de la deuda se produce desde la fecha de notificación de la sentencia que la admite.

5) Retiro de la Consignación.

Si la consignación aún no fue aceptada por el acreedor (Artículo 761 del Código Civil) o no fue aún declarada válida, puede ser retirada por el deudor; si por el contrario ya fue aceptada o declarada válida, no puede ser retirada ni con el consentimiento del acreedor en perjuicio de los codeudores o fiadores.

El Artículo 909 del Proyecto es similar, con la salvedad que si el deudor retira la consignación con posterioridad a su declaración de validez o aceptación por parte del acreedor, solamente puede serlo con la conformidad del acreedor quien perderá la acción contra los codeudores, los garantes y los fiadores. En el Anteproyecto no se mencionaba a los fiadores, pero entendemos que quedaban comprendidos dentro del concepto amplio de garantes.

6) Modo de efectuar la consignación:

En las obligaciones de dar sumas de dinero: Se consigna haciéndose el depósito judicial de la suma que se debe. El Artículo 906 (inc.a) del Proyecto es coincidente con el actual Artículo 757 del Código Civil.

Referido a las obligaciones de dar cosa cierta: El deudor debe hacer intimación judicial al acreedor para que la perciba, y desde entonces surte el efecto de la consignación (Artículo 764 del Código Civil). No trae una previsión expresa el Proyecto, aunque creemos que por interpretación analógica del inciso b) del Artículo 906 del Proyecto, el deudor debe hacer intimación judicial. Sería conveniente esclarecer este punto.

En las obligaciones de dar cosas inciertas, si la elección es a cargo del deudor, el deudor debe elegir la cosa y efectuar la intimación como si fuera de dar cosa cierta; si la elección es a cargo del acreedor, el deudor debe intimar al acreedor a elegir, y si el acreedor no elige la cosa, entonces el deudor puede ser autorizado a efectuar la elección de la cosa, y la obligación se rige como si fuera de consignar esta cosa cierta.

El Artículo 906 del Proyecto se refiere a "cosa indeterminada", dejando claro que si la elección es a cargo del acreedor, y este no elige la cosa, el juez debe autorizar al deudor a efectuar la elección: "…b) si se debe una cosa indeterminada a elección del acreedor y este es moroso en practicar la elección, una vez vencido el término del emplazamiento judicial hecho al acreedor, el juez autoriza al deudor a realizarla…".

En cuanto al caso de las obligaciones de hacer, no están reguladas por el Código de Vélez, pero la doctrina acepta que el deudor se puede liberar de la obligación mediante la rescisión del contrato.

Creemos necesario regular la liberación del deudor en las obligaciones de hacer en los casos en que por causas no imputables al mismo, no pueda ser cumplida la prestación.

No resulta suficiente en este sentido la previsión del Artículo 1732 del Proyecto que regula la imposibilidad de cumplimiento previendo que "El deudor de una obligación queda eximido del cumplimiento, y no es responsable, si la obligación se ha extinguido por imposibilidad de cumplimiento objetiva y absoluta no imputable al obligado. La existencia de esa imposibilidad debe apreciarse teniendo en cuenta las exigencias de la buena fe y la prohibición del ejercicio abusivo de los derechos."

Tampoco resulta suficiente en materia de regulación del derecho a pagar del deudor la previsión contenida en el Artículo 729 del Proyecto en cuanto dice que "Deudor y acreedor deben obrar con cuidado, previsión y según las exigencias de la buena fe.", si bien es un avance en materia de protección al deudor.

Resulta imperioso y necesario considerar en este punto, una adecuada y expresa legislación dentro del Proyecto del instituto "Mora del Acreedor", para que el deudor pueda tener certeza de su liberación desde la oferta real de cumplimiento que efectúe al acreedor; por supuesto en los casos en que este se niegue injustificadamente a recibir la prestación o a cumplir su deber de cooperación para el cumplimiento.

En lo referido a las obligaciones de no hacer, la doctrina está de acuerdo en que la consignación no es viable en este tipo de obligaciones, ya que depende solo de la actividad del deudor quien puede abstenerse él solo y de esa forma cumple con la obligación.

Finalmente, el Proyecto, en el mencionado Artículo 906 dispone que "…c) si las cosas debidas no pueden ser conservadas o su custodia origina gastos excesivos, el juez puede autorizar la venta en subasta, y ordenar el depósito del precio que se obtenga". Resulta una incorporación plausible, que da claridad a una multiplicidad de casos que pueden presentarse.

2) Consignación extrajudicial:

La consignación extrajudicial no está prevista en el actual Código Civil.

a) Procedencia y trámite.

Se encuentra en el Artículo 910 del Proyecto: "…el deudor de una suma de dinero puede optar por el trámite de consignación extrajudicial. A tal fin, debe depositar la suma adeudada ante un escribano de registro, a nombre y a disposición del acreedor, cumpliendo los siguientes recaudos:

a. notificar previamente al acreedor, en forma fehaciente, del día, la hora y el lugar en que será efectuado el depósito;
b. efectuar el depósito de la suma debida con más los intereses devengados hasta el día del depósito; este depósito debe ser notificado fehacientemente al acreedor por el escribano dentro de las CUARENTA Y OCHO (48) horas hábiles de realizado; si es imposible practicar la notificación, el deudor debe consignar judicialmente."

Con el conocimiento del acreedor, el deudor puede elegir un escribano para hacer el depósito de lo debido.

b) Derechos del acreedor.

Están regulados en el Artículo 911 del Proyecto, estableciendo en cada caso, quién corre con los gastos y honorarios del procedimiento:

"Una vez notificado del depósito, dentro del quinto día hábil de notificado, el acreedor tiene derecho a:

a. aceptar el procedimiento y retirar el depósito, estando a cargo del deudor el pago de los gastos y honorarios del escribano;
b. rechazar el procedimiento y retirar el depósito, estando a cargo del acreedor el pago de los gastos y honorarios del escribano;
c. rechazar el procedimiento y el depósito, o no expedirse. En ambos casos el deudor puede disponer de la suma depositada para consignarla judicialmente."

Si el acreedor acepta el procedimiento y retira el depósito, se ponen injustificadamente a cargo del deudor el pago de los honorarios y gastos.

No compartimos esta solución, que resultará injusta para el deudor en los casos de mora del acreedor.

Por tal razón, insistimos también en que debe ser regulado adecuadamente el instituto jurídico de la mora del acreedor, ya que si el deudor quiere cumplir, efectúa una oferta real de pago y más aún pone materialmente la prestación debida a disposición del acreedor mediante este procedimiento, no tendría por qué correr con los gastos que son a todas luces imputables al acreedor.

Por el contrario, si el acreedor rechaza el procedimiento pero retira el depósito, el acreedor corre con los gastos y honorarios del procedimiento.

No se entiende esta solución, ya que si bien en algunos casos pudiera estar justificada desde el punto de vista que el acreedor podría haber actuado con una conducta abusiva, no necesariamente el procedimiento tuvo que haberse realizado por una causa imputable al acreedor.

En este caso el acreedor podría justificar su conducta renuente a la recepción de un ofrecimiento del deudor, por lo que no por el mero hecho de rechazar el procedimiento y retirar el depósito debiera sin más cargar el acreedor con los gastos y honorarios del procedimiento.

c) Derechos del acreedor que retira el depósito.

El Artículo 912 del Proyecto prevé que "Si el acreedor retira lo depositado y rechaza el pago, puede reclamar judicialmente un importe mayor o considerarlo insuficiente o exigir la repetición de lo pagado por gastos y honorarios por considerar que no se encontraba en mora, o ambas cosas. En el recibo debe hacer reserva de su derecho, caso contrario se considera que el pago es liberatorio desde el día del depósito. Para demandar tiene un término de caducidad de TREINTA (30) días computados a partir del recibo con reserva.".

El acreedor puede en caso de retirar lo pagado y haciendo la correspondiente reserva, tomar el pago a cuenta y reclamar judicialmente la diferencia que estime corresponder en el plazo de caducidad de 30 días.

d) Impedimento al procedimiento extrajudicial.

Por último, el Artículo 913 del Proyecto prevé que "No se puede acudir al procedimiento … si antes del depósito, el acreedor optó por la resolución del contrato o demandó el cumplimiento de la obligación."

CONTRATOS EN GENERAL

Alejandro Borda

La valoración que cabe hacer del Título II **Contratos en general** (arts. 957/1091), en líneas generales, es positiva.

1) En el capítulo 1, *Disposiciones Generales*, resulta positivo: (i) que se incorpore el concepto amplio de contrato, aunque resguardando el contenido patrimonial (art. 957), conforme a la doctrina claramente mayoritaria; (ii) que se ponga de relieve la fuerza obligatoria del contrato, sin perjuicio de prever razonables facultades judiciales (arts. 959 y 960); (iii) que fije el procedimiento para integrar el contrato (art. 964); y, (iv) que establezca que los derechos resultantes de los contratos integran el derecho de propiedad (art. 965), de acuerdo con jurisprudencia pacífica.

En cambio, (a) se ha omitido señalar entre los límites a la libertad de contratación (art. 958), a *la no afectación de terceros, la regla moral, la buena fe contractual, el ejercicio regular de los derechos y la equidad*, lo cual ha sido reconocido por la doctrina; (b) se ha modificado parcialmente el contenido del principio de la buena fe (art. 961), sancionado por la ley 17.711, incorporando el texto velezano del art. 1198, pero se ha omitido la expresión *y de acuerdo con lo que las partes entendieron o pudieron entender obrando con cuidado y previsión*, que no solo no ha generado problemas sino que, por el contrario, ha dado claridad al concepto; y (c) se ha establecido un confuso sistema de prelación normativa (art. 963), en tanto se pone en un pie de igualdad las normas indisponibles de la ley especial y las del Código (inc. a), sin establecer cuál debe primar si ellas son contradictorias.

2) En el capítulo 2, *Clasificación de los contratos*, desaparece –lo que resulta positivo– la distinción entre contratos reales y consensuales: todos los contratos son consensuales, tal como lo venía reclamando la doctrina. Además se aclara que las normas de los contratos bilaterales se aplican supletoriamente a los contratos plurilaterales (art. 966).

Si bien se establece correctamente la distinción entre contratos formales solemnes absolutos y relativos (art. 969), respecto de estos últimos se mantiene la idea del vigente art. 1185 (el contrato celebrado sin la forma establecida vale como un contrato por el que las partes se obligan a cumplir esa formalidad), lo que no se condice con la realidad negocial. O ¿es posible afirmar que el boleto de compraventa solo es un contrato por el que las partes se obligan a escriturar? ¿No parece, más bien, que hay una verdadera compraventa con efectos variables según exista o no posesión? Además, el nuevo texto hace desaparecer la forma *ad probationem*. Debe recordarse que esta formalidad no constituye un simple medio de prueba (como aparece en el texto proyectado), sino que su omisión trae como consecuencia la imposibilidad de probar el contrato de otra manera (así, el art. 2006 del Código Civil sobre fianza).

3) En el capítulo 3, *Formación del consentimiento*, es saludable (i) que se haya receptado la teoría de la recepción (art. 971), superándose así las dificultades que plantea el régimen actual; (ii) que se acepte tanto la oferta dirigida a persona determinable (art. 972), lo que niega el actual art. 1148, como –con ciertas condiciones– la oferta a persona indeterminada (art. 973); (iii) que se fije el tiempo en que la oferta conserva su fuerza obligatoria (art. 974); (iv) que se establezcan con claridad los recaudos para tener por celebrado un contrato plurilateral (art. 977); y, (v) que se determine cuándo el silencio puede ser considerado aceptación del contrato (art. 979).

Asimismo, y más allá de las observaciones que se harán, resulta un acierto que se hayan regulado los contratos por adhesión –en particular que se reconozca que la aprobación administrativa no obsta a su control judicial– (arts. 984/989), las tratativas contractuales –en especial que se prevea la obligación de negociar de buena fe y de resguardar la confidencialidad– (arts. 990/993) y los contratos preliminares (arts. 994/6).

En cambio, ciertas disposiciones son criticables. Así, cuando se regula la formación del consentimiento, se dispone –correctamente– que para que el contrato se concluya, la aceptación debe expresar la plena conformidad con la oferta (art. 978). Sin embargo, el art. 982, que se refiere a los acuerdos parciales, introduce la teoría de la *punktation*, que no solo es ajena a nuestra tradición jurídica, sino que es también peligrosa. Es que si las partes reconocen que lo que hay es un acuerdo parcial, no hay todavía un acuerdo integral; por lo tanto, no hay contrato. Se está creando un contrato al que las partes todavía no califican de esa manera y que, además, nace incompleto, necesitándose la inmediata intervención del juez para integrarlo.

Tampoco satisface la suerte de asimilación que se da entre el contrato por adhesión y el contrato con cláusulas generales predispuestas (art. 984). Hablar de cláusulas generales predispuestas evoca a las condiciones generales de contratación, y, si así fuera, estas condiciones son diferentes de los contratos por adhesión. Estos últimos solo hacen referencia a los contratos predispuestos, en los que la parte no predisponente, si quiere contratar, ha debido declarar su aceptación; en cambio, las condiciones generales son cláusulas predispuestas con alcance general y para ser utilizados en futuros contratos particulares (conf. art. 899, Proyecto de 1998).

Finalmente, cabe señalar que no se entiende por qué motivo se establece un plazo de vigencia máximo de un año para el pacto de preferencia (art. 997). Conviene recordar que el pacto de preferencia, si bien limitado a la compraventa, carece de plazo máximo tanto en el Código Civil (art. 1392) como en el Proyecto de 1998 (art. 1101).

4) El capítulo 4, *Incapacidad e inhabilidad para contratar*, discurre por los caminos hoy vigentes.

5) En el capítulo 5, *Objeto*, es positivo: (i) que se aclare que el interés puede ser no patrimonial (art. 1003); (ii) que se incluya como objeto prohibido a los que sean contrarios a la dignidad de la persona humana (art. 1004). Asimismo, se mantienen los parámetros legales actuales –reconocidos por la doctrina– referidos a la determinación del objeto (art. 1005), a la determinación por un tercero (art. 1006), a los bienes futuros, ajenos, y sometidos a litigio, gravamen o medidas cautelares como objeto contractual (arts. 1007, 1008 y 1009). Se mantiene la prohibición de que la herencia futura y los derechos hereditarios sean objeto de contrato, aunque no de manera rígida, toda vez que se prevé que exista una excepción legal expresa (art. 1010).

Resulta destacable la regulación que se hace de los contratos de larga duración. Recogiendo ideas de las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, se prevé la posibilidad de exigir un tiempo de renegociación, en un marco de colaboración y buena fe (art. 1011).

6) Es bueno que se haya mantenido un pensamiento causalista del contrato (capítulo 6, *Causa*), por lo que implica como elemento moralizador. Una cuestión que debe puntualizarse es que en esta parte no existe un artículo que establezca la presunción de la existencia de causa (como lo hace el art.

500 del Código Civil y el art. 954 del Proyecto de 1998). Sin embargo esa presunción está receptada en el art. 282, cuando se regula la causa del acto jurídico, al que se remite el art. 1012.

7) En el capítulo 7, *Forma*, se conserva el principio de la libertad de formas (art. 1015) y se introduce convenientemente –en línea con la regulación procesal actual– la posibilidad de que el juez cumpla la formalidad legal prevista si el obligado es remiso a cumplirla (art. 1018).

En cambio, no resulta satisfactorio el art. 1017 que se refiere a los actos que deben ser otorgados por escritura pública. Es que, por un lado, establece determinados actos que así deben ser celebrados (los que tengan por objeto derechos reales sobre inmuebles y derechos dudosos o litigiosos sobre inmuebles), pero, por otro, se dispone de manera general que también deben ser hechos por escritura los contratos que, por acuerdo de parte o disposición de la ley, deban hacerse de esa manera. En otras palabras, la norma resulta ambigua: se determinan ciertos contratos que deben ser hechos por escritura pero, a la vez, se dice que también debe ser hecho de esa forma si la ley lo prevé.

8) El capítulo 8, *Prueba*, no resulta convincente.

El art. 1019 dispone en su segundo párrafo que "Los contratos que sea de uso instrumentar no pueden ser probados exclusivamente por testigos". Cabe preguntarse ¿cuándo un contrato es de uso instrumentar? La fórmula es demasiado amplia. Además, hay contratos, como la donación manual o el comodato de cosas muebles, que "usualmente" no se instrumentan; o, acaso, cuando se regala una camisa o se presta un libro ¿se instrumenta el contrato?

Por su parte, el art. 1020 establece: "Los contratos en los cuales la formalidad es requerida a los fines probatorios pueden ser probados por otros medios, inclusive por testigos, *si hay imposibilidad de obtener la prueba de haber sido cumplida la formalidad, o si existe principio de prueba instrumental, o comienzo de ejecución*. Se considera principio de prueba instrumental a cualquier instrumento que emane de la otra parte, de su causante o de parte interesada en el asunto, que haga verosímil la existencia del contrato". La norma es inconveniente. La posibilidad de probar por otros medios exige que sea imposible obtener la prueba de haber sido cumplida la formalidad y, además, que exista principio de prueba instrumental o comienzo de ejecución. De lo contrario, y a tenor del texto proyectado, bastará con alegar la pérdida o el hurto del instrumento (clara situación de caso fortuito) para probar el contrato exclusivamente por testigos.

9) En el largo capítulo 9, *Efectos*, se respeta la normativa actual referida a que el contrato no puede generar obligaciones a cargo de un tercero (art. 1022); lo relativo a la contratación a nombre de un tercero (art. 1025); lo vinculado a los derechos de estipulante y promitente en el contrato a favor de tercero (art. 1028); lo referido a pluralidad de bienes y de sujetos (arts. 1041 y 1042); y lo relativo a la evicción (arts. 1044 a 1050), excepto en una referencia a la extinción de la responsabilidad, que ya se verá.

Además, es positivo (i) que se haya establecido hasta qué momento se puede revocar la estipulación a favor de tercero (art. 1027); (ii) que se haya regulado –convenientemente– los contratos para persona a designar y por cuenta de quien corresponda (arts. 1029 y 1030); (iii) que se incorpore la denominada *tutela preventiva* (art. 1032) que resulta una ampliación de la exceptio non adimpleti contractus acorde con el pensamiento de la doctrina; (iv) que se prevea la obligación de saneamiento (sección 4ª), la que se regula de acuerdo a pautas aceptadas pacíficamente (arts. 1033/1043), ello sin perjuicio de ciertas aclaraciones que habrán de formularse; y, (v) que se destierre la teoría del error en la obligación de saneamiento (art. 1044).

En cambio: (a) al establecer que el contrato no tiene efectos respecto de los terceros (art. 1021), se ha omitido señalar que el contrato es oponible a ellos; (b) no hay norma que prevea que los efectos del contrato se extienden al sucesor particular (lo que preveía el art. 977 del Proyecto de 1998); (c) al referirse a la promesa del hecho del tercero (art. 1026), no se prevé la hipótesis de que se garantice –además– la ejecución por el tercero, lo que sí hacía el art. 981, inc. c, del Proyecto de 1998; (d) no resulta claro si es posible o no revocar la estipulación a favor de tercero cuando el beneficio ya

fue aceptado, pero se ha otorgado esa facultad (art. 1027); (e) se omite establecer en la regulación de la excepción de incumplimiento contractual (art. 1031), que en el caso no hay mora, tal como lo prevé el vigente art. 510 del Código Civil, lo que permitiría unificar, en un texto, lo que la doctrina ha unido pacíficamente; (f) se establece en el art. 1038, inc. a, que la supresión y la disminución de la responsabilidad por saneamiento se tienen por no convenidas si el enajenante conoció, o debió conocer el peligro de evicción, o la existencia de vicios, habiéndose omitido a continuación el término "ocultos", pues si fuesen aparentes no habría responsabilidad del enajenante; (g) el art. 1039 dispone erróneamente que el acreedor de la obligación de saneamiento puede declarar la resolución del contrato, *excepto* en los casos previstos por los artículos 1050 y 1057, pues es justamente en esos casos cuando puede resolver; (h) el art. 1040 prevé que el acreedor también tiene derecho a la reparación de los daños en los casos del art. 1039, excepto cuatro supuestos, lo que plantea una duda no resuelta: las excepciones previstas en los cuatro incisos, ¿solo se refieren al derecho a ser indemnizado? ¿tienen o no derecho a reclamar el saneamiento del título, la subsanación del vicio, la cosa fungible o la resolución del contrato?; (i) es criticable que el art. 1048, inc. b, haga hincapié en la *mala fe* del adquirente en la no oposición de defensas o recursos para que cese la responsabilidad por evicción del garante que no comparece al proceso judicial, cuando debería bastar la negligencia, como sucede actualmente (art. 2112, Cód. Civil); (j) el régimen de los vicios ocultos (arts. 1051 a 1058) se ha hecho más complejo e incluye algunas regulaciones desacertadas, tales como el art. 1053 que se refiere a los supuestos de exclusión de la responsabilidad, y que dispone que se aplican las reglas de la dación en pago, cuando lo razonable es que una vez excluida la responsabilidad por vicios ocultos, el contrato deba ejecutarse normalmente, o como el art. 1055 que establece plazos de caducidad de la responsabilidad por defectos ocultos, pero al mismo tiempo prevé un plazo de prescripción en el mismo artículo y una obligación de denunciar el vicio en otro plazo (art. 1054), que pareciera ser también un plazo de caducidad; (k) le da carácter confirmatorio, como regla, a la seña (art. 1059), lo que choca con la tradición civilista, acorde con el comportamiento del hombre común y su debida protección.

10) El capítulo 10, *Interpretación*, transita por los caminos vigentes (intención común, buena fe, uso general de las palabras, el contexto, protección de la confianza, etc.) pero incluye indudables aciertos, tales como el art. 1068 que limita el *favor debitoris* a los contratos gratuitos, tal como lo reclamaron las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil.

Sin embargo, cabe apuntar que (a) no hay norma alguna que se refiera a la hipótesis de que se usen *palabras científicas, técnicas o del arte de una actividad específica,* a lo que sí se refería el art. 1027, inc. c, del Proyecto de 1998; (b) el art. 1065, inc. b, prevé como pauta interpretativa la conducta de las partes, incluso la posterior a su celebración, cuando lo verdaderamente relevante es esta última (art. 218, Cód. de Comercio), debiéndose tomar la conducta anterior muy cuidadosamente; (c) no se toma como pauta de interpretación a la equidad (art. 218, inc. 3, Cód. de Comercio); y (d) la definición de la teoría de los actos propios (art. 1067) omite referirse a la necesidad de que la conducta vinculante sea jurídicamente eficaz.

11) El capítulo 11, desarrolla el *Subcontrato* de acuerdo con las pautas tradicionales.

12) El capítulo 12 introduce los *Contratos conexos*. Se trata de una saludable incorporación, en la que se recoge las reglas que la doctrina ha venido estableciendo.

13) El capítulo 13, *Extinción, modificación y adecuación del contrato*, encierra varios aciertos, como (i) la regulación precisa del procedimiento para lograr que un contrato se extinga (art. 1078); (ii) los determinación de los efectos de la extinción del contrato bilateral (arts. 1081 y 1082) y de las pautas de la configuración del incumplimiento (art. 1084); (iii) el mantenimiento de las ideas vigentes relativas a las condiciones resolutorias explícita e implícita (arts. 1086 y 1087); (iv) la incorporación de la teoría de la frustración del fin contractual (art. 1090); y (v) una redacción de la teoría de la imprevisión acorde con acertados criterios mayoritarios (art. 1091).

En cambio, es criticable (a) que no se haya aprovechado la oportunidad para distinguir las diferencias conceptuales entre rescisión, revocación y resolución, lo que ha sido materia de discusión en las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil; (b) que el art. 1079 disponga que *la rescisión unilateral y la revocación producen efectos solo para el futuro*, cuando seguidamente (art. 1080) se dispone que las partes deben restituirse, en la medida que corresponda, lo que han recibido en razón del contrato, o su valor, y que no se haya advertido que no hay motivo para impedir que la rescisión pueda producir efectos para el pasado, si así las partes lo hubieran pactado, en la medida que no se afecten derechos de terceros (conf. Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Tucumán, 2011, por unanimidad); (c) que se haya mantenido en el art. 1088, la idea hoy vigente en el art. 1204 del Código Civil de que vencido el plazo suplementario de 15 días se extingue el contrato, cuando –en verdad– si no se quiere dejar en manos del incumplidor la suerte del contrato, debería otorgarse al acreedor, una vez vencido dicho plazo, la facultad de exigir el cumplimiento o la resolución.

CONTRATOS DE CONSUMO

Alejandro Borda

La valoración que cabe hacer del Título III **Contratos de consumos** (arts. 1092/1122), es compleja. Es que, si bien las ideas que se incorporan son –en general– acertadas, lo negativo está dado por la creación de un doble régimen (el Código y la ley 24.240) que resulta altamente inconveniente, por las numerosas incongruencias y contradicciones que existen entre ellos, difíciles de congeniar. Para peor, el art. 963, ya mencionado, pone en un pie de igualdad las normas indisponibles de la ley especial y las del Código, desapareciendo cualquier atisbo de prelación normativa, aunque en este caso, siempre habrá de estarse a la regla favor consumidor (art. 1094).

En especial, es valorable (i) que el art. 1093 defina el contrato de consumo; (ii) el parámetro de dignidad que se expresa en el art. 1097 (*la dignidad de la persona debe ser respetada conforme a los criterios generales que surgen de los tratados de derechos humanos*); (iii) las prohibiciones de publicidad del art. 1101; (iv) las acciones que reconoce el art. 1102 (la cesación de la publicidad ilícita, la publicación, a cargo del demandado, de anuncios rectificatorios y, en su caso, de la sentencia condenatoria); (v) la información que obliga a dar el art. 1107 cuando las partes se valen de técnicas de comunicación electrónica o similares para la celebración de un contrato de consumo a distancia (el proveedor debe informar al consumidor el contenido mínimo del contrato y la facultad de revocar, y todos los datos necesarios para utilizar correctamente el medio elegido, para comprender los riesgos derivados de su empleo, y para tener absolutamente claro quién asume esos riesgos); (vi) la formalidad prevista en el art. 1111 (referido al deber del proveedor de informar el derecho a revocar el contrato); (vii) la consecuencia establecida en el art. 1114 cuando resulte imposible que el consumidor devuelva lo que había recibido (puede revocar, pero si la imposibilidad de devolver la prestación le es imputable, debe pagar al proveedor el valor de mercado que la prestación tiene al momento del ejercicio del derecho a revocar, excepto que dicho valor sea superior al precio de adquisición, en cuyo caso la obligación queda limitada a este último); (viii) las excepciones previstas por el art. 1116 al derecho de revocar; (ix) el control que impone el art. 1118 (*las cláusulas incorporadas a un contrato de consumo pueden ser declaradas abusivas aun cuando sean negociadas individualmente o aprobadas expresamente por el consumidor*); (x) la situación jurídica que el art. 1120 considera abusiva (*cuando el mismo resultado se alcanza a través de la predisposición de una pluralidad de actos jurídicos conexos*); (xi) los límites del art. 1121 respecto de las cláusulas que pueden ser declaradas abusivas, en tanto no pueden serlo las cláusulas relativas a la relación entre el precio y el bien o el servicio procurado y las que reflejen disposiciones vigentes en tratados internacionales o en normas legales imperativas; y, (xii) el control judicial que el art. 1122, inc. a, admite sobre los contratos o cláusulas aprobadas administrativamente.

Pero, debe insistirse, lo conveniente es que esas normas sean incorporadas a la ley 24.240 y no establecer un doble régimen que solo traerá problemas.

Además, con relación al art. 1106, que dispone que "Siempre que en este Código o en leyes especiales se exija que el contrato *conste* por escrito, este requisito se entenderá satisfecho si el contrato con el consumidor o usuario contiene un soporte electrónico u otra tecnología similar", sería más preciso reemplazar el vocablo *conste* por la expresión *se formalice*, para descartar toda duda respecto de que la norma se refiere a la forma.

Debe señalarse que el Anteproyecto, en el art. 1092, daba una noción más restrictiva a las relaciones de consumo (en tanto excluía a la operación que tuviera vínculo con su actividad comercial, industrial, artesanal o profesional). La misma exclusión se preveía en el artículo siguiente que define el contrato de consumo. Sin embargo, el Proyecto elevado al Congreso Nacional ha eliminado tales exclusiones, lo que resulta un retroceso. Es que la vinculación con la propia actividad comercial, industrial, artesanal o profesional revela una incorporación al proceso de producción.

Por último, son criticables las soluciones (a) del artículo 1110, que regula la revocación del contrato celebrado fuera del establecimiento comercial y a distancia, pero que lo hace de manera diferente al art. 34 de la ley 24.240, disminuyendo la protección del consumidor; y (b) del artículo 1113 que obliga al consumidor a restituir lo que hubiera recibido, lo que también difiere del art. 34 (último párrafo) de la ley 24.240, norma esta que es más beneficiosa para el consumidor pues solo se lo obliga a poner la cosa a disposición del proveedor.

CONTRATOS DE CONSUMO

Walter F. Krieger

I. Siendo la regulación de las relaciones de consumo, tal como lo señala Lorenzetti un *"microsistema del derecho"* que atraviesa el derecho civil, el derecho comercial, el derecho de daños y el derecho administrativo, corresponde, a los fines de obtener un ordenamiento lógico, formular un análisis que parta de lo general y luego avance hacia lo particular.

II. Partiendo de esta noción, lo primero y más importante que debe decirse, es que se observa en diversas normas un retroceso en la tutela de los derechos de los consumidores en relación al sistema vigente.

Sin perjuicio de que detallaremos algunas definiciones que representan un avance en el campo de la defensa del consumidor como débil jurídico, no puede dejar de soslayarse que se han recortado derechos que ya se encontraban reconocidos en la Ley 24.240 (modif. por Ley 26.361).

Estos retrocesos –que analizaremos en forma particular más adelante– generarán sin duda *a priori* una profusa litigiosidad cuestionando la compatibilidad de los mismos con el texto de la Constitución Nacional.

En efecto, al poseer los derechos del consumidor rango constitucional (conforme Art. 42 de la Carta Magna), los mismos se caracterizan por ser "progresivos" y en consecuencia su regulación no podrá nunca recortar derechos ya reconocidos.

Por lo tanto, no puede dejar de señalarse que los recortes que se proponen a los derechos de los consumidores generarán sendos cuestionamientos respecto de su armonía con los derechos fundamentales de los ciudadanos.

III. Cabe cuestionar también dentro del marco de un análisis general la conveniencia de legislar las relaciones de consumo dentro del Código Civil y Comercial de la Nación.

En este sentido, una legislación separada del subsistema jurídico de las relaciones de consumo evita los conflictos interpretativos que surgirán con un doble sistema que se generará con las regulaciones plasmadas en el Anteproyecto de Código Civil y las vigentes en la Ley de Defensa del Consumidor.

Este conflicto además se profundizará si se tiene en cuenta el texto del Art. 963 del Anteproyecto de Código Civil y Comercial que equipara en el orden de prelación normativa la letra del Código con la de las Leyes especiales.

En esta inteligencia, resulta insuficiente el agregado del Art. 1094 *in fine* que imprime como solución al conflicto entre las disposiciones del Código Civil y las de la normativa especial debe solucionarse aplicando la más favorable al consumidor, por cuanto lo mejor sería evitar el conflicto en lugar de dar pautas respecto de su solución.

Resulta oportuno recordar las palabras del profesor de la Universidad de Salamanca Eugenio Llamas Pombo durante las Jornadas Interamericanas de Derecho del Consumidor en homenaje al Prof. Roberto López Cabana quien señaló que la regulación de los derechos de los consumidores debe realizarse en forma sencilla y clara, resultando menester además la claridad de los textos legales; evitar la superposición normativa. Caso contrario –explicaba el Prof. Llamas Pombo– la oscuridad y complejización del sistema normativo atenta contra el que se encuentra en una situación más débil, o sea, el consumidor.

Cierto es que el subsistema de defensa del consumidor vigente necesitaba algunas mejoras legislativas, pero aquellas no se solucionan incorporando nuevas normas en el Código Civil y Comercial que generen dudas interpretativas que en el día a día confundirán más al consumidor en lugar de beneficiarlo.

IV. Avanzando ya sobre la regulación en particular de los derechos del consumidor, el primer conflicto que se observa en relación a los retrocesos que se encuentran en la Ley es el de la derogación por vía de la normativa complementaria que acompaña el Anteproyecto de Código Civil y Comercial del Art. 1° de la Ley 24.240 (modif. por Ley 26.361) y su sustitución por el texto del Art. 1092 de dicho texto.

Existe en este Artículo 1092 del Anteproyecto un manifiesto retroceso respecto de la definición actual de consumidor, por cuanto elimina la figura del denominado "consumidor expuesto" que había sido uno de los avances de la Ley 26.361.

La existencia de la figura del "consumidor expuesto" obedece a un principio de equidad para tutelar los daños de aquellos que sin ser consumidores, resultan damnificados como consecuencia de una relación de consumo.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo "Aquino" sostuvo la inconstitucionalidad del Art. 39 de la Ley de Riesgos de Trabajo recurriendo, entre varios, a un argumento sencillo y verídico.

Señalaba el Máximo Tribunal que no resultaba justo que si por la explosión de una caldera se lesionaban dos sujetos, donde uno era trabajador y el otro no, aquel que no tenía una relación laboral podía recurrir a un sistema que le garantizaba una reparación plena, mientras el otro debía conformarse con una indemnización tarifada y reducida.

Sostuvo entonces que no era justo un sistema de reparación de daños en el cual las víctimas de un mismo hecho recibían tratamientos diferentes dejando a una en una posición desfavorable comparada con la otra.

Si en el ejemplo al que recurre la Corte se reemplaza el elemento "caldera" por un electrodoméstico que explota y que lesiona a la persona que adquirió el producto y a un eventual visitante, el visitante no podrá demandar a toda la cadena en los términos del Art. 40 de la LDC, como sí podrá hacerlo aquel que adquirió el producto.

Queda en evidencia entonces que se genera una situación de injusticia similar a la que la se intentó evitar con el fallo "Aquino" al eliminarse la figura del consumidor "expuesto".

Más aún se convierte esta eliminación en un retroceso en la tutela de los derechos del consumidor cuando se puede leer que la misma carece de fundamentación jurídica por cuanto en la expresión de fundamentos del Anteproyecto se indica que esta eliminación obedece únicamente a cuestiones relacionadas con el contrato de seguro y la extensión del mismo, pero no con la tutela de aquellas eventuales víctimas del daño.

La inclusión por vía interpretativa de las "personas expuestas" a una relación de consumo que propone el Art. 1096 del Anteproyecto, tampoco nos brinda una solución al problema en razón que limita en dichos supuestos a los incumplimientos de los derechos personalísimos de los consumidores, cuando la figura del "consumidor expuesto" ha sido concebida no solo para estos supuestos, sino también para los supuestos de incumplimientos del deber de seguridad y daños causados por productos y servicios tal como lo hemos señalado con anterioridad.

No puede dejar de soslayarse que esta modificación, tal como se lee en la expresión de los fundamentos del Anteproyecto, obedece a cuestiones "de seguro", las que podemos definir específi-

camente como: "no es lo mismo tener que responder por un producto que causó un daño solamente frente a aquel que lo adquirió, sino también frente a un sujeto que ocasionalmente estaba allí".

V. Por otro lado, uno de los aspectos positivos más destacable del Anteproyecto son los textos de los Artículos 1097, 1098 y 1099.

Si bien es cierto que los derechos del Art. 1098 se encuentran subsumidos dentro del derecho al trato digno que destaca el Art. 1097, en materia de dignidad y reconocimiento de derechos nunca abunda el ser claros y específicos respecto de las acciones prohibidas para no dejar duda alguna que hay actitudes repudiadas desde el ordenamiento jurídico.

Sin embargo la eliminación de la multa que dispone el Art. 52 bis de la Ley 24.240 (modif. por Ley 26.361) –de la cual nos ocuparemos más adelante–, deja de lado una herramienta de indudable utilidad para sancionar fuertemente las conductas que tan expresamente prohíben estos Artículos, así como también, para utilizar su posibilidad de empleo como factor disuasorio para prevenir que se lleven adelante los comportamientos descriptos en los Arts. 1097, 1098 y 1099.

En este sentido, cabe destacar que se observa en este sentido una mera declaración de principios, pero una marcha atrás respecto de la tutela vigente de estos principios esenciales del derecho del consumidor en razón de que el Art. 8 bis de la Ley de Defensa del Consumidor señala expresamente que la adopción de alguna de estas conductas, serán pasibles de la imposición de la multa civil que dispone el Art. 52 bis de la LDC, posibilidad que desaparece con la sistematización propuesta.

VI. Resulta también un avance positivo el texto del Art. 1102 del Anteproyecto de Código Civil.

Si bien el deber de información que consagra el Art. 1101 y los efectos obligatorios de la publicidad plasmado en el Art. 1103 son coincidentes con los textos de los Arts. 4° y 8° de la LDC respectivamente, la generación de acciones concretas que pueden ser ejercidas por los consumidores y las asociaciones de defensa del consumidor contra la publicidad engañosa son bienvenidas y favorecen el control por parte de los usuarios de la veracidad de la oferta.

Señala en este sentido Federico De Lorenzo que la autonomía de la voluntad en la mayoría de los contratos se ha transportado desde el momento en que se negocian las cláusulas del contrato al instante en que el consumidor decide si va a comprar o no un producto, o en definitiva si va a contratar o no.

Siguiendo con esta idea, señala De Lorenzo, que resulta menester tutelar entonces la libertad del consumidor en este instante previo para que esta decisión sea ejercida con la mayor libertad posible.

Coincidiendo con las ideas de este autor, debe soslayarse que el adecuado control de la publicidad y la posibilidad de los usuarios de participar activamente en el mismo, se convierten en una herramienta interesante para perseguir esta finalidad de brindar al contratante la mayor cantidad de información veraz posible en relación al producto que va adquirir o al servicio que va a contratar, para que justamente su decisión sea plenamente libre.

VII. Por otro lado, se vuelve a observar una regulación más perjudicial para el consumidor en comparación con la legislación vigente relativa a los contratos celebrados fuera del establecimiento comercial o a distancia.

En este sentido, el primer párrafo del Art. 34 de la LDC resulta mucho más claro respecto de la regulación del derecho de revocación que el texto del Art. 1110 del Código proyectado, particularmente en relación a la forma en que debe computarse el inicio del plazo para ejercer dicho derecho.

Implica también una restricción al derecho de revocar la obligación que se impone en cabeza del consumidor de devolver efectivamente la cosa emanada del Art. 1113, mientras que el actual Art. 34 de la LDC solamente exige la puesta a disposición del bien.

Surge por el otro lado como novedad las excepciones al derecho de revocar, las cuales indudablemente podían estar alcanzadas por el ejercicio abusivo de dicho derecho por lo que no hay nada que objetarles.

VIII. Otro aspecto positivo que se observa es el de la regulación de las cláusulas abusivas en los contratos de consumo.

Encontramos en el texto propuesto una definición más abarcativa del concepto de abuso, el cual tiene en cuenta el desequilibrio económico que se produce en el contrato cuando una parte obtiene una ventaja desproporcionada con respecto a la otra, lo que surge claramente del Art. 1119 del Código proyectado.

Igualmente acertada resulta la ineficacia de la cláusula abusiva aun cuando mediare ratificación expresa por parte del consumidor tal como lo establece el Art. 1118, lo cual recuerda que los derechos de los consumidores pertenecen al orden público y por ello no puede pactarse en contra de ellos bajo ninguna circunstancia.

Sin embargo, no se explican los límites que introduce el Art. 1121 del Cód. Civil proyectado a la declaración de existencia de abuso en una cláusula, situación no prevista en el Art. 37 de la LDC:

La prohibición de declarar abusivas las cláusulas referidas al precio de la cosa, indudablemente conllevaría a la adopción de posturas que defiendan que la misma incluye la prohibición de declarar abusivas las modificaciones unilaterales de los precios que se abonan en los contratos de consumo de servicios de ejecución continuada (por ejemplo, los de medicina prepaga), lo cual sin duda implicará un freno a los controles de legalidad de dicho proceder y en consecuencia, un evidente perjuicio a los consumidores.

Asimismo, nos encontramos nuevamente frente a un caso donde se restringe un derecho de los consumidores que hasta ahora se encontraba aceptado, y por lo tanto, debe mantenerse.

Respecto del texto del Art. 1.122 del Cód. Civil proyectado debe destacarse del mismo la posibilidad de revisar aun aquellos contratos que fueron aprobados por la autoridad administrativa.

Por otro lado, el texto del último párrafo del Art. 37 LDC resulta mucho más claro que el propuesto en relación a las consecuencias derivadas de la existencia de una cláusula invalidante de una ó más cláusulas, o del contrato completo.

En este sentido, el sistema vigente autoriza al consumidor a peticionar la nulidad absoluta del contrato, o de una o más cláusulas, y el juez solo integra el contrato "si ello fuera necesario".

La nueva norma no contempla la posibilidad de peticionar la nulidad total del contrato –lo cual opera en perjuicio del consumidor a todas luces–, y obliga además al juez a integrar el contrato que se declara parcialmente nulo, obligando a seguir adelante con un contrato que quizás el consumidor ya no está interesado en continuar en razón de la nulidad declarada.

Asimismo, no resulta del todo claro el inc. c del Art. 1.122 del Cód. Civil respecto de cuando el juez debe integrar el contrato.

IX. Por último, más allá del texto propuesto, urge avocarse al análisis de dos situaciones que surgen del texto del proyecto de ley de derogación que acompaña el texto del Anteproyecto.

Surgen de allí dos modificaciones importantes, además de la derogación del Art. 1° de la Ley de Defensa del Consumidor y su reemplazo por el texto del Art. 1092 con los alcances ya mencionados; la regulación del daño directo en sede administrativa que disponía el Art. 40 bis de la LDC y la modificación del Art. 52 bis de la LDC.

Respecto de la primera situación no podemos más que reiterar argumentos vertidos en un trabajo anterior respecto de la inconstitucionalidad del actual Art. 40 bis por poseer sendas contradicciones con el texto constitucional, defectos que no se subsanan con el texto propuesto.

Cierto es que el agregado efectuado al 40 bis ajusta el criterio de los órganos administrativos a los principios enunciados por la CSJN en el fallo *"Ángel Estrada"*.

Sin embargo, al no haberse legislado respecto de los aspectos procesales de la LDC, el gran ausente del microsistema de tutela de los consumidores, se mantiene la aplicación de un proceso para la determinación del daño equiparable a la imposición de una multa; lo que condena al consumidor que opta por la imposición del daño en sede administrativa por someterse a un proceso largo, sin plazos claros para la Administración y que igualmente deriva en la intervención del Poder Judicial, pero sin que el consumidor pueda ser oído.

X. Párrafo aparte merece el texto propuesto para los daños punitivos establecidos en el Art. 52 bis de la LDC.

El texto se modifica para convertirse en una repetición del texto del Art. 1.714 del Anteproyecto que legisla las "sanciones pecuniarias disuasivas", aclarando que se aplica a los derechos del consumidor en lugar de los derechos de incidencia colectiva que propone el Proyectado Código Civil.

El texto señalado contiene varios reparos respecto del vigente Art. 52 bis de la Ley 24.240, sin perjuicio de señalar que el mismo presentaba sendas deficiencias en su técnica legislativa.

No genera, en relación a los derechos de los consumidores, limitación alguna que se sostenga que los derechos a los que se le podrán aplicar estas "sanciones pecuniarias" sean solamente a los derechos de incidencia colectiva por cuanto no existen dudas ya que luego de la inclusión en la reforma constitucional de 1994 el texto del Art. 42 de la Carta Magna; los derechos de los consumidores, son derechos de incidencia colectiva.

No resulta acertado por demás el destino que legislador dispone respecto de la finalidad de los daños punitivos, los cuales deberán tener el fin que el juez determine en relación fundada.

Sin perjuicio de la existencia de sendos debates doctrinarios respecto del destino de la sanción punitiva que se vieron reflejados en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Córdoba del año 2009, lo cierto es que si ya se reconoció un destino a favor del consumidor individual, no puede ahora retrotraerse ese derecho para destinarlo a otros fines.

Por otro lado, el texto propuesto tampoco toma una partida por brindar un destino concreto a las sumas de las sanciones pecuniarias, sino que lo deja librado a criterio judicial.

En primer término, sostenemos que resulta acertado que los montos de los daños punitivos vayan a favor de las víctimas por cuanto de ese modo servirán como incentivo para su petición sobre todo ante pequeños pero repetidos daños por partes de los proveedores (como por ejemplo la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos de adhesión que generan pequeño perjuicio económico al consumidor y grandes ganancias ilegítimas).

Si aun cuando por cuestiones de política legislativa se optare por destinar las sumas a otro fin (el Estado, las asociaciones de defensa del consumidor, etc.), la norma debería establecer el destino en forma clara y precisa para evitar tanto la especulación, como la suspicacia respecto de las razones por las cuales se elige a una entidad y no a otra como destinataria de las sumas.

XI. Por último, también debemos señalar que el texto proyectado del Art. 52 bis LDC tampoco resulta convincente respecto de la morigeración de la pena por "punición excesiva".

Sabido es que los ámbitos de la responsabilidad son independientes y no se superponen y por lo tanto la multa administrativa no tiene porque ser tomada a cuenta de la sanción pecuniaria disuasiva, por cuanto de ser así, se perdería justamente su función disuasiva.

En todo caso, debe recordarse también que la sanción administrativa –al igual que todo acto emanado del Estado–, podrá ser pasible de revisión judicial por la vía pertinente, en razón de lo cual, tampoco se aprecia la necesidad de que el juez civil o comercial efectúe dicho control que escapa a su esfera.

Por lo tanto, la sanción pecuniaria disuasiva, deberá fijarse siguiendo los lineamientos señalados en el Art. Código proyectado e independientemente de las sanciones que por su accionar se le hubieren impuesto al dañador.

COMPRAVENTA

Néstor Condoleo

El anteproyecto en cuestión, conforme surge del análisis realizado, posee una metodología que consiste en ubicar al contrato de Compraventa en el Libro Tercero – De los derechos personales, confiriéndole a los "Contratos en particular" el Título IV, comenzando por la "Compraventa" en su Capítulo 1, y la desarrolla en 48 artículos que van del 1123 al 1171.

Asimismo, dicho capítulo, trata en su Sección primera las "Disposiciones generales", en su Sección segunda habla sobre "La cosa vendida", la Sección tercera versa sobre el "Precio", las secciones cuarta y quinta respectivamente sobre "Obligaciones del vendedor" y "Obligaciones del comprador". La sección sexta regula la "Compraventa de cosas muebles", tratando en cuatro Parágrafos respectivamente el precio, la entrega de la documentación, la entrega de la cosa, la recepción de la cosa y pago del precio. En la Sección séptima establece "Algunas cláusulas que pueden ser agregadas al contrato de compraventa" y en la octava y última sección incorpora el tratamiento del "Boleto de compraventa"

Cabe destacar que cada artículo, además de la numeración característica, posee un título que anticipa el desarrollo del mismo.

En los citados 48 artículos desarrolla la compraventa civil y comercial, unificando los 110 artículos del Código Civil y los 27 del Código de Comercio en vigencia.

Resultan escasos la cantidad de artículos, no por el número sino porque no trata todo lo que se regula hoy en día por los Códigos Civil y Comercial.

Se nota que ha pesado más el Código de Comercio que el Código Civil y prácticamente no hay artículos con redacción novedosa sino que son transcripciones o resúmenes de sus antecedentes.

Se percibe una reiteración de algunos términos, y la falta de precisión terminológica que permita tener mayor certeza en la interpretación de los mismos. Así por ejemplo no se percibe claramente la diferencia entre celebración del contrato con la instrumentación del mismo; habla de que las cosas deben "adecuarse" a lo que dice el contrato. En la redacción de algunos artículos se percibe la intención de simplificar la misma, pero resulta poco clara.

Se ha eliminado todo lo que tiene que ver con capacidad en la compraventa

Se percibe menor rigurosidad a los artículos y da posibilidad de mayor interpretación judicial, lo que puede generar una mayor demanda del sistema judicial en forma innecesaria.

No se percibe que se haya incorporado artículos y conceptos de la Ley de defensa del consumidor

No habla del pacto comisorio

Resulta muy importante que haya prescripto al boleto de compraventa como contrato y que haya establecido respetado las pautas de oponibilidad frente a la quiebra o concurso del vendedor

Cuestiones destacables en cada artículo

Mencionaremos aquellos que realmente tienen significancia:
Capítulo 1
Compraventa
Sección 1ª: Disposiciones generales

La definición de la compraventa que se hace en este artículo es similar al actual 1323, pero presenta las siguientes características: a) No habla de precio "cierto"; b) Mantiene el carácter consensual (sin perjuicio de que la clasificación que hace de los contratos en la parte general, nada se dice al respecto); c) No menciona que el comprador se obliga a "recibir" la cosa aunque luego lo establece como obligación del mismo; No le agregó a la definición, nada que provenga del Código de Comercio

Este artículo introduce expresamente lo que la doctrina y jurisprudencia vienen diciendo desde hace tiempo, respecto de equiparar por aplicación supletoria a los demás contratos, el tratamiento de la compraventa a lo que es transferencia o constitución de derechos reales y a la transferencia de títulos valores, siempre que en ambos casos haya que pagar un precio en dinero.

El articulado pretende que todo contrato que consista, en que una persona le entregue a otra una cosa, por un precio, se rige por las disposiciones de la compraventa. Incorpora aquí las cosas manufacturadas o producidas y pretende diferenciarlas de la locación de obra y de servicios.

Regula por la "negativa", ya que comienza diciendo "… no debe ser juzgado…" Habla de requisito esencial en vez de hablar de elemento esencial.

Repite el enunciado del Código Civil, pero al no establecer qué se entiende por necesidad jurídica, como si lo hace Vélez Sarsfield, no resulta claro y puede llevar a cuestiones subjetivas que tendrán que ser interpretadas judicialmente.

Cosa vendida

Desdobla el tratamiento de cosa presente y futura al tratarlo en artículos distintos, pero mantiene a la cosa como objeto de los contratos

Se percibe una confusión al hablar de cosa cierta que ha dejado de existir "al tiempo de perfeccionarse el contrato", ya que como está hablando de la compraventa debió decir como Vélez Sarsfield, al tiempo de formarse el contrato, para no contradecirse con el carácter consensual.

Condiciona la venta de cosa futura a su existencia, pero no aclara si debe ser al momento de la celebración del contrato o del cumplimiento del mismo. Le obliga al vendedor a realizar las tareas y esfuerzos que resulten del contrato o circunstancias para que la cosa exista en las condiciones y tiempo convenidos, por lo que obliga a pactar entre partes cuales serán esas tareas y esos esfuerzos o cuales serán las circunstancias para que no quede librada a una interpretación subjetiva.

Al tratar la venta de cosa ajena permite la venta de las mismas y agrega lo de total o parcialmente, remitiendo al artículo 1008, del mismo ordenamiento legal, que permite que los bienes ajenos sean objeto de los contratos, cuando el Código Civil no lo permite, sancionándola con la nulidad de la compraventa. Se incorpora lo que dice el Código de Comercio y pasa a ser permitida la venta de cosa ajena, sin establecer pena alguna para quien la venda como propia, que es lo que se sanciona hoy en día. Dice que el vendedor se obliga a transmitir o hacer transmitir el dominio, por lo que quien vende cosa ajena podría decir que actuó como gestor de negocios o mandatario, sin que la cosa ingrese a su patrimonio primero y luego salga de él para pasar al del comprador.

Nada dice de la venta de la cosa total por parte de un copropietario.

Tampoco habla de la venta con sujeción a ensayo, la venta hecha por cuenta, por peso o medida

No menciona nada respecto de la venta "ad corpus".

Precio

Se redactó de otra forma el artículo que habla del precio cierto. Confunde precio determinado o determinable con precio válido.

Se regula la diferencia en mayor o menor medida, cuando la compraventa se realizó con indicación de la superficie, sin haber convenido el precio y se establece un porcentaje del 5% que marca el límite, cosa que hasta ahora era de interpretación judicial. El comprador o vendedor pueden pedir el ajuste, dejando a salvo que el comprador puede, siendo un mayor precio, resolver la compra.

Cuando se convino el precio por unidad de superficie, establece que el precio a pagar es el que resulte de la superficie real. También marca el límite en el 5%, dándole al comprador la posibilidad de resolver el contrato.

Obligaciones del vendedor

Se redujeron las obligaciones a transferir la propiedad, no habla del estado en que debe entregarse la cosa, agrega el tema de la entrega de la documentación necesaria y que debe prestar cooperación para que la transferencia de dominio se concrete, sin establecer en qué consiste dicha cooperación. No establece como obligación la de recibir el precio en el lugar convenido.

No se menciona artículo alguno que hable del pacto comisorio

Establece que los gastos de entrega y los de la obtención de los instrumentos están a su cargo, excepto pacto en contrario. Es toda una innovación el hecho de establecer que para la venta de inmuebles está a su cargo el estudio de títulos y sus antecedentes, los de mensura y los tributos que graven la venta. Cabe mencionar que dice "estudio del título", cuando el término correcto es "estudio de títulos", ya que lo que se analiza y estudia son todos los títulos antecedentes y no solo uno.

Nuevamente se refiere solo al inmueble y establece la entrega inmediatamente, de la escrituración, cuando debió decir simultáneamente con la escrituración.

No menciona la responsabilidad por evicción y por los vicios redhibitorios

La cosa debe entregarse con accesorios y libre de toda relación de poder (concepto que incorpora) y sin oposición de terceros.

Obligaciones del comprador

Pagar el precio convenido, en el lugar y tiempo fijado. Establece como presunción que si nada se dice la venta es al contado.

Debe recibir la cosa y se incorpora la de recibir también los documentos debiendo realizar todos los actos que razonablemente cabe esperar (muy ambiguo)

Dice que debe hacerse cargo de la cosa (no es claro)

Pagar los gastos de recibo de la cosa y agrega que están incluidos los de testimonio de la escritura pública y los demás posteriores a su venta, siendo esta una redacción ambigua y poco clara.

Compraventa de cosa mueble

Recepta lo que se establece en el ámbito comercial líneas generales

Precio

Es un artículo impreciso que dará posibilidad de interpretaciones subjetivas y será fuente de conflictos, ya que se habla de contrato válidamente celebrado, pero sin que se haya fijado el precio ni

expresa ni tácitamente, ni es determinable o se ha fijado su mecanismo para determinarlo. Remitiendo al precio generalmente cobrado en el momento de la celebración del contrato para tales mercaderías, vendidas en circunstancias semejantes, en el tráfico mercantil de que se trate.

Entrega de la documentación

Hace obligatoria la entrega de la factura, donde se tiene que describir la cosa vendida, su precio, lo que se pagó y los demás términos de la venta, por lo que la misma podrá tomarse contrato escrito.

Se presume que el pago es al contado, y se puede observar la factura en un plazo de diez días de recibida, caso contrario se presume aceptada en todo

Se debe emitir factura o documento que acredite la venta

Los documentos deben entregarse en el momento, lugar y forma fijados por el contrato. Si se entregan en forma anticipada el vendedor puede hasta la fecha para la entrega, subsanar cualquier falta de conformidad de ellos.

Entrega de la cosa

Plazo para la entrega: Incorpora el concepto de entrega inmediata, que deberá ser dentro de las 24 hs de celebrado el contrato, excepto que de la convención o usos resulte otro plazo

Lugar de entrega de la cosa. el que se convino o el que determinen los usos y las particularidades de la venta. Se entregan en el lugar en que la cosa se encontraba al celebrarse del contrato

Por convenio de partes, la puesta a disposición de la mercadería vendida en lugar cierto y en forma incondicional, tiene los efectos de la entrega. Puede revisarla y da un plazo de 10 días para ser retirada, sin establecer qué ocurre si no se retira.

El endoso o cesión de los documentos de transporte tienen carácter de entrega de la cosa.

Artículo 1150: En este artículo aparece, en el tema que nos ocupa, por primera vez un término que puede generar más dudas y conflictos, que certezas y soluciones. Habla de la "entrega anticipada de cosas "no adecuadas" al contrato". Entendemos que quiso decir que no se sujeten a lo establecido en el contrato, o sea cuando no se cumple lo pactado respecto a la cantidad o calidad de la cosa.

Recepción de la cosa y pago del precio

Mantiene el criterio de pago contra entrega salvo pacto en contrario.

El resto de los artículos fueron tomados del Código de Comercio

Algunas cláusulas que pueden ser agregadas al contrato

Mantiene el pacto de retroventa, el de reventa y el de preferencia, determinando el plazo para ejercerlo.

Remite a las reglas de la compraventa bajo condición resolutoria

Establece que los pactos mencionados pueden ser para cosas muebles e inmuebles, y para las cosas registrables, los pactos de reventa y retroventa son oponibles a terceros si dichos pactos resultan de la documentación que se inscribe, mientras que el de preferencia no es oponible a terceros.

Respecto de los plazos para dichos pactos no pueden exceder de 5 años para cosas inmuebles y de 2 años para muebles, prohibiendo mayores plazos.

Establece una presunción respecto de la venta condicional, la que se reputa hecha bajo condición resolutoria, si antes del cumplimiento de la condición el vendedor hace tradición de la cosa al comprador.

La compraventa sujeta a condición resolutoria produce los efectos propios del contrato, pero si hubo tradición o inscripción registral, solo transmite el dominio revocable.

Boleto de compraventa de inmuebles

Es novedoso el hecho de incorporar el boleto, al que acepta como contrato, adoptando la mayoría doctrinaria y jurisprudencial al respecto. En virtud de la práctica habitual del mismo es loable que lo regule, pero debió hacerlo en mayor medida, dejando en claro su naturaleza jurídica como obligación de hacer.

Establece prioridad al derecho del comprador de buena fe sobre terceros que hayan trabado medidas cautelares, siempre que se haya contratado con el titular registral, ó que exista un perfecto eslabonamiento de los adquirentes sucesivos. Lo mismos si se pagó el 25% del precio, o si el boleto tiene fecha cierta, e introduce el concepto de "publicidad suficiente", ya sea registral o posesoria.

Prescribe que los boletos que tengan fecha cierta realizados por adquirentes de buena fe y donde se haya abonado el 25% del precio son oponibles a la quiebra o concurso (tomando como base lo establecido por la reforma de la Ley 17.711). Obliga al juez a disponer el otorgamiento de la escritura traslativa de dominio, y a que el comprador cumpla sus obligaciones en el plazo convenido. Si la obligación del comprador es a plazo, obliga también a constituir hipoteca en primer grado sobre el bien para garantizar el saldo del precio.

Al hablar de hipoteca "en primer grado", olvida que el grado lo otorga la inscripción por lo que debió haberse hecho alguna referencia al respecto.

PERMUTA

Esteban Centanaro

El anteproyecto, denomina al contrato en comentario como permuta, mientras que en el Código Civil vigente, se lo conoce como permuta, permutación, también por trueque y asimismo como cambio o cambios.

En el derecho comparado, a este contrato se lo denomina en portugués, troco; en francés, *troc* y *échange*; mientras que en el derecho inglés la expresión *exchange* engloba actos de trueque simultáneo, tanto de cambio como de venta al contado y se denomina también *barter*; es *ruil* para Holanda; *tausch* o *tauschgeschäft* en alemán y permuta en el derecho italiano.

No parece desacertado que se unifique la denominación como lo hace el anteproyecto con el nombre de permuta.

También se mejora metodológicamente su tratamiento, pues en el Código Civil es regulado por el codificador después de la cesión de derechos, cuando debió lógicamente tratarlo con posterioridad a la compraventa, como lo hace reiteramos el anteproyecto y que es el criterio adoptado por la generalidad de la doctrina[1].

La reforma proyectada define al contrato que comentamos en el artículo 1172, al expresar: "Hay permuta si las partes se obligan recíprocamente a transferirse el dominio de cosas que no son dinero."

El Código Civil vigente, por el contrario, conceptúa al contrato en estudio en el artículo 1485, expresando: "El contrato de trueque o permutación tendrá lugar, cuando uno de los contratantes se obligue a transferir a otro la propiedad de una cosa, con tal que este le dé la propiedad de otra cosa"[2].

1. Sin perjuicio de lo cual diversas legislaciones siguen la metodología empleada por nuestro Código.

2. Entre los códigos extranjeros que definen la permuta, hay ciertos criterios diferenciales en cuanto al objeto de la misma y en mayor o menor medida en desprenderse o no con mayor o menor fuerza de la tradición romana, por lo que procedemos a transcribir las siguientes definiciones legales: El ex Código Civil de Austria del 1 de enero de 1812 (Texto tomado de ROMERO GIRÓN, Vicente y GARCÍA MORENO, Alejo, *Instituciones Políticas y Jurídicas de los Pueblos Modernos*, Maroto, Madrid, 1892, tomo IX, pág. 191) Artículo 1.045. En la permuta un contrato en que se da una cosa á cambio de otra. La entrega efectiva de la cosa no es necesaria para la esencia de este contrato sino para su cumplimiento y para adquirir la propiedad. Código Civil de la República de Bolivia (1975) Artículo 651. La permuta es un contrato por el cual las partes se transfieren recíprocamente la propiedad de cosas o intercambian otros derechos; Ley Búlgara sobre las Obligaciones y los Contratos (1892) Artículo 327: Es un contrato por el cual cada una de las partes se obliga a dar una cosa, para recibir otra en su lugar; Código Civil de la República de Chile Artículo 1897. La permutación ó cambio es un contrato en que las partes se obligarán naturalmente á dar una especie ó cuerpo cierto por otro; Código Civil de Colombia Artículo 1955. La permutación o cambio es un contrato en que las partes se obligan mutuamente a dar una especie o cuerpo cierto por otro (1850; C. De Co., 910); Código Civil de la República de Cuba (Ley No. 59) Art 367. Por el contrato de permuta las partes convienen en cambiar la propiedad de un bien por la de otro; Código Civil de Ecuador Artículo 1864. Permuta o cambio es un contrato en que las partes se obligan mutuamente a dar una especie o cuerpo cierto por otro. (1954); Código Civil de España Artículo 1.538. La permuta es un contrato por el cual cada uno de los contratantes se obliga a dar una cosa para recibir otra; Código Civil de Filipinas Artículo 1638. Por el contrato de permuta o cambio, una de las partes se obliga a dar una cosa teniendo en cuenta la promesa de la otra parte de dar otra cosa (1538a); Código Civil de Francia Art 1702

Además de la disímil denominación, la legislación proyectada limita el contrato a la transferencia del dominio de cosas, prohibiendo que su objeto sea dinero.

Serias dudas jurídicas se presentan, en el Código Civil, que son despejadas por el 1172 del proyecto, sobre si el dinero puede permutarse y en particular cómo se califica el contrato donde se transfiere dinero nacional por extranjero o donde se cambian dos monedas que no sean de curso legal en la República entre sí o, más complejo aun cuando se entrega dinero nacional y se recibe el mismo valor en billetes también locales de menor denominación.

Huc[3] enseña que es permuta el cambio de una cosa por metal amonedado, si este es dado por su peso o valor metálico. Mientras que Josserand[4], se refiere a la permuta de monedas por su valor numismático.

Pareciera que estos supuestos son sumamente claros, pero la cuestión se complica cuando se toma el dinero extranjero como tal, más aún en nuestro Derecho, a partir de la reforma del Artículo 617 del Código Civil por la Ley 23.928, que califica a la obligación de dar moneda que no sea de curso legal en la República, como obligación de dar dinero y no de dar cosas, como lo disponía el texto anterior.

Freitas, en su Esboço, en los Artículos 2114 y 2115, opina sobre la tipicidad como permuta de tal negocio jurídico, al afirmar que si las partes se obligaren a entregar dinero de una especie ó calidad por dinero de otra especie, o dinero de mayor valor por otro de la misma especie que le corresponda en valor, ese cambio de monedas será permuta; sin embargo, si una de las cosas a entregar fuere dinero y no la otra, el contrato será una venta y si la permuta en general, o el cambio de monedas, se hiciere con devolución en dinero, el contrato será mixto de permuta y venta.

Tartufari[5] entiende que en todos los casos en que se tenga un cambio de moneda contra otra moneda, puede dudarse si el negocio constituye una simple permuta o una verdadera y propia com-

---

La permuta(échange) es un contrato por el cual las partes se entregan respectivamente una cosa por otra; El ex Código Civil Italiano de 1865 Artículo 1.549. "Un contrato por el cual cada una de las partes se obliga a dar una cosa para obtener otra", Código Civil de Italia de 1942 Artículo 1552. La permuta es el contrato que tiene por objeto la recíproca transferencia de la propiedad de cosas o de otros derechos de un contratante a otro; Código Civil Holandés del 22–11-91, aplicable a partir del año 1992 Libro 7 Artículo 49: Reil is de overeenkomst waarbij partijen zich verbinden elkaar over en weekeen zaak in de plaats van een andere te geven. Traducción personal: La permuta es un contrato por el cual las partes se obligan mutuamente a dar al otro un bien a cambio de otro bien. Código Civil de Japón Artículo 586. La permuta se perfecciona cuando las partes acuerdan transmitirse derechos patrimoniales distintos del derecho de propiedad sobre el dinero; Código Civil de México Artículo 2327 La permuta es un contrato por el cual cada uno de los contratantes se obliga a dar una cosa por otra; Código General de los Bienes de Montenegro de 1888, De La Permuta, Artículo 257 El contrato por el que se entrega una cosa a cambio de otra cosa o de un derecho, pero no por un precio en metálico, quedará sujeto por analogía a las disposiciones referentes al de la venta. Cada uno de los contratantes se reputará vendedor, en estos casos con respecto a aquello que estuviere obligado a entregar, y como comprador con relación a aquello que debiera recibir. (Texto tomado de, ROMERO GIRÓN, Vicente y GARCÍA MORENO, Alejo, *Instituciones Políticas y Jurídicas de los Pueblos Modernos*, Maroto, Madrid, 1892, tomo X, pág 149) Código Civil de Paraguay Artículo 799. Por el contrato de permuta las partes se transfieren recíprocamente la propiedad de cosas u otro derecho patrimonial; Código Civil de Perú Artículo 1602. Por la permuta los permutantes se obligan a transferirse recíprocamente la propiedad de bienes; Código Civil de Puerto Rico Artículo 1428. La permuta es un contrato por el cual cada uno de los contratantes se obliga a dar una cosa para recibir otra; Código Polaco de las Obligaciones, Artículo 352 Por el contrato de permuta, cada una de las partes se obliga a transmitir a la otra la propiedad de una cosa o de otro derecho patrimonial a cambio de la obligación de transmitir la propiedad de una cosa o de otro derecho patrimonial; Código Civil de Quebec Artículo 1795. La permuta (échange) es el contrato por el cual las partes se transfieren respectivamente la propiedad de un bien, autre qu'une suma de dineroent; Código Civil de la República Oriental del Uruguay Artículo 1769. La permuta o cambio es un contrato por el cual los contrayentes se obligan a dar una cosa por otra; Código Civil de Venezuela Artículo 1.558 La permuta es un contrato por el cual cada una de las partes se obliga a dar una cosa para obtener otra por ella. En cuanto a las legislaciones forales españolas, solo la Compilación de Derecho civil de Navarra, del 1 de marzo de 1973, en la Ley 585 la define "en la permuta, las partes contratantes se obligan a darse recíprocamente la propiedad de distintas cosas, y cada parte será considerada a la vez como compradora y vendedora, respecto a la otra parte".

3. HUC, Théophile, *Commentaire théorique et pratique du Code Civil*, T. X, París, 1897, pág. 33.

4. Josserand, *Cours…,* pág. 558.

5. TARTUFARI, Luis, De la Venta y el Reporto, en Derecho Comercial de Bolaffio – Rocco – Vivante, Ediar, Buenos Aires, 1948, Vol. I, pág. 44.

praventa. Y en los casos singulares, decidir en uno u otro sentido dependerá de ver si la una o la otra moneda han sido consideradas y contratadas por las partes como mercaderías, o más bien, la una como mercadería y la otra solamente como precio.

El tema se complica más en nuestro derecho, atento a que el artículo 8 Inciso 3 del Código Mercantil califica como acto de comercio las operaciones de cambio y de banca y dentro del objeto de la compra – venta, el artículo 451 de la misma legislación incluye a la moneda metálica.

Diversas opiniones tiene la doctrina comercial nacional, así Malagarriga[6] enseña que el cambio de monedas metálicas o de papel moneda por otras monedas, es trueque y que queda comprendido en los actos a que se refiere el Inciso Primero[7]; en forma similar se expide Zavala Rodríguez[8]; Fontanarrosa[9] sostiene que el cambio puede ser compraventa o permuta, pero siempre comercial y por otro lado, Segovia[10] entiende que el cambio manual es una compraventa comercial; Satanowsky[11] piensa del mismo modo.

Siburu[12] expresa que el cambio manual puede presentarse de tres modos: 1º de monedas nacionales por monedas extranjeras; 2º de monedas extranjeras por monedas extranjeras; 3º de monedas nacionales por monedas nacionales. En los dos primeros casos, la operación considerada respecto de un no comerciante puede equipararse al caso legislado en el Inc. 4º, desde que se adquieren cosas muebles (las monedas) con ánimo de enajenarlas. Para identificar un caso y otro, será necesario que en el cambio exista demostrada la intención de lucrar. El tercer caso generalmente no constituye un acto de comercio, pues el trueque de una cantidad de monedas nacionales también se hace solo por comodidad y sin ánimo de especulación, lo cual quita al acto su comercialidad.

Al tener la moneda extranjera el carácter de dinero, opinamos que el negocio jurídico que consideramos no es una permuta, sino a lo sumo una conversión de diversos signos monetarios que nunca dejan de ser dinero y que es un acto de comercio, mientras que el cambio de un billete local de mayor valor por otros de menor numerario[13], al faltarle el ánimo de lucro, no sería comercial[14].

Atento lo proyectado por el artículo 1172, desaparecerá la duda que se presentaba cuando uno de los objetos del contrato es una cosa y se la adquiere entregando en propiedad otra cosa, con más una suma de dinero, operación que se conoce como de precio mixto.

6. MALAGARRIGA, Carlos C., *Código de Comercio Comentado*, Lajouane, Buenos Aires, 1922, tomo I pág. 48.

7. Al expresar textualmente: *…las operaciones de cambio se dividen en dos categorías diferentes: el cambio manual y el cambio local o trayecticio. La referencia de nuestro inciso solo es útil respecto del segundo, porque el primero que consiste en el trueque de monedas metálicas o de papel moneda por otras monedas, queda comprendido en los actos a que se refiere el inciso primero.*

8. ZAVALA RODRÍGUEZ, Carlos Juan, *Código de Comercio y Leyes complementarias*, Depalma, Buenos Aires, 1967, pág. 50.

9. FONTANARROSA, Rodolfo O., *Derecho Comercial Argentino*, Parte General, Zavalía, Buenos Aires, 1969, pág. 140.

10. SEGOVIA, Lisandro, *Explicación y crítica del nuevo Código de Comercio de la República Argentina*, Félix Lajouane, Buenos Aires, 1892, tomo 1º, pág. 33, nota 43.

11. SATANOWSKY, Marcos, *Tratado de Derecho Comercial*, TEA, Buenos Aires, 1975, T. 2, pág. 101.

12. SIBURU, Juan B., *Comentario del Código de Comercio Argentino*, Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1923, tomo 2, pág. 99.

13. En el mismo sentido ha dicho la Cámara Comercial "La permuta –pues el recurrente refiere la asimilación de lo que realizó con las reglas de la compraventa– no existió toda vez que se cambiaron títulos Iones 82 por otros iguales y del mismo valor, no hubo entrega de una cosa por otra, o bien no hubo dos cosas que sirvieran recíprocamente de precio (conf. Ref. y cita L. M. Rezzónico, "Estudio de los contratos", pág. 24), sino la entrega de una especie por la misma especie y cantidad, lo cual descarta la negociación que tipifica la permuta. Se trató, como he dicho, de una transacción que se concretó en un cambio de títulos de las mismas cantidades y especie. No existe permuta si se cambian títulos al portador por otros iguales y del mismo valor, con el objeto de reemplazar unos por otros, y sin que sirvan recíprocamente de precio". Famularo, Victorio y otro c. Fernández y Vila, José R. y otro, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala E (CNCom) (sala E, 21/04/1998, LA LEY, 1998 – D, 564 – DJ 1999 – 1, 222.

14. Resulta interesante el criterio contrario que seguía el Ex Código Civil de Austria (año 1812) al disponer Artículo 1.046. El dinero no es objeto del contrato de permuta. No obstante, pueden ser objeto de permuta el oro y la plata como mercancías, y también el oro y la plata acuñados cuando se cambien unas monedas de oro por monedas de plata, monedas menores por otras de mayor valor.

El derecho proyectado no sería permuta, más en el vigente tengamos en cuenta que el artículo 1356 del Código Civil pretende solucionar la cuestión expresando: Si el precio consistiere, parte en dinero y parte en otra cosa, el contrato será de permuta o cambio si es mayor el valor de la cosa y de venta en el caso contrario.

Manifestamos que pretende resolver la cuestión, pero no lo hace totalmente, pues resta la eventual situación de que el valor de la cosa dada y el dinero entregado como precio valgan lo mismo; este caso está previsto en la nota del artículo 1485, en que opina el codificador que se está en presencia de una permuta.

En consecuencia, nuestro Derecho se enrola claramente en la teoría de la absorción, sin atender a la voluntad de las partes, al igual que lo hacía el Código Civil Austriaco (párr. 1055) pero este, a diferencia de nuestro Derecho, en caso de igualdad de valores, se inclinaba por la compraventa.

Es de interés destacar que el Código Civil español establece en el artículo 1446: Si el precio de la venta consistiera parte en dinero y parte en una cosa se calificará el contrato por la intención manifiesta de los contratantes. No constando esta se tendrá por permuta, si el valor de la cosa dada en parte de precio excede al del dinero o su equivalente; y por venta en caso contrario.

Por último llama poderosamente la atención, y tal vez demuestre disímil pluma, que en la legislación proyectada se define la compraventa utilizando la expresión propiedad (artículo 1123) mientras que en la permuta se recurra al término dominio.

Con relación a los gastos del contrato el artículo 1173 del anteproyecto, excepto pacto en contrario son soportados por partes iguales, es una solución lógica, ya sostenida con anterioridad y que surge de la obligación recíproca de entrega.

Mas en la garantía de evicción, en la actual legislación, se produce un caso interesante, atento a la doble regulación que presenta la misma cuando es total entre los copermutantes, pues el artículo 1489[15] del Código Civil confiere a la parte del contrato que haya sido vencida en la propiedad de la cosa que ha recibido en cambio, la facultad de elegir entre reclamar la restitución de su propia cosa – o sea la por él entregada – o bien, el valor de la recibida con más daños y perjuicios. Mientras que para igual situación el artículo 2128[16] de la misma legislación faculta al copermutante evicto a repetir la cosa que dio en cambio o para que se le pague el valor de ella, es decir, la que él entregó, obviamente con más daños y perjuicios[17]. Complementando ambos artículos surge que el permutante que sufre la evicción podrá reclamar a su elección la restitución de la cosa que él entregó, o que se le pague el valor de dicha cosa o el que tenía la que él recibió, todo obviamente con más daños y perjuicios.

En cambio, si la evicción es solo parcial, se van a aplicar las reglas de la compra y venta por así disponerlo el artículo 2131[18] del Código Civil.

En el anteproyecto el artículo 1174 dispone: El permutante que es vencido en la propiedad de la cosa que le fue transmitida puede pedir la restitución de la que dio a cambio o su valor al tiempo de

15. Artículo 1489 del Código Civil. El co-permutante vencido en la propiedad de la cosa que ha recibido en cambio, puede reclamar a su elección, la restitución de su propia cosa, o el valor de la que se le hubiese dado en cambio, con pago de los daños e intereses.

16. Artículo 2128 Código Civil. En caso de evicción total, el permutante vencido tendrá derecho para anular el contrato, y repetir la cosa que dio en cambio, con las indemnizaciones establecidas respecto al adquirente vencido sobre la cosa o derecho adquirido, o para que se le pague el valor de ella con los daños y perjuicios que la evicción le causare. El valor en tal caso, será determinado por el que tenía la cosa al tiempo de la evicción.

17. "El adquirente de un automotor por permuta, que se vio privado del rodado por estar el número de motor alterado o modificado, debe fundar su pretensión de resolver el contrato en el incumplimiento de la garantía de evicción, y no en la existencia de vicios redhibitorios, toda vez que aquel vio afectado el derecho que le fuera cedido por la desposesión o turbación padecidas". Pacheco, Eduardo S. c. Juárez de Argel, Mónica P. y otros, Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Garantías en lo Penal de Necochea (CCivCom y Garantías en lo Penal Necochea, 28/08/2003, LLBA 2004 (marzo), 208 - LLBA 2004, 208.

18. Artículo 2131 del Código Civil. En caso de evicción parcial es aplicable lo dispuesto en el Capítulo anterior respecto a la evicción parcial en el contrato de venta.

la evicción, y los daños. Puede optar por hacer efectiva la responsabilidad por saneamiento prevista en este Código.

La norma de la legislación proyectada es sustancialmente similar al artículo 1489 del Código Civil, con una expresa remisión a lo normado sobre saneamiento o lo que es lo mismo al artículo 1039 del mismo que dispone que se podrá reclamar por un bien equivalente, si fuese fungible o por la resolución contractual.

Por último el Anteproyecto en su artículo 1175, en todo lo no previsto remite a la compraventa, lo cual es una solución lógica y ya existente en el artículo 1492 del Código Civil.

LOCACIÓN

Santiago P. Iribarne

Llamados a estudiar el contenido del Anteproyecto de reforma y unificación del Código Civil y Comercial elaborado por la comisión designada en el decreto 191/2011[1] en materia de locación y, asimismo, compararlo con el actual régimen vigente, importa comenzar por destacar una cuestión de singular importancia: la **significativa reducción** de la cantidad de artículos que se dedican a regular este contrato.

En el actual Código Civil el contrato de locación se encuentra regulado en el Libro Segundo, "De los derechos personales en las relaciones civiles", Sección Tercera, "De las obligaciones que nacen de los contratos", Título Sexto, "De la locación". Son seis artículos introductorios y 8 Capítulos.

En concreto: a partir del artículo 1493 la materia en cuestión se extiende hasta el artículo 1622 –si se circunscribe el análisis a la locación de cosas–, son un total de 130 artículos –teniendo presente la existencia de artículos añadidos (v. gr. 1582 bis[2])–. Se pueden añadir 27 artículos más, si se considera el capítulo 8°, "De la locación de servicios" y todavía 30 artículos más si tomamos en cuenta el texto de la ley 23.091 de locaciones urbanas.

El Anteproyecto dedica al contrato apenas 39 artículos y limita su alcance a la locación de cosas que se separa de la locación de servicios y de obra.

Se sigue, en forma sustancial, al proyecto de reforma y unificación elaborado en el año 1998[3], en el que se dedicaban a este tipo contractual solo 35 artículos.

Cabe añadir que, según se indica en la nota de presentación de aquella reforma se incluyen en esa extensión las disposiciones actualmente reglamentadas en la citada ley 23.091 de "Locaciones Urbanas"[4]. Aun cuando nada se expresa en tal sentido en los fundamentos del nuevo Anteproyecto, el texto de algunos de sus artículos (v. gr. 1188 y 1222 entre otros –análogos a los artículos 1° 5° de la ley 23.091[5]–), llevan a concluir que la reforma incluye igualmente al texto de esa ley.

De cualquier forma, aparece conveniente recordar que prácticamente todos los proyectos de reforma del Código Civil propusieron reducciones más o menos extensas al contrato de locación: Bibiloni trata la cuestión en 82 artículos, en el proyecto de 1936 son 44 los artículos dedicados al contrato, en el Anteproyecto de 1954 –dirigido por Jorge Joaquín Llambías– el tema es regulado en

1. Publicado en el Boletín Oficial del 23 de febrero de 2011.

2. Promulgado a través del decreto 1546/2002 del 22 de agosto de 2002, Publicada en el Boletín Oficial del 23 de agosto de 2002.

3. Comisión creada por medio del Decreto del Poder Ejecutivo Nacional N° 685/95.

4. Lorenzetti, Ricardo Luis, "Tratado de los Contratos", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007, T° II°, pág. 320 (v. nota, 2ª).

5. La intimación del artículo 5º de la ley 23.091 recogida por medio del artículo 1222 del Anteproyecto que estudiamos constituye una de las diferencias que lo distingue del proyecto de 1998 en el que no tenía cabida por considerar este tema una cuestión procesal ajena al derecho sustancial.

38 artículos, los proyectos de 1987 (ley 24.032) y 1993 (Comisión Federal de la Cámara de Diputados de la Nación) no proponían otros cambios más allá de los relativos a los plazos del artículo 1505 y, por último, la comisión creada por medio del decreto 468/92 dedicaba 53 artículos a la locación[6].

Como se indicara en forma precedente, es preciso señalar que, en el nuevo régimen propuesto **las normas tratadas limitan su alcance a la locación de cosas**.

La definición contenida en el artículo 1187 del Anteproyecto que estudiamos –de idéntica redacción al artículo 1121 del proyecto de 1998–, deja fuera a los contratos de locación de obra y locación de servicios actualmente alcanzados por el artículo 1493 del Código Civil[7].

Muchos autores sostienen que no existen razones que justifiquen en la actualidad el tratamiento conjunto de estos tres contratos, según el método elegido por Vélez[8].

Eso, en la medida que, más allá de tratarse de tres contratos consensuales y de coincidir en cuanto a que en todos una parte se obliga a pagar un precio cierto en dinero, la diferencia de contraprestación es tan grande entre cada uno de ellos que se requiere la aplicación de regímenes jurídicos distintos[9].

Siguiendo esa doctrina la propuesta excluye la consideración de los contratos de locación de servicios y de locación de obra que, tal como se señala en los fundamentos que acompañan al Anteproyecto, se denominan "contratos de obra y de servicios" y reciben una regulación independiente del contrato de locación cuyo alcance, en conclusión, se ciñe a la locación de cosas[10].

La nueva **definición** de locación de cosas recoge otra crítica que la doctrina había vertido sobre el artículo 1493 del Código Civil: la inclusión de uno de sus elementos esenciales, el tiempo. Este componente, ausente en el artículo 1493 de nuestro Código Civil actual, sí está contenido en muchos códigos extranjeros[11].

En cuanto a su **objeto** el Anteproyecto prevé la aplicación del régimen de la locación a cosas muebles e inmuebles –tal como el actual Código Civil– e **incorpora la posibilidad de locar "*una universalidad que incluya alguna de aquellas*"** (v. artículo 1188).

No surge expresamente del texto normativo, ni tampoco de los fundamentos del Anteproyecto, pero esta novedad parece estar dirigida a una cuestión controvertida en la doctrina: la posibilidad de locar un fondo de comercio.

Desde que, en ese supuesto, la universalidad está compuesta por cosas y, asimismo, por objetos incorporales, se ha señalado que la llamada locación del fondo de comercio constituye, en al actual régimen un contrato innominado que no se encuentra alcanzado por el régimen de la locación del Código Civil que no admite la locación de derechos[12].

6. Leiva Fernández, Luis L. P., "Las locaciones urbanas en los proyectos de reforma del Código Civil", Revista de Derecho Privado y Comunitario, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2004, pág. 359.

7. No escapa al análisis que, parte de la doctrina consideraba que la definición del artículo 1493 solo comprende a dos casos de locaciones (v. López de Zavalía, Fernando J, " Teoría de los Contratos", ed. Zavalía, Buenos Aires, 2001, T° III°, pág. 10. Lo cierto es que, la doctrina se ha inclinado por considerar que los tres casos mencionados: locación de cosa (*locatio-conductio rei*), locación de servicios (*locatio-conductio operarum*) y locación de obra (*locatio –conductio opeis*) se encuentran incluidos en el texto del actual artículo 1493 (v. nota n° 3ª de la obra citada, íd. Cifuentes, S.- Sagarna, F., "Código Civil…", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2008, T° III, pág. 424).

8. Zago, Jorge A., comentario al artículo 1493 del Código Civil en Belluscio, C. A.- Zannoni, E. "Código Civil…", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2003, T° VII°, pág. 202.

9. Boda, Alejandro comentario al artículo 1493, en Bueres, A. J. –Highton, E. I., "Código Civil…", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2007, T° IV-A, pág. 210. Debe aclararse que el tratamiento conjunto de los tres contratos tuvo su razón de ser no solo por su naturaleza consensual sino también por las acciones que derivaban del contrato (v. De Ruggiero, R., "Instituciones de Derecho Civil II (1), pág. 354).

10. V. Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación expuestos por la Comisión redactora, título: "Elementos de calificación de obras y servicios", pág.179.

11. Borda, Guillermo A. "Tratado de Derecho Civil", Contratos, T° I, Ed. Lexis Nexis 8ª ed., Buenos Aires, 2005, pág. 454.

12. López de Zavalía, Fernando J., " Teoría de los Contratos", ed. Zavalía, Buenos Aires, 2001, T° III°, pág. 76.

En cuanto a la **forma** del contrato el Anteproyecto incorpora la forma escrita que actualmente prevé el artículo 1° de la ley 23.091. Esa formalidad también es exigida para las prórrogas y modificaciones del contrato original.

Cabe recordar que el Código Civil no exige en la actualidad una forma determinada para este tipo de contratos, por lo que la locación es considerada un contrato no formal sujeto al principio de libertad de formas[13].

Así, el Anteproyecto implica consolidar la doctrina que sostiene que la forma legal impuesta constituye un requisito meramente *ad probationem*[14].

No existe en el régimen propuesto ninguna limitación relativa a la **prueba** ni se dispone en forma expresa un reenvío que condicione la posibilidad de admitir prueba testimonial a la existencia de un principio de prueba por escrito[15].

De acuerdo con el artículo 1190 del Anteproyecto los convivientes con apenas un año de antigüedad pueden **continuar con la relación locativa** ante el fallecimiento o el abandono de la cosa por el locatario. Tal derecho prevalece sobre el que pudiere corresponderle a los herederos.

La solución, cuya aplicación se prevé para los casos en los que el destino del bien locado fuera vivienda o habitación, modifica, para estos supuestos específicamente, la regla prevista en el artículo 1496 del Código Civil –cuyo sentido remite al principio del artículo 1195 de ese ordenamiento y que en la reforma se mantiene –v. artículos 1021 y 1024 del Anteproyecto–.

El alcance de esta actual disposición, pese a no haber sido expresamente derogada, ya había sufrido un cambio en el mismo sentido propuesto por la reforma que analizamos bajo los regímenes de las leyes 13.581, 14.139, 14.288 y, en la actualidad, el artículo 9° de la ley 23.091 confiere el carácter de continuadores de la sucesión a quienes acrediten haber convivido y recibido ostensible trato familiar con el locatario[16]. El nuevo régimen establece en forma expresa el plazo de un año previo al abandono o fallecimiento.

Teniendo en cuenta que el artículo 510 inciso e) del mismo Anteproyecto establece como requisito previo al reconocimiento de una unión convivencial mantener la convivencia por un período no menor a dos años[17], puede pensarse que el plazo anual establecido en el artículo 1190 extiende la protección a otras personas que vivan en el inmueble junto con el locatario que abandona el bien o fallece y tengan respecto de aquel un vínculo distinto del previsto para las llamadas uniones convivenciales propiamente dichas. En consecuencia, aparece conveniente precisar el sentido del término empleado para evitar confusiones.

Se modifica la regla artículo 1502 del Código Civil implementando un régimen en el cual la aplicación del Derecho Administrativo no se encuentra dada por la propiedad de la cosa objeto del contrato sino por la persona de derecho público constituida como locadora.[18]

Se amplía el alcance de la protección prevista para los menores en función del párrafo añadido al artículo 1504, según la ley 11.156, a las personas con capacidades diferentes en general o con capacidad restringida (v. artículo 1195 del Anteproyecto).

13. Belluscio, C. A.- Zannoni, E. "Código Civil…", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2003, T° VII°, pág. 207.

14. Llambías, J. J. - Alterini, A. A., "Código Civil…", Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 1998, T° III-B, pág. 109. En la misma obra se indica que podría considerarse que se trata de una forma *ad solemnitatem* pero de solemnidad relativa pues su violación acarrea una suerte de nulidad en virtud de la cual la ley fija un plazo legal y faculta al juez a fijar el precio de la locación a través de un proceso sumarísimo (v. comentario al artículo 1182).

15. Lorenzetti, op. cit, T° II, pág. 377.

16. La cuestión dio lugar a un fallo plenario de la Cámara de Paz de la ciudad de Buenos Aires *in re* "Sueta, L. c/ Barra, I. s/desalojo" del 29 de junio de 1954 en el que se reconoce al conviviente sin vínculo de parentesco con el locatario fallecido el carácter de continuador de la sucesión.

17. V. asimismo el artículo 526 último párrafo del anteproyecto que establece el régimen de aplicación ante el cese la unión convivencial, esa norma confiere la facultad a uno de los convivientes de continuar la locación. Esta claro que, en este caso la unión, para ser considerada tal, debería haber cumplido con el requisito de dos años de convivencia indicado en el artículo 510 inc. e).

18. Leiva Fernández, Luis F. P., op. cit., nota 6.

En coincidencia con la doctrina y jurisprudencia existente se deja de lado norma del actual artículo 1605 del Código Civil estableciéndose, en forma expresa, que la pérdida de luminosidad de inmueble no autoriza al locatario a solicitar la reducción del precio, excepto que medie dolo del locador (v. artículo 1204 del Anteproyecto).

También se modifica la pauta dada por el artículo 1572 del Código Civil en función del cual el incendio de la cosa alquilada debe reputarse caso fortuito hasta tanto el locador o quien fuere perjudicado no demuestre la culpa del locatario o de las personas indicadas en el artículo 1571 del mismo Código.

El criterio de Vélez Sarsfield ha sido blanco de muchas críticas[19] volcándose la jurisprudencia por una interpretación restrictiva de la disposición que ha llegado a admitir la validez de cláusulas en sentido contrario al expresamente dado en la norma[20].

El Anteproyecto incluye en forma manifiesta entre las obligaciones de conservación de la cosa que se encuentran en cabeza del locatario (v. artículo 1206 del Anteproyecto), su responsabilidad ante la destrucción de la cosa por incendio no originado en caso fortuito[21].

Una modificación digna de subrayarse concierne a la **duración de los contratos** actualmente legislada en el artículo 1505 del Código Civil.

Una vez más, debe tenerse presente que la regla del artículo 1505 del Código Civil es fuente de numerosas críticas desde la doctrina.[22]

Aun cuando la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió –es cierto hace ya mucho tiempo–, que esa limitación no afectaba derechos constitucionales[23], la cuestión dio lugar a algún fallo más reciente por medio del que se autoriza la celebración de contratos de locación con plazos más amplios a los admitidos según esa disposición[24].

Resulta determinante en la consideración del tema un aspecto objetivo: el plazo máximo de la locación vigente puede razonablemente constituir un obstáculo para ciertos negocios que pudieren insumir inversiones cuya amortización requiera más de diez años[25].

Así, en el Anteproyecto el plazo máximo decenal hoy vigente es ampliado, estableciéndose, asimismo, distinciones según el destino de la cosa locada. Se fija en veinte años para el contrato de locación de vivienda y en cincuenta años para los otros destinos (v. artículos 1197 a 1199 del Anteproyecto).

También en este punto se proporciona una solución idéntica a la que brindaron los proyectos de reforma de 1987 y de 1998, en cuyos fundamentos se señalara que carecen de plazo máximo legal los Códigos de Alemania, Bélgica, Brasil, Chile, Colombia, España, Francia, Guatemala, Panamá, Suiza, Ley de Inquilinato de Costa Rica, Esboço de Freitas y que, tanto el Anteproyecto Ossorio para Bolivia como el Código de Quebec (artículo 1880) prevén un plazo máximo de cien años[26].

19. Borda, G., op. cit., Tº I, Nº 775.

20. Belluscio, C. - Zannoni, E., op. cit., pág. 466.

21. El texto de esta disposición coincide con el artículo 1137 del proyecto de 1998. En el mismo sentido se elaboraron los proyectos de 1954 y 1993.

22. Rivera, Julio C., "El plazo máximo de la locación", Revista de Derecho Privado y Comunitario, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2004-2, p. 183. íd. Ariza, Ariel C, "Crisis del plazo máximo legal en la locación", J. A. 2005-II-459.

23. C.S.J.N. Fallos 142:68 *in re* "Cornú, Manuel c/Ronco, José" del 17 de octubre de 1924. Cabe señalar que el antecedente remite a un supuesto de arrendamiento rural.

24. C.N.Civ. Sala G, *in re* "Segura S. A. Inmobiliaria y Financiera International Hotel Development S. A." del 15 de septiembre de 2004. Este antecedente motivo un amplio debate sobre el tema: Leiva Fernández, Luis F. P., "El plazo máximo de la locación y la Constitución Nacional" L.L. 2006-B, 336.

25. Rivera, J. C., "La reforma integral del derecho privado y su conexión con la tradición jurídica nacional en el Proyecto de Código Civil de 1998", J. A. 2000-I-991.

26. Zago, Jorge A., "Plazo máximo y mínimo en el contrato de locación en el Proyecto de Unificación Civil y Comercial", JA 2000-I-1017.

Sin perjuicio del beneplácito que el cambio legislativo propuesto en los anteriores proyectos de reforma suscitó en los especialistas[27], lo cierto es que algunos autores postulan la conveniencia de no establecer ninguna limitación temporal[28].

Téngase presente que un contrato de locación que se convenga por un plazo de veinte o treinta años no parece ofender a la moral o a las buenas costumbres, ni tampoco poner en jaque al orden público[29].

Sin perjuicio de lo cual Vélez Sarsfield, en sentido contrario al de muchas de las fuentes que tenía su disposición y que habilitaban la posibilidad de contratar por plazos de 99 años o por determinadas vidas[30] decidió coartar esa facultad.

La nota al artículo 1505 del Código Civil justifica esa disposición en razones de índole económico[31] y, al mismo tiempo, para evitar eventuales conflictos en la división de la herencia.

El viejo codificador es, en ese aspecto, consecuente, pues la limitación establecida guarda coherencia con el espíritu del Código Civil expresado en la nota al artículo 2502, en la nota al artículo 2503, en el artículo 2692 y en la nota al artículo 3724[32].

Aun cuando los motivos dados por Vélez mantienen vigencia, la decisión de ampliar el plazo por el lapso indicado en la norma aparece adecuada a los tiempos que corren.

En orden a considerar algún aporte sobre este tema, puede pensarse que, en aquellos contratos cuya extensión supere los 10 años y ante el proyecto de reforma del Código de 1987 se sugirió requerir su instrumentación por escritura pública. No tanto con el fin de obtener una mayor fuerza probatoria sino también con la mirada puesta en evitar la destrucción o pérdida de un documento en el que se plasman derechos llamados a perdurar por un período de duración tan prolongado[33].

El problema indicado precedentemente puede resolverse de otras formas, tal como la registración que se preveía el artículo 1122, segundo párrafo del proyecto de reforma y unificación de 1998 para aquellos contratos que superasen los 5 años de duración que no se ha mantenido en el articulado propuesto.

El **plazo mínimo** en la locación de inmueble, cualquiera sea su destino, es en el Anteproyecto unificado en dos años y se condiciona la facultad del locatario de renunciar a este beneficio a que la misma se concrete mientras mantenga la tenencia del bien locado.

Merece subrayarse el aporte que constituye la ampliación del alcance implicado en la nueva redacción dada a las excepciones a ese plazo mínimo. Por ejemplo, la regla hoy establecida en el inciso b del artículo 2° de la ley 23.091 recibe, en el inciso d) del artículo 1199 del Anteproyecto, una forma tal que permite una aplicación más extensa, pudiéndose incluir otros destinos distintos del turístico para los casos de alquiler de viviendas amuebladas.

27. Lorenzetti, op. y pág. cit.

28. Leiva Fernández, Luis F. P., "Contratos de Locación", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, p. 62; íd. "Las locaciones urbanas en los Proyectos de Reforma del Código Civil", en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Ed. Rubinzal-Culzoni. 2004-2, p. 359. Id. "El Proyecto de Código Civil en materia de contratos" en "*Secundum Legem*", Revista del Centro de Estudiantes de la Facultad de Derecho UNLP, año 3, N° 13, 8 de julio de 1999.

29. Bravo D'André, Ignacio M. y Rebaudi Basavilbaso, Ignacio M., "El plazo en el contrato de locación y una interpretación razonable", en E.D., 214-343

30. V. Nota al artículo 1505.

31. […]*"Un arrendamiento hace siempre que la cosa no se mejore, y cuando fuese de treinta, cuarenta o noventa años, sería sumamente embarazoso para la enajenación de las cosas, y para su división entre los diversos comuneros, que por sucesión viniesen a ser propietarios de la cosa. Tanto por una razón de economía social, como por no impedir la transferencia o enajenación de las cosas, o por no embarazar la división de las herencias, hemos juzgado que no debían permitirse los arrendamientos que pasen de diez años. El derecho romano y el español daban al arrendamiento de más de diez años el carácter de usufructo, y así en verdad venía a ser por la necesidad de dar al arrendatario un derecho real, desde que debía suponerse que los dueños de la cosa arrendada serían muchísimas personas, en los arrendamientos de treinta o cuarenta años".*

32. Bravo d'André, Ignacio M. y Rebaudi Basavilbaso, Ignacio, op. cit., nota 29.

33. Leiva Fernández, Luis F. P., "La locación en el proyecto de código unificado (la ley como factor de progreso de los pueblos), J. A., 1987-III, pág. 658.

El Anteproyecto prevé que el **canon locativo** se integra del precio de la locación y de toda prestación de pago periódico asumida convencionalmente por el locatario (v. artículos 1208 y 1209). De tal forma, el incumplimiento de esas obligaciones implican el mismo efecto que la falta de pago del alquiler propiamente dicho.

Cabe tener presente que, en oportunidad de concluirse el contrato el locatario debe restituir la cosa al locador junto con las constancias de los pagos efectuados con motivo de la relación locativa atinentes a la cosa o a los servicios que tenga (cf. artículo 1210).

El régimen de **continuación de la relación concluida**, actualmente establecido en el artículo 1622 del Código Civil es sustancialmente mantenido pero se amplía la facultad de dar por terminado el vínculo a cualquiera de los contratantes (v. artículo 1218 del Anteproyecto). Recuérdese que el texto del artículo en el código de Vélez solo confiere ese derecho al locador quien puede pedir la restitución de la cosa sea cual fuere el tiempo que el arrendatario hubiese continuado en su uso y goce.

Los proyectos de reforma de 1936 y 1954 admitían la reconducción a prórroga, salvo en lo que se refiere al plazo de la relación locativa, autorizando que cualquiera de las partes terminara con el vínculo pero con un preaviso que determine la costumbre o la equidad[34].

Distinguiéndose del proyecto de 1998, por medio del artículo 1225 del Anteproyecto se reproduce la caducidad de la fianza actualmente fijada en el artículo 1582 bis del Código Civil.

Esa regla fue incorporada al Código por medio de la ley 25.628[35], como consecuencia a un problema que fue objeto recurrente de cuestionamientos por parte de la jurisprudencia y la doctrina.[36]

Concretamente, los problemas que se suscitaban hacían hincapié en lo injusto que resultaba para el fiador ser llamado a hacer frente a la garantía mucho tiempo después de cumplido el plazo del contrato en razón del cual se había obligado cuando la locación se prorrogaba entre las partes sin la intervención del fiador[37].

Sin perjuicio de señalar lo valioso de mantener el régimen previsto en el actual artículo 1582 bis del Código Civil podría considerarse la posibilidad de prever con mayor precisión el sentido de la expresión *"[…] excepto la que derive de la no restitución en tiempo del inmueble locado"* con que culmina el primer párrafo del artículo del Anteproyecto cuya determinación aparece al menos imprecisa.

En ese sentido, se ha sugerido que, vencido el plazo del contrato de alquiler al que accede la garantía, el fiador responde por los daños y perjuicios causados por la mora en la devolución del inmueble, siempre que el locador sea diligente y demande la restitución de la cosa en un plazo razonable, siguiendo con prontitud las instancias extrajudiciales y judiciales necesarias. Debiendo entenderse que ese plazo dejará de ser razonable cuando la inoperancia del locador, concurrente con el incumplimiento del locatario, importe la prolongación de la responsabilidad del fiador[38]. Pero a esa conclusión se llega luego de un esfuerzo interpretativo que podría evitarse con una redacción más clara del texto de la norma.

34. Belluscio, C. - Zannoni, E., op. cit., pág. 608.

35. Publicada en el Boletín Oficial del 23 de agosto de 2002.

36. Sobre el desarrollo histórico de la cuestión y, en general, sobre el tema puede consultarse a Elena Highton en Bueres - Highton, Código Civil y normas complementarias…, Hammurabi, 2007, t. 4-A, pág. 342 y siguientes. Síntesis de jurisprudencia en E.D, 50-435. Kemelmajer de Carlucci, Aída, Fianza y plazo de la locación. La ley 25.628. Una reforma esperada por algunos y resistida por otros, en Revista de Derecho Privado y Comunitario 2003, 3, Rubinzal-Culzoni. Arriza, Ariel, Modificación del régimen legal de la fianza en el contrato de locación: incorporación del artículo 1582 bis al Código Civil (ley 25.628) en JA, 2002-4-812. Spota, Alberto, ¿Subsiste la obligación del fiador por las obligaciones del locatario, una vez vencido el plazo de locación si así se ha pactado?, JA, 65-621. Leiva Fernández, Luis, La fianza en la locación (el nuevo artículo 1582 bis del Código Civil), en LL, 2002-E-1029. Borda, Alejandro, La fianza en la locación, en LL, 2002-E-1036; y Lavalle Cobo, Jorge E., en Belluscio - Zannoni, Código Civil […] Comentado, anotado y concordado, Astrea, 2004, t. 9, pág. 1416; entre muchos otros.

37. Bravo D'André, Ignacio M., "La subsistencia de la garantía por la falta de restitución del inmueble en debido tiempo frente a la cesación automática de la fianza por el cumplimiento del plazo del contrato de locación (a propósito del primer párrafo del artículo 1582 bis del cód. civil)", en E.D., 237-758.

38. Bravo D'André, Ignacio M., op. cit. Nota N° 37.

Para la sublocación se adopta un tratamiento análogo al de la reforma de 1998. El sistema de comunicaciones implementado en el artículo 1214 tiene origen en los artículos 1870 y 1871 de Quebec[39]. Se abandona el actual régimen –que no exige requisito alguno– para implementarse un método en el que participa el locador, que debe puede oponerse. Para que esa oposición tenga validez deberá ser comunicada por medio fehaciente al locatario dentro del plazo de 10 de notificado.

Por último, cabe señalar que la reducción en el articulado a la que nos referimos al comenzar este trabajo se encuentra también justificada en la modificación del método utilizado para regular las mejoras y su pago.

El Código Civil presenta hoy una metodología sobreabundante que, desde el proyecto de Bibiloni motiva propuestas simplificadoras que suprimen muchas normas de un exagerado casuismo.[40] Inspirado en Freitas, el Código de Vélez regula el tema por medio de una frondosa, pesada, dispersa y oscura reglamentación[41]

En tal sentido Anteproyecto propone un régimen más claro resolviendo los problemas sustanciales en apenas dos artículos (1211 y 1212).

Conclusiones

Tal como se ha reseñado el régimen propuesto recoge gran parte de la experiencia jurídica habida sobre el tema.

Aun cuando puede considerarse que respecto de las soluciones de fondo las actuales disposiciones del Código Civil aún hoy resultan adecuadas[42], se ven plasmadas en el Anteproyecto las críticas y visiones que, desde la doctrina y la jurisprudencia se han ido aportando a la forma en que el contrato es regulado en nuestro Código Civil.

No representa, en líneas generales una propuesta innovadora si se lo compara con otros proyectos anteriores. Más bien pareciera constituir una actualización del régimen vigente a la luz de los aportes que se han brindado a la cuestión en los ámbitos académicos y judiciales, tomando como modelo el proyecto de 1998.

Tal vez su principal virtud podría resumirse en la simplificación que se logra gracias a la significativa reducción de artículos y a la exclusión de los actuales contratos de locación de servicios y de obra.

Tampoco aparece resuelta la necesidad de recurrir a una legislación específica para resolver contratos tales como arrendamientos rurales, respecto de los que nos se hace ninguna mención.

Por último, tal como hemos indicado a lo largo del presente trabajo, el Anteproyecto es perfectible y sin duda puede ser susceptible de mejoras.

39. Leiva Fernández, Luis L. P., op. cit. Nota N° 6.
40. Belluscio, C. - Zannoni, E., op. cit., pág. 1539.
41. López de Zavalía, Fernando J., op. cit. pág. 260,
42. Leiva Fernández, op. cit., nota 6.

LEASING

JUAN C. HARIRI

I) Breve comentario sobre el *leasing*

a) Nos encontramos ante un contrato cuyo objetivo principal es conseguir financiación. Sin perjuicio de ello se trata en definitiva de un alquiler (to leas), con opción a compra.

Como es un acuerdo que se ha proyectado en todo el mundo nos parece bien que se mantenga su denominación en inglés, pues así es conocido universalmente y por tanto su regulación debería ser uniforme.

Las partes que lo conforman son el dador que es quien lo financia y el tomador quien recibe la cosa, abona el canon y se reserva para sí la opción de compra.

Hay un contrato original que es el de locación y otro subsidiario cuando el tomador ejercita la opción de compra pagando el valor residual.

Su regulación internacional fue tratada por el Instituto para la Unificación del derecho Privado (UNIDROIT), y concluyó en Ottawa, Canadá, el 28 de mayo de 1988 pero lamentablemente la Argentina no la ratificó.

La Convención abarca 25 artículos comprendidos en los siguientes capítulos; 1) ámbito de aplicación y disposiciones generales, 2) derechos y obligaciones de las partes y 3) disposiciones finales.

Tiene por fin establecer un régimen general unitario de este contrato que posee características internacionales y lleva un aspecto de mayor importancia pues es el más destacado sistema de financiación y tiende a cubrir la necesidad de desarrollar el arrendamiento financiero internacional.

Ciertamente en la actualidad es el contrato que más dinero mueve en el mundo, estando por debajo de él otras modalidades contractuales conocidas, pues ofrece ventajas importantísimas.

Entre otras particularidades la Convención de Ottawa asegura la protección del derecho de propiedad del dador para el supuesto de quiebra o insolvencia del tomador, siendo necesario para ello que el primero le haya dado publicidad al contrato, es decir inscribiéndolo en los registros que correspondan.

También el dador debe asegurar al tomador el uso y goce del bien, respondiendo en caso de evicción o cualquier perturbación que se haga sobre la posesión.

b) Lamentablemente en nuestro país este contrato no ha tenido la difusión que tiene en otros.

Entendemos que su desarrollo está atado a dos circunstancias fundamentales: moneda estable y amplia seguridad jurídica.

En otros tiempos tuvo aplicación sobre automotores pero sin llegar a un número considerable.

Pero sobre inmuebles prácticamente no se proyectó.

Recordamos que la primera norma que reguló el *leasing* fue la ley 24.241 y posteriormente se mutó por la 25.248.

II) Análisis del proyecto del código civil y comercial

El *leasing* está regulado en el Título III de los Contratos, Capítulo 5, luego de la locación.

Antes de entrar en el análisis pormenorizado de su articulado, podemos afirmar que el anteproyecto es casi igual a la ley 25.248 hasta hoy vigente.

Definición: El artículo 1227 nos da el concepto completo del contrato donde el dador conviene transferir al tomador la "tenencia" de un bien cierto y determinado para su uso y goce, contra el pago de un canon y le confiere una opción de compra por un precio.

No se indica afortunadamente la periodicidad del pago del canon, quedando por tanto librado a la voluntad de las partes, tal como lo prevé el artículo 1229.

La opción de compra se concretará pagando el tomador el valor residual para lo cual se deberán computar los cánones abonados y de ese modo llegar al precio final.

Debemos decir que el ejercicio de la opción de compra significa en los hechos la muerte del *leasing*.

Objeto: El artículo 1228 prevé que pueden ser objeto del contrato cosas muebles e inmuebles, marcas patentes o modelos industriales y software de propiedad del dador o sobre aquellos que tenga la facultad de dar en *leasing*.

Tal como quedó redactado nos parece que se incurrió en una descripción poco apropiada, pues lo lógico es indicar que el objeto puede ser bienes tanto registrables como no registrables. Carece de sentido práctico la descripción del proyecto.

PRECIO DE EJERCICIO DE LA OPCIÓN.

El artículo 1230 indica que este debe estar fijado en el contrato o bien que sea determinable según procedimientos o pautas pactadas.

Se trata en definitiva del valor residual el cual debe indicarse en el contrato.

MODALIDADES EN LA ELECCIÓN DEL BIEN.

El artículo 1231 prevé que el objeto sobre el que recaerá el *leasing* puede:

1. Comprarse por el dador a persona indicada por el tomador. En este supuesto advertimos que indirectamente se incluye a un tercero, procedimiento previsto en el UNIDROIT de la Convención sobre arrendamiento financiero internacional (Ottawa 28/5/1988), en su artículo 1.
2. Comprarse por el dador según especificaciones del tomador o según catálogos, folletos o descripciones identificadas por este. Ello es sumamente importante atento a las nuevas modalidades contractuales que se plasman vía Internet y también por los contratos asociativos que se legislan en el Capítulo 16 a partir del artículo 1442.
3. También puede el dador comprar el bien sustituyendo al tomador en un contrato de compraventa que este haya celebrado. En tal sentido debemos decir que no parece recomendable limitar esa sustitución exclusivamente al contrato de compraventa dejando de lado otros donde también se transfiere el dominio (ej. Permuta, donación, cesión, etc.).
4. Ser de propiedad del dador con anterioridad a su vinculación contractual con el tomador. ¿Acaso podrá ser el bien una cosa ajena? En verdad no parece acertado este supuesto.
5. Adquirirse por el dador al tomador por el mismo contrato o habérselo adquirido con anterioridad. Como estamos frente a un modo de financiamiento esta inclusión introduce el l*eas back* o retro*leasing*.

6. Estar a disposición jurídica del dador por título que le permita constituir *leasing* sobre él. En este caso el dador tendrá un dominio restringido que surgirá del propio título que tenga sobre el bien. Por tanto, también parece innecesario esta tipificación.

III) Responsabilidades, acciones y garantías en la adquisición del bien

El artículo 1232 prevé que para los tres primeros supuestos del artículo anterior el dador cumple el contrato adquiriendo los bienes indicados por el tomador quien puede reclamarlo del vendedor, dejando al dador si así lo conviniere libre de la responsabilidad de entrega y saneamiento.

De este modo se le da acción directa al tomador al vendedor.

Empero cuando el dador es fabricante, importador, vendedor o constructor del bien, este no pude liberarse de la obligación de entrega y de saneamiento.

Se trata de una previsión equitativa.

También se prevé que en los supuestos contemplados en el inciso 5 del artículo anterior, el dador no responde por la entrega ni por garantía de saneamiento, excepto que las partes hayan pactado lo contrario.

Ello responde a una situación justa que contempla los intereses convenidos.

Por último, se indica que los casos comprendidos en el inc. 6 del artículo anterior deben aplicarse las reglas contempladas anteriormente en este artículo según corresponda.

Luego de la casuística que introduce no parece de buena técnica legislativa esa enunciación. Hubiera sido más simple y más claro prever que las partes tienen libertad de elegir el modo más apropiado que les resulte para determinar la elección del bien.

SERVICIOS Y ACCESORIOS.

El artículo 1233 prevé que en los contratos pueden incluirse esas modalidades.

Agregamos que de ningún modo ellos están prohibidos de manera que su inclusión es sobreabundante.

FORMA E INSCRIPCIÓN.

El artículo 1234 dispone que el *leasing* debe instrumentarse en escritura pública si su objeto son inmuebles, buques o aeronaves y en los demás casos solo es suficiente el instrumento privado previsto por el artículo 313 del anteproyecto.

Además, obliga a su inscripción en los Registros a los fines de su oponibilidad frente a terceros.

No es adecuado incluir plazos pues es principio recibido en el derecho que recién a partir de su inscripción produce efectos frente a terceros.

Estamos de acuerdo en haber señalado el tiempo por el cual se mantiene la inscripción en los Registros. Dicho plazo debió haber sido uno solo y no dos como se indica. Para inmuebles la inscripción se mantiene por 20 años y para muebles por 10 años.

El hecho que se diga que puede revocarse antes del vencimiento es sobreabundante, pues si cae el contrato resulta obvio que caerá su inscripción.

Recordamos el viejo principio recibido que las inscripciones no bonifican al título nulo, pues son declarativas de derecho, con la única excepción de las previstas en el Régimen del Automotor (Decreto 6582/56, artículo 1), donde son constitutivas de derechos.

MODALIDADES DE LOS BIENES.

El artículo 1235 refiere a la registración del *leasing* distinguiendo que de tratarse de cosas muebles no registrables será a de aplicación la prevista en la ley de Prenda con Registro y las que rigen el funcionamiento del Registro de Créditos Prendarios; debiendo esas instituciones expedir certificados e informes previendo un plazo sumamente breve de 24 horas para el caso que los bienes no están registrados.

Entendemos que esta norma no responde a la realidad, pues no hay antecedentes legislativos que un certificado de informes tenga vencimiento de 24 horas. Se trata de un plazo brevísimo.

TRASLADO DE BIENES.

El artículo 1236 prevé en principio que no se trasladen los bienes permaneciendo en el lugar estipulado, salvo conformidad del dador que deberá constar en el Registro correspondiente.

Se trata de una norma adecuada que recibe los postulados de la ley de Prenda con Registro.

OPONIBILIDAD. SUBROGACIÓN.

El artículo 1237 dispone que el contrato inscripto es oponible a los acreedores de las partes y los acreedores del tomador pueden subrogarse en los derechos de este para ejercer la opción de compra.

Sin embargo, no se menciona el concurso o la quiebra del dador en cuanto esta no podría afectar los derechos del tomador, que además bien podría ejercer la opción de compra pagando el valor residual que haya estipulado el contrato.

Para el caso que los acreedores del tomador quieran subrogarse en los derechos de este, bien podrían ejercer también la opción de compra, o solicitar la resolución del contrato si lo consideraren gravoso a sus intereses.

USO Y GOCE DEL BIEN.

El artículo 1238 dispone naturalmente que el tomador esta legitimado para usar y gozar del bien. Se le impide su venta y también que sea gravado.

Debe abonar los gastos ordinarios y extraordinarios de conservación incluyendo seguros, impuestos y tasas que pesen sobre el bien, salvo que las partes hayan previsto otra modalidad.

En principio le es permitido al tomador arrendar el bien excepto en caso contrario, pero el locatario no puede esgrimir derechos sobre el bien cuya propiedad ostenta el dador.

ACCIÓN REIVINDICATORIA.

El artículo 1239 estipula que tanto la venta o que se grave el bien adquirido por el tomador es inoponible al dador.

La fórmula expresada es oportuna. Pero podríamos preguntarnos si el dador se opusiera a la venta por parte del tomador, el juez podría suplir esa autorización?

Entendemos que de ninguna manera podría dejarse de lado la negativa del dador que tiene su origen en el propio contrato, y mucho menos que el bien sea gravado sin su consentimiento.

Téngase en cuenta, además, que el dador conserva la acción reivindicatoria sobre la cosa mueble para reclamarla a quien la tenga y accionar también por daños y perjuicios contra el tomador.

OPCIÓN DE COMPRA. EJERCICIO.

El artículo 1240 en principio desacertadamente prevé que ella puede ejercerse cuando el tomador haya pagado las ¾ partes del canon estipulado o antes si así lo convinieron.

No encontramos ninguna razón valedera para establecer esa porción de ¾ partes. Es simplemente un valor que carece de justificación y arbitrio, máxime que las partes pueden prever otra oportunidad.

Hubiera sido preferible disponer que la opción puede ejercitarse antes del vencimiento del contrato.

Adviértase que indican un monto para el ejercicio, en muchos casos obligará a las partes a ponerse de acuerdo sobre cuándo se han pagado las ¾ partes, sobre todo cuando el canon es variable o bien está sujeto a reajustes.

PRORROGA DEL CONTRATO.

El artículo 1241 permite a opción del tomador su prórroga y las condiciones de su ejercicio.

Empero nada dice respecto del dador con lo cual se rompe el equilibrio contractual dando por tierra la voluntad de este que en definitiva sigue siendo el dueño del bien.

La prórroga será adecuada si ella es producto de ambas voluntades.

TRANSMISIÓN DEL DOMINIO.

El artículo 1242 luego de ejercitada la opción y aunque la norma nada dice en cuanto al pago del valor residual, a partir de allí nace el derecho del tomador para que se le transmita el bien objeto del *leasing*.

Dispone el artículo que el dominio se adquiere después de cumplimentar los requisitos precedentes, con excepción de aquellos propios por la naturaleza del objeto. Ejemplo: si se tratara de un inmueble, además de cumplir los que mencionamos, deberá realizarse la escritura traslativa de dominio e inscribirse en el Registro de la Propiedad.

RESPONSABILIDAD OBJETIVA.

El artículo 1243 desplaza la responsabilidad objetiva prevista en el anteproyecto por el artículo 1757 al tomador del *leasing*, salvo que el dador haya contratado un seguro sobre la cosa por eventuales daños a terceros.

Empero, el tomador deberá contar con un seguro que cubra el bien y resguarde posibles daños que pueda ocasionar.

En cambio, cuando el seguro lo hubiere contratado el dador, sería de buena política otorgarle acción directa al tomador contra la compañía aseguradora contratada.

Estas acciones –directas– son más fuertes que la subrogatoria y también más eficaces.

En fin, la solución que proponemos la contemplaba el primer anteproyecto mucho más ordenado y completo que la actual redacción.

CANCELACIÓN DE LA INSCRIPCIÓN. SUPUESTOS.

El artículo 1244 prevé que la cancelación sobre cosas muebles o software se cancela por orden judicial para lo cual necesariamente debe existir un proceso donde intervengan las partes del contrato o bien por petición del dador o su cesionario.

Creemos que esta normativa es ajustada a derecho.

CANCELACIÓN DE LA INSCRIPCIÓN A PEDIDO DEL TOMADOR

El artículo 1245 da las pautas sobre el pedido que efectúe el tomador para cancelar el *leasing*. Los supuestos contemplados ofrecen algunos comentarios. Veamos pues,. Si la petición la efectúa exclusivamente el tomador y no va acompañada del consentimiento del dador ello merecerá necesariamente serios reparos por parte de los Registros correspondientes.

Téngase en cuenta que los Registros están para dar publicidad a los actos, pero de ningún modo cuentan con facultades para tomar decisiones que puedan perjudicar a una de las partes del contrato, máxime cuando no se ha manifestado.

En cuanto a la interpelación fehaciente del tomador al dador para que dentro de un plazo de quince días hábiles se expida sobre la cancelación, ofreciéndole además los pagos correspondientes, se trata que el funcionario del Registro realice una suerte de interpretación del contrato que naturalmente escapa a sus funciones. Por tanto, nos parece más adecuada la norma del artículo 1244 y no la casuística del 1245 que lo único que hace es complicar las cosas y luego terminarán ante el juez, lo cual se verá más intensamente en la norma siguiente.

PROCEDIMIENTO DE CANCELACIÓN.

El artículo 1246 refiere innecesariamente al procedimiento de cancelación. Como ya señalamos con la del 1244 la solución era suficiente.

Desde ya que si el "notificado" presta conformidad la inscripción se cancela, para lo cual siguiendo el "procedimiento" el Registrador solicitará su manifestación. Empero, si el dador no formula observaciones dentro de los quince días hábiles desde su notificación y el encargado del Registro estima que el depósito se ajusta a las previsiones del contrato, procede a su cancelación y notifica a las partes.

Fácilmente se advierte la posibilidad cierta que la resolución del registrador concluya en una causa judicial donde además del dador y tomador será parte necesaria el registrador.

Ello no debería mantenerse, pues lo único que hace es embarullar las cosas, sin ningún fin bueno y seguramente no querido por el legislador.

CESIÓN DE CONTRATOS O DE CRÉDITOS DEL DADOR

El artículo 1247 en esta clara referencia a la cesión del contrato o de créditos del dador está correctamente amparada por las previsiones de los artículos 1614 y siguientes del anteproyecto que regula el contrato de cesión y se prevén las obligaciones del cedente y sus efectos respecto de terceros.

Entramos ahora en la segunda parte del contrato de *leasing* aplicada a los inmuebles que comprende el extenso artículo 1248.

Se legisló mediante un sistema extremadamente complejo y con amplios beneficios para el tomador de un inmueble:

Si el tomador ha pagado menos de ¼ del monto del canon total convenido, la mora es automática, en cuyo caso el dador puede demandar judicialmente el desalojo.

Se debe dar vista (en el caso debería indicarse que se dará traslado de la demanda), por cinco días al tomador quien puede probar documentalmente el pago del monto reclamado o bien paralizar el trámite (digamos a ciencia cierta el juicio), por única vez pagando lo adeudado con más intereses y costas (ni que decir de otras pruebas que se podrán ofrecer por el principio procesal de la amplitud de estas y aquellas que soliciten los jueces como medida para mejor proveer). Caso contrario dispone el juez el lanzamiento sin más trámite.

Si el tomador pagó ¼ o más pero menos de ¾ partes del canon convenido, la mora también es automática.

Adviértase que esta situación necesita prueba a producirse.

En este caso el dador debe intimar al tomador al pago y este dispone de 60 días contados desde la notificación de la demanda, para cancelarlo por única vez. Vencido este extenso plazo sin que el tomador haya cancelado su deuda, el dador puede pedir el desalojo previa vista al tomador, por cinco días, quien nuevamente puede demostrar el pago reclamado o paralizar el juicio con el pago, si antes no hubiere utilizado ese procedimiento.

Se le permite al tomador durante el procedimiento hacer uso de la opción de compra pagando el valor residual más los accesorios reclamados.

Pensemos por un momento a cuánto ascenderá el tiempo del juicio. Los comentarios evidentemente son sobreabundantes.

Si el incumplimiento ocurre después de haberse pagado las ¾ partes del canon, también la mora es automática.

Ahora el dador debe intimar el pago y tomador cuenta con 90 días contados desde la notificación de la demanda para pagar todo lo adeudado, si antes no hubiere recurrida a ese procedimiento (debemos decir que esta última parte en modo alguno aclara desde que época debe computarse "si antes no recurrió a tal procedimiento"), permitiéndole también hacer uso de la opción de compra pagando entonces el valor residual con más los accesorios reclamados. Vencido dicho plazo sin que haya verificado el pago el dador puede demandar el desalojo y darse vista al tomador por cinco días quien también puede nuevamente paralizar el juicio si ejerce algunas de las opciones previstas, más las costas del proceso.

Producido el desalojo el dador puede reclamar el pago de lo adeudado hasta el lanzamiento más intereses y costas por vía ejecutiva. También le es permitido reclamar daños y perjuicios que resulten del deteriore anormal de la cosa imputable al tomador por dolo, culpa o negligencia (adviértase que la inclusión "negligencia" es innecesaria pues la culpa es comprensiva de ella, como también la imprudencia), por la vía procesal pertinente.

Claro está que la sentencia que se dicte por cualquiera de las variantes mencionadas será pasible de recurso de apelación.

Desde otro ángulo, el sistema previsto no debería incluirse en un Código, pues debió haberse descripto un régimen aplicable a todos los casos cuando el tomador incurra en mora y no un presupuesto que contemple las partes que se han pagado.

Se trata de un sistema que le permite al moroso dilatar extensamente el juicio que se le inicie colocando en absoluta desventaja al dador.

Pero más significativo que los comentarios que podemos realizar y que escaparían a este trabajo, solo diremos que el *leasing* inmobiliario no tuvo ninguna difusión, lo cual prueba por sí mismo que su legislación no fue aceptada por el mercado.

De todos modos perfeccionando esas normas podría incluirse un régimen simple para su implementación y no con una regulación injusta que termina siendo abusiva y en consecuencia rechazada.

SECUESTRO Y EJECUCIÓN EN CASO DE MUEBLES

El artículo 1249 nos indica los caminos que puede seguir el dador ante la mora del tomador.

Pedir el inmediato secuestro del bien, acompañando al juez el contrato debidamente inscripto y la prueba de haber interpelado al tomador para que cumpla en un plazo no inferior a cinco días (entendemos que son hábiles aunque no se indique). El juez deberá luego de acreditados estos extremos ordenar el correspondiente mandamiento de secuestro, el cual una vez cumplido el contrato queda resuelto.

Luego el dador puede promover ejecución por el cobro de cánones adeudados hasta que ocurrido el secuestro, con más intereses y la cláusula penal convenida.

Promover la vía ejecutiva por el cobro de canon no pagado, incluyendo la totalidad de los pendientes si así se hubiese convenido. Ello se logrará con el contrato inscripto y aunque la norma nada dice, deberá colocárselo en mora, la norma que debería regular estas situaciones no puede ser otra que el contrato de *leasing* siempre la mora del tomador es automática,. Tal como la prevé el artículo 886 del Anteproyecto - Mora del deudor–.

Solo procede el secuestro cuando el plazo del contrato se encuentre vencido sin haberse pagado en canon íntegro ni el valor residual fijado para ejercer la opción de compra, o bien que se acredite sumariamente el peligro en la conservación del bien y dar el dador una caución.

En ambos supuestos la demanda podrá integrarse con el fiador del contrato.

NORMAS SUPLETORIAS

Concluye el artículo 1250 indicando que son de aplicación subsidiaria las reglas del contrato de locación, con excepción de los plazos mínimos y máximos previstos para ese contrato y las normas relativas al contrato de compraventa son también subsidiarias, para la determinación del precio de compra, siempre y cuando no se haya estipulado como valor residual.

IV) Conclusiones

Consideramos un avance importante que el anteproyecto del Código Civil y Comercial incluya el contrato de *leasing*, pues es el que más dinero mueve en el mundo entero como ya lo adelantamos al comienzo de esta nota.

El nombre con el cual se lo denomina es usado internacionalmente con excepción de España (arrendamiento financiero), o Francia (crédito-bail), de allí su necesidad de mantenerlo.

Estamos frente a un contrato típico, pero lamentablemente su regulación tanto para cosas muebles como para inmuebles no es la más adecuada y adolece de importantes imperfecciones.

El tráfico de esta contrato necesita contar con una normativa que sea sumamente ágil simple y confiable, pues de lo contrario estaremos sepultándolo.

Nada se dice sobre lo que se denomina "valor residual" para ejercer la opción de compra con la que debe contar el tomador.

Tal como sostuvo el doctor José Julián Carneiro ("Estudios sobre el Proyecto del Código Civil de 1999!, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires Instituto de Derecho Civil, año 2000, pág. 13 y ss.), "el *leasing* es un contrato que tiende a satisfacer las urgencias del tráfico con el fin de crear riqueza, que hace al bien común de la sociedad".

Sin embargo concluimos que la regulación comentada no alcanzará ese objetivo.

En consecuencia, es necesario proceder a una adecuada modificación para darle vida a tan importante contrato.

TRANSPORTE DE PERSONAS

Ángel M. Pafundi

I. El contrato bajo análisis encuentra tratamiento específico en el Capítulo 7 del Título IV del Libro Tercero (artículos 1.288 a 1.295), que virtualmente importa una reproducción del proyecto de 1.998.

Su incorporación en el anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación presentado por el Poder Ejecutivo en el corriente año importa una excelente oportunidad para dar un marco legislativo más propicio a un contrato que, legislado en el actual Código de Comercio, se encuentra sumamente desfasado a los tiempos actuales.

Resulta positivo, entonces, que su tratamiento sea específico porque estamos en presencia de un contrato que por sus características particulares confiere una fisonomía diferente al contrato de transporte en general.

Una incorporación acertada del anteproyecto resulta la mención expresa que el contrato de transporte de personas comprende, además del traslado, "las operaciones de embarco y desembarco" (art. 1.288) en razón de ampliar la responsabilidad del transportista respecto al pasajero.

Asimismo, entendemos que vendría a echar por tierra la discusión doctrinaria y jurisprudencial respecto al momento en que se conforma el contrato. El criterio legislativo receptado resulta acorde con el mayoritario en doctrina y jurisprudencia, que atribuye a este tipo de contrato un proceso de conformación esencialmente dinámico en la medida que no se inicia como tampoco se agota en el hecho mismo del transporte, sino que supone la existencia tanto de etapas previas como etapas posteriores que exceden los límites temporales del transporte propiamente dicho.

Otro aspecto también destacable resulta la incorporación de los artículos 1.289 y 1.290 que disponen las obligaciones de las partes contratantes. Se destaca puntualmente, el inciso a) del art. 1289 porque incluye –a nuestro modo de ver– lo que en jurisprudencia se ha venido ampliando acertadamente con relación al espacio físico sobre el cual se extiende la responsabildiad del ente transportador, aunque no se trate esepcíficamente del viaje en sí mismo, pues un servicio de transporte de pasajeros razonable y eficiente, no puede quedar circunscripto únicamente al medio de transporte en sí, sino también fijar una base mínima de comodidades que se le debe brindar a los usuarios de acuerdo al movimiento de personas y las seguridades indispensables para que pueda desplazarse dentro de su propio recinto sin ninguna clase de peligro para su integridad física ni de sus bienes.

Es correcto haber introducido en el inciso c) del artículo 1.289 el deber del transportista de brindar seguridad al pasajero, con todo lo que ello significa en la interpretación de la doctrina y jurispruencia actual.

Pero además, es valorable también señalar que la obligación del transportista no se agota en las disposiciones específicas del capítulo sino que también es su deber contar con todos los posibibles cuidados que así requiera el servicio que presta. Ello, en virtud de lo dispuesto en el inciso a) del

artículo 1.710, respecto del deber de evitar un daño no justificado y la valoración de la conducta que exigen los incisos b) y c) del mencionado artículo.

Por otra parte, el artículo 1.723, que establece la responsabilidad objetiva cuando de las propias características del contrato se debe obtener un resultado determinado, continúa con el perfil actual de conectar a estos tipos de vínculos obligacionales con un factor de atribución objetivo; concepto adoptado también en los proyectos del 1993 y 1998.

Asimismo, tratándose generalmente de un contrato de adhesión, celebramos la limitación de las cláusulas de responsabilidad del porteador al considerarlas como no escritas para beneficiar al transportado en aras de un principio superior llamado "in dubio pro consumidor".

Por las mismas razones entendemos positiva la incorporación de la responsabilidad del transportista por la pérdida o deterioro de las cosas transportadas que el pasajero lleva consigo en la medida que no sean objetos de valor extraordinario que el pasajero no haya declarado antes del viaje o al comienzo de este.

Como puntos débiles vemos que, lamentablemente, no se incorporó en el artículo 1.289 "Obligaciones del Transportista" la limitación de la voluntad que sobreviene de su deber a prestar el servicio a toda persona que de modo reglamentantario así lo requiera, puesto que el carácter mercantil que tiene la empresa no obsta la función social que cumple en virtud de su cometido y el principio de igualdad, de raigambre constitucional, que siempre debe presidir entre los habitantes de la Nación.

Asimismo, notamos que hubiese sido acertado establecer que el contrato en análisis se corresponde con los dispuesto en el art. 1° de la ley 24.240, como que respecto de que el vínculo jurídico entre el porteador (proveedor) y el pasajero (usuario o consumidor) constituye una relación de consumo conforme con la definición que nos brinda el art. 3° de la ley 24.240 modificado por la ley 26.361. Al no ser ello dispuesto en el los artículos que integran el capítulo podría llevar a deducir planteos innecesarios en procesos litigiosos.

En efecto, justamente lo señalado se evidencia en el mismo anteproyecto al tratar la prescripción liberatoria, que, expresamente para este tipo de contratos, dispone en el inciso e) del artículo 2.562 un plazo de dos años, mientras que las ley de defensa al consumidor lo fija en tres.

Así, en cuanto a la prescripción liberatoria en los contratos de transporte de personas es oportuno observar la gravitación que la ley 24.240 tuvo frente a otros ordenamientos precedentes, obligando a la Excma. Nacional Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil a expedirse en pleno in re "Sáez González, Julia del Carmen c/Astrada, Armando Valentín y otros s/daños y perjuicios", del 13/3/2012, por no haber criterio unificado al respecto.

Nótese, además, que, en tanto el reclamo por daños y perjuicios derivados del contrato de transporte es, naturalmente, un reclamo de indemnización de daños derivados por responsabilidad civil, genera aún más confusión con relación al segundo párrafo del artículo 2.561 que fija el plazo de prescripción de reclamos por indemnizaciones derivados de la responsabilidad civil en tres años.

A todo ello, debe sumarse que el sistema de prelación normativa dispuesto en el artículo 963 pone en un pie de igualdad las normas indisponibles de la ley especial y las del Código sin establecer cuál de ellas debe primar si fueran contradictorias, lo que en materia de prescripción liberatoria, en este tipo de contratos, llevaría a confusión.

II. Conclusión:

1. Las incorporaciones normativas que el anteproyecto propone con relación al tópico en análisis resultan acertadas en función de la mayor importancia que el contrato de transporte de personas tiene en la actualidad.
2. Vemos como acierto la incorporación del comienzo y fin del transporte (art. 1.288), estrictamente, lo dispuesto en cuanto a las operaciones de embarco y desembarco.

3. Encontramos que no se muestran modificaciones significativas respectos a la norma vigente y los proyectos de 1.993 y 1.998 con relación al presupuesto de responsabilidad objetivo y las causales de exculpación.
4. Tocante a los deberes del transportista y pasajero, si bien resultan requisitos acertados los allí dispuestos, no se agotan en los normados en los respectivos incisos.
5. Si bien en general se trata de un contrato de adhesión, celebramos la limitación de las cláusulas responsabilidad del transportista de personas de considerarlas como no escritas.
6. Una incorporación positiva, que fuera considerada en la letra del Proyecto de 1.998, es la responsabilidad del transportista por la pérdida o deterioro de las cosas transportadas que el pasajero lleva consigo en la medida que no sean objetos de valor extraordinario o que el pasajero no haya declarado antes del viaje o al comienzo de este.
7. Por último, consideramos desacertada y confusa la solución que se propone en materia de prescripción libertaria (2 años), por entrar en colisión con las disposiciones de la ley de Defensa del Consumidor (3 años), el segundo párrafo del art. 2561 del mismo anteproyecto (3 años) y el orden de prelación normativa dispuesto en el artículo 963.

CONTRATOS BANCARIOS

Eduardo A. Barreira Delfino

1. Introducción

Días pasados tuvo lugar la presentación oficial del "Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", elaborado por la Comisión creada por el Decreto 191/2011.

Uno de los aspectos de la iniciativa, es la incorporación al Código de los denominados contratos bancarios, bajo el fundamento de que tales contratos tienen una importancia relevante en todos los campos, desarrollando un capítulo para tratar de modo sistemático y profundo dicha temática. En esa tesitura, se destaca que el elemento subjetivo es la presencia de entidades sujetas a la ley de entidades financieras; razón por la cual, se desarrollan los contratos que esas entidades celebran habitualmente y se los regula.

Tal incorporación es un paso positivo, pero se desaprovechó la oportunidad de fijar la naturaleza financiera de los contratos bancarios regulados, pues esta calificación tradicional, en realidad técnicamente es inapropiada puesto que repara solo en la calidad de uno de los sujetos que realice este tipo de contratos, cuando correspondería tener en cuenta la esencia o sustancia del contrato, que es de naturaleza financiera.

2. Importancia de la identificación contractual

Los usos y costumbres sociales tienden a identificar a los contratos bancarios, crediticios o financieros como negocios de la misma naturaleza, resaltándose en unos casos, el enfoque subjetivo (la intervención de un banco) y en otros el enfoque objetivo (la asistencia crediticia o financiera).

Reitero que la denominación "*contratos bancarios*" no es técnicamente apropiada, pues se sustenta en la calidad que reviste una de las partes del negocio (el banco), sin abordarse el contenido intrínseco del mismo. Es por ello, que me inclino a utilizar la denominación de "***contrato financiero***", como expresión conceptual más amplia y comprensiva de todos aquellos negocios por medio de los cuales se presta un "***servicio financiero***", a cambio de un precio determinado que esta representado por la tasa de interés pactada y que se devenga en función del decurso del tiempo, tanto para el cumplimiento normal como moroso del apoyo crediticio brindado (intereses compensatorios e intereses moratorios o punitorios)

De este modo, la denominación señalada resalta la esencia misma del negocio (financiación), con independencia del sujeto que la presta, quien puede ser:

- Un simple particular, comerciante o profesional.
- Una sociedad industrial, comercial o de servicios.

- Una sociedad financiera, no comprendida en el marco de la Ley 21.526.
- Una entidad financiera – bancaria o no bancaria – sujeta a la Ley 21.526
- Un organismo de derecho público, nacional, provincial o municipal.
- Una institución financiera internacional.

La calidad de negocio financiero no esta dada por las personas que intervienen sino por la naturaleza de la prestación que se acuerda.

La diferencia entre sociedades financieras y entidades financieras, radica en que las primeras no se encuentran autorizadas para realizar "intermediación financiera" entre la oferta y demanda pública de recursos financieros; por consiguiente, solo pueden realizar operaciones financieras afectando recursos propios, ya que tienen vedado captar recursos de terceros.

En cambio, las entidades financieras regidas por la Ley 21.526 y autorizadas a funcionar por el BCRA, están habilitadas a captar recursos de terceros para su colocación ulterior a través de líneas de financiamiento diseñadas, debiendo originar y alimentar continuamente el ciclo de captaciones y colocaciones de recursos financieros en el mercado institucionalizado.

Los recursos afectables, en ambos casos, deben considerarse en sentido amplio, es decir, dinero, títulos y valores negociables y aportes económicos, los que constituyen el objeto de las operaciones financieras.

Esta distinción resulta práctica, debido a que también los bancos realizan otras operaciones que no revisten naturaleza financiera, como las denominadas operaciones de servicios o neutras, en las que no existe intermediación financiera, debido a que el banco realiza determinadas prestaciones que no implican desembolsos de dinero a ser restituidos en determinado plazo, de modo que no son remunerados según una tasa de interés, sino mediante comisiones, aranceles o suma fijas predeterminadas (por ejemplo, pago de servicios públicos, alquiler de cajas de seguridad, administración de tarjetas de crédito, cajeros automáticos, etc.).

También merece destacarse que el contrato financiero configura la cobertura jurídica de la operación financiera, entendiéndose esta como la relación creada entre dos partes, con miras a satisfacer –recíprocamente– dos intereses económicos simbióticos, que consisten:

- Para una de ellas (ACREEDOR) la obtención de un beneficio financiero mediante la prestación de recursos solicitada; y
- Para la otra (DEUDOR), la satisfacción de una necesidad financiera, al superar el déficit de recursos que motivó la solicitud del mencionado servicio.

Obsérvese que en las operaciones activas, el banco adquiere el rol de Acreedor y el cliente el de Deudor. Así el banco genera una acreencia y el cliente asistido genera un pasivo. Por el contrario, en las operaciones pasivas se invierten los roles, puesto que el Banco pasa a ser el Deudor del depósito captado asumiendo un pasivo y el ahorrista o inversor pasa a ser el Acreedor del mismo, en calidad de titular de una acreencia.

El contrato financiero es la contracara de la operación financiera y ambos son parte inseparable del mismo fenómeno: *el negocio financiero*. El contrato financiero refleja el contenido jurídico de la relación creada; la operación financiera comprende el sustrato económico y financiero objeto de esa relación. Si la operación celebrada no esta correctamente sincronizada con el contrato que la contiene, la posibilidad de conflicto se torna casi inexorable.

"Concepción tradicional".

La clásica definición de GARRIGUES ubica al contrato bancario como todo acuerdo para constituir, regular o extinguir una relación que tenga por objeto una operación bancaria. [1]

1. GARRIGUES, Joaquín, "Contratos bancarios", p. 4, 2ª edición, Madrid, año 1965.

Surge así la materia típica y genuina del contrato bancario como sinónimo de "dar crédito", entendiéndose por tal la renuncia de un bien del cual se dispone para atribuirlo a otra, contra restitución *intra certum tempus* del equivalente. [2]

El término crédito deriva de la palabra latina "***credere***", que quiere decir "***creer***" y "***confiar***".

El acreedor que concede un crédito en el presente, brinda un servicio para el cual el deudor devolverá la recompensa en el futuro. La base del negocio es la confianza que tiene el acreedor en la voluntad y la capacidad del deudor de devolver el monto prestado al momento pactado.

Pero esta devolución puede ser con o sin intereses. El ***pacto de intereses*** pone de relevancia un aspecto central de la operación de crédito concertada, que es, precisamente, la esencia financiera que encierra el negocio.

De este modo, puede observarse que toda operación de crédito presenta dos facetas, a saber:

- Un contenido económico, consistente en la creación de poder de compra con el propósito de transferirlo al tomador del préstamo (deudor) para que pueda destinarlo a su ciclo productivo, comercial, de servicio o de consumo; poder que se mide en dinero; y
- Un contenido jurídico, consistente en la transmisión temporal de poder adquisitivo a cambio de la promesa de su reembolso con más sus intereses, en un plazo determinado.

La incidencia que tiene la tasa de interés como componente ineludible de las operaciones autorizadas a realizar por las entidades financieras, bancarias y no bancarias, conduce a una nueva visión de las mismas, en la que se enfatice su contenido financiero para su ulterior adecuación a los principios jurídicos aplicables a la actividad regulada por la Ley 21.526, donde se yuxtaponen derechos e intereses, tanto de corte publicístico como privatístico.

Y conforme este enfoque, son contratos de idéntica naturaleza financiera, tanto el depósito a plazo fijo (donde el ahorrista financia a la entidad depositaria) como el simple mutuo (donde la entidad financia al cliente).

3. Sustrato financiero de los denominados contratos bancarios

La financiación que amerita la naturaleza del contrato se trasunta en los factores que se comentan seguidamente.

Rol del interés.

He puntualizado que las operaciones de crédito que llevan intereses configuran una operación financiera, en razón de que implican la afectación de un capital determinado que cuantitativamente habrá de variar por el transcurso del tiempo. La variación señalada obedece al devengamiento de ***intereses*** conforme la tasa de interés que haya sido pactada.

En función de lo expuesto, se observa que el factor tiempo constituye la esencia del negocio financiero y su razón de ser determinante, puesto que marca el proceso de capitalización por el que necesariamente debe transitarse y que no es otra cosa que la evolución del capital afectado al negocio (capital de origen) a lo largo del tiempo y hasta su recuperación (capital financiero).

2. GALAZO, A., "Contratti di credito e titoli bancari", p. 70, Padua, año 1971.

Proceso de capitalización.

Conforme la dinámica apuntada, aparece el concepto de "***capitalización***", que consiste en la evolución del capital de origen a lo largo del tiempo, lo que a su vez determina el denominado "***período de capitalización***", como la diferencia constante entre dos momentos que corresponden al instante en que los intereses pueden:

- Separarse, para ser percibidos por el acreedor, en los vencimientos preestablecidos (Capital a 1 año – Intereses en cada mes)

- Sistema de **INTERÉS SIMPLE**.

- Acumularse, para no ser percibidos y devengar nuevos intereses hasta el vencimiento de la operación (Capital a 1 año – Intereses capitalizables sucesivamente en cada mes)

- Sistema de **INTERÉS COMPUESTO**.

Comparativamente, en el segundo sistema, el rendimiento financiero que se obtiene es mayor que el que ofrece el primero. Más aún, cuanto mayor sea la periodicidad de la capitalización de intereses, la deuda será mayor.

Es por ello, resulta válido afirmar que la verdadera regla del rendimiento financiero es el interés compuesto. Regla que es aplicable indistintamente para la entidad financiera como para el cliente (sean acreedores o deudores, recíprocamente).

Tasa de interés nominal y efectiva.

Para comparar los rendimientos de uno y otro sistema, la tasa de interés nominal no es suficiente; debe recurrirse a la tasa de interés efectiva. Es por ello que la tasa de interés nominal, no solo es usada como tasa contractual o pacto de tasa de interés sino también para calcular la tasa de interés efectiva.

La tasa de interés nominal, supone la capitalización de intereses en un período determinado (por ejemplo: un año); pero también puede estar referida a subperíodos (por ejemplo: 1 mes). Ergo, la unidad de tiempo de la tasa nominal no coincidirá con la unidad de tiempo del subperíodo de capitalización, por lo que cabe recurrir a la tasa proporcional.

Días	Tasa Nominal Anual	Tasa Nominal Efectiva
30	12 %	12,68 %
60	12 %	12,61 %
180	12 %	12,36 %

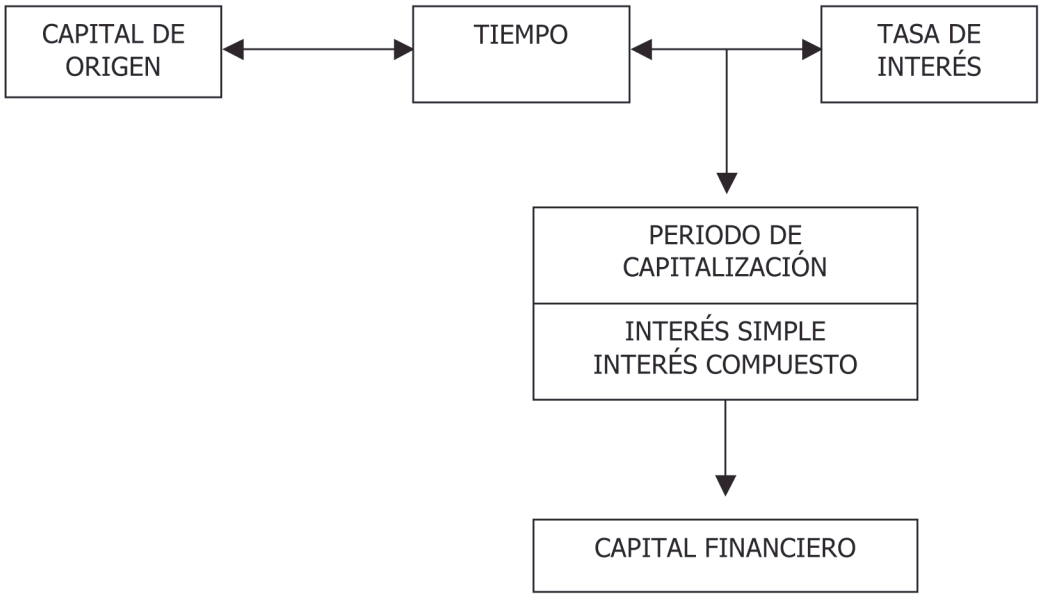
Fácil resulta apreciar que la misma tasa nominal de interés, arroja un rendimiento mayor en la periodicidad mensual de capitalización que en la semestral.

Ergo, la tasa de interés efectiva es la que resulta relevante, puesto que indicará tanto el rendimiento financiero para el acreedor como el costo financiero para el deudor.

Capital financiero.

Surge entonces, como conclusión del proceso de capitalización, la figura del "***capital financiero***", que representa el capital de origen, inicialmente desembolsado, trasladado a la época de su reintegro, momento en que vuelve a estar disponible para su titular. En otras palabras, es la resultante del capital de origen sometido a interés, al momento de su disponibilidad una vez vencida la operación.

Fácil resulta deducir, entonces, que los componentes sustanciales de toda operación financiera resultan ser, por un lado, el "***capital***" y por el otro, el "***tiempo***", el que a su vez condiciona el "***interés***" a percibirse, en función de la tasa de interés que proceda aplicar, sea ese interés detraído o incorporado al proceso de capitalización.

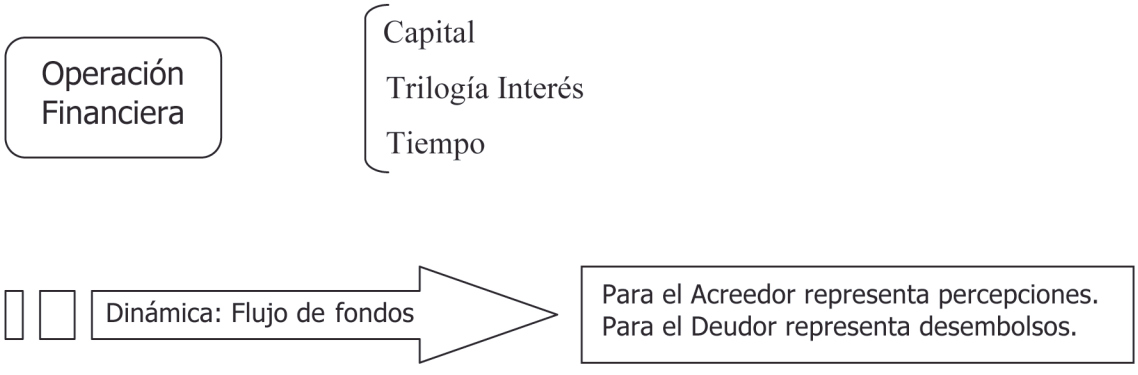


Consecuentemente, en las operaciones financieras la administración del tiempo constituye el "*núcleo*" del éxito o del fracaso del negocio financiero:

- Para el Acreedor, por el rendimiento o rentabilidad que debe producir el capital invertido.
- Para el Deudor, por el costo que debe afrontar por el uso del capital ajeno.

Es por ello que los plazos de pago de capital e intereses requieren que sean detenidamente analizados y consensuados por Acreedor y Deudor, en beneficio recíproco, para delimitar los riesgos de incumplimiento, pues toda demora o postergación en los pagos o la falta de pago, altera sensiblemente la ecuación temporal del negocio, afectando inequívocamente a las dos partes vinculadas.

Al Acreedor, en virtud de que el no recupero en tiempo oportuno, afecta su liquidez y disponibilidad futura, viendo frustrada las oportunidades de nuevas prestaciones financieras; y al Deudor, puesto que al no cancelar en tiempo oportuno, agudiza su endeudamiento por la generación de nuevos pasivos y afecta su capacidad para obtener nuevas asistencias crediticias.



El segmento del tiempo previsto para la operación financiera constituye el factor más relevante, máxime si se encuentra en situación de mora o cumplimiento irregular.

Durante el período de vigencia de la operación financiera, sea normal o irregular, la tasa de interés "***trabaja***" sin pausas.

Lo expuesto también permite deducir que una operación sin intereses, no configura una operación financiera debido a que el capital de origen, no experimenta una variación cuantitativamente durante el plazo de afectación, siendo el mismo capital al momento inicial y al momento final.

Tampoco reviste el carácter de operación financiera, aquella operación que solo se encuentra sujeta a un índice de actualización o estabilización, puesto que la indexación consiste simplemente en la re-expresión aritmética del mismo capital por el transcurso de un período de tiempo, mediante la aplicación de un índice de ajuste con miras a establecer la equivalencia del capital nominal entre el momento de origen de la operación y el momento final.

En función de lo expresado, considero que la denominación técnicamente más ajustada de los contratos bancarios, es la de contratos financieros (simbiosis de tres factores inseparables: ***capital*** + ***interés*** + ***tiempo***), aspectos que el proyecto de unificación pudo haber resaltado.

4. Análisis de la codificación

El Anteproyecto trata de los Contratos Bancarios, en el
Libro 1º,
Título IV,
Capítulo 12,
Sección 1º - Disposiciones generales
Parágrafo 1º - Transparencia de las condiciones contractuales.
Parágrafo 2º - Contratos bancarios con consumidores.
Sección 2º
Parágrafo 1º - Depósito bancario.
Parágrafo 2º - Cuenta corriente bancaria.
Parágrafo 3º - Préstamo y descuento bancario.
Parágrafo 4º - Apertura de crédito.
Parágrafo 5º - Servicio de caja de seguridad.
Parágrafo 6º - Custodia de títulos.

5. Sobre la transparencia de las condiciones contractuales

Demás esta decir que la transparencia resulta vital para la validez y dinámica de los contratos bancarios, porque permite que la voluntad de las partes al arribar a un acuerdo sea genuina y demostrativa de la intención de obligarse en los términos pactados.

Es importante que la publicidad, propuesta y documentación contractual, deba indicar con precisión y en forma destacada si la operación financiera de que se trate corresponde a la cartera de consumo o a la cartera comercial, conforme clasificación que realice el BCRA (1379).

La norma viene a reflejar la bifurcación que viene consolidándose en el mercado bancario entre "*banca*" individual o personal y "*banca*" comercial, empresarial o corporativa, circunstancia que amerita un diferente tratamiento e interpretación entre las operaciones de una u otra cartera, en función del menor o mayor conocimiento en materia bancaria tienen los clientes respectivos.

También cabe resaltarse el derecho que se le reconoce al cliente, a que se le entregue un ejemplar del contrato que hubiere celebrado (1380). Derecho que le asiste para permitir mantener presente los términos y condiciones de contratación asumidos. A su vez, ese derecho trae como correlato la obligación de la entidad financiera de otorgar ese ejemplar. Se trata de la consolidación del principio del "doble ejemplar" extendido al ámbito de la contratación bancaria.

La especificación de las tasas de interés a cargo del cliente, si resulta omitida en la contratación, queda suplida por la aplicación de una tasa mixta entre la nominal mínima y máxima, respectivamente, para las operaciones activas y pasivas promedio del sistema, publicadas por el BCRA (1381).

Por ejemplo:

- Préstamo: TNA máxima: 36 % - TNA mínima: 28 % ⟶ Tasa: 32 %.
- Depósito: TNA máxima: 12 % - TNA mínima: 8 % ⟶ Tasa: 10 %.

Este mecanismo legal se basa en las "*bandas*" del mercado, lo que tiene significativa trascendencia, en la labor morigeradora de los jueces ante planteos sobre exorbitancia de las tasas de interés pretendidas o liquidadas por las entidades financieras, porque tienen que respetar las tasas pactadas siempre y cuando se encuentren comprendidas en la citada banda.

Otra novedad es la información periódica a suministrar al cliente, al menos una vez al año, sobre el desenvolvimiento de las operaciones de plazo indeterminado o de plazo mayor a un (1) año. Información que una vez cursada, no se impugna dentro de los sesenta (60) días, se entiende que el cliente ha aceptado las operaciones informadas (1382).

Por último, se reconoce al cliente la posibilidad de rescindir en cualquier momento, los contratos por tiempo indeterminado (1863), tales como la cuenta corriente bancaria y la tarjeta de crédito.

6. Sobre los contratos con consumidores y usuarios

Este parágrafo no hace más que reflejar los principios rectores de la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor y la profusa doctrina jurisprudencial uniforme elaborada en la materia.

Tal vez lo más significativo sea considerar a los contratos bancarios como contratos de consumo (1384), entendido como aquel celebrado entre un consumidor o usuario final con una persona física o jurídica que actúe profesional u ocasionalmente o con una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada, que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los bienes o servicios por parte de los consumidores o usuarios, para su uso privado, familiar o social, siempre que no tenga vínculo con su actividad comercial, industrial, artesanal o profesional (1093).

Siempre he sostenido que los contratos bancarios quedan comprendidos en la ley de defensa del consumidor, aun cuando haya dudas sobre el encuadramiento correspondiente a situaciones determinadas, siendo la entidad financiera la principal interesada en ajustarse a esos principios tuitivos, para evitar que so pretexto de violarse esos principios el deudor interrumpa los flujos de fondos de la asistencia financiera otorgada, circunstancia que bajo ningún concepto debe permitir la acreedora y el sistema.

Recuérdese que desde la óptica jurídica la parte débil de contrato bancario es el cliente; pero desde la perspectiva económica, el débil es el banco.

7. Sobre el depósito bancario

La principal aclaración que hace el Anteproyecto es que en el contrato de depósito de dinero el ahorrista transfiere la propiedad de los fondos a la entidad financiera depositaria (1390).

En cualquiera de las modalidades de depósito bancario, el ahorrista o inversor celebra una operación en la cual genera una acreencia, por lo que reviste el rol de Acreedor y la entidad financiera asume un pasivo, por lo que deviene en Deudor.

Ahora bien, desde el punto de vista jurídico, es preciso destacar que nuestro Código Civil, regula dos (2) tipos de depósitos:

- El depósito *"regular"*, que es aquel que se verifica cuando una parte (depositante) le entrega a otra (depositario), una cosa mueble o inmueble, quien se obliga a restituir la misma e idéntica cosa al término del plazo pactado (Art. 2182 del Código Civil). El depósito puede ser gratuito u oneroso (Art. 573 del Código de Comercio), procediendo resaltar que en el ámbito bancario, por su naturaleza comercial, siempre se presume oneroso, razón por la cual el depositante debe abonar una remuneración por la guarda y conservación de la cosa depositada. Asimismo el depósito no transfiere al depositario el uso de la cosa en cuestión, que queda en custodia.
- El depósito *"irregular"*, es aquel que comprende cosas o dinero, pero de carácter fungible razón por la cual el depositante concede al depositario el uso de la cosa o dinero facilitado y el depositario se obliga a restituir la cosa o dinero entregado, a un momento determinado, con tal que sea de la misma especie (Art. 2220 del Código Civil). El depósito de dinero puede ser irregular, si se entrega con individualización de cada uno de los billetes, a los efectos que su devolución comprenda los mismos billetes (casi improbable en el tráfico bancario).

En atención a lo expuesto, siendo el dinero una cosa mueble, de naturaleza fungible, su entrega en depósito a un banco, jurídicamente encuadra como ***"depósito irregular"***, por lo que el banco puede usar ese dinero a su exclusivo criterio, sin condicionamiento alguno impuesto por el ahorrista depositante. Como contrapartida, este último solo tiene contra el banco un derecho de disponibilidad o restitución del saldo acreedor, conforme los términos y condiciones del tipo de depósito constituido.

Más aún, el banco puede compensar el dinero depositado por el ahorrista depositante, con cualquier otra deuda que tenga el mismo en el banco (préstamo o tarjeta de crédito), en razón de reunirse entre ellos, la calidad recíproca de deudor y acreedor (Art. 818 del Código Civil).

Jurídicamente, la compensación extinguirá con fuerza de pago las dos deudas recíprocas, hasta donde alcance la menor.

Ejemplo:

- Plazo fijo de $ 15.000, vencido y exigible
- Préstamo de $ 20.000, vencido y exigible

Se compensa hasta la suma menor, o sea, $ 15.000 - Saldo insoluto queda en $ 5.000.

Entonces, el ahorrista depositante nada tiene que reclamar al banco depositario por el depósito oportunamente efectuado, pero tampoco debe la totalidad del préstamo porque ha sido saldado en parte con la retención de aquel y solamente queda debiendo al banco, el saldo insoluto del préstamo que es de $ 5.000, que no fue alcanzado por la compensación.

Resta señalar que para que se verifique la compensación, como modo de extinción de las obligaciones de dar suma de dinero, se requiere que la suma debida por cada parte, pueda ser dada en pago de lo que es debido a la otra; que ambas deudas sean subsistente; que sean de plazo vencido y, a su vez, líquidas, exigibles y expeditas; y que de ser condicionales, se halle cumplida la condición.

Otro aspecto interesante es que se fija la regla de que el depósito a nombre de 2 ó más personas, cualquiera de ellas puede disponerlo, excepto que se haya convenido lo contrario (1391). Es decir, la norma adopta el concepto de la titularidad indistinta, debiendo la titularidad conjunta ser materia de pacto expreso con los depositantes.

Es importante esta orientación en materia de embargo, fallecimiento, concursos o incapacidad sobreviniente de uno de los titulares, porque en la "orden indistinta" se interpreta que los fondos en cuenta son de cualquiera de los titulares; en cambio en la "orden conjunta" tales fondos se interpreta que corresponden a los titulares por partes iguales.

Por último, se establece como regla que los certificados representativos de depósitos a plazo son transferibles por endoso; para que sea intransferible, el ahorrista es quien debe exigir que así lo sea, en cuyo caso su negociación podrá hacerse mediante contrato de cesión (1392).

8. Sobre la cuenta corriente bancaria

La definición prevista es muy simplista; pareciera que la cuenta corriente bancaria es una simple libreta de anotaciones en cuenta (1393), cuando en realidad es el contrato bancario por excelencia y el más importante del sistema, en cantidad de cuentas abiertas y por el volumen de dinero que circula a través de ellas.

a. La cuenta corriente bancaria presupone la existencia de cuatro elementos:
b. El elemento contable como soporte de la cuenta.
c. El servicio de pago de cheques y de caja.
d. El régimen de compensación de créditos y deudas en la cuenta, y
e. El servicio de crédito a través del descubierto bancario.

El contrato de cuenta corriente bancaria es autónomo, típico, consensual (no es requisito que el cuentacorrentista haga entrega de fondos para configurar el contrato), normativo (al regular las relaciones futuras entre las partes), de adhesión, personalísimo, bilateral (genera obligaciones recíprocas para las partes, que deben ser cumplidas durante toda la relación contractual) y oneroso (en el sentido del Art. 1149 del Código Civil, por las ventajas que se procuran las partes en relación a una prestación que la contraparte le ha hecho o se ha obligado a hacerle, intermediación habitual entre la oferta y la demanda de recursos financieros, de acuerdo al Art. 1 de la ley 21.526).

También hay un aspecto singular en la cuenta corriente bancaria como es la sujeción técnica a la normativa del BCRA y que obedece al riesgo sistémico de la actividad, que comprende el ahorro público teniendo en cuenta las características de los activos financieros: la liquidez, el rendimiento como utilidad o ganancia y el riesgo.

A través de esta operatoria se canalizan todos o casi la mayor parte de los negocios del banco con su titular. Por ello, la cuenta corriente bancaria opera con efectos múltiples, y en ella el banco no solamente acredita los depósitos del cliente, sino también los préstamos que le otorga, la compra de valores y las cobranzas que realiza a su nombre, debitándole las extracciones y toda otra obligación que aquel posea respecto de la entidad, ya sea por capital, ajustes, intereses, comisiones, débitos por tarjeta de crédito o gastos.

El descubierto en cuenta puede provenir de la existencia de un contrato de apertura de crédito en cuenta corriente bancaria (descubierto autorizado) o de un adelanto transitorio (descubierto no autorizado). El descubierto contractual se materializa mediante un contrato de apertura de crédito en cuenta corriente, por el cual el banco se compromete a poner a disposición una suma determinada de dinero, autorizándolo a girar sobre ella en la cuenta corriente. El cliente puede hacer, entonces, retiros parciales o totales, para disponer de la suma de crédito otorgada como así también autorizar débitos por pago de obligaciones asumidas, ya sea con el banco o con terceros. Este descubierto contractual, generalmente se renueva en forma periódica (acuerdo de sobregiro).

El descubierto bancario puede obedecer también a un simple adelanto transitorio de fondos efectuado por el banco al cliente. Así, cuando el descubierto es consecuencia del servicio de caja que el banco brinda al cliente, el crédito aparece como un complemento de ese servicio, sea en razón de la confianza que el cliente merece, sea en razón de su movimiento de depósitos, que ofrecen al banco suficiente garantía de que el descubierto será rápidamente cancelado. Este descubierto unilateral, generalmente es ocasional y no reiterativo.

El nuevo Código podría haber enriquecido el tratamiento de la cuenta corriente bancaria, de conformidad con la práctica y la dimensión que tiene en la actualidad.

Respecto al servicio de pago de cheques, el contrato puede incluirlo (1397), por lo que deja de ser obligatorio como sucede en la actualidad. Esta facultad puede replantear la doctrina pretoriana que distinguía las cuentas "*operativas*" (con servicio de cheques) de las cuentas "*no operativas*" (sin servicio de cheques), a los efectos de evaluar la habilidad del título ejecutivo que se presentara para promover la ejecución del saldo deudor que arrojare su cierre.

En cuanto a los saldos deudores del cliente, que pudieran originar los movimientos diarios de la cuenta corriente, se fija el principio de su capitalización mensual (1398). Se respetan la doctrina interpretativa mayoritaria y los usos y costumbres en la materia, que responden a la obligación de los bancos de presentar balances mensuales confidenciales ante la autoridad de contralor y superintendencia.

Acerca de la propiedad de los fondos en la cuenta abierta a nombre de dos o más persona, sea conjunta o indistinta, se presume que pertenece a los titulares por partes iguales (1400). La norma contradice lo establecido para los depósitos (1391)

Se evidencia una confusión acerca de la titularidad conjunta (propiedad de los fondos por partes iguales) o indistinta (propiedad de los fondos en su totalidad de cada titular).

Los resúmenes de cuenta revisten singular importancia para el banco como para el cuentacorrentista, porque informa los movimientos recíprocos entre ambos, de modo que recibido el mismo, si no es observado dentro de los diez (10) días de su recepción o dentro de los treinta (30) desde que debió ser recibido, queda tácitamente aprobado (1403).

En este sentido, la norma debió ser más precisa y contundente, previendo que la aceptación tácita es una declaración de verdad, de modo de dar seguridad a las transacciones entre las partes y con respecto a terceros vinculados con la cuenta.

Téngase presente que el cuentacorrentista mueve la cuenta con asiduidad, principalmente para utilizar el descubiertos que tuviere asignado. Además tiene la posibilidad de consultar en cualquier momento la evolución de sus saldos diarios. Ergo, ausencia de reclamo o impugnación de los resúmenes en los plazos fijados, consolidan su aceptación tácita en atención a la doctrina de los actos propios.

Es deber del cuentacorrentista ser "*proactivo*" en el control de los movimientos de su cuenta y de los resúmenes pertinentes, por lo que tiene la obligación de comparecer ante el banco, toda vez que observe algún movimiento errado o extraño.

Por último, ser reconoce fuerza ejecutiva al certificado del saldo deudor al cierre de la cuenta, para perseguir su cobro por vía del juicio ejecutivo (1406), siguiendo la doctrina y jurisprudencia mayoritaria.

9. Sobre el préstamo y el descuento bancario

Nada novedoso se prevé para estas dos operaciones financieras (1408 y 1409).

10. Sobre la apertura de crédito

Resulta doblemente desacertada la definición, por un lado, acerca del concepto de remuneración para este tipo de operación, pues puede entenderse como una suma fija, cuando esa remuneración esta dada por la tasa de interés que se pacte aplicar por el tiempo que el cliente use efectivamente los fondos puestos a su disposición; por el otro, respecto a que el contrato pasa a ser de plazo indeterminado si no se pacta lo contrario (1410).

Evidentemente, se desconoce el funcionamiento de la apertura de crédito, puesto que es un contrato por el cual el banco pone fondos a disposición unilateral del cliente, hasta un monto determinado (margen de crédito) y por un tiempo determinado (180 días), a un interés pactado que devengará por el tiempo efectivamente usado por el cliente. Al vencimiento del plazo pactado, puede renovarse en idénticos términos o en nuevos términos, conforme sean las circunstancias del mercado. Se trata de un instrumento de auto financiación del cliente, pues solo él usa o no el dinero a su disposición y solo él define el costo que esta dispuesto a afrontar por el uso de ese dinero.

Otro desacierto, es que la disponibilidad del dinero no pueda ser utilizada para compensar cualquier obligación del acreditado (1412). Téngase presente que esta modalidad crediticia se canaliza por la cuenta corriente bancaria, precisamente para utilizar esos fondos en extracciones propias, en

cobertura de los cheques librados y en pago de operaciones y servicios autorizadas, todo ello con el propósito de poder compensar los débitos y créditos que se vayan sucediendo.

11. Sobre el servicio de caja de seguridad

Se siguen los lineamientos de la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia. Tal vez lo más relevante sea, la validez de la cláusula de limitación de responsabilidad del banco hasta un monto máximo, el que debe informarse al cliente al momento de contratar (1414).

Téngase presente que ese límite máximo, es lo que permite que el banco contrate los seguros de contenido por robo o destrucción y que pondere el costo del seguro trasladable usuario.

12. Sobre la custodia de títulos

Se siguen los usos y costumbres en la materia. La única salvedad es que la denominación del contrato debería haber sido "administración de títulos" que supone su custodia, ya que se trata de un servicio dinámico y no estático, como se difiere de la custodia o simple guarda.

Corolario

El tratamiento de los contratos bancarios es muy simple, pero tiene el mérito de darle una base legal mínima, que siempre refuerza el encuadramiento del contrato y sus derivaciones contables, impositivas e interpretativas. Lamentablemente no se profundizó en la esencia financiera de estos contratos ni se resaltó la principal función económica de la cuenta corriente bancaria, como es el mecanismo de novación de obligaciones exigibles a su vencimiento, autorizadas a debitar, para transformarlas en no exigibles, para luego cancelarlas por compensación.

Pero si cabe resaltar la jerarquización que hace el Anteproyecto del instituto del contrato, al consignar que "*Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio entre las partes. Su contenido solo puede ser modificado o extinguido por acuerdo de partes o en los supuestos en que la ley lo prevé*" (959).

Y además que "*Las normas legales relativas a los contratos son supletorias de la voluntad de las partes*" (962), por lo que "*Cuando concurren disposiciones de este Código y de alguna ley especial, las normas se aplican con el siguiente orden de prelación: a) normas indisponibles de la ley especial y de este Código; b) normas particulares del contrato; c) normas supletorias de la ley especial; y d) normas supletorias de este Código*" (963).

Creo avizorar la reafirmación del principio rector de que el contrato es ley para las partes, como tan acertadamente consagra el Art. 1197 del Código Civil.

Sin perjuicio de la plataforma legal que el Anteproyecto aporta a los contratos bancarios, la reglamentación del BCRA y los diseños contractuales comprensivos de las operaciones bancarias y financieras, serán relevantes en la vinculación con los clientes, atento la dinámica de los negocios y la globalización financiera que lleva a adoptar y adaptar, total o parcialmente, productos e instrumentos de otras plazas.

Hoy en día y, más aún con el nuevo Código en ciernes, el contrato bancario no solo es una "***ciencia***" en su contenido sino también un "***arte***" en su instrumentación.

CONTRATOS DE COMERCIALIZACIÓN

Hugo Llobera

1. Consideraciones generales con incidencia en los contratos que se analizan

El anteproyecto contempla en sus previsiones los contratos de agencia, concesión y franquicia. Llama la atención que se haya omitido la forma más genérica y muy utilizada, que es el contrato de distribución y solo se haga una remisión al final del Capítulo referido a la concesión, cuando lo conveniente es proceder de lo general a lo específico.

El art. 970 al clasificar los contratos en nominados e innominados, adopta esta terminología en función de su tipicidad legal (regulación); no se ha adoptado un criterio más actual que los distingue en función de esta última. Por cierto existen contratos que tienen su nomen juris y que permanecen sin regulación específica, como el contrato de distribución en el anteproyecto que se comenta.

Es muy encomiable que en el art. 1011 se haya contemplado que en los contratos de larga duración el tiempo es esencial para el cumplimiento del objeto, de modo que se produzcan los efectos queridos por las partes o se satisfaga la necesidad que las indujo a contratar. Se trata de un factor esencial en los contratos de comercialización, pues como se sabe requieren de un plazo adecuado para que se pueda amortizarse la inversión y obtener una rentabilidad proporcional. Hubiese resultado conveniente remarcar esta nota como pauta de razonabilidad de los plazos mínimos de los respectivos contratos, ya que es habitual que las contrataciones que se celebran en nuestro tiempo no respetan esa ecuación. Apreciamos que este principio no ha sido adecuadamente aplicado al prever lo atinente al plazo mínimo en los contratos de agencia, concesión y franquicia, como lo desarrollaremos más adelante.

Es muy valiosa la previsión por la cual las partes deben ejercitar sus derechos conforme con un deber de colaboración, respetando la reciprocidad del contrato, considerada en relación a la duración total. Apreciamos que es una fórmula aceptable para evaluar la conducta que han observado en la ejecución y extinción del contrato, parámetro indispensable para apreciar si esta última es conforme a derecho y en su caso la obligación de reparar los perjuicios ocasionados.

El último párrafo del artículo se refiere a la rescisión decidida por una de las partes; entendemos que se ha referido a la resolución o a la rescisión unilateral. Parece adecuado que se haya contemplado el principio de brindar una oportunidad de renegociar el contrato previo a su extinción.

Luego de analizar las disposiciones referidas a cada uno de los tres contratos mencionados, consideramos que resultaría conveniente que se incluyan algunos artículos a modo de disposiciones generales con alcance para todos ellos, por ser aspectos comunes. Así por ejemplo lo atinente a modalidad de los plazos, cláusula de exclusividad, preaviso, cesión del contrato, supuestos de fusión y escisión, venta de paquete mayoritario de acciones –no previsto– del agente, concesionario o franquiciado y actividades en competencia.

De tal manera se evitarían repeticiones innecesarias y le otorgaría una mejor sistematización de la norma proyectada.

2. Agencia

El anteproyecto en el Capítulo 17 contempla el contrato de agencia. Lo define en el art. 1479 el cual expresa "Hay contrato de agencia cuando una parte, denominada agente, se obliga a promover negocios por cuenta de otra denominada preponente o empresario, de manera estable, continuada e independiente, sin que medie relación laboral alguna, mediante una retribución. El agente es un intermediario independiente, no asume el riesgo de las operaciones ni representa al preponente. El contrato debe instrumentarse por escrito."

Más allá de que entendemos que existe un error en el texto, cuando se ha escrito "preponente", palabra que no existe en nuestra lengua y que de seguro se ha querido decir proponente (Dicho de una persona o de una entidad: Que propone algo o a alguien. Acad.), la caracterización nos parece acertada. En cuanto a la denominación "empresario" parece de gran imprecisión, puesto que por lo general el agente es un empresario y es precisamente una de las notas que lo diferencian de quienes realiza una tarea similar pero bajo relación de dependencia.

Cabe acotar que lo atinente al riesgo de las operaciones es un aspecto que merece ciertas aclaraciones. Si bien el agente interviene en un negocio que se celebra entra el proponente y el cliente, existe parte de riesgo a su cargo en cuanto resulten de aplicación al caso las disposiciones que en el proyecto se refieren al consumidor. Aunque esta responsabilidad del agente se origine en verdad en la conducta del proponente, lo cierto es que frente al consumidor asume el riesgo de los reclamos por daños, sin perjuicio de su ulterior posibilidad de repetir lo eventualmente pagado. Por lo tanto y para que no quepa ninguna duda apreciamos conveniente que al referirse al riesgo se deje a salvo este aspecto, con la sencilla fórmula "sin perjuicio de la responsabilidad que le corresponde en función de las normas protectoras del consumidor".

En lo que hace a la exclusividad, el artículo 1480 las establece como un derecho del agente en cuanto al ramo de los negocios, la zona geográfica, o respecto del grupo de personas, expresamente determinados en el contrato. Es una prescripción positiva, ya que tiende a eliminar frecuentes disputas sobre este punto. Como contrapartida se establece que el agente puede contratar sus servicios con varios empresarios. Sin embargo, no puede aceptar operaciones del mismo ramo de negocios o en competencia con las de uno de sus proponentes, sin que este lo autorice expresamente (art. 1481).

En lo que hace a la responsabilidad del agente por el pago que deba el comprador se incluye una previsión por la cual aquel no puede constituirse en garante de la cobranza del comprador presentado al empresario, sino hasta el importe de la comisión que se le puede haber adelantado o cobrado, en virtud de la operación concluida por el principal (art. 1482). Si bien no lo apreciamos como una cuestión que haya generado mayores problemas en la práctica, no es desacertado el texto proyectado, puesto que en definitiva la evaluación de solvencia final le corresponde al proponente.

La nómina de obligaciones del agente (art. 1483) comprende: a) Velar por los intereses del empresario y actuar de buena fe en el ejercicio de sus actividades; entendemos que esta mención de la buena fe no es necesaria porque basta al respecto con la previsión en la parte general de lo contratos (art. 961). b) Ocuparse con la diligencia de un buen hombre de negocios de la promoción y, en su caso, de la conclusión de los actos u operaciones que le encomendaron; constituye una claro parámetro sobre la conducta exigible al agente. c) Cumplir su cometido de conformidad con las instrucciones recibidas del empresario y transmitir a este toda la información de la que disponga relativa a su gestión; esto hace también a un deber de lealtad hacia el proponente. d) Informar al empresario, sin retraso, de todos los negocios tratados o concluidos y, en particular, lo relativo a la solvencia de los terceros con los que se proponen o se concluyen operaciones; esto es válido con la salvedad hecha más arriba en cuanto a que el análisis definitivo de solvencia corresponde al proponente. e) Recibir en nombre del empresario las reclamaciones de terceros sobre defectos o vicios de calidad o cantidad de los bienes vendidos o de los servicios prestados como consecuencia de las operaciones promovidas, aunque él no las haya concluido, y transmitírselas de inmediato. f) Asentar en su contabilidad en forma independiente los actos u operaciones relativos a cada empresario por cuya cuenta actúe; se trata de una disposición tendiente a dar claridad a los negocios en los que el agente intervenga para

cada proponente, si es que actuase con más de uno. Esto tiene suma importancia al tiempo de una resolución del contrato, ya que permitirá apreciar con mayor certeza el nivel de los daños que esta pueda originar.

En cuanto al empresario, establece que son sus obligaciones (art. 1484): a) Actuar de buena fe, y hacer todo aquello que le incumbe, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, para permitir al agente el ejercicio normal de su actividad; cabe al respecto el mismo comentario efectuado sobre la buena fe del agente. b) Poner a disposición del agente con suficiente antelación y en la cantidad apropiada, muestras, catálogos, tarifas y demás elementos de que se disponga y sean necesarios para el desarrollo de las actividades de aquel. c) Pagar la remuneración pactada. d) Comunicar al agente, dentro del plazo de uso o, en su defecto, dentro de los quince días hábiles de su conocimiento, la aceptación o rechazo de la propuesta que le haya sido transmitida. e) Comunicar al agente, dentro del plazo de uso o, en su defecto, dentro de los quince días hábiles de la recepción de la orden, la ejecución parcial o la falta de ejecución del negocio propuesto. En este aspecto consideramos que se ha omitido como obligación del proponente tener disponibilidad del producto, en un plazo razonable e informado previamente al agente, para que este pueda realizar su gestión de intermediario con mayor transparencia y lealtad, ya que si bien esta existe de un modo peculiar respecto del proponente, no debe olvidarse que dado el carácter independiente que se le reconoce también ha de tenerlo respecto de aquellas personas a quienes acerque el negocio.

En lo que hace a la representación se establece que el agente no representa al empresario a los fines de la conclusión y ejecución de los contratos en los que actúa (art. 1485); no obstante debe recibir las reclamaciones de terceros previstas en el artículo 1483, inciso e). El agente debe tener poder especial para cobrar los créditos resultantes de su gestión, pero en ningún caso puede conceder quitas o esperas ni consentir acuerdos, desistimientos o avenimientos concursales, sin facultades expresas, de carácter especial, en las que conste en forma específica el monto de la quita o el plazo de la espera. Se prohíbe al agente desistir de la cobranza de un crédito del empresario en forma total o parcial. Estas disposiciones en realidad resultan de la propia naturaleza del contrato de agencia, el cual no comprende ninguna de las facultades enunciadas por la norma proyectada, las cuales corresponden al mandato.

En lo que hace a la remuneración lo dispuesto por el proyecto es para los casos en que no haya un pacto expreso. En tal supuesto señala que será una comisión variable según el volumen o el valor de los actos o contratos promovidos y, en su caso, concluidos por el agente, conforme con los usos y prácticas del lugar de actuación del agente. Entendemos que la previsión legal sobre este aspecto resulta imprecisa, pues al ser supletoria de la voluntad de las partes no nos parece conveniente abrir un abanico de posibilidades, tal como está planteado. Tal vez la fórmula más adecuada pase por reemplazar la conjunción "o" por "y".

Se establece como pauta que cualquiera sea la forma de la retribución pactada, el agente tiene derecho a percibirla por las operaciones concluidas con su intervención, durante la vigencia del contrato de agencia y siempre que el precio sea cobrado por el empresario (art. 1487), lo cual evidencia la forma en que el negocio del agente va sujeto a la suerte de la conclusión por el proponente. En el mismo precepto se contempla la protección del agente respecto de ciertas prácticas desleales del proponente. Así se dispone que también tiene derecho a comisión: a) si existen operaciones concluidas con posterioridad a la finalización del contrato de agencia; b) si el contrato se concluye con un cliente que el agente presentara anteriormente para un negocio análogo, siempre que no haya otro agente con derecho a remuneración; c) si el agente tiene exclusividad para una zona geográfica o para un grupo determinado de personas, cuando el contrato se concluye con una persona perteneciente a dicha zona o grupo, aunque el agente no lo promueva, excepto pacto especial y expreso en contrario. Solo cabría señalar que la intervención de otro agente no debería desplazar de modo automático la del agente al cual debía corresponderle, pues la actuación de aquel puede deberse a una violación del deber que tienen el proponente de respetar la exclusividad de zona de cada uno de sus agentes.

El derecho a la comisión se devenga a partir del momento de la conclusión del contrato con el tercero y del pago del precio al proponente; debe ser liquidada al agente dentro de los veinte días

hábiles contados a partir del pago total o parcial del precio al mencionado en último término. Cuando la actuación del agente se limita a la promoción del contrato, la orden transmitida al empresario se presume aceptada, a los fines del derecho a percibir en el futuro la remuneración, excepto rechazo o reserva formulada por este en el término previsto en el artículo 1484, inciso d), es decir en el plazo de 15 días de recibida la propuesta (art. 1488).

También puede pactarse en forma expresa que la percepción de la remuneración, quede subordina en todo o en parte, a la ejecución del contrato (art. 1489).

Por tratarse de un empresario independiente el agente no tiene derecho al reembolso de los gastos que le origine el ejercicio de su actividad, salvo pacto en contrario (art. 1490).

En lo que hace al plazo se establece que salvo pacto en contrario se entiende que el contrato se celebra por tiempo indeterminado. Si tuviese un plazo, la continuación de la relación con posterioridad a su vencimiento lo convierte en contrato con plazo indeterminado (art. 1491).

Se contempla la facultad que tienen las partes, en los contratos celebrados por tiempo indeterminado de ponerle fin en forma unilateral, en cualquier momento, exigiendo que se de un preaviso a su contraparte. El plazo del preaviso debe ser de un mes por cada año de vigencia del contrato. El final del plazo de preaviso debe coincidir con el final del mes calendario en el que aquel opera. Estas disposiciones sobre la posibilidad de resolver el contrato se aplican también a aquellos celebrados por un plazo determinado que resulten transformados en contratos de "duración ilimitada", según expresión del texto proyectado la que no nos parece correcta, puesto que no es lo mismo duración ilimitada que plazo indeterminado. Para el cálculo del preaviso debe computarse la duración determinada que lo precedió a la posterior indeterminación. Las partes pueden prever plazos de preaviso superiores. A su vez la omisión del preaviso, otorga a la otra parte derecho a la indemnización por las ganancias dejadas de percibir en el periodo (art. 1493).

Sabemos que el plazo de vigencia de un contrato de comercialización es esencial para que pueda cumplir su objeto. Por ello nos parece que no es acertada la fórmula utilizada. Al aplicarse esta disposición resultará posible que un agente que ha realizado inversiones significativas sufra la resolución del contrato antes del año, sin derecho a preaviso alguno; tampoco se modifica mucho si ello se produce luego de cumplido ese año pues un mes de ganancia en modo alguno puede compensar la pérdida de la inversión inicial. Esto con mayor razón cuando la norma proyectada se refiere a "ganancia" y no al equivalente a la comisión por un mes, de la cual deben detraerse todos los costos.

Consideramos que esta cláusula podría ser inconstitucional en el caso, que como frecuentemente lo es, el daño ocasionado por resolución en los primeros años de vigencia del contrato no guarde ninguna relación con un mes de ganancia como parámetro de indemnización por año. En verdad este problema es una consecuencia del plazo indeterminado, ya que hace que el agente no puede prever con antelación la liquidación o eventual reconversión del negocio.

Apreciamos que esta suerte de reproducción de lo normado por la ley laboral no se adecua a la naturaleza de estos contratos y solo es un recurso imperfecto que tanto la norma proyectada como la jurisprudencia adoptan como una forma de simplificar la solución del problema. En que en este ámbito de la actividad comercial, la resolución ocasiona mayores perjuicios cuanto menor ha sido el plazo de ejecución, porque la amortización de la inversión solo se produce con el transcurso del tiempo. Si se produce en el primer año el perjuicio es muchísimo mayor que en el segundo, pues la posibilidad de amortización ha sido menor y así sucesivamente.

Por otra parte también está supeditado a que el proponente no haya exigido nuevas inversiones al agente, luego de transcurrido cierto tiempo de vigencia, lo cual regenera el tema de la amortización; y obvio, no es solo esperable esta última, sino una rentabilidad acorde a ella.

En nuestro parecer estos contratos deben tener una vigencia determinada, no inferior al plazo necesario para amortizar la inversión y obtener una renta razonable. Pero a falta del cálculo respectivo, el plazo no debería ser inferior a cinco años, ya que pareciera ser la mínima expectativa para lograr aquella ecuación, en forma similar a la alternativa que prevé la ley del Brasil para el caso de la concesión comercial para la venta de automotores. A diferencia de esta última apreciamos como lo más conveniente que vencido el plazo inicial el contrato quede renovado de forma automática por

un nuevo período y ahí sí debiera preverse un preaviso de no renovación de al menos seis meses que permita el cierre ordenado de la empresa. La diferencia entre el esquema proyectado y el que proponemos radica en que en este último está asegurada la vigencia inicial y el agente puede proyectar su negocio para ser realizado al menos en el plazo convenido; si recibe preaviso de no renovación ya estará prevenido para realizar todo aquello necesario para el cierre o reconversión; no habrá sorpresa alguna.

El proyecto contempla otras causales de extinción del contrato (art. 1494). En tal sentido enuncia: a) muerte o incapacidad del agente; b) disolución de la persona jurídica que celebra el contrato, que no deriva de fusión o escisión; c) quiebra firme de cualquiera de las partes; d) vencimiento del plazo; e) incumplimiento grave o reiterado de las obligaciones de una de las partes, de forma de poner razonablemente en duda la posibilidad o la intención del incumplidor de atender con exactitud las obligaciones sucesivas; f) disminución significativa del volumen de negocios del agente. A su vez, en el caso de los incisos a) a d), la resolución opera de pleno derecho, sin necesidad de preaviso ni declaración de la otra parte, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 1492 para el supuesto de tiempo indeterminado. En el caso del inciso e) del artículo 1494, cada parte puede resolver directamente el contrato. En el caso del inciso f) del artículo 1494, se aplica el artículo 1492, excepto que el agente disminuya su volumen de negocios durante dos ejercicios consecutivos, en cuyo caso el plazo de preaviso no debe exceder de dos meses, cualesquiera haya sido la duración del contrato, aun cuando el contrato sea de plazo determinado.

En este aspecto no vemos conveniente que se repita la previsión de la ley 24.522 en cuanto a que la declaración de quiebra implique la resolución de pleno derecho del contrato. Esta debería estar supeditada a que en el caso no se disponga la continuidad de la explotación ya que, sin el contrato de agencia, es muy poco probable que pueda tener lugar esta última. No obsta a ello la circunstancia de tratarse de un contrato intuito personae, pues al eventual adquirente de la empresa, el proponente podría exigirle las mismas calidades que al fallido; no vemos por qué debe desecharse es posibilidad. El referido carácter en la materia que nos ocupa, no es el propio de un artista sino la de alguien que es conocedor del negocio y tiene cierta experiencia en él. Lo mismo puede decirse de la quiebra del proponente, pues para la eventualidad continuación de la explotación también requiere de su red de comercialización, entre ellos a sus agentes; a lo sumo podría supeditarse a lo que dictamine el síndico concursal sobre la conveniencia de mantener el contrato.

El art. 1496 establece que el contrato se resuelve si la persona jurídica que lo ha celebrado se fusiona o se escinde y cualquiera de estas dos circunstancias causa un detrimento sustancial en la posición del agente. En tal caso se deben las indemnizaciones del artículo 1497 y de corresponder, las del art. 1493. Entendemos que la norma se refiere a la fusión o escisión del proponente, ya que se toma como causal de resolución si afectan la posición del agente; además, la indemnización del art. 1497 es solo respecto de este último. Nos parece que la norma debió prever la situación respecto de ambas partes, pues al proponente puede no interesarle continuar la relación comercial con una persona jurídica que ha pasado para una modificación sustancial como las que resultan de los mencionados procesos, aunque cabe admitir que estos no son frecuentes en el caso de los agentes.

La indemnización por clientela (art. 1497) implica la adopción de un criterio, que pondrá punto final a aquella jurisprudencia que ha considerado que el agente tiene por función generar clientela para el proponente y que por lo tanto a este pertenece. Lo vemos como una disposición acertada. En tal sentido el anteproyecto prescribe que extinguido el contrato, sea por tiempo determinado o indeterminado, el agente que mediante su labor ha incrementado significativamente el giro de las operaciones del empresario, tiene derecho a una compensación si su actividad anterior puede continuar produciendo ventajas sustanciales a este. En caso de muerte del agente ese derecho corresponde a sus herederos. A falta de acuerdo, la compensación debe ser fijada judicialmente y no puede exceder del importe equivalente a un año de remuneraciones, neto de gastos, promediándose el valor de las percibidas por el agente durante los últimos cinco años, o durante todo el período de duración del contrato, si este es inferior. Esta compensación no impide al agente, en su caso, reclamar por los daños derivados de la ruptura por culpa del empresario. Nos parece que así como no puede tomarse

un plazo muy reducido como sería el último año, ya que las resoluciones de estos contratos suelen estar precedidas por situaciones de conflicto entre las partes que generan una merma en la comercialización, extender el promedio a los cinco años precedentes, en la práctica llevará a una reducción de la base indemnizatoria, por la mera evolución del precio del producto o servicio. Nos parece más acertado reducirlo a dos años.

La indemnización por clientela reconoce excepciones (art. 1498) en los siguientes casos: a) el empresario pone fin al contrato por incumplimiento del agente; b) el agente pone fin al contrato, a menos que la terminación esté justificada por incumplimiento del empresario; o por la edad, invalidez o enfermedad del agente, que no permiten exigir razonablemente la continuidad de sus actividades. Esta facultad puede ser ejercida por ambas partes.

La norma proyectada tiene el inconveniente de quién y como se evaluará el incremento significativo de la clientela, lo cual sin duda quedará supeditado a alguna cláusula del contrato o de lo contrario la decisión será judicial.

En verdad nos parece razonable en tanto la resolución por el empresario sea arbitraria, sin justa causa, pero no para los supuestos de extinción por el mero vencimiento del plazo, tal como parece que ha sido planteado.

La posibilidad de que las partes pueden pactar cláusulas de no competencia del agente para después de la finalización del contrato, si se estableció la exclusividad de este en el ramo de negocios del empresario (art. 1499) responde a la necesidad de evitar esa práctica frecuente por parte de algunos ex-agentes. Son válidas en tanto no excedan de un año y se apliquen a un territorio o grupo de personas que resulten razonables, habida cuenta de las circunstancias. Desde ya que la aludida razonabilidad quedará en definitiva supeditada a la decisión judicial.

Otra situación frecuente que ha sido contemplada es la de realizar contrato de subagencia (art. 1500). Se dispone que el agente no puede, excepto consentimiento expreso del empresario, instituir subagentes; en su caso, las relaciones entre el agente y el subagente son regidas por las disposiciones del contrato principal. El agente responde en forma solidaria por la actuación del subagente, el que, sin embargo, no tiene vínculo directo con el empresario.

Son acertadas las exclusiones del régimen que se contemplan. Así no resultan alcanzados por las normas del Capítulo, los supuestos de los agentes de bolsa o de mercados de valores, de futuros y opciones o derivados; a los productores o agentes de seguros; a los agentes financieros, o cambiarios, a los agentes marítimos o aeronáuticos y a los demás grupos regidos por leyes especiales en cuanto a las operaciones que efectúen. Se trata de una norma aclaratoria que evitará eventuales situaciones de conflictos normativos.

3. Concesión

En el Capítulo 18 se legisla sobre el contrato de concesión. El anteproyecto lo define como aquel en que el concesionario, que actúa en nombre y por cuenta propia frente a terceros, se obliga mediante una retribución a disponer de su organización empresaria para comercializar mercaderías provistas por el concedente, prestar los servicios y proveer los repuestos y accesorios según haya sido convenido.

En nuestro criterio la definición no resulta acertada. El concesionario no percibe ninguna retribución de la concedente. Esa es una diferencia esencial con el contrato de agencia. La ganancia para el concesionario resulta de la diferencia que obtiene entre el precio de compra y el precio de venta al público, y es este quien le paga al concesionario y no la concedente, como ocurre en la agencia.

Si bien las concedentes establecen precios sugeridos del producto, no pasan de ser eso. El concesionario podrá obtener una diferencia algo mayor o reducirla según las condiciones de cada producto en el momento en que realice la venta; es decir, de acuerdo a las posibilidades del mercado.

Consideramos que es importante que se rectifique la definición legal del contrato, porque la propuesta desvirtúa una nota esencial.

Apreciamos que es positivo que se haya contemplado la exclusividad por cuanto en la práctica es lo que rige en el mercado aunque al tiempo de la resolución contractual por parte de la concedente se tienda a negarla (art. 1503). Puede cerrar un tema de conflicto. La exclusividad rige excepto pacto en contrario, en los siguientes términos: a) la concesión es exclusiva para ambas partes en el territorio o zona de influencia determinados. El concedente no puede autorizar otra concesión en el mismo territorio o zona y el concesionario no puede, por sí o por interpósita persona, ejercer actos propios de la concesión fuera de esos límites o actuar en actividades competitivas; b) la concesión comprende todas las mercaderías fabricadas o provistas por el concedente, incluso los nuevos modelos.

En lo que hace a las obligaciones del concedente (art. 1504), se establece: a) proveer al concesionario de una cantidad mínima de mercaderías que le permita atender adecuadamente las expectativas de venta en su territorio o zona, de acuerdo con las pautas de pago, de financiación y garantías previstas en el contrato. El contrato puede prever la determinación de objetivos de ventas, los que deben ser fijados y comunicados al concesionario de acuerdo con lo convenido; b) respetar el territorio o zona de influencia asignado en exclusividad al concesionario. Son válidos los pactos que, no obstante la exclusividad, reserva para el concedente cierto tipo de ventas directas o modalidades de ventas especiales; c) proveer al concesionario la información técnica y, en su caso, los manuales y la capacitación de personal necesarios para la explotación de la concesión; d) proveer durante un período razonable, en su caso, repuestos para los productos comercializados; e) permitir el uso de marcas, enseñas comerciales y demás elementos distintivos, en la medida necesaria para la explotación de la concesión y para la publicidad del concesionario dentro de su territorio o zona de influencia.

No queda claro que, en realidad, la concedente debe realizar la provisión según pedido del concesionario. Al expresar que debe proveer mercaderías que le permitan operar con normalidad, pareciera indicar que esa mercadería debe serle entregada en forma anticipada, a modo de stock. Pensamos que sería más adecuado establecer que la concedente debe garantizar al concesionario la cantidad y variedad de producto acorde a las pautas de comercialización que establezca para la red de concesionario, en su caso para la respectiva región; y que dicha disponibilidad nunca podrá ser inferior a las ventas del mes inmediato anterior. Además, sería muy conveniente que se prevea que el concesionario debe ser informado con suficiente antelación, no menos de treinta días, sobre las modificaciones a las pautas de comercialización y/o financiación del producto de modo que pueda adecuar su actividad, evitando así frecuentes desajustes en la relación contractual.

Respecto de las obligaciones del concesionario (art. 1505) se establecen las siguientes: a) Comprar exclusivamente al concedente las mercaderías y, en su caso, los repuestos objeto de la concesión, y mantener la existencia convenida de ellos o, en defecto de convenio, la cantidad suficiente para asegurar la continuidad de los negocios y la atención del público consumidor; si el artículo lo entendemos en el sentido que toda la última parte se refiere a los repuestos, parece razonable, pero si se pretende que la existencia lo es respecto del producto nuevamente se desnaturaliza el contrato, puesto que el concesionario ha de comprar el producto para luego venderlo de acuerdo a su demanda y es la concedente como productor o importador quien debe tener disponibilidad suficiente para atender a sus concesionarios; de lo contrario el costo financiero se hace recaer sobre la parte más débil del contrato. b) Respetar los límites geográficos de actuación y abstenerse de comercializar mercaderías fuera de ellos, directa o indirectamente por interpósita persona; c) Disponer de los locales y demás instalaciones y equipos que resulten necesarios para el adecuado cumplimiento de su actividad; d) Prestar los servicios de preentrega y mantenimiento de las mercaderías, en caso de haberlo así convenido; si esta obligación solo se la considera para el caso de estar convenida, no se entiende el sentido de su mención por el código; e) Adoptar el sistema de ventas, de publicidad y de contabilidad que fije el concedente; f) Capacitar a su personal de conformidad con las normas del concedente.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso a), el concesionario puede vender mercaderías del mismo ramo que le hayan sido entregadas en parte de pago de las que comercialice por causa de la concesión, así como financiar unas y otras y vender, exponer o promocionar otras mercaderías o servicios que se autoricen por el contrato, aunque no sean accesorios de las mercaderías objeto de la concesión ni estén destinados a ella.

En lo que hace al plazo estimamos acertado que se lo establezca pero no por el tiempo en que está propuesto. El art. 1506 dispone que el plazo del contrato de concesión no será inferior a cuatro años. Pactado un plazo menor o si el tiempo es indeterminado, se entiende convenido por cuatro años. Excepcionalmente, si el concedente provee al concesionario el uso de las instalaciones principales suficientes para su desempeño, puede preverse un plazo menor, no inferior dos años. La continuación de la relación después de vencido el plazo determinado por el contrato o por la ley, sin especificarse antes el nuevo plazo, lo transforma en contrato por tiempo indeterminado.

Como ya lo hemos mencionado al referirnos al contrato de agencia y en el caso de la concesión con más razón, debido a que por lo general demanda una mayor inversión, la relación entre la inversión y el plazo de amortización es fundamental; desde luego a ello debe agregarse el tiempo que permita, además, obtener una razonable renta en función de aquellas. Entendemos que el plazo de cuatro años es reducido si se tiene presente la inversión que demanda instalar un concesionario, por ejemplo, de automotores que congregan una gran parte de los contratos de concesión.

Nos parece que debió establecerse un plazo similar al de la ley de concesión automotriz del Brasil (ley 6.729, conocida como ley Ferrari), que de hallarse determinado, es de cinco años, como mínimo. En realidad la ley brasilera establece que el contrato es por tiempo indeterminado, pero que inicialmente se puede pactar por cinco años, vencido los cuales si no ha mediado notificación resolutoria, el contrato se convierte de plazo indeterminado. Reiteramos una vez más que la indeterminación de plazo no es una solución valiosa, pues impide al concesionario operar y proyectar sus negocios con previsibilidad. Es por cierto la mayor fuente de conflictos entre concedentes y concesionarios, por lo cual nos parece más valioso que se fije un plazo inicial de al menos cinco años, con renovaciones sucesivas por igual plazo. En este punto se ha seguido el criterio del art. 1386 del Proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio, que merece la crítica arriba expresada.

En el art. 1507 se vuelve sobre el tema de la retribución. La norma dispone que el concesionario tiene derecho a una retribución, que puede consistir en una comisión o un margen sobre el precio de las unidades vendidas por él a terceros o adquiridas al concedente, o también en cantidades fijas u otras formas convenidas con el concedente. Al respecto vale la crítica que hemos formulado a la definición que se da del contrato, la que por otra parte no coincide plenamente con lo que en este último artículo se expresa.

En lo que hace a los gastos de explotación están a cargo del concesionario, excepto los necesarios para atender los servicios de preentrega o de garantía gratuita a la clientela, en su caso, que deben ser pagados por el concedente conforme a lo pactado. Esto último nos parece susceptible de idéntica observación a la expresada más arriba; en efecto, no hallamos ninguna utilidad en que la ley diga que una obligación es tal si se encuentra convenida en el contrato. En realidad tal obligación no existe, salvo pacto expreso en contrario.

Ante la resolución del contrato el anteproyecto contempla de modo diferente la situación según se trate de contrato de plazo determinado a que lo sea por tiempo indeterminado. El art. 1508 establece que si el contrato de concesión es por tiempo indeterminado: a) son aplicables los artículos 1492 y 1493; b) el concedente debe readquirir los productos y repuestos nuevos que el concesionario haya adquirido conforme con las obligaciones pactadas en el contrato y que tenga en existencia al fin del período de preaviso, a los precios ordinarios de venta a los concesionarios al tiempo del pago. El criterio de la norma proyectada merece las mismas observaciones que hemos formulado respecto de los arts. 1492 y 1493 a los que remite.

Consideramos que las indemnizaciones tabuladas no son valiosas para los casos de contratos comerciales. Entendemos que el resarcimiento debe ser fijado por el juez y que la ley debió limitarse a fijar las pautas, es decir qué aspectos que serán ponderados en una eventual indemnización. Esto sin perjuicio de que el juez pueda atenerse a cada rubro en particular o que pondere el monto indemnizatorio sobre tales bases pero en forma global. De esta manera las partes podrán tener en claro la magnitud de las consecuencias que afrontarán en caso de haber promovido una resolución injustificada.

Si nos hallásemos ante un supuesto de resolución injustificada por parte del concedente, de un contrato de plazo determinado, parece razonable que aquel tenga que hacerse cargo de los daños que

son evidentes. Entendemos que si se determina que no medió un incumplimiento grave del concesionario que así lo autorice, la concedente deberá pagar una indemnización que será ponderada prudencialmente el juez, quien para ello tendrá en consideración los siguientes elementos: a) la diferencia existente entre el importe de la inversión realizada por el concesionario en activos fijos y bienes durables hasta el momento de serle notificada la resolución, inclusive aquellos que sean objeto de una financiación y el probable valor de realización de los bienes comprendidos dentro de dicha inversión; b) los gastos de funcionamiento efectuados por el concesionario hasta igual oportunidad en la medida en que ellos beneficien al concedente al tiempo de la resolución; c) el significativo aumento de la clientela aportado por el concesionario para la marca del concedente, tomándose para ello mediciones efectuadas dentro de su zona; d) los gastos que efectivamente el concesionario deba afrontar para el cierre de su establecimiento. En los gastos de cierre se deberían ponderar, asimismo, los costos de resoluciones de contratos de locación, seguros, personal y otros que sean acreditados por el concesionario; e) la utilidad promedio que el concesionario ha perdido de ganar por todo el término restante del contrato. Sobre tales parámetros el juez debería fijar prudencialmente la indemnización.

Cuando el contrato tenga un plazo indeterminado y se concluya que no ha mediado un adecuado preaviso, a la indemnización que tiende a compensarlo debiera sumársele una proporción de los rubros arriba mencionados, ya que es de toda evidencia que la conclusión de una actividad en forma prevista y ordenada no tiene los mismos costos que cuando ello se realiza bajo las circunstancias de una resolución intempestiva. Consideramos que en tal caso corresponderá al concesionario acreditar la existencia de ese mayor perjuicio.

En el supuesto de resolución sin justa causa por el concesionario, más allá de las obligaciones pendientes hacia su concedente, la cuestión no parece requerir mayor tratamiento dado que en este contrato las inversiones son realizadas en su totalidad por él quien a su vez soporta en principio el mayor riesgo empresario.

También se legisla respecto de las causales de resolución, las que entendemos como justa causa para ello. La norma es valiosa (art. 1509) aunque con el mismo comentario realizado al art. 1494, aplicable al caso.

En lo atinente a la posibilidad de contratar con terceros a los efectos de establecer una subconcesión o bien la cesión del contrato, dispone que no están permitidas salvo pacto en contrario (art. 1510), lo cual lo apreciamos como una previsión innecesaria; debió dejarse a lo que acuerden las partes, pues los hechos en cuestión no afectan la esencia del contrato en tanto los contratantes no concierten tal restricción.

El art. 1511 dispone el carácter supletorio que tienen las disposiciones del capítulo respecto de los siguientes contratos: a) aquellos por los que se conceda la venta o comercialización de software o de procedimientos similares; b) los contratos de distribución, en cuanto sean pertinentes.

Solo cabe agregar al respecto que las indemnizaciones tabuladas, como las que contempla el anteproyecto no pueden considerarse equivalentes para un distribuidor que para un concesionario, porque la inversión que demanda uno y otro negocio son por completo diferentes.

4. Franquicia

El contrato de franquicia está contemplado como aquel en el cual una parte denominada franquiciante, otorga a otra, llamada franquiciado, el derecho a utilizar un sistema probado, destinado a comercializar determinados bienes o servicios bajo el nombre comercial, emblema o la marca del franquiciante, quien provee un conjunto de conocimientos técnicos y la prestación continua de asistencia técnica o comercial, contra una prestación directa o indirecta del franquiciado (art. 1512). El franquiciante debe ser titular exclusivo del conjunto de los derechos intelectuales, marcas, patentes, nombres comerciales, derechos de autor y demás comprendidos en el sistema bajo franquicia; o, en su caso, tener derecho a su utilización y transmisión al franquiciado en los términos del contrato. El franquiciante no puede tener participación accionaria de control directo o indirecto en el negocio

del franquiciado. El plazo no puede ser inferior a dos años. Apreciamos que en este caso el plazo mínimo también se presenta exiguo. Si bien el anteproyecto unifica el plazo mínimo de la locación en dos años, cualquiera sea su destino (art. 1198), entendemos que el régimen de tres años vigente cuando se lo va a utilizar para una actividad comercial, parece más adecuado, teniendo en cuenta que toda persona que la desarrolle debe efectuar un cierto grado de inversiones. Por las mismas razones hubiese sido preferible establecer el plazo mínimo para la franquicia en tres años. Dado que en la gran mayoría de los casos las franquicias se desarrollan en inmuebles alquilados, entendemos que lo más conveniente es que exista correlación entre el plazo mínimo del respectivo contrato y el de locación con destino comercial; pareciera que esto ha sido tomado en cuenta en el proyecto, aunque no coincidimos con la ponderación del plazo.

Sin perjuicio de ello el art. 1516 dispone que el plazo inferior puede ser pactado si se corresponde con situaciones especiales como ferias o congresos, actividades desarrolladas dentro de predios o emprendimientos que tienen prevista una duración inferior, o similares. Al vencimiento del plazo, el contrato se entiende prorrogado tácitamente por plazos sucesivos de un año, excepto expresa denuncia de una de las partes antes de cada vencimiento con treinta días de antelación. A la segunda renovación, se transforma en contrato por tiempo indeterminado.

Sin perjuicio de que consideramos preferible que todo lo atiente al plazo se hubiese previsto en artículos correlativos o en uno mismo con incisos, facilitando la comprensión e integración de la normativa a su respecto, formulamos el mismo comentario desfavorable en cuanto al plazo indeterminado que ya hiciéramos al comentar los contratos de agencia y concesión.

En el anteproyecto, se establece, por medio del art. 1513 el significado de las siguientes expresiones: a) franquicia mayorista es aquella en virtud de la cual el franquiciante otorga a una persona física o jurídica un territorio o ámbito de actuación nacional o regional o provincial con derecho de nombrar subfranquiciados, el uso de sus marcas y sistema de franquicias bajo contraprestaciones específicas; b) franquicia de desarrollo es aquella en virtud de la cual el franquiciante otorga a un franquiciado denominado desarrollador el derecho a abrir múltiples negocios franquiciados bajo el sistema, método y marca del franquiciante en una región o en el país durante un término prolongado no menor a cinco años, y en el que todos los locales o negocios que se abren dependen o están controlados, en caso de que se constituyan como sociedades, por el desarrollador, sin que este tenga el derecho de ceder su posición como tal o subfranquiciar, sin el consentimiento del franquiciante; c) sistema de negocios**:** es el conjunto de conocimientos prácticos y la experiencia acumulada por el franquiciante, no patentado, que ha sido debidamente probado, secreto, sustancial y transmisible. Es secreto cuando en su conjunto o la configuración de sus componentes no es generalmente conocida o fácilmente accesible. Es sustancial cuando la información que contiene es relevante para la venta o prestación de servicios y permite al franquiciado prestar sus servicios o vender los productos conforme con el sistema de negocios. Es transmisible cuando su descripción es suficiente para permitir al franquiciado desarrollar su negocio de conformidad a las pautas creadas o desarrolladas por el franquiciante.

Se trata de definiciones legales que contribuyen a clarificar algunos aspectos del funcionamiento de la franquicia. Dado que se trata del contrato más nuevo de esta Sección nos parece adecuado que se haya contemplado un precepto como el proyectado.

Se establecen respecto del franquiciante las siguientes obligaciones (art. 1514): a) proporcionar, con antelación a la firma del contrato, información económica y financiera sobre la evolución de dos años de unidades similares a la ofrecida en franquicia, que hayan operado un tiempo suficiente, en el país o en el extranjero; b) comunicar al franquiciado el conjunto de conocimientos técnicos, aun cuando no estén patentados, derivados de la experiencia del franquiciante y comprobados por este como aptos para producir los efectos del sistema franquiciado; c) entregar al franquiciado un manual de operaciones con las especificaciones útiles para desarrollar la actividad prevista en el contrato; d) proveer asistencia técnica para la mejor operatividad de la franquicia durante la vigencia del contrato; e) si la franquicia comprende la provisión de bienes o servicios a cargo del franquiciante o de terceros designados por él, asegurar esa provisión en cantidades adecuadas y a precios razonables, según usos

y costumbres comerciales locales o internacionales; f) defender y proteger el uso por el franquiciado, en las condiciones del contrato, de los derechos referidos en el artículo 1512, sin perjuicio que: i) en las franquicias internacionales esa defensa está contractualmente a cargo del franquiciado, a cuyo efecto debe ser especialmente apoderado sin perjuicio de la obligación del franquiciante de poner a disposición del franquiciado, en tiempo propio, la documentación y demás elementos necesarios para ese cometido; ii) en cualquier caso, el franquiciado está facultado para intervenir como interesado coadyuvante, en defensa de tales derechos, en las instancias administrativas o judiciales correspondientes, por las vías admitidas por la ley procesal, y en la medida que esta lo permita.

El precepto en cuestión resulta de muy prolija previsión y se complementa con el art. 1517, referido a la exclusividad y por el art. 1518 en lo pertinente.

A su vez, al franquiciado le impone las siguientes obligaciones (art. 1515): a) desarrollar efectivamente la actividad comprendida en la franquicia, cumplir las especificaciones del manual de operaciones y las que el franquiciante le comunique en cumplimiento de su deber de asistencia técnica; b) proporcionar las informaciones que razonablemente requiera el franquiciante para el conocimiento del desarrollo de la actividad y facilitar las inspecciones que se hayan pactado o que sean adecuadas al objeto de la franquicia; c) abstenerse de actos que puedan poner en riesgo la identificación o el prestigio del sistema de franquicia que integra o de los derechos mencionados en el artículo 1512, segundo párrafo y cooperar, en su caso, en la protección de esos derechos; d) mantener la confidencialidad de la información reservada que integra el conjunto de conocimientos técnicos transmitidos y asegurar esa confidencialidad respecto de las personas, dependientes o no, a las que deban comunicarse para el desarrollo de las actividades. Esta obligación subsiste después de la expiración del contrato; e) cumplir con las contraprestaciones comprometidas, entre las que pueden pactarse contribuciones para el desarrollo del mercado o de las tecnologías vinculadas a la franquicia. Estas previsiones se complementan con las contenidas en el art. 1518, al igual que en lo que hace al franquiciante.

Apreciamos que resultaría preferible una mejor integración en dos artículos de todas las obligaciones de una y otra parte, en lugar de la distribución proyectada.

Las franquicias se legislan como exclusivas para ambas partes (art. 1517). El franquiciante no puede autorizar otra unidad de franquicia en el mismo territorio, excepto con el consentimiento del franquiciado. El franquiciado debe desempeñarse en los locales indicados, dentro del territorio concedido o, en su defecto, en su zona de influencia, y no puede operar por sí o por interpósita persona unidades de franquicia o actividades que sean competitivas. Las partes pueden limitar o excluir la exclusividad.

Como lo hemos adelantado, en el art. 1518 se establecen obligaciones, excepto pacto en contrario: a) el franquiciado no puede ceder su posición contractual ni los derechos que emergen del contrato mientras está vigente, excepto los de contenido dinerario. Esta disposición no se aplica en los contratos de franquicia mayorista destinados a que el franquiciado otorgue a su vez subfranquicias, a esos efectos. En tales supuestos, debe contar con la autorización previa del franquiciante para otorgar subfranquicias en las condiciones que pacten entre el franquiciante y el franquiciado principal; b) el franquiciante no puede comercializar directamente con los terceros, mercaderías o servicios comprendidos en la franquicia dentro del territorio o zona de influencia del franquiciado; c) el derecho a la clientela corresponde al franquiciante. El franquiciado no puede mudar la ubicación de sus locales de atención o fabricación.

Asimismo se legisla sobre ciertas cláusulas que se consideran inválidas, cuando prohíban al franquiciado: a) cuestionar justificadamente los derechos del franquiciante mencionados en el artículo 1512, segundo párrafo; b) adquirir mercaderías comprendidas en la franquicia de otros franquiciados dentro del país, siempre que estos respondan a las calidades y características contractuales; c) reunirse o establecer vínculos no económicos con otros franquiciados.

En el art. 1520 se deja suficientemente aclarado que las partes del contrato son independientes, y que no existe relación laboral entre ellas. Si bien esto último es inherente al contrato de franquicia nos parece razonable que en esta etapa del derecho del trabajo se lo haya establecido en forma expresa. De esta característica se deriva: a) El franquiciante no responde por las obligaciones del

franquiciado, excepto disposición legal expresa en contrario; dentro de lo cual cabe tener en cuenta las normas de defensa del consumidor que establecen la solidaridad para ciertos casos. b) Los dependientes del franquiciado no tienen relación jurídica laboral con el franquiciante, sin perjuicio de la aplicación de las normas sobre fraude laboral; esta es otra disposición que tiende a clarificar la entidad de este contrato y que debió figurar también en los casos de agencia y concesión, ya que en los últimos tiempos se han dictado fallos en sentido contrario a lo proyectado, que parecen desconocer la naturaleza de estos contratos. c) El franquiciante no responde ante el franquiciado por la rentabilidad del sistema otorgado en franquicia; es una lógica consecuencia del carácter independiente del franquiciado, claro está, salvo supuestos de probada mala fe en que no sería razonable aplicar el precepto que se comenta.

También prescribe el artículo que comentamos que el franquiciado debe indicar claramente su calidad de persona independiente en sus facturas, contratos y demás documentos comerciales; esta obligación no debe interferir en la identidad común de la red franquiciada, en particular en sus nombres o rótulos comunes y en la presentación uniforme de sus locales, mercaderías o medios de transporte. Es una previsión lógica y adecuada al objeto del contrato.

Sin perjuicio de ello con acierto se determina que el franquiciante responde por los defectos de diseño del sistema, que causan daños probados al franquiciado, no ocasionados por la negligencia grave o el dolo del franquiciado (art. 1521).

Las reglas sobre extinción del contrato y pautas indemnizatorias, se estructuran de las siguientes formas (art. 1522): a) el contrato se extingue por la muerte o incapacidad de cualquiera de las partes; b) el contrato no puede ser extinguido sin justa causa dentro del plazo de su vigencia original, pactado entre las partes. Se aplican los artículos 1084, referido al carácter esencial del incumplimiento, como así también los siguientes, en lo pertinente. c) Los contratos con un plazo menor de tres años justificado por razones especiales según el artículo 1516, quedan extinguidos de pleno derecho al vencimiento del plazo; no se comprende la alusión a tres años, cuando el plazo mínimo ha sido fijado en dos años según hemos visto. d) Cualquiera sea el plazo de vigencia del contrato, la parte que desea concluirlo a la expiración del plazo original o de cualquiera de sus prórrogas, debe preavisar a la otra con una anticipación no menor de un mes por cada año de duración, hasta un máximo de seis meses, contados desde su inicio hasta el vencimiento del plazo pertinente. En los contratos que se pactan por tiempo indeterminado, el preaviso debe darse de manera que la rescisión se produzca, cuando menos, al cumplirse el tercer año desde su concertación. Aquí tampoco se entiende por qué el parámetro a tres años siendo el plazo mínimo de dos. Esto que apreciamos como una discordancia del proyecto, parece darnos la razón en cuanto a que el plazo mínimo de este contrato debe ser de tres años; no tiene sentido que si es de plazo determinado pueda ser de dos años y si es de plazo indeterminado sea de tres; las posibilidades de amortización y rentabilidad, para una y otra modalidad, resultan similares cuando no idénticas, por lo que establecer mínimos diferenciados no lo vemos congruente.

Se dispone que en ningún caso se requiere invocación de justa causa; entendemos que ello está referido al contrato de plazo indeterminado, siendo de aplicación lo dispuesto por el art. 1493 en cuanto a las consecuencias de la falta de preaviso.

La cláusula que impide la competencia del franquiciado con la comercialización de productos o servicios propios o de terceros después de extinguido el contrato por cualquier causa, es válida hasta el plazo máximo de un año y dentro de un territorio razonable habida cuenta de las circunstancias.

Con la misma finalidad esclarecedora que el art. 1520 en lo que ha inexistencia de vínculo laboral se refiere, también es acertado que como principio se exprese que el contrato de franquicia, por sí mismo, no debe ser considerado un pacto que limite, restrinja o distorsione la competencia (art. 1523).

Por último, está previsto que las disposiciones del Capítulo se aplican, en cuanto sean compatibles, a las franquicias industriales y a las relaciones entre franquiciante y franquiciado principal y entre este y cada uno de sus subfranquiciados.

5. Consideración final

A modo de conclusión podemos afirmar que es valioso que se contemple la legislación de los contratos de agencia, concesión y franquicia. Entendemos que resultaría conveniente, tal como lo hemos mencionado al inicio, plasmar disposiciones generales, luego legislar el contrato de distribución, agencia, concesión y franquicia, cada uno con sus particularidades, evitando repeticiones y dándole una mejor sistematización. Lo atinente a plazos mínimos, pautas indemnizatoria y preavisos debieran reformularse en sentido semejante al expuesto en nuestro comentario para hacer más justa la contratación.

FRANQUICIA

ERNESTO R. B. POLOTTO Y CRISTINA MARÍN HENRÍQUEZ

I. Introducción. Generalidades. Naturaleza.

El Proyecto de Código Civil Unificado regula la franquicia comercial en los arts.1512 a 1524 (Cap. 20). El ordenamiento que se propone encuentra sus antecedentes en el régimen español, que continúa considerándola como negocio atípico, tiene fuentes normativas (Reg. CCE 4087/88) a partir del Real Decreto 2485/1998; art. 62 de la ley 7/1996 de Ordenación del Comercio Minorista y crea el Registro de Franquiciadores.

Comprendida, hasta hoy, dentro de los contratos llamados atípicos; por su uso frecuente en la praxis, cuenta con una tipicidad "social".[1]

La regulación legal proyectada resulta minuciosa ante el fluir natural del mundo empresario y constituir un brete para su futuro desenvolvimiento. Un esquema legal, aun meramente dispositivo como en este caso, delinea un elenco de obligaciones y derechos, que adquieren relevancia al momento de la integración e interpretación. Ergo, es preferible, una saludable parquedad que permita la operatividad de la autonomía de la voluntad, la doctrina y la jurisprudencia[2]. El Proyecto va más allá de las regulaciones internacionales, que desaconsejan adoptar un estereotipo legal debido a la multiplicidad de modalidades que reconoce la práctica y su permanente estado de evolución [3]

El "franchising", como se lo conoce en los negocios internacionales, proviene de las prácticas norteamericanas, primero, y europeas después. Constituye un sistema de comercialización de bienes o servicios bajo el nombre, emblema o marca comercial del franquiciante, poseedor los conocimientos técnicos y supone la prestación continua de asistencia técnica y comercial[4].

1. Cosentino, Víctor Sergio y López Raffo, Francisco M. en Tratado de Derecho Comercial, bajo la dirección de Ernesto E. Martorell, Contratos Comerciales Modernos, Buenos Aires 2010, tomo IV, págs. 437 y ss.; Lorenzetti, Ricardo L., Tratado de los Contratos, Rubinzal-Culzoni, tomo 1, pág. 665; Etcheverry, Raúl A. Contratos, parte especial, Astrea, t. l, pág. 389; Marzorati, Osvaldo J. "Derecho de los negocios internacionales", Buenos Aires, Astrea, 3ra. ed. actualizada y ampliada, 2003, 2, págs. 91 y ss.).

2. Desde algunos años atrás Unidroit quiso perfilar sus datos básicos, y arribó a la conclusión que no era necesario elaborar un modelo-tipo. A comienzos del 2002 se dio a publicidad un modelo de ley sobre datos mínimos que el franquiciante debe suministrar al franquiciado, Marzorati, op. cit. en nota 1, pág.93).

3. Cámara de Comercio internacional, cit. por Marzorati, op. cit. en nota l. pág.93 y mejor aún id. "Sistemas de distribución comercial", Astrea, 1990, pág. l9l, id. con variaciones la Asociación Internacional de Franchising, Asociación Alemana de Franchising.

4. Art. 1512 del Proyecto. La contraprestación del franquiciado, que el proyecto denomina "directa o indirecta" usualmente es un canon, a menudo articulado con los ingresos o utilidades. Suele pagarse al franquiciante una suma de dinero al iniciarse la relación(de entrada o ingreso al sistema) más regalías periódicas por los servicios, pagos por el entrenamiento del franquiciado y suplementarias por otros servicios, inspecciones, auditorias, consultas, etc.).

La contraprestación del franquiciado, para el Proyecto, "directa" o "indirecta", usualmente consiste en un canon, a menudo articulado con los ingresos o las utilidades. Suele pagarse al titular del negocio una suma de dinero al iniciarse la relación (de entrada o ingreso al sistema) más regalías periódicas omnicomprensivas de los servicios, por el entrenamiento del receptor y su personal y suplementarios (inspecciones, auditorias, consultas etc.).

Cumple una función económica clave, dentro de los actuales sistemas de distribución integrada. Permite al propietario incrementar su negocio sin arriesgar su capital, evitando asumir la propia expansión por medio de sucursales o filiales. Impone a la contraparte sus directrices, en orden al futuro desarrollo del negocio, por lo que cabe la inserción de reglas de tutela de la parte débil y en ese sentido, el Proyecto contiene una normativa que parece tibia, en principio, o por lo menos que no significa un avance respecto al sistema actual, dado que la noción de consumidor no ampara, aun al pequeño empresario. El Proyecto genera dudas que seguramente –en caso de sancionarse–serán superadas por la jurisprudencia y la doctrina.

El sistema supone redes de distribución, en la que los consumidores identificaran los productos fabricados o distribuidos, con el franquiciante, como si se tratara de un único empresario y produciéndose un efecto de homogenización de la empresa y establecimiento del franquiciado con los del franquiciador[5]. La regulación de responsabilidades en las redes integradas –- no parece debidamente tratado por el Proyecto, sobre todo frente a las reglas del orden público laboral.

II. Naturaleza jurídica. Control societario. Propiedad intelectual: requisitos de cesión

De ejecución continuada, constituye una modalidad del contrato de concesión mercantil y de colaboración empresaria, con licencia de marca, transferencia de tecnología venta de mercaderías, de cesión de un "hacer práctico", con su asistencia técnica[6]. Indiscutible, en una de sus formas primeras y más extendida, denominada" de distribución", donde el concesionario únicamente ofrece a su clientela los productos del principal y usando los signos distintivos de este; mientras que el receptor desarrolla el modelo de empresa que le otorga el franquiciante. No parece equivocado relacionar este contrato con la concesión que el Proyecto trata en el capítulo precedente (Cap. 18, arts.1.502 y ss.), como tampoco con las reglas de la distribución, con las que se encuentra íntimamente relacionado.

El Proyecto exige, primero, que el franquiciante sea el titular "exclusivo" del conjunto de los derechos intelectuales, marcas, patentes, nombres comerciales, derechos de autor y demás comprendidos en el "sistema", lo que parece exagerado y poco conciliable con la práctica. Luego el apartado 2do del artículo 1512, "in fine" dispone: o, en su caso, tener derecho a su utilización y transmisión, supuesto que se acerca mejor a lo usos actuales.

El franquiciante tiene vedado la participación accionaria de control, directa o indirectamente, en el negocio del franquiciado. Se trata de dos empresarios independientes, aunque no en relación de igualdad. Esto merece una doble reflexión. La limitación a la participación "accionaria" parece un mero error de redacción, porque el negocio esta abierto a todos los tipos societarios. Cuando se refiere a participación de "control", implica la tenencia en manos de un grupo de socios del capital social o detentar "particulares vínculos" necesarios para la formación de la voluntad societaria, en los términos del art. 33 de la ley de sociedades. Salvado dicho extremo, el franquiciante podría ser socio del franquiciado.

5. De la Cuesta Rute, José María –Valpuesta Gastaminza, Eduardo"Contratos Mercantiles", Bosch, Barcelona, 2001, tomo I, pág. 372.

6. Marzorati, op. cit. en l, pág. 95. Como submodalidad de la concesión, según el autor es la posición de Guyenot.

III. Plazo

Para el art. 1512 cit., "in fine", no puede ser inferior a dos años. En los contratos de "empresa" de distribución integrada, el plazo mínimo es esencial, porque se relaciona con la aptitud de recupero de la inversión y el razonable comienzo a percibir ganancias. Así el plazo del contrato de agencia es indeterminado (art. 1491), el de concesión no puede ser inferior a 4 años (art. 1506). El art. 1516 vuelve nuevamente sobre el tema al establecer que se aplica el art. 1506 primer párrafo: no puede ser inferior a cuatro años. De existir un error de redacción lo razonable parece que prevalezca este último. Pactado un tiempo menor, o indeterminado, se entiende convenido por dicho plazo. Solo admite un plazo menor en situaciones especiales: asistencias a ferias o congresos, actividades desarrolladas en predios o tengan prevista una duración inferior o similares. Se prevé una prórroga tácita por plazos sucesivos de un año, salvo expresa denuncia de las parte antes de cada vencimiento, con 30 días de preaviso. A la segunda renovación se transforma en contrato por tiempo indeterminado Debería suprimirse el párrafo final de art. 1512.

IV. Definición. Clasificaciones

Se discute si la técnica legislativa correcta implica incorporar al texto legal definiciones, o dejar este menester a la tarea de la doctrina. Los redactores del proyecto han efectuado la primera opción, la más discutible. Puede constatarse en la doctrina, un variado elenco de clasificaciones. Se las ha clasificado como industrial, de distribución, de servicios, hotelera, de capitalización. Otros, las dividen en propias (de empresas, los hoteles: constituyen la duplicación o desarrollo de un negocio) e impropias (asimilables a la distribución comercial y a la concesión mercantil.[7] El art. 1513, establece que, a los efectos de su interpretación, se entiende por franquicia:

a) mayorista: el franquiciante otorga el uso de marcas y sistema de franquicias a una persona física o jurídica, en un territorio o ámbito de actuación nacional, regional o provincial, con derecho a nombrar subfranquiciados, a cambio de contraprestaciones especificas.

b) de desarrollo: el franquiciante otorga a un desarrollador el derecho a abrir múltiples negocios, bajo el sistema, método y marcas de aquel, en una región a país, por un término no menor de cinco años. Todos los negocios o locales dependen o están controlados por el desarrollador, aunque no tiene derecho a ceder su posición o subfranquiciar sin el consentimiento del franquiciante.

c) Sistema de negocios: constituye su objeto. Descripto como el conjunto de conocimientos prácticos y experiencia acumulada por el franquiciante. No patentado, aunque debidamente probado, secreto, sustancial y transmisible. El Proyecto continúa con nociones dispensables: secreto, cuando en su conjunto o en la configuración de sus componentes, no es generalmente conocida o fácilmente accesible. Sustancial, cuando la información que contiene es relevante para la venta o prestación de servicios y permite al receptor prestar sus servicios o vender los productos conforme al sistema de negocios. Transmisible, cuando su descripción es suficiente para permitir al este desarrollar su negocio de conformidad a las pautas creadas o desarrolladas por el principal.

Se incorpora como ingrediente necesario la noción del ámbito: territorio nacional o provincial, región o país etc. Este dato no es necesariamente esencial, ni en la práctica, ni en la doctrina, nacional o extranjera y se prefiere poner el acento en la asistencia permanente al negocio a través del know how y la utilización de sus métodos y marcas.[8]

7. Marzorati, *op. cit.* en nota 1, pág. 10.
8.: Cosentino y López Raffo en *not. cit.* en nota l, pág. 440 y ss.

El artículo 1.524, final, extiende sus disposiciones, en cuanto sean compatibles a las franquicias industriales y a las relaciones entre franquiciante y franquiciado y a las de este con cada uno de sus subfranquiciados. Las "industriales" constituyen, en realidad, licencias de fabricación basadas en patentes o *know how* técnico acompañadas de licencias de marcas; cuya inclusión dentro del régimen general es discutida.[9]

V. Obligaciones del franquiciante

El art. 1514 establece conforme las modernas reglas de la buena fe objetiva en los "iter" precontractuales, el deber de: informar sobre las condiciones económico financieras del negocio; primordialmente, la evolución de los dos años anteriores de unidades similares a la ofrecida y que hayan operado un tiempo suficiente, sea en el país o en el extranjero(inc. a).

En su inc. b reitera la noción del objeto del contrato: la comunicación del "conjunto de conocimientos técnicos, aun cuando no estén patentados, derivados de la experiencia del franquiciante y comprobados por este como aptos para producir los efectos del sistema franquiciado. Aquí parece repetirse la noción del inciso c) del art. 1513. El apartado 2do del art. 1512 requiere que el franquiciante sea el "titular exclusivo" o tener derecho a su utilización o transmisión. La expresión "titular", utilizada a mediados del siglo pasado para explicar la naturaleza del derecho sobre la empresa carece de significación jurídica. Existen elementos de la empresa donde se tienen derecho a "non domino" y a menudo se asumen compromisos de futuros suministros y avances tecnológicos usualmente propiedad de terceras empresas vinculadas dentro de la compleja trama de los acuerdos de colaboración empresaria. En resumen, lo único que constituye un ingrediente relevante es que el franquiciante tenga derechos de uso y transmisión sobre la universalidad que quiere ceder a título oneroso.

De los incisos c) a f) se especifican obligaciones secundarias que no son sino consecuencia de la prestación esencial y objeto del contrato. Como lo que el principal transmite constituye una "praxis", deberá entregar al receptor un "manual de operaciones" (inc. c) y proveer asistencia técnica (inc. d). Usualmente la franquicia puede comprender la provisión de bienes o servicios –a cargo del franquiciante o de un tercero, designado por este–. Deben asegurar la provisión de estos a cantidades adecuadas y precios razonables, según usos y costumbres nacionales o internacionales (inc. e).

El receptor no pueda ser perturbado en el "uso" de los derechos descriptos en el art. 1512 del Proyecto, cit. supra. Tiene el franquiciante la obligación defender y protegerlo (inc. f); con dos salvedades: en las franquicias internacionales esa defensa esta contractualmente a cargo del franquiciado[10] y siempre, este está facultado para intervenir como interesado coadyuvante en las instancias administrativas o judiciales.

VI. Obligaciones del franquiciado

El Proyecto establece una serie de obligaciones que califica como "mínimas" en su art. 1.515. Debe desarrollar efectivamente la actividad objeto de la franquicia, ajustada al manual operativo y a las comunicaciones del franquiciante emitidas en cumplimiento de su deber de asistencia técnica (inc. a); y cumplir con las contraprestaciones prometidas (inc. e)[11]. Usualmente, se trata de un canon vinculado con porcentajes sobre las entradas brutas o las utilidades.

9. De la Cuesta Rute, *op. cit.*, pág. 373.

10. Inc. f, punto i y sin perjuicio de la obligación del franquiciante de ponerle a disposición en tiempo, la documentación y demás elementos.

11. El inciso *in fine* entre las que pueden pactarse contribuciones para el desarrollo del mercado o de las tecnologías vinculadas.

Nuevamente en lo que parece un exceso de reglamentación los intermedios incisos b) a d) generan una serie de obligaciones secundarias, obligatorias –a nuestro juicio– aunque no se pacten expresamente por disposición de la ley y la naturaleza de las cosas: a) informar razonablemente a la contraparte; b)facilitar las inspecciones, sea que se hayan pactado o que sean adecuadas al objeto; c) abstenerse de realizar actos que puedan poner en riesgo la identificación o el prestigio del sistema o los derechos comprendidos en el art. 1.512, segundo párrafo; y cooperar en su caso en la protección de los mismos; d)de asegurar la confidencialidad de las información reservada. Esta exigencia corre no solo respecto a los dependientes, sino también para los terceros a los que deban comunicarse para el desarrollo de las actividades El Proyecto dispone que la obligación de confidencialidad subsiste después de la expiración del contrato, aunque no señala plazo.

VII. Exclusividad y otras cláusulas Subfranquicias. Invalidez

El Proyecto establece la exclusividad recíproca, aunque limitable o excluible por acuerdo de las partes (art. 1517). Primero, un ingrediente territorial y luego se dispone que el franquiciante no puede operar, por sí o por interpósita persona, de unidades de franquicia o actividades que sean competitivas. Previamente se le prohíbe autorizar otra unidad de franquicia en el mismo territorio, sin la venia de aquel. Cabe la duda si la regla es suficiente. (ver inc. b, cit. "infra")

El receptor no puede ceder su posición, ni los derechos que emergen del contrato, mientras está vigente, excepto los de contenido dinerario.(art. 1518,inc. a)l. No se advierte la "ratio" de la inclusión de la referencia a la vigencia del contrato, ni tampoco si esta si vincula con el apartado segundo del mismo inciso, al sentar que el ap. 1ro no se aplica a la franquicia mayorista destinada al otorgamiento de subfranquicias.

Al franquiciante le está prohibido comercializar directamente con terceros, mercaderías o servicios objeto de la franquicia en el territorio o zona de influencia del franquiciado (inc. b). De alguna manera extrapolada, el inc. c establece que el derecho a la clientela pertenece al franquiciante y que este no puede mudar la ubicación de los locales de atención o fabricación. Reglas, meramente dispositivas, admiten pacto en contrario. Rigen en el convenio sin necesidad de inclusión en su texto, sino son expresamente derogadas (conf. arts 1 y 2).

El Proyecto declara nulas o inválidas la incorporación de cláusulas que prohíban al franquiciado: a) cuestionar justificadamente los derechos del franquiciante derivados de la propiedad intelectual e industrial (art. 1.512, ap.2do);b) adquirir mercaderías comprendidas en la franquicia de otros franquiciados dentro del país, siempre que estos respondan a las calidades y características contractuales; c) reunirse o establecer vínculos no económicos con otros franquiciados. Soluciones en coherencia con la tutela de la parte débil. La invalidez no hace caer la franquicia.

VIII. Responsabilidad

Las partes son independientes y no existe relación laboral entre ellas. Luego no puede surgir una relación de trabajo derivada del contrato. La autonomía de la voluntad, permite la concertación de una franquicia entre dos personas, una dependiente de la otra. Consecuencias: a) el franquiciante no responderá por las obligaciones del franquiciado, salvo disposición legal expresa en contrario; b) los dependientes del franquiciado no tienen relación jurídica laboral con el franquiciante, salvo fraude laboral. c) el franquiciante no. responde ante el franquiciado por la rentabilidad del sistema otorgado. El franquiciado como empresario realiza la actividad a su riesgo. Las dudas se aclararan con la interpretación jurisprudencial. La colisión con normas de orden público, sea laboral o de consumo, vinculadas con la defensa de la competencia y la lealtad comercial, hacen suponer futuras dificultades. Cabe admitir –con ciertas restricciones– la licitud de cláusulas que aseguren al receptor

determinada utilidad o un ingreso mínimo o una producción mínima, y al franquiciante, un monto mínimo de retribución.

El apartado "in fine" del citado art. 1520 establece una serie de conductas tendientes a evitar la confusión frente a terceros, evitando a su vez, la pérdida de la identidad común de la red. La violación de la directriz podría generar una responsabilidad solidaria, eventualidad no descartable.

El Proyecto (art. 1.521) regula la responsabilidad por los defectos del diseño del sistema. Pudo omitirse, considerando la exhaustiva regulación de los arts. 1.708 y ss.

VIII. Extinción

El art. 1.528 comienza estableciendo que el contrato se extingue por la muerte o incapacidad de cualquiera de las partes (inc. a). En la "praxis" empresaria actual la persona individual como factor relevante resulta prácticamente inexistente El pacto en contrario es válido, aunque las cláusulas, v.gr. en materia societaria, que permiten la continuidad con los herederos, han generado infinidad de problemas

La parte que desee extinguirlo al vencimiento del plazo original o prorrogado, tiene la obligación de preavisar con una anticipación mínima de un mes por cada año de duración hasta un máximo de seis meses.

En los contratos por tiempo indeterminado el preaviso debe darse de manera que la rescisión se produzca al menos al cumplirse el tercer año de su concertación. La falta de preaviso torna aplicable el art. 1.493.

La parte final del art. precitado y el subsiguiente 1.523 se refieren a temas de competencia. El primero, limita el plazo de las cláusulas de prohibición de competencia del franquiciado a un año post-extinción del contrato, dentro de un territorio y habida cuenta las circunstancias. El último, determina que la franquicia "per se" no debe ser considerada un pacto que limite, restrinja o distorsiones la competencia.

El momento de la resolución de un contrato, en los sistemas integrados de distribución – todos empresarios– es clave, en vista de la continuación de los negocios, y de una ruptura usualmente transitoria y superable por intereses comunes. En aras a esos intereses, suelen los usos y prácticas establecer criterios de gestión que buscan deslindarlos del régimen general de daños y perjuicios derivados de la ruptura y evitar acciones legales futuras.(v.gr. responsabilidad objetiva, arbitraje, montos indemnizatorios tarifados).

MUTUO Y COMODATO

Daniel G. Alioto

1. Conversión del mutuo y el comodato en contratos consensuales

Como una aplicación del criterio general de desestimar la categoría de contratos reales que ya había sido anticipado en el Proyecto de Código Civil de la República Argentina de 1998, el actual Proyecto de reforma confiere carácter consensual al mutuo y al comodato. Esa modificación se alinea a la legislación de 1883 y 1911 que completa el Código Civil Suizo, a la ley que modificó el BGB, vigente desde el 2002 y, en América, al Código Civil de Perú de 1984 (arts. 1352 y 1648) y cubano de 1987. Y es contraria al Código Italiano de 1942, al portugués de 1996, al de Bolivia de 1975, al de Paraguay de 1987, al de Quebec de 1991 y al de Brasil de 2001.[1]

De esa manera, el Proyecto se aparta de la tradición romana que había continuado Vélez Sarsfield en los contratos de depósito, mutuo civil y comercial y comodato, que hasta el presente solo se perfeccionan con la entrega (arts. 2242, 2256, 1141 y 1142, C.C.). Por esa razón, en el Código Civil vigente el mero acuerdo consentido por las partes correspondiente a la formación de un mutuo y de un comodato no es suficiente para generar el efecto que sería propio de la convención que lo determina. Es decir, el mutuante y el comodante no quedan obligados a dar las cosas prometidas, y, desde luego, carecería de asidero que el mutuario y el comodatario contrajeran la obligación de restituir una cantidad que no fue entregada.

El codificador pone en evidencia la diferencia básica del sistema argentino con el Código Napoleón cuya fuente directa en lo tocante al muto remonta a *Domat*, quien en *Las leyes civiles en su orden natural,* **fiel a su matriz consensualista, fuerza la inclusión de ese contrato real en la categoría de una convención del tipo** *do ut des* presuponiendo que la obligación del mutuario de restituir es causada por una conducta previa obligatoria del mutuante que "debe" dar una cantidad de cosas, **al decir "***la obligación del que toma prestado ha sido precedida por parte del otro de la entrega de aquello que debía darse para formar la convención***."** (L. I, t, I, secc. I, 5.).[2] Es así como en la nota de los artículos 1141 y 1142 Vélez Sarsfield señala: "*En Derecho Francés, las convenciones son obligatorias por el solo efecto del consentimiento de las partes, sin necesidad ni de la entrega de la cosa que forma el objeto, ni del cumplimiento del hecho por una de las partes al cual se hubiese obligado. Bajo este aspecto el Derecho Francés difiere esencialmente del Derecho Romano y del nuestro, cuyas disposiciones reposan sobre el principio contrario, es decir, sobre el principio que el*

1. Para un reconocimiento del panorama legislativo y de los lugares más relevantes de la evolución de la doctrina francesa sobre el punto, ver Guzmán Brito, Alejandro, *"La consensualización de los contratos reales"*, en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXIX, Valparaíso, Chile, 2° semestre de 2007, pp. 35-60.

2. Conforme la traducción de la obra citada arreglada para el uso de los españoles por D. Felio Vilarrubias y D. José Sarda, 2ª edición (2 tomos). Editor Impr. José Tanulo. Barcelona. 1844.

consentimiento no basta por regla general para hacer una convención civilmente obligatoria." Por eso, en el Código Civil, **el mutuo es un contrato nominado** *re* **en el que la obligación unilateral de restituir del mutuario es causada por la entrega previa de una cantidad por el mutuante que no va precedida de ninguna obligación correlativa. Lo mismo ocurre con el comodato.**

En esta concepción de considerar consensuales al mutuo y al comodato, la influencia del Proyecto de Código Civil de 1998 es evidente. Tanto es así que los conceptos de esos tipos contenidos en este (arts. 1404 y 1412, respectivamente), en fórmulas adaptadas a los contratos consensuales, son reproducidas en el Proyecto, al describir: "Hay contrato de mutuo cuando el mutuante se compromete a entregar al mutuario en propiedad, una determinada cantidad de cosas fungibles, y este se obliga a devolver igual cantidad de cosas de la misma calidad y especie" (art. 1525) y "Hay comodato si una parte se obliga a entregar a otra una cosa no fungible, mueble o inmueble, para que se sirva gratuitamente de ella y restituya la misma cosa recibida" (art. 1533).

Cabe acotar que en la doctrina nacional, Guillermo A. Borda entiende que el mutuo comercial es consensual sobre la base del art. 559 del Código de Comercio, que dice: "Si nada se ha estipulado acerca del plano y lugar en que deba hacerse la entrega, debe verificarse luego que la reclame el mutuante, pasados diez días de la celebración del contrato y en el domicilio del deudor". Sin embargo, a poco en que se repare que la norma alude al "mutuante" como el destinatario de la "entrega", parece necesario concluir que se refiere a la restitución de la cosa dada por el mutuario y no a la transferencia del primero al segundo.[3]

2. La onerosidad del mutuo

a) El régimen vigente: la regla de la gratuidad en materia civil y comercial

El Código Civil y el Código de Comercio se atienen a la regla de su gratuidad natural. Por excepción se acepta el pacto de intereses compensatorios.

Así se establece en el Código Civil (art. 2243), que admitió el pacto en contrario teniendo presente que los códigos europeos regularmente "son contrarios a la libertad de convenciones sobre intereses de los capitales" (art. 621, C.C. y su nota).

Según ese principio, el mutuo civil se supone que es gratuito si no se estipularon intereses compensatorios (art. 2248, C.C.), en cuyo caso únicamente corren los moratorios propios del incumplimiento de la obligación de restituir el principal (arts. 622 y 509, C.C.). Consecuentemente, dado que el mutuario no debe cumplir intereses compensatorios no pactados anteriores al vencimiento de la obligación de restituir el préstamo, su pago no lleva a entender que se encuentra obligado a solventarlos en adelante (art. 2249, C.C.).

En materia de mutuo mercantil, conforme la regla general de la gratuidad, tampoco es necesario interpretar que corren intereses compensatorios, excepto que fueran dispuestos por la ley o establecidos en el contrato (art. 560, C. Com.). Tanto es así que los réditos pactados sin determinación del tiempo en que empezaron a computarse o de su magnitud, se consideran intereses moratorios que se calculan a la tasa que cobran los bancos públicos (art. 565, enunciado 1°, C. Com.).

No obstante el principio, como los actos comerciales nunca se presumen gratuitos (art. 218, C. Com.), el interés pagado espontáneamente no puede ser repetido o imputado a capital (art. 566, C. Com.) y el deudor debe seguir cumpliendo los compensatorios pactados aún después de vencida la obligación de restituir el capital "por el tiempo que se demore la devolución" (art. 568, C. Com.). A esos preceptos debe añadirse una consideración correspondiente a la práctica en general: en los usos y costumbres comerciales es difícil suponer que no se pacten intereses. Así, por ejemplo, el interés

3. Borda, Guillermo A., *Tratado de derecho civil, contratos*, 1ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2005, n° 2081, "c", p. 641-642.

convenido es un componente ineludible de la operación de crédito que se concreta bajo la forma de un mutuo oneroso de dinero dado por las entidades financieras a sus clientes.[4]

Ha de tenerse presente cómo se calcula el interés compensatorio pactado en el mutuo mercantil si se prestan cosas que no son dinero o "especies", como dice el art. 562 del Código de Comercio empleando un término equivalente. En este caso particular menos frecuente y en defecto de estipulación en contrario, ante el problema de la variación del valor venal de la cosas, los réditos se computan en dinero (art. 563, C. Com.) según el precio que aquellas tenían al tiempo del vencimiento de la obligación –no de la demanda– y en el lugar en que "debía hacerse la devolución" (art. 562).[5]

b) El Proyecto de reforma: la regla de la onerosidad

La reforma invierte la regla vigente. El artículo 1527 del Proyecto presume la onerosidad del mutuo, excepto pacto en contrario. De esta manera, el mutuario debe intereses compensatorios en el préstamo de dinero, cuya tasa podrá ser fijada por el juez si "no fue acordada por las partes, ni por las leyes, ni resulta de los usos" (art. 767).

En el mutuo de otra clase de cosas fungibles se mantiene el momento de inicio del cómputo de los intereses compensatorios. El Proyecto indica que la liquidación se practique considerando el precio de la cantidad de cosas prestadas el día del comienzo del período de pago y en el régimen actual "al tiempo del vencimiento de la obligación."

Es del caso mencionar, conforme el reenvío del artículo 1532 a las disposiciones relativas a las obligaciones de dar sumas de dinero, la importancia del artículo 771 interpretado a la luz del artículo del 960 del Proyecto, que se aparta de las restricciones del artículo 723 del Proyecto de Código Civil de 1998[6] y se inclina a facultar al órgano judicial reducir los intereses, aun de oficio, cuando la tasa fijada o el resultado que provoque la capitalización de intereses excede, sin justificación y desproporcionadamente, el costo medio del dinero para deudores y operaciones similares en el lugar donde se contrajo la obligación.

c) Visión crítica

Desde los orígenes de la tradición jurídica occidental, la onerosidad o gratuidad del mutuo ha sido fuente de una cuestión planteada y desarrollada primordialmente en torno al préstamo de dinero, por ser el más generalizado. El problema es de la mayor importancia, en cuanto la obligación de pagar intereses compensatorios que se adicionan a la restitución del principal puede comprometer directamente la igualdad propia de la justicia objetiva.

En efecto, en materia de mutuo civil, reconocido que el dinero prestado no tiene valor intrínseco,[7] sino representativo de los bienes con los que puede cambiarse, se sigue que por principio tampoco tiene valor de uso anterior a su gasto. Por esta razón, si es el mutuario quien lo consume en su primer uso –que implica el cambio– (art. 231 del Proyecto; art. 2325, C. Civil), no puede presumirse que la

4. Barreira Delfino, Eduardo, *"Teoría general de la contratación bancaria"*, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2005 – 3, *Contratos bancarios*, Rubinzal–Culzoni Editores, pp. 36 y 78.

5. La solución concuerda con el criterio asentado en el art. 2251 del Código Civil para el cálculo del valor de la cosa cuya restitución no es posible.

6. El Proyecto de Código Civil de la República Argentina de 1998, en su art. 723, restringe la facultad de morigeración de oficio en los siguientes términos: "el tribunal solo tiene facultades para reducir la tasa de los intereses compensatorios y punitorios, o el resultado del anatocismo: a) A pedido de parte, si se configuran los requisitos del artículo 327, o de los artículos 968, inciso e), y 970; b) Si el acreedor es condenado por el delito penal de usura. c) Si lo autoriza expresamente la ley. En caso de reducción, los intereses pagados en exceso se aplican al capital y, una vez extinguido este, pueden ser repetidos.

7. C.S.J.N., caso "Fernández, Juana Vieytes de c/Buenos Aires Provincia s/cobro de alquileres", Fallos 295:973.

privación del dinero perjudique al mutuante. Y, en tal situación, la onerosidad no es de la estructura del mutuo, ya que la privación de la cantidad prestada se repara con el reembolso que iguala las cosas al terminar el plazo previsto para hacerlo.

Desde ese punto de vista, si el mutuo de dinero dado en utilidad del mutuario necesitado es naturalmente gratuito, la previsión convencional de intereses compensatorios no se presume y menos en los préstamos realizados fuera de los mercados. No obstante, el pacto de intereses no es contrario a las exigencias de la justicia objetiva en la medida que pueda suponerse que el ahorro prestado equivale a un capital que tiene el potencial de aumentar la producción de bienes y servicios hasta la restitución del principal, tanto para el mutuante como para el mutuario. Con tal presupuesto económico, no es impropio entender que la privación del ahorro del mutuante es fuente de una desventaja que se compensa proporcionalmente con el rédito pagado por el mutuario en razón de la ventaja que le reporta el incremento de su aptitud productiva[8].

En materia de mutuo comercial, dada la frecuencia de ocasiones de concreción de inversiones productivas, francamente difundidas desde que el préstamo del ahorro fue canalizado en buena parte a través de los bancos, puede aceptarse que el préstamo de dinero de ordinario priva al mutuante de la ganancia correspondiente al dinero prestado. Por eso y en relación con el mutuo comercial, aparece razonable la solución de presumir el curso de intereses compensatorios durante el plazo de vigencia del préstamo.

3. La bilateralidad del mutuo

a) Código Civil: unilateralidad

En el sistema del Código Civil, desde el punto de vista de las obligaciones que genera, el mutuo es un contrato unilateral, ya que, perfeccionado con la transferencia de una cantidad de cosas, el mutuario queda obligado únicamente a restituir lo recibido (doctrina arts. 1138 y 2250, C.C.) y, además, a pagar los intereses que se hubiesen pactado.

Borda sostiene que el mutuo es bilateral, "porque supone para el prestamista la obligación de entregar la cosa y para el mutuario la de restituirla en su momento y, eventualmente, la de pagar intereses."[9] Pero en el régimen del Código Civil esa doctrina conlleva dificultades insalvables: 1°) por ser el mutuo un contrato real y no consensual, el mutuante no queda obligado a entregar la cosa; 2°) la tradición no constituye el cumplimiento del acuerdo y antes de ella no existe mutuo; 3°) la obligación de restituir no es causada por la convención, sino por la tradición de cosas fungibles o consumibles; y 4°) no es coherente contraer la obligación de restituir por el mutuario antes de recibir la cantidad de cosas fungibles o consumibles.

b) Proyecto: bilateralidad

1. Según el concepto dado en el Proyecto, el contrato de mutuo es bilateral, ya que ambas partes quedan obligadas recíprocamente la una hacia la otra. El mutuante asume el compromiso de entregar una cantidad de cosas fungibles y el mutuario se obliga a devolver igual cantidad de cosas de la misma calidad y especie (arts. 1525 y 966).

8. Cfr. LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, *Tratado de derecho civil-Obligaciones*, t. II-A, 2ª edición, Editorial Perrot, Buenos Aires, n° 909, nota 58, p. 206.

9. Borda, Guillermo A., *Tratado de derecho civil, contratos*, 1ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2005, n° 2081, "a", p. 639-640. Zavala Rodríguez, Carlos Juan, en *Código de Comercio y leyes complementarias*, 3, Ediciones Depalma Buenos Aires, 1969, pp. 12-13, se atiene al esquema trazado por el codificador acerca del carácter unilateral del mutuo, pero la critica compartiendo el parecer de Borda.

De ese carácter bilateral resulta que si el mutuante no entrega la cantidad prometida en el plazo pactado o, en su defecto, ante el simple requerimiento, el mutuario puede exigir el cumplimiento o la resolución del contrato (art. 1526).

Se trata de una modificación del régimen vigente cuyo alcance debe ser comprendido en concordancia con la idea de derogar la categoría de contratos reales.

En el sistema actual, al ser un contrato real, la promesa de préstamo de cosas consumibles o fungibles no produce el mutuo que solo existe si se las transfirió. Por eso, la promesa aceptada de hacer un mutuo, tanto gratuito como oneroso, no confiere acción de cumplimiento contra el promitente (art. 2244, C. C.). El Código Civil no lo establece, pero por la misma razón este tampoco podría imponer la recepción de la cantidad que es materia del convenio, la cual, a su vez, es el título de la transferencia.

La única acción admitida es de daños y perjuicios, conectada al incumplimiento de la promesa aceptada de concretar un mutuo oneroso y sujeta a un plazo de caducidad de tres meses contados desde que debió realizarse (art. 2244, C. C.). Si bien el mutuo real no nació, ya que no se verificó la tradición y no existe la obligación restituir causada por esta, el incumplimiento del compromiso contraído por el promitente origina el derecho a reclamarle el resarcimiento del daño provocado (cfr. arts. 520 y 521, C.C.).

En sentido opuesto, en el Código Civil la promesa aceptada de mutuo gratuito –que es una promesa de liberalidad– no es obligatoria y, por tanto, no produce ninguna acción.

2. Los problemas hermenéuticos empiezan a surgir en torno a la obligación de restituir la cantidad de cosas que no fue dada por el mutuario. En relación con esta cuestión, el Proyecto nada dice. En tal situación habría que interpretar que dicha obligación se sujeta a la condición suspensiva de su tradición.[10] En cuyo caso y en contra de lo afirmado por Lorenzetti "*que el contrato de mutuo causa la obligación del mutuario de restituir las cosas recibidas*"[11], conviene considerar que la convención por sí sola no es fuente de esta que en realidad depende del *datio*.

Por otro lado, el Proyecto tampoco se refiere al caso en que el mutuario no acepte recibir la cantidad de cosas prometida. ¿Deberá entenderse que el mutuante tiene acción de cumplimiento en relación con un mutuo oneroso o gratuito sin distinción?

4.- La bilateralidad del comodato

Cabe reiterar lo dicho acerca del fundamento de la unilateralidad del mutuo en el Código Civil, sin perjuicio de añadir aquí y ahora que las obligaciones accesorias derivadas del régimen del comodato no impiden la caracterización afirmada.[12]

En el Proyecto termina por prevalecer la tesis de la bilateralidad del comodato, en cuanto en el acto vinculante una parte se obliga a entregar a otra una cosa no fungible, mueble o inmueble, para que se sirva gratuitamente de ella y restituya la misma cosa recibida (art. 1533). Nace pues en cabeza del comodatario la acción personal de cumplimiento de la obligación de entregar la cosa si se fijó un plazo. No obstante que tienden a desaparecer problemas hermenéuticos análogos a los planteados en relación con la obligación de restituir en el mutuo en tanto se establece que el comodato se extingue por voluntad unilateral del comodatario (art. 1541, "c").

10. Conf. Guzmán Brito, ob. cit., p. 47.

11. Lorenzetti, Ricardo Luis, *Tratado de los contratos*, T. III, Rubinzal-Culzoni Editores, p. 380.

12. Conf. Salerno, Marcelo Urbano, *Contratos Civiles y Comerciales*, Oxford University Press, México, 2002, p. 356. En contra, Borda caracteriza al comodato de contrato bilateral.

5. Algunas innovaciones en el comodato

Tratándose el comodato de un contrato informal, es relevante, en defecto de previsión específica en materia de locación de cosas y proyectada la derogación de la ley 23.091 de Locaciones urbanas[13], que el Proyecto no contenga un precepto semejante al artículo 2264 del Código Civil que reenvía a la prueba de este contrato, tan importante a la hora de juzgar qué medios son admisibles para acreditar su existencia y modalidades. En tal sentido, cabe remitirse al artículo 1019 del Proyecto que asume un criterio de interpretación judicial amplio, ajustado a la legislación procesal. Al mismo tiempo gravita que el Proyecto exprese que por principio el comodato se extingue por la muerte del comodatario.

6. Conclusiones

i. En línea con la supresión de la categoría de contratos reales, se convierte al mutuo y al comodato en contratos consensuales. Dicha caracterización no cambia la causa de la obligación de restituir la cosa que es la tradición de la cantidad de cosas en el mutuo y la entrega de la cosa no consumible ni fungible en el comodato.
ii. Se establece la bilateralidad del mutuo y comodato.
iii. Se invierte la regla de la gratuidad del mutuo civil y comercial. En el Proyecto, sin distinción según la materia civil o comercial, se presume la obligación de pagar intereses compensatorios, salvo pacto en contrario.
iv. Se faculta a los jueces expresamente reducir de oficio los intereses desmesurados.

13. Artículo 3 “a”, Proyecto de ley de Aprobación del Código Civil y Comercial de la Nación.

DONACIÓN

Marcos Elía

La redacción de un código es, probablemente, de las más complejas de las tareas que debe realizar un jurista. Por tal razón ese cometido impone la máxima consideración y prudencia al tiempo de su realización.

Con la misma prudencia el legislador debe velar para que semejante modificación del ordenamiento jurídico esté justificada por una significativa mejora respecto del sistema a reemplazar, en consideración a los riesgos sociales que entraña una innovación tan profunda.

Tampoco deben soslayarse las dificultades que origina la incorporación de un nuevo Código, no solo para los profesionales sino también a los legos pues, con menor o mayor profundidad, la comunidad toda ha adquirido una cultura jurídica que facilita su desenvolvimiento y asegura una vinculación más previsible y armónica entre sus integrantes.

En igual sentido deben ser evaluadas las consecuencias respecto de los criterios jurisprudenciales concebidos por los magistrados durante años de paciente elaboración. La interpretación judicial, a la luz de los cambios en el seno de la sociedad, ha evitado la cristalización del derecho y por sobre todo, ha enriquecido e iluminado las soluciones brindadas en los Códigos.

Lo expuesto deja a la vista lo mesurado y profundo que deberá ser el análisis del Anteproyecto de Código sometido a consideración del Poder Ejecutivo Nacional, y el riesgo que encierra la decisión de abandonar un cuerpo legal como el Código Civil sin haberse agotado, con toda minuciosidad, el estudio del Anteproyecto.

Entiendo que mayor es el desafío a la vista de que el Código Civil es una excelente obra de derecho que el paso del tiempo no ha anquilosado. Las valiosas y sucesivas reformas de que fue objeto, así como la sanción de numerosa legislación complementaria, lo han perfeccionado y actualizado.

Por razones de espacio el presente trabajo destacará aquellos aspectos normativos referidos al contrato de donación que se consideran deficientes desde su concepción técnica o que importan la incorporación de criterios regulatorios que se juzgan inconvenientes de acuerdo a la práctica y experiencia jurídica de nuestro país.

A modo de anticipo podemos decir que se pueden formular numerosas objeciones, dentro de las cuales podemos destacar, resumidamente, las siguientes:

1. La técnica de la redacción es deficiente, e incurre en el error de adoptar expresiones no muy acertadas del Código Civil vigente.
2. Introduce confusión en la regulación de la donación gratuita respecto de las llamadas "onerosas".
3. Brinda un tratamiento técnicamente errado a las denominadas donaciones manuales y donaciones mutuas.

4. Acuerda un amplio espectro de situaciones el donante puede reclamar alimentos al donatario.
5. Restringe de manera inconveniente la legitimación activa de la acción por revocación de donaciones.

Para facilitar la lectura y comprensión de las consideraciones a realizar se transcribirán los artículos en el orden en que se encuentran en el Anteproyecto, efectuando a continuación de cada uno de ellos los comentarios pertinentes.

Análisis individual de algunas de las normas proyectadas

"Artículo 1546.- Donación bajo condición. Están prohibidas las donaciones hechas bajo la condición suspensiva de producir efectos a partir del fallecimiento del donante."

Es muy común que los legos expresen sus deseos para luego de su muerte de manera muy rústica, consecuentemente el Código de Vélez, respetando la voluntad de los donantes y no incurriendo en "exceso ritual", atribuía validez a esas ofertas de donación, como actos de última voluntad en cuanto estas cumplieran las normas de los testamentos (artículo 1790 del Código Civil).

Es de desear que el Anteproyecto procure resguardar la voluntad de los legos por encima de su ignorancia de la ley, pues ello conduce a asegurar mayor libertad a las personas y a no transformarlas en esclavos de las formas de los actos jurídicos.

"ARTÍCULO 1548.- Capacidad para donar. Pueden donar solamente las personas que tienen plena capacidad de disponer de sus bienes. Las personas menores emancipadas pueden hacerlo con la limitación del inciso b) del artículo 28."

Exhibe una redacción técnica deficiente por cuanto refiere a "personas menores emancipadas", cuando claramente basta con mencionar a la categoría de los "emancipados".

"ARTÍCULO 1549.- Capacidad para aceptar donaciones. Para aceptar donaciones se requiere ser capaz. Si la donación es a una persona incapaz, la aceptación debe ser hecha por su representante legal; si el donante fuese el representante legal, se designa un tutor especial. Si la donación es con cargo, se requiere autorización judicial."

La primera oración es una obviedad, pues el consentimiento contractual solo puede ser dado válidamente por personas capaces. También es evidente que si el beneficiario de ese contrato es un incapaz, este debe celebrarse con su representante legal.

Sí debe destacarse como un aporte que la práctica jurisprudencial ha convalidado, la designación de un tutor especial cuando quien realiza la donación es su representante legal. Sin embargo esta exigencia parece excesiva cuando el donante es el padre o la madre del incapaz.

También es valiosa la incorporación de la exigencia de la autorización judicial cuando la donación sea con cargo.

"ARTÍCULO 1551.- Objeto. La donación no puede tener por objeto la totalidad del patrimonio del donante, ni una alícuota de él, ni cosas determinadas de las que no tenga el dominio al tiempo de contratar. Si comprende cosas que forman todo el patrimonio del donante o una parte sustancial de este, solo es válida si el donante se reserva su usufructo, o si cuenta con otros medios suficientes para su subsistencia."

Es desafortunada la redacción en cuanto confunde patrimonio con los bienes que lo integran. Este yerro debería ser subsanado porque es admisible en el léxico de legos, pero no en un cuerpo legal de esta jerarquía.

La redacción emplea términos como "*cosas determinadas*" cuando no pueden ser objeto de contrato las cosas si no están determinadas, y siendo estas fungibles deben estar determinadas por género o especie, cuanto menos, de acuerdo al nuevo artículo 1005. Otro desacierto.

No es apropiado indicar que las cosas "*formen*" el patrimonio del donante, en todo caso lo integran, pues el patrimonio es un atributo de la personalidad, una aptitud de las personas, ergo es completamente irrelevante para su existencia que la persona posea o no bienes.

Tampoco es claro el artículo en cuanto alude de manera genérica a que la donación podría ser válida si "*cuenta con otros medios suficientes para su subsistencia*". Es difícil imaginar bienes fuera del patrimonio del donante que le permitan subsistir. Parece más apropiado indicar que él esté en condiciones de proporcionarse los medios o recursos por sí mismo.

"*ARTÍCULO 1554.- Donación manual. Las donaciones de cosas muebles no registrables y de títulos al portador deben hacerse por la tradición del objeto donado.*"

Se trata de una mala definición del contrato de donación manual. Como lo reconoce nuestro Código Civil en su artículo 1815, la donación manual es el supuesto excepcional en el que este contrato es real, en vez de consensual.

Como atinadamente señala la doctrina[1] cuando la tradición de la cosa se ha empleado como forma de exteriorizar la voluntad, el contrato de donación quedará perfeccionado con la recepción de la cosa en señal de aceptación de la oferta. Tal circunstancia torna innecesaria la forma escrita del contrato para probar su existencia.

La donación manual es una especie de la donación de cosas muebles. Por ende, lo que la norma debió expresar es que la especie aludida se verifica cuando se perfecciona el consentimiento de manera simultánea con la entrega de la cosa. La redacción proyectada conlleva la supresión del contrato consensual de donación de cosas muebles, lo que no resulta razonable desde la práctica ni congruente con las normas contempladas, en el Anteproyecto, para la donación. Creo que debió adoptarse, en el particular, la pauta general brindada por el artículo 1813 del Código Civil, es decir que las donaciones de cosas muebles deben acreditarse mediante instrumento público o privado.

La tradición de la cosa como exigencia para la perfección de la donación de cosas muebles tampoco se compadece con el carácter consensual atribuido al contrato de donación (art. 1542), ni con la exclusión de la vetusta categoría de los contratos reales efectuada en el Anteproyecto al comienzo del capítulo II del Título II "De los Contratos en General".

Tampoco resulta razonable haber atribuido a las donaciones de cosas muebles no registrables la categoría de contrato real, a la vista de la liberación de responsabilidad del donante en caso de mora en la entrega del objeto donado (artículo 1555). Si efectivamente la donación de cosas muebles es un contrato real, esa norma solo será aplicable al reducido espectro de las donaciones de bienes registrables (artículo 1552).

A la luz de las observaciones formuladas sería conveniente que el artículo 1554 del Anteproyecto sea substituido por el 1815 del Código Civil, el que dispone que "*La donación de cosas muebles o de títulos al portador puede ser hecha sin un acto escrito, por la sola entrega de la cosa o el título al donatario*".

"*ARTÍCULO 1555.- Entrega. El donante debe entregar la cosa desde que ha sido constituido en mora. En caso de incumplimiento o mora, solo responde por dolo.*"

1. López de Zavalía, Fernando J., "Teoría de los Contratos", To. 2, pág. 588, Buenos Aires, año 2000.

Nos parece un desacierto la redacción proyectada en consideración a que la obligación del donante es exigible en el plazo pactado o del que surja implícito en la obligación. En todo caso la mora hace jurídicamente relevante el incumplimiento pero no hace exigible la obligación. Es grave que se confunda algo tan diferente como es la oportunidad en que la obligación debe ser cumplida respecto del momento en que se verifica la mora.

La norma en análisis tiene su fuente en el 1833 del Código. Este ha sido tomado de manera muy parcial, circunstancia que lleva cometer el error señalado.

Debe destacarse que el Anteproyecto libera al donante de la responsabilidad de la pérdida de la cosa donada aunque estuviera en mora si el incumplimiento no hubiera sido doloso. Ello es una novedad respecto del Código vigente. Debemos reconocer que la solución acordada vulnera los efectos propios de la mora en los contratos. Sin embargo adherimos a esta solución que trata de manera más magnánima a quien se ha obligado de manera liberal. El contrato de donación justifica esta clase de excepciones en razón de la economía del mismo. Por lo demás, si bien no es conveniente alentar el comportamiento negligente en el cumplimiento de los contratos, en el caso la solución adoptada por el Anteproyecto parece más conveniente, pues estimula el sano ejercicio de la virtud de la caridad y de la solidaridad brindando un tratamiento más benigno al donante.

"*ARTÍCULO 1559.- Obligación de alimentos. Excepto que la donación sea onerosa, el donatario debe prestar alimentos al donante que no tenga medios de subsistencia. Puede liberarse de esa obligación restituyendo las cosas donadas o su valor si las ha enajenado.*"

La redacción es defectuosa por diversas razones:

1. La circunstancia de que la donación sea onerosa no libera al donatario de la obligación de pasar alimentos. Soslaya este artículo que esa clase de donación por tratarse de un acto mixto (artículo 1544) no necesariamente es exclusivamente acto oneroso. En la medida que el valor de lo donado sea superior al valor de la prestación recibida (en el caso de la donación remuneratoria) o del cargo (donación con cargo) el donatario se encontrará obligado a proporcionar alimentos, tal como si la donación hubiera sido totalmente gratuita.
2. También nos parece poco acertada la redacción en lo referida al estado en que debe encontrarse el donante para reclamar alimentos. La redacción propuesta permitiría el reclamo de supuestos que no parece apropiado den lugar a acción por alimentos, tales como, la falta de bienes aptos para la generación de renta, decir un estado de cierta pobreza, o la falta de empleo.

El reconocimiento del derecho de alimentos no puede generar una suerte de seguro contra la desocupación. Este es un derecho excepcional que requiere una circunstancia del donante que justifique esta inusual obligación. Por eso nos parece más apropiado haber empleado una fórmula que contemple la falta de bienes para obtener una renta suficiente y la imposibilidad física del donante para proveerse, con su trabajo, los recursos que aseguren su subsistencia. No se explica porque no se adoptó, en el caso, la redacción acordada al artículo 545 del Anteproyecto, el que fundamenta el derecho a exigir alimentos a los parientes en la falta de "*medios económicos suficientes y la imposibilidad de adquirirlos con su trabajo*" por parte del reclamante.

Tampoco contempla el artículo en análisis una solución satisfactoria para el supuesto que el donatario desee liberarse de su obligación alimentaria y el donante se niegue a recibir la cosa o el valor de la misma. Esta circunstancia agrava la situación del donatario, en razón de que lo obliga a promover un juicio por consignación o a reconvenir por consignación si antes recibe el reclamo judicial por alimentos. Nos parece un error haber omitido incorporar el criterio seguido en el artículo 1854 del Código, que permite al donatario liberarse del cumplimiento del cargo haciendo abandono de la cosa. Particularmente debe considerarse que el donatario al contratar no puede tener certeza de la exigibilidad de la obligación alimentaria ni del monto de la misma. Es decir ignora a que se obliga,

circunstancia muy diferente de aquel que al contratar la donación con cargo, asume la exigibilidad del mismo con conocimiento de su magnitud. Importantes doctrinarios[2], acertadamente, han reconocido la facultad de liberarse de la obligación alimentaria por abandono de la cosa, con fundamento en el similar tratamiento que el Codificador brindó a las donaciones con cargo en el citado artículo 1854.

"*ARTÍCULO 1562.- Donaciones con cargos. En las donaciones se pueden imponer cargos a favor del donante o de un tercero, sean ellos relativos al empleo o al destino de la cosa donada, o que consistan en una o más prestaciones. Si el cargo se ha estipulado en favor de un tercero, este, el donante y sus herederos pueden demandar su ejecución; pero solo el donante y sus herederos pueden revocar la donación por inejecución del cargo. Si el tercero ha aceptado el beneficio representado por el cargo, en caso de revocarse el contrato tiene derecho para reclamar del donante o, en su caso, de sus herederos, el cumplimiento del cargo, sin perjuicio de sus derechos contra el donatario."*

Este artículo incurre también en deficiente redacción.

En primer lugar destacamos que los cargos no se imponen, sino que, siendo la donación un contrato, estas obligaciones accesorias son estipuladas de mutuo acuerdo. El término "imponer", en todo caso, es más propio de los contratos de adhesión, modalidad no empleada, en general, para el otorgamiento de liberalidades de esta especie.

En segundo lugar parece innecesaria y sobreabundante la descripción de los cargos que pueden gravar al donatario, toda vez que no se establece restricciones en cuanto a los mismos lo que justificaría esa tipificación. Consecuentemente debería estarse a lo normado sobre el "Cargo" en los artículos 354 y 357 del Anteproyecto.

"ARTÍCULO 1556.- Garantía por evicción. El donante solo responde por evicción en los siguientes casos:

a) si expresamente ha asumido esa obligación;

b) si la donación se ha hecho de mala fe, sabiendo el donante que la cosa donada no era suya e ignorándolo el donatario;

c) si la evicción se produce por causa del donante;

d) si las donaciones son mutuas, remuneratorias o con cargo."

Más allá de los comentarios y apreciaciones que ha merecido en la doctrina el contrato de donaciones mutuas, parece desacertado que se imponga a los donantes la responsabilidad propia de quienes celebran un acto oneroso. EL criterio adoptado no guarda congruencia con el carácter gratuito reconocido a esa modalidad contractual en los artículos 1559, 1560 y 1564. Siendo la garantía de evicción un elemento natural de los contratos onerosos, la redacción del artículo debería ser modificada excluyendo del mismo a las donaciones mutuas.

Asimismo, llama la atención el tratamiento brindado a las donaciones mutuas a las que ni siquiera se define, a diferencia de lo que hace el Código en su artículo 1819.

Si a esta suma de errores se agrega que las donaciones mutuas son tratadas en la sección tercera, junto a las donaciones onerosas, la situación es de mayor confusión aún.

También resulta confuso haber incluido a las donaciones remuneratorias o con cargo en el artículo 1556. En efecto estas donaciones son actos mixtos y como tales en la parte onerosa siempre responden por evicción, por lo que no era menester establecer esta responsabilidad. Esto, además, se infiere claramente del artículo 1544 en cuanto establece que "*Los actos mixtos, en parte onerosos y en parte gratuitos, se rigen en cuanto a su forma por las disposiciones de este Capítulo; en cuanto a su contenido, por estas en la parte gratuita y por las correspondientes a la naturaleza aparente del acto en la parte onerosa.*"

2. Machado, J. O., "Exposición y Comentario del CÓDIGO CIVIL ARGENTINO", To. V, nota al art. 1837, pág. 104, Buenos Aires, 1899; y Borda, G., "Tratado de Derecho Civil", Contratos, To. II, nro 1564, Buenos Aires, 1990.

"ARTÍCULO 1558.- Vicios ocultos. El donante solo responde por los vicios ocultos de la cosa donada si hubo dolo de su parte, caso en el cual debe reparar al donatario los daños ocasionados."

Se incurre en error en la redacción de este artículo por cuanto se omite el supuesto en el que donante se obliga por vicios redhibitorios.

Asimismo, la falta de mención de la existencia de esta garantía en las donaciones mutuas y las onerosas, deja al descubierto lo errónea que resulta la redacción del artículo 1556

"ARTÍCULO 1569.- Revocación. La donación aceptada solo puede ser revocada por inejecución de los cargos, por ingratitud del donatario, y, en caso de habérselo estipulado expresamente, por supernacencia de hijos del donante. Si la donación es onerosa, el donante debe reembolsar el valor de los cargos satisfechos o de los servicios prestados por el donatario."

Tampoco es feliz la redacción de este artículo. En efecto, se comienza diciendo que la norma se aplica a los casos en que hay donación aceptada, lo que es un contrasentido si se asume que como contrato no puede existir si la oferta no es aceptada. Es una evidente redundancia. El anteproyecto sigue por error la redacción del artículo 1848 del Código vigente.

Más observable resulta la segunda oración del artículo que se analiza, si se advierte que en el caso de las donaciones onerosas la revocación de la cosa donada no será posible en los supuestos que su valor sea inferior o igual valor al del cargo o al de los servicios prestados por el donatario, pues el acto será juzgado por las normas de los contratos onerosos (artículo 1544) y no por las reglas del contrato de donación que reconoce esa facultad.

Por otra parte, aun en el caso que el valor del objeto donado sea superior al del cargo o de los servicios prestados por el donatario, no parece práctica la restitución de la cosa a favor del donante, sino que es más justo el pago del mayor valor de aquella respecto del crédito que deba reconocerse al donatario.

Más allá de esta discrepancia debemos señalar que la solución brindada por este artículo fue la propugnada en proyectos anteriores de reforma del Código Civil[3]

"*ARTÍCULO 1570.- Incumplimiento de los cargos. La donación puede ser revocada por incumplimiento de los cargos. La revocación no perjudica a los terceros en cuyo beneficio se establecen los cargos. Los terceros a quienes el donatario transmite bienes gravados con cargos solo deben restituirlos al donante, al revocarse la donación, si son de mala fe; pero pueden impedir los efectos de la revocación ofreciendo ejecutar las obligaciones impuestas al donatario si las prestaciones que constituyen los cargos no deben ser ejecutadas precisa y personalmente por aquel. El donatario que enajena los bienes donados, o imposibilita su devolución por su culpa, debe resarcir al donante el valor de las cosas donadas al tiempo de promoverse la acción de revocación, con sus intereses.*"

Este artículo no merece observaciones en general. Si cabe destacar su trascendental importancia en atención a que es la única norma, de todo el articulado referido a este contrato, que expresamente establece que cuando se alude al valor del bien donado se hace referencia al que tenía al tiempo de la promoción de la acción por revocación.

El correspondiente al momento de interposición de la acción judicial. En el particular se adoptó el que tuviera la cosa en la oportunidad de promover la revocación de la donación por incumplimiento del cargo si no fuera posible la restitución del bien.

Los artículos 1557, 1559 y 1563 omiten toda precisión respecto al tiempo en que debe estimarse el valor de los bienes donados, sea para el caso de responsabilidad por evicción o vicios redhibitorios, o de restitución de los mismos para liberarse de la obligación de alimentos o del cumplimiento del

3. Proyecto de 1936, artículo 1012; Anteproyecto de 1954, artículo 1358; Proyecto de Reformas al Código Civil de 1993, artículo 1032; y Proyecto de Código Civil Unificado de 1998, artículo 1447.

cargo. Mayor orfandad normativa se advierte en el supuesto de revocación de la donación por ingratitud del donatario, pues ni siquiera se reconoce la posibilidad de reclamar el valor del bien donado en caso de que ello resulte material o jurídicamente imposible.

Será necesario, para mayor precisión de los textos y evitar controversias sobre una cuestión tan importante, que en los artículos 1557, 1559, 1563 y 1573 se efectúe una expresa remisión al artículo 1570.

"A*RTÍCULO 1571.- Ingratitud. Las donaciones pueden ser revocadas por ingratitud del donatario en los siguientes casos:*

a) si el donatario atenta contra la vida o la persona del donante, su cónyuge, sus ascendientes o descendientes;

b) si injuria gravemente a las mismas personas o las afecta en su honor;

c) si las priva injustamente de bienes que integran su patrimonio;

d) si rehúsa alimentos al donante.

En todos los supuestos enunciados, basta la prueba de que al donatario le es imputable el hecho lesivo, sin necesidad de condena penal."

El artículo proyectado es superador del tratamiento brindado por el Código a este tópico, pues con acierto ha incorporado opiniones doctrinarias y criterios jurisprudenciales en su concepción.

Sería conveniente modificar el inciso c) pues es deficitario en cuanto a que la ingratitud derivada de la "*privación injusta de los bienes*", no cubre el espectro de daño doloso que el donatario puede producir, sin necesariamente incurrir en privación de bienes del donante. En tal sentido parece mejor la redacción del artículo del artículo 1860 del Código que faculta la revocación en caso de "*Delitos graves contra los bienes del donante*", sin especificar que deba llegarse al extremo de la privación de los mismos.

Asimismo, la palabra privación implica la consumación del delito, lo que parece una exigencia excesiva, cuando lo que basta es que se haya llegado a verificar la tentativa del acto ilícito. Esta observación va también en línea con la redacción del inciso a) que tipifica la ingratitud con prescindencia del resultado, pues en definitiva lo que se pretende sancionar es la intención del donatario, y no necesariamente que esta suerte de pena civil dependa de la consumación de la ofensa.

"*ARTÍCULO 1572.- Negación de alimentos. La revocación de la donación por negación de la prestación de alimentos solo puede tener lugar cuando el donante no puede obtenerlos de las personas obligadas por las relaciones de familia."*

La redacción de este artículo no es superadora del actual 1862 del Código Civil, en razón de que la negativa a prestar alimentos constituye injuria cuando "*el donante no puede obtenerlos*" de los obligados por ley. Esta expresión es tan genérica que involucra supuestos que no tienen que ver, necesariamente, con la imposibilidad efectiva de obtener la prestación de los obligados. Cabe preguntarse, por ejemplo, sí configuraría injuria del donatario su negativa a pasar alimentos al donante, alegando ocultamiento de bienes por parte de los parientes obligados o la inexistencia de reclamo judicial de parte del donante.

Sería más conveniente incorporar una fórmula como la del citado artículo 1862, que condiciona la exigencia de los alimentos al donatario a la circunstancia de que el donante no tuviese obligados por ley a proporcionárselos o que los obligados no se encuentren en "*… estado de dárselos …*".

"ARTÍCULO 1573.- Legitimación activa. La revocación de la donación por ingratitud solo puede ser demandada por el donante contra el donatario, y no por los herederos de aquel ni contra los herederos de este. Fallecido el donante que promueve la demanda, la acción puede ser continuada por sus herederos; y fallecido el demandado, puede también ser continuada contra sus herederos. La acción se extingue si el donante, con conocimiento de causa, perdona al donatario o no la

promueve dentro del plazo de caducidad de UN (1) año de haber sabido del hecho tipificador de la ingratitud."

La norma en análisis innova respecto del artículo 1864 del Código Civil en consideración a que solo reconoce legitimación activa al donante y priva a sus herederos de esa facultad en el caso de que aquel hubiera muerto sin haber instado la acción judicial. Esta modificación implica un tratamiento desfavorable respecto del donante, en consideración a que la comisión de actos injuriosos contra su honor, ejecutados con posterioridad a su muerte quedarán impunes, pues los herederos no dispondrán de acción para revocar el bien donado. Lo expuesto exige se reconozca legitimación a los herederos, cuanto menos, en el supuesto aludido.

FIANZA

Alejandro Borda

La valoración que cabe hacer del Título IV, Capítulo 23 **Fianza** (arts. 1574/1598), es ciertamente compleja. Si bien hay cuestiones positivas, que serán destacadas, hay que puntualizar omisiones y, sobre todo, será necesario señalar que existen disposiciones claramente negativas, que afectan el conjunto de la figura (en especial, el mantenimiento de la fianza principal pagador y la regulación de la fianza como un negocio abstracto).

Antes de abordar estas cuestiones, cabe aclarar que no se han de mencionar aquellos artículos que recogen ideas contenidas en la legislación vigente. Pasemos, ahora, al análisis normativo.

Es positivo:

1) Que se haya añadido de manera expresa la posibilidad de afianzar obligaciones de no hacer (art. 1574).
2) Que deba precisarse el monto máximo al cual se obliga el fiador (art. 1578) lo que da previsibilidad a la obligación asumida. Esta es una norma particularmente destacable.
3) Que la fianza futura no pueda extenderse a nuevas obligaciones contraídas por el afianzado después de cinco años de haber sido dada (art. 1578), lo que pone límite a la obligación del fiador.
4) Que la fianza indeterminada en el tiempo sea retractable, liberando al fiador de la cobertura de las nuevas obligaciones contraídas por el deudor, después de que sea notificado el acreedor (art. 1578).
5) Que la responsabilidad del fiador se extienda a las costas judiciales (art. 1580), lo que había sido omitido en el vigente art. 1997.
6) Que, sin que sea considerado una fianza, se responsabilice a quien se ha obligado a mantener o generar una determinada situación de hecho (art. 1582). Así se sanciona a quien se ha comprometido a mantener bajo su dominio determinada propiedad como demostración de solvencia, y luego la enajena.
7) Que se haya establecido que el beneficio de excusión no puede invocarse cuando el deudor principal no tenga bienes en el país (art. 1584, inc. b). En la actualidad, el beneficio no puede invocarse cuando los bienes del deudor estuvieran fuera de la jurisdicción del juez que intervenga (art. 2014, Cód. Civil), lo que carece de justificación.
8) Que se haya eliminado que el beneficio de excusión no puede invocarse: 8.1) cuando el deudor estuviese ausente de su domicilio al cumplirse la obligación (art. 2013, inc. 5, Cód. Civil), lo que resultaba irrazonable; 8.2) cuando el heredero sucediera al deudor (art. 2013, inc. 4, Cód. cit.) lo que carecía de lógica a partir de la presunción de la aceptación de la herencia bajo beneficio de inventario; y, 8.3) cuando el acreedor fuera la hacienda pública (art. 2013, inc. 9, Cód. cit.) lo que implicaba otorgar un privilegio al Estado sin que existiera justificación alguna.

9) Que se haya dispuesto –como regla– que la caducidad del plazo otorgado al deudor, producto de su concurso o quiebra, no tenga efectos respecto del fiador, para quien subsiste el plazo pactado (art. 1586). Es una consecuencia lógica de que el contrato se ha celebrado entre acreedor y fiador.
10) Que se presuma que la fianza es pura y simple, cuando el Estado es acreedor, lo que se desprende de lo que establece el art. 1590 (que implícitamente dispone que la fianza es, como regla, pura y simple) y la diferencia que existe con el actual art. 2003.
11) Que el fiador deba dar aviso al deudor principal del pago que ha hecho (art. 1593). Se evita así que el deudor pague también, con los inconvenientes que este doble pago trae aparejado.
12) Que se le dé al fiador el derecho a embargar bienes del deudor (art. 1594) cuando este se ha obligado a liberarlo en un tiempo determinado y no lo hace (inc. c) y cuando han transcurrido cinco años desde el otorgamiento de la fianza, a excepción de que la obligación afianzada tenga un plazo más extenso (inc. d), lo que encuentra su lógica en el incumplimiento del deudor, en el primer caso, y en los riesgos generados por la extensión en el tiempo de la garantía, en el segundo.
13) Que se disponga que la obligación del fiador se extingue si transcurren cinco años desde el otorgamiento de la fianza general en garantía de obligaciones futuras y estas no han nacido (art. 1596, inc. c). Es una redacción superadora del actual art. 2025, ajustada a la fianza de obligaciones futuras no nacidas, que permiten dar cierta seguridad jurídica al fiador.
14) Que se establezca que la fianza se extingue si el acreedor no inicia acción judicial contra el deudor dentro de los sesenta días de requerido por el fiador o deja perimir la instancia (art. 1596, inc. d). La norma que tiene su fuente en el art. 1490 del Proyecto de 1998 y parece encontrar puntos en común con el art. 1957 del Código Civil italiano, protege más certeramente al fiador que los actuales arts. 2015 y 2018.
15) Que se haya eliminado la fianza como acto unilateral.
16) Que se haya eliminado el actual art. 2032, reconociéndose implícitamente que el fiador de un codeudor solidario puede reclamar a cada uno de los restantes codeudores solidarios el 100% de la deuda.
17) Que se haya suprimido el actual art. 2045, lo que significa que la imposibilidad de subrogarse en los derechos del acreedor, aunque sea en una parte, trae aparejado la extinción de la fianza. Esto constituye una protección mejor para el fiador.

Se ha omitido:

a) Señalar la consecuencia de no cumplir con la forma escrita que se establece (art. 1579), sin que resulte claro si se trata de un forma solemne o de una simple forma probatoria. Si se dijera que es una forma probatoria, deberían aplicarse las normas generales (art. 1020), que permiten probar el contrato por otros medios, lo que genera una enorme inseguridad para el supuesto fiador. Sin duda, el actual art. 2006 resulta más claro y protege mejor al fiador.
b) Incorporar una norma similar al actual art. 2010 que libera a quien ha dado una carta de recomendación cuando prueba que no fue su recomendación la que condujo a contratar. La omisión es inconveniente y podría permitir un reclamo abusivo de quien ha recibido la recomendación.
c) Establecer los efectos de afianzar una obligación natural, lo que genera un supuesto que carece de solución legal. En la actualidad, el fiador carece del beneficio de excusión (art. 2013, inc. 7, Cód. Civil), lo que implica que puede ser ejecutado directamente. En España, la ausencia de norma legal ha permitido que se afirme que las obligaciones naturales no son afianzables (conf. Alventosa del Río, Josefina, *La fianza: ámbito de responsabilidad*, p. 29, Ed. Comares, 1988). Parece ser esta la idea seguida por el Proyecto, máxime si se considera que han desaparecido las obligaciones naturales y solamente se ha regulado el denominado

deber legal, estableciéndose que *lo entregado en cumplimiento de deberes morales o de conciencia es irrepetible* (art. 728).

d) Algo importante en el art. 1597. Allí se dispone que la fianza no se extingue por la novación producida por el acuerdo preventivo homologado del deudor, aun cuando no se haya hecho reserva de las acciones o derechos contra el fiador. Si bien el texto no difiere mayormente del contenido del actual art. 55 de la ley 24.522, texto que ha recogido aplausos y críticas severas (véase Borda, Alejandro, *El contrato de fianza*, n° 78, Ed. La Ley, 2009), lo único que establece es que la fianza no se extingue, pero falta definir si el *quantum* de la obligación del fiador es el de la deuda afianzada o el que se arribe en el acuerdo concursal. La discusión sigue abierta.
e) Declarar de manera expresa que existe la fianza judicial y regularla. A pesar de esa omisión, parece indudable que ella existe pues el art. 1584, inc. c, impide al fiador invocar el beneficio de excusión cuando la fianza es judicial.
f) Establecer quiénes tienen capacidad para ser fiadores. No se encuentra auxilio en la parte general de los contratos, pues acá solo se dice que no pueden contratar los que están impedidos para hacerlos conforme a disposiciones especiales (art. 1001), lo que remite a cada contrato en particular, el cual, en el caso de la fianza, como se dijo, nada prevé. Lo que es claro es que los emancipados no pueden afianzar (art. 28, inc. c) pero queda una peligrosa laguna con los menores de edad que tienen título profesional habilitante (art. 30).
g) Incorporar el principio de proporcionalidad que permite decretar la caducidad de la fianza cuando existe una enorme desproporción entre la fianza otorgada y las posibilidades económicas y financieras del fiador, lo que ha sido recogido por la Corte de Casación francesa y por la Corte Constitucional alemana.
h) Incorporar penalidades severas al deudor, en los casos en que el fiador haya tenido que pagar la deuda afianzada, como un modo de incentivar el cumplimiento ordinario de la obligación.

Es negativo, en cambio, que:

(i) Se disponga que el principal pagador, aun con el nombre de fiador, es un deudor solidario (art. 1591). Es una muy desafortunada norma, casi idéntica al actual art. 2005, que parece no haber advertido los tremendos problemas que esa disposición ha causado y que ignora lo que resulta evidente: la fianza principal pagador es una obligación accesoria de la principal, que debe anularse si la deuda principal es nula y que permite reclamar el 100% de lo pagado contra el deudor (lo que pareciera que el Proyecto defiende desde que, como se dijo antes, ha desaparecido el actual art. 2032), efecto estos que no existen en la deuda solidaria. *El tema es de una gravedad destacable*, máxime si se considera que la fianza que normalmente se celebra es la fianza principal pagador. No está de más señalar que la fianza principal pagador puede suprimirse sin acarrear problema alguno. Es que este tipo de fianza no existe en el derecho comparado; en efecto, los regímenes francés, italiano, español, peruano, chileno, paraguayo y uruguayo (solo para dar algunos) no la prevén y solo distinguen entre fianza simple y solidaria.
(ii) Haya desaparecido el art. 1994, lo que implica admitir la fianza abstracta. En efecto, si ya no es necesario que, para que la fianza exista, haya una obligación principal válida, la fianza deja de ser un negocio causado para convertirse en otro abstracto. *Y esto es tremendamente riesgoso*. Esta conclusión se ve robustecida con la desaparición de los arts. 2042 (que dispone que la fianza se extingue por la extinción de la obligación principal), 2049 (que establece que la renuncia del acreedor al deudor principal extingue la fianza), y 3997 (que prevé que la demanda interpuesta contra el deudor o su reconocimiento de la deuda interrumpe la prescripción contra el fiador).

(iii) El deudor pueda oponer al fiador que paga sin su consentimiento todas las defensas que tenía contra el acreedor (art. 1593). Se incurre en el mismo error que existe en el actual art. 2033 y que ha sido apuntado desde siempre (desde Machado y Segovia) por la doctrina. Lo que importa es el conocimiento del deudor y no su consentimiento, pues aunque el deudor se opusiera, el fiador está obligado a pagar.

(iv) No se prevea en el art. 1594 que el fiador tiene derecho a pedir el embargo de los bienes del deudor cuando este último se presentare en concurso, lo que está establecido en el actual art. 482 del Código de Comercio.

(v) Se haya establecido, derechamente, que si un cofiador resulta insolvente, la pérdida es soportada por todos los cofiadores, incluso el que realiza el pago (art. 1595). El criterio es correcto si se trata de cofiadores solidarios, pero no en el caso de cofiadores simplemente mancomunados, quienes solo están obligados a pagar su parte correspondiente.

(vi) Se haya establecido que el fiador no puede invocar el beneficio de excusión si el deudor principal se ha presentado en concurso preventivo (art. 1584, inc. a), asimilándose su situación al de la quiebra declarada, supuestos que son evidentemente distintos.

FIDEICOMISO

Néstor Condoleo

En primer lugar cabe destacar que, el contrato de fideicomiso, forma parte directa del Código Civil y deja de estar con un texto diferente, formando parte de la Ley 24.441 de Financiamiento de la Vivienda y Construcción.

Como metodología, trata disposiciones generales del contrato y luego las particulares limitándose tan solo a denominarlos fideicomiso en garantía, el financiero y el, fijando para los dos últimos mencionados una sección especial que son la cuarta y la octava.

Sin perjuicio de que regula temas hasta el momento no regulados, cosa que nos parece muy saludable, al tratarlos lo hace de una forma poco clara y con una visión poco práctica del funcionamiento del fideicomiso, conforme se viene desarrollando en estos tiempos. Entendemos que también se pierde una gran oportunidad para que se fijen pautas que lleven a los contratantes obligatoriamente a la Mediación en el tema del contrato del fideicomiso, y evitar que los Juzgados tengan que intervenir ineludiblemente.

Hay cuestiones que están libradas a la interpretación de las partes, como por ejemplo al hablar del fraude, y fija pautas de registración que a nuestro entender deben estar tratados en los Derechos reales y no en esta parte del Código.

Así resulta que el Capítulo 30 que habla del contrato de fideicomiso, tiene una sección primera para Disposiciones generales abarcando desde el artículo 1666 al 1681, y habla sobre la definición del contrato de fideicomiso, el contenido del mismo, su plazo o condición, la forma y el objeto.

Luego en la sección segunda, habla de los sujetos del contrato, definiendo los roles del beneficiario, del fideicomisario y del fiduciario, a quien le dedica la mayor parte del articulado estableciendo su accionar y responsabilidades como así también la forma de sustitución. En la misma sección en el artículo 1680, titula y define al "Fideicomiso de garantía", por lo que queda totalmente aislado del resto, ya que a continuación, y hasta terminar la sección habla de la aceptación del beneficiario y del fideicomisario, como del fraude.

En la sección tercera habla de efectos en general, desde el artículo 1682 al 1689, comenzando por definir la Propiedad Fiduciaria, los efectos frente a terceros, vuelve a prescribir el accionar del fiduciario. Continúa con la registración de los bienes incorporados, la constitución del patrimonio separado del patrimonio del fiduciario, el límite que tienen los acreedores del mismo y los efectos de las deudas, finalizando con la facultad del fiduciario de realizar actos de disposición y gravámenes sin autorización alguna y la legitimación para actuar.

La sección cuarta habla del "Fideicomiso Financiero" y abarca desde el artículo 1690 hasta el artículo 1697.

Comienza definiéndolo; habla de los títulos valores y ofertas al público, el contenido del contrato.

La sección quinta, titulada "Certificados de participación y títulos de deuda", se compone de dos artículos (1693 y 1694) que hablan de la emisión y caracteres de los mismos y los certificados globales y sus clases.

La sección sexta trata la "Asamblea de tenedores de títulos representativos de duda o certificados de participación", tratándola en los artículos 1695 y 1696, que hablan de la Asamblea y del cómputo.

La séptima sección trata en tan solo dos artículos (1697 y 1698) la "Extinción del fideicomiso" diciendo cuales con las causales y sus efectos.

En la octava sección trata el "Fideicomiso testamentario" en dos breves artículos (1699 y 1700) estableciendo que las reglas aplicables al mismo son iguales a lo dicho en anteriores artículos a los que remite en líneas generales, y la nulidad del fideicomiso constituido con el fin de que el fiduciario esté obligado a mantener o administrar el patrimonio fideicomitido para ser transmitido únicamente a su muerte a otro fiduciario de existencia actual o futura.

Mantiene en líneas generales la estructura anterior y el mismo funcionamiento, despejando algunas dudas que existen a la fecha, y generando algunas otras.

Ha sido modificada la definición, ya que en la actual se incluye que el fiduciante transmite "o se compromete a transmitir la propiedad", notándose aquí que se agrega el compromiso a transmitir (hubiera sido mejor que dijera que se obliga en vez de compromete) y dice "la propiedad de bienes", sin mencionar que son fiduciarios.

La particularidad es que al final de la definición, dice que al finalizar el plazo del fideicomiso o al producirse la condición pactada que tiene como efecto el cumplimiento del mismo, la propiedad de la cosa debe transmitirse al Fideicomisario solamente y no al fiduciante y/o al beneficiario. Es decir que se excluye la posibilidad que prescribía la Ley 24.441 de que al cumplirse el plazo o la condición, se transmitiera al fiduciante, beneficiario o fideicomisario

Mantiene el plazo de 30 años como máximo, salvo el caso en el que el beneficiario sea una persona incapaz o con capacidad restringida (término novedoso e incorporado) donde se prolongará hasta el cese de la incapacidad o su muerte.

Es interesante ver que receptando las dudas que al respecto se generan hoy en día, claramente establece en cuanto a la forma del contrato, que puede celebrarse por instrumento público o privado, excepto cuando se refiera a bienes cuya transmisión debe ser celebrada por instrumento público. Se percibe también la influencia positiva del actual artículo 1185 del Código Civil, ya que prevé que si no se cumple con la forma, el contrato es válido y se tomará como que las partes se obligan como promesa a hacerlo. Establece también que la incorporación de esta clase de bienes en forma posterior a la celebración del contrato, se puede cumplir con la forma establecida, en oportunidad de la incorporación, debiéndose transcribir en el instrumento público, el contrato de fideicomiso.

Cabe destacar que trata específicamente el objeto del contrato de fideicomiso, diciendo que son todos los bienes que se encuentran en el comercio, incluso universalidades, y excluye las herencias futuras, manteniendo la prohibición de realizar pactos sobre las mismas.

Al hablar de los sujetos del contrato, repite lo dicho por la ley 24.441, modificando el término persona física por humana, y agrega que "Pueden ser beneficiarios el fiduciante, el fiduciario o el fideicomisario". Al permitir que el fiduciario también pueda ser beneficiario, hace presumir la posibilidad de conflictos de intereses difíciles de zanjar, a punto tal que en el artículo 1673 que habla del Fiduciario, dice: "… El fiduciario puede ser beneficiario. En tal caso, debe evitar cualquier conflicto de intereses y obrar privilegiando los de los restantes sujetos intervinientes en el contrato". La práctica actual, indica que en los casos donde por interpósita persona el fiduciario era también beneficiario (oculto), ha traído innumerables conflictos aún sin solución.

Permite la designación de varios beneficiarios, estableciendo la igualdad entre ellos, y que para el caso de renuncia o no aceptación de uno o más de los designados, o si no llegasen a existir, se puede establecer el derecho de acrecer o designar nuevos beneficiarios.

Si ninguno acepta o todos renuncian o no llegan a existir, el beneficiario será el fideicomisario.

Sigue siendo la figura del fiduciario la más regulada, y la que tiene mayores novedades. Así establece la posibilidad de la designación de más de un fiduciario para que actúen simultáneamente ya sea en forma conjunta o indistinta, pero siempre con la responsabilidad solidaria.

Al hablar de la sustitución del fiduciario, no distingue los distintos tipos de fideicomiso, y deja de ser claro.

Se refiere a la intervención judicial y a la creación de una nueva figura, que es la del fiduciario judicial que será designado por el juez a requerimiento de cualquier interesado. Esto no lo vemos mal, en tanto y en cuanto se refiera específicamente al fideicomiso financiero, ante la intervención de entidades financieras. Recepta la duda que se produce hoy en día respecto de qué ocurre con los bienes registrables, cuando se ha cambiado el fiduciario, ya que establece la a obligatoriedad de registrarse dicho cambio.

Al hablar del fideicomiso en garantía, trata de definirlo y en realidad no lo ha logrado, dado que el artículo 1680 resulta confuso en su redacción. Es demasiado abarcativo. Tanto el beneficiario como el fideicomisario deben aceptar su calidad de tales en forma expresa o tácita mediante actos inequívocos, presumiéndose la aceptación. Puede el fiduciario requerir la aceptación y si no lo logra puede recurrir al juez.

Establece que el beneficiario y el fideicomisario pueden reclamar el debido cumplimiento del contrato y la revocación de los actos realizados por el fiduciario en fraude de sus intereses, sin perjuicio de los derechos de los terceros interesados de buena fe. Esto resulta sumamente peligroso porque deja librado al arbitrio del beneficiario y fideicomisario la interpretación de fraude.

En cuanto a los efectos prescribe la propiedad fiduciaria sobre los bienes fideicomitidos.

- Establece la obligatoriedad de registrarse los bienes incorporados al fideicomiso, en tanto y en cuanto se trate de bienes registrables.
- Presume que el fiduciario adquiere la propiedad fiduciaria de los frutos y productos de los bienes fideicomitidos y de los bienes que adquiera con esos frutos o productos, salvo estipulación en contraria en el contrato.
- Mantiene al patrimonio de afectación del fideicomiso, separado del patrimonio del fiduciario, del fiduciante, del beneficiario y del fideicomisario, pero le establece al fiduciario la obligatoriedad de contratar un seguro por responsabilidad civil que cubra los daños causados por las cosas objeto del fideicomiso. Tiene que establecer con razonabilidad los montos asegurados y los riesgos. El damnificado tiene acción directa contra el asegurador en los términos del contrato de seguro, si no hubo razonabilidad, es decir que la misma deberá ser analizada tanto por el fiduciario como por la compañía de seguros.
- Las acciones realizadas con fraude, le quitan al patrimonio del fideicomiso la protección que tiene.
- Los fiduciantes, beneficiarios y el fideicomisario pueden garantizar las obligaciones asumidas en la ejecución del fideicomiso.
- Si los bienes fideicomitidos no alcanzan para atender las obligaciones asumidas, esta situación no da lugar a la quiebra, pero si a la liquidación del fideicomiso, donde se aplicará el procedimiento previsto para concursos y quiebras.
- Mantiene el criterio de permitirle al fiduciario la libertad de disponer o gravar los bienes fideicomitidos cuando lo requieran los fines del fideicomiso, sin consentimiento de los demás. Las limitaciones al fiduciario deben estar previstas en el contrato, inclusive la de no enajenar y ser inscripta en los casos que corresponda.
- Crea la figura del "condominio" para el caso en que se nombren varios fiduciarios, y remite al art. 1674 respecto de la solidaridad, pudiendo otorgar actos de disposición solamente en forma conjunta, excepto pacto en contrario. También fija una imposibilidad de partición mientras dure el fideicomiso.
- Le da cierta libertad de acción al fiduciario pero lo limita bastante.

Como dijimos en la sección cuarta trata el Fideicomiso Financiero, sin hacer una definición expresa sobre el mismo, remitiéndose a la parte general, fijando la obligatoriedad de que el fiduciario sea una entidad financiera o una sociedad especialmente autorizada por el organismo de contralor de los mercados de valores para actuar como fiduciario financiero, y que los beneficiario son los titulares de los títulos valores garantizados con los bienes transmitidos.

Prescribe la oferta al público de los títulos valores, siendo autoridad de aplicación el organismo de contralor de los mercados de valores, a quien le otorga la facultad de dictar normas reglamentarias para establecer los requisitos a cumplir en la actuación como fiduciario.

Pauta lo que debe contener el contrato, la emisión de los títulos valores, los certificados de participación que podrán ser al portador, nominativos endosables, o no endosables, cartulares o escriturales, pudiendo también emitirse diversas clases de series.

Fija pautas para las Asambleas de tenedores de títulos representativos de deuda o certificados de participación, y el compuesto del quórum y las mayorías necesarias para hacer valer las decisiones.

Extinción del fideicomiso

Las causales son tres: el cumplimiento del plazo o la condición, la revocación del fiduciante si se ha reservado expresamente esa facultad, y cualquier otra causa prevista en el contrato. En ningún caso tiene efectos retroactivos y los efectos que produce son los de entregar los bienes fideicomitidos al fideicomisario y otorgar los instrumentos que correspondan y realizar las inscripciones respectivas.

Fidecomiso testamentario

Remite a los artículos anteriores aplicables, estableciendo que el plazo se computa a partir de la muerte del fiduciante, y prescribe la nulidad del fideicomiso para el caso en que el fiduciario esté obligado a mantener o administrar el patrimonio fideicomitido para ser transmitido únicamente a su muerte a otro fiduciario de existencia actual o futura.

Por último, nos llama la atención que en esta parte trate el dominio fiduciario, donde en realidad, en vez de definirlo, habla de que es el que se adquiere con en razón de un fideicomiso constituido por contrato o testamento.

Remite a los derechos reales en general y al de dominio en particular, manteniendo el criterio de dominio imperfecto, aclarando que el titular del dominio fiduciario tiene las facultades del dueño perfecto, en tanto los actos jurídicos que realice se ajusten al fideicomiso y a las disposiciones contractuales pactadas.

También mantiene el criterio de la irretroactividad de la extinción del dominio fiduciario, excepto que no se ajusten a los fines del fideicomiso, y que el tercer adquirente carezca de buena fe y no sea a título oneroso.

Una vez extinguido el fideicomiso, el fiduciario se convierte en poseedor a nombre del dueño perfecto, y establece la registración de la readquisición para el caso de que se trate de bienes donde la inscripción sea constitutiva de derechos, de la readquisición, y si no es constitutiva la requiere a efectos de su oponibilidad. No resulta muy claro el artículo mencionado y diría que es hasta innecesario.

Termina estableciendo que cuando la extinción no es retroactiva, son oponibles al dueño perfecto todos los actos realizados por el titular del dominio fiduciario, pero si la extinción es retroactiva el dueño perfecto readquiere el dominio libre de todos los actos jurídicos realizados.

DOMINIO FIDUCIARIO

Carlos A. Fossaceca (h)

A. CONSOLIDACIÓN DEL RÉGIMEN DE DOMINIO FIDUCIARIO: se robustece el mentado instituto al poseer un plexo normativo propio. Desaparece la orfandad legislativa que caracterizó al modelo velezano que condujo a los autores a discutir sobre la aplicabilidad del instituto (Lafaille) o su inutilidad por la operatividad de otras instituciones (Salvat, a través del mandato oculto o la simulación por interposición de persona) o por estar implícitamente prohibido (Segovia).

Sigue el sendero señalado por las IX Jornadas de Derecho Civil de 1983 celebradas en Mar del Plata en las cuales se declaró: *"El dominio fiduciario no solo está permitido y definido por el Código Civil Argentino, sino que existen directivas legales suficientes para poder aplicarlo"*.

B. RÉGIMEN UNITARIO: se predica un solo conjunto de normas. Se ha postulado la tesitura que el actual ordenamiento civil admite la dualidad en materia normativa (Vázquez, López de Zavalía): el de la ley 24.441 y la del articulado del Código Civil. Verbigracia, se aceptaría el usufructo en el primero, no cabría en el segundo; no siendo del todo compartido por el espectro doctrinario (Mariani de Vidal, Puerta de Chacón)

C. UBICACIÓN LEGISLATIVA: Se innova al emplazarlo en el Libro Tercero que disciplina las obligaciones y los contratos; se lo coloca en el Capítulo 31 a continuación del contrato de fideicomiso y el título V cuyo acápite es "*De otras fuentes de las obligaciones*".

El proyecto del 98 se limitaba a consignar al dominio fiduciario como una especie del dominio imperfecto, remitiendo a la normativa del contrato de fideicomiso. No le instauraba una sección especial como ha optado el flamante proyecto.

Resulta más adecuada la técnica legislativa del código actual de imponer sus normas en el Libro de Derechos Reales, correspondiente al área de dominio imperfecto.

D. ESPECIE: Su diferencia específica le hace pertenecer al género de dominio imperfecto por afectar la nota de perpetuidad (artículo 1942). Ello explica la remisión efectuada por el artículo 1702 a las normas del Libro Cuarto (el anteproyecto empleaba la numeración romana "IV"), Título III, que disciplina este último. El artículo 1964 lo menciona como hipótesis de dominio imperfecto.

Tal como lo ha declarado las IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 1983 realizadas en Mar del Plata: *"Los únicos supuestos de dominios imperfectos en el Código Civil Argentino son el dominio desmembrado, el dominio revocable y el dominio fiduciario"*.

E. DIFERENCIA CON EL DOMINIO REVOCABLE: ambos repercuten en el atributo "perpetuo" del dominio. Su diferencia estriba en que el fiduciario se constituye para cumplimentar una finalidad específica, mientras que el resolutorio se encuentra sujeto a condición o plazo resolutorio.

En este último, el titular del dominio perfecto resultará ser el anterior propietario. No necesariamente el fideicomisario será el fiduciante; pudiendo transferirse la propiedad, además del citado, al *"beneficiario o a una persona distinta a ellos"* (artículo 1672).

El principio que impera en el dominio revocable consiste en la retroactividad, a menos que de una cláusula en el título de adquisición o disposición de ley se haya acordado o instaurado lo contrario. No cabe extender igual solución al acto a título oneroso que haya concertado el fiduciario con un tercero de buena fe y que se ajuste al fin del fideicomiso y a las pautas contractuales que lo rijan (artículo 1705).

F. DIFERENCIA CON EL DOMINIO DESMEMBRADO: Este se relaciona con la característica de absolutez, implícita en la definición de dominio (artículo 1941). Una o varias facultades del mentado derecho real, que denota su elasticidad, se transfieren a otra persona en aras de su goce o disminuyen la potestad de disponibilidad en garantía de un crédito. Como ya se ha dicho, el dominio fiduciario repercute sobre la cualidad perpetua.

G. DIFERENCIA CON LOS NEGOCIOS FIDUCIARIOS EN GENERAL: El instituto en análisis engendra un derecho real mientras que los otros *"solo tienen alcances obligacionales sin trascendencia real",* (Conclusión 16 de la Comisión 4 de las IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 1983 realizadas en Mar del Plata).

En otras palabras, se transmite a través del negocio fiduciario un dominio simple y pleno, pues las restricciones o limitaciones que se pacten son de índole personal (Guastavino).

H. DEFINICIÓN: Reproduce en forma casi textual el artículo 2662 del Código Civil (se ha modificado *"el que se adquiere en razón de un fideicomiso"* por *el que se adquiere con razón de un fideicomiso"*). Se ha omitido en esta oportunidad hacer expresa mención de los sujetos involucrados, defecto que cabe atribuir al ordenamiento actual (Alterini, J. H.).

No debe ser confundido con el concepto de propiedad fiduciaria, patrimonio especial de afectación, que hace referencia a los bienes que integran el fideicomiso.

I. SUJETO: Puede ser una persona humana o jurídica; tal es como describe el artículo 1673 al fiduciario, titular del dominio en ponderación.

Presenta la novedad de permitir que el fiduciario sea el beneficiario, cuestión debatida por la doctrina al indagar el actual ordenamiento jurídico. Determina el artículo 1673 que en este supuesto debe *"evitarse cualquier conflicto de intereses y obrar privilegiando los de los restantes sujetos intervinientes en el contrato"* (Su antecedente, el Proyecto del 98, lo preveía en forma más acotada en su artículo 1466 para el fideicomiso de garantía y siempre que se tratare de una entidad financiera).

Se aparta en este punto de la XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil que declararon al respecto: *"Aun cuando en supuestos excepcionales la autonomía de la voluntad pueda prever las coincidencias de las calidades de fiduciario y de beneficiario, así en el caso que su renumeración sea establecida como un porcentaje de los beneficios, el fiduciario nunca puede ser el único beneficiario y como tal exclusivo".*

J. CONDOMINIO: Aunque no se mencione la posibilidad de cotitularidad en el Capítulo 31 del proyecto, cabe admitir tal contingencia. El artículo 1674 contempla la posibilidad de designación de más de un fiduciario y el propio artículo 1688 hace referencia a que si nombran a varios de ellos *"se configura un condominio".*

K. OBJETO: Son aquellos en los cuales puede recaer el fideicomiso: *"todos los bienes que se encuentren en el comercio, incluso universalidades, pero no pueden serlos las herencias futuras"* (artículo 1670), compartiendo similar tesitura del artículo 7 de la ley 24.441.

Se encuentra en concordancia, de acuerdo a las posturas legislativas modernas, con el artículo 1883. Se permite en el proyecto recientemente presentado constituir derechos reales sobre una cosa, ya sea sobre su totalidad, ya sea en una parte material de ella, por el todo o una parte indivisa, como en los bienes, en aquellas hipótesis taxativamente señaladas por la ley.

Extiende el dominio a los frutos y productos de los bienes fideicomitidos y de aquellos que se intercambien por estos. También, adquiere los bienes que se subroguen con los del fideicomiso.

L. PROPIEDAD FIDUCIARIA: De acuerdo con el artículo 1685 presenta la particularidad de constituir un patrimonio separado del de los sujetos involucrados (continuando las pautas del artículo 14 de la ley 24.441).

No cabe, en principio, que resulte objeto de agresión por parte de los acreedores del fiduciante y fiduciario. Los del beneficiario y del fideicomisario pueden subrogarse en los derechos de su autor.

M. CAUSA: Puede originarse por actos jurídicos ya sea inter vivos, contratos, ya sea mortis causa, testamento (precisamente la Sección 8ª disciplina el fideicomiso testamentario). Cabe que la propia ley actué como fuente del ponderado derecho real.

Si la fuente estriba en el contrato, será necesario realizar la tradición y, eventualmente, la inscripción registral, si tal es el requerimiento del modo suficiente.

En las sucesiones testamentarias, la investidura resultará de la declaración de validez formal del testamento (artículo 2338, segundo párrafo).

N. PLAZO: Su vigencia se encuentra limitado en el tiempo. El período de tiempo que ha elegido el legislador como máximo es el de treinta años, de acuerdo al artículo 1668; se ha conservado el del actual plexo normativo (artículo 4, inciso c, de la ley 24.441). Si se estipula un lapso mayor, se lo reduce a esta último. Se exceptúa el supuesto que el beneficiario sea un incapaz, en tal hipótesis puede prolongarse hasta el cese de ella o su muerte.

Otra excepción no contemplada por el articulado en análisis radica en el fideicomiso forestal, cuya vigencia puede abarcar un plazo de cincuenta años (artículo 8 de la ley 25.080). El artículo 3 del proyecto aprobatorio no deroga la mentada normativa que intenta atraer inversiones a efectuarse en nuevos emprendimientos forestales y en ampliar los bosques ya existentes.

O. FACULTADES DEL FIDUCIARIO: Podrá realizar actos de administración y disposición (material o jurídica) de los bienes fideicomitidos (artículo 1688, que coincide en casi su totalidad con el artículo 17 de la ley 24.441). La facultad de "gravar" es redundante por estar implícita en la potestad de disposición.

A modo de síntesis, se puede enumerar diversas clases de actos:

- **ACTOS QUE SE ADECUEN A LA FINALIDAD DEL FIDEICOMISO Y SE AJUSTEN A LAS DISPOSICIONES CONVENCIONALES PACTADAS**: serán estimados válidos y eficaces. Podrán ser ejercidos en la medida *"del dueño perfecto"* como reza el artículo 1704 (concuerda con las manifestaciones de las XVI Jornadas de Derecho Civil y con la adición hecha al artículo 2671 por la ley 24.441: *"Quedan a salvo los actos de disposición realizados por el fiduciario de conformidad con lo previsto en la legislación especial"*).
- **ACTOS DISPOSITIVOS EXTRAÑOS A LA FINALIDAD DEL FIDEICOMISO:** serán pasibles de resolución.

En principio, no es menester la aquiescencia (el artículo 1688 emplea el vocablo "consentimiento") del fiduciante, beneficiario o fideicomisario, a menos que se haya concertado lo contrario.

P. RÉGIMEN SUPLETORIO: Se aplican en forma supletoria el plexo normativo de los derechos reales, es decir, el conjunto de normas pertenecientes al Libro Cuarto, y en forma especial, las reglas de las disposiciones generales y del dominio imperfecto.

Q. MENCIÓN DE LAS LIMITACIONES DE LA FACULTAD DEL PROPIETARIO EN EL ARTÍCULO 1703: tal regla de derecho prevé como excepción a la remisión efectuada por el artículo 1702 las limitaciones que se puedan acordar sobre las potestades de disposición del dueño fiduciario.

El artículo 1688 permite tales cláusulas, inclusive la de prohibición de enajenar. Deben ser inscriptas en los registros correspondientes si la calidad de los bienes lo torna necesario. Aclara que *"tales normas no son oponibles a terceros interesados de buena fe"*.

Deviene una excepción al régimen general de dominio. El artículo 1972 autoriza convenir el pacto de inenajenabilidad a persona determinada, prohibiendo concertar una cláusula de índole general. **En el dominio perfecto, ellas son oponibles a los terceros interesados de buena fe.**

Ha sido recepcionado en este punto el Despacho B emitido en forma minoritaria en las XVI Jornadas de Derecho Civil: *"Los pactos en contrario que privan al fiduciario de las facultades de disposición (sentido amplio) solo tienen efectos personales conforme lo establece el art. 2612 CC"* (suscripto por Papaño, Orelles, Salas, Cura Grassi, Kiper, Casajous, Dillon). La mayoría, contrariamente, había concordado que: *"Los pactos en contrario que privan al fiduciario de las facultades de disposición (sentido amplio) tienen efectos reales o que sean oponibles a los terceros interesados que conocían o debían conocer la existencia de aquellas. En consecuencia, el art. 17 ley 24.441 es una excepción al principio consagrado por el art. 2612 CC"* (suscripto por Benedetti, Angelani, Franchini, Arraga Penido, Ruiz de Erenchun, Ruda Bart, Puerta de Chacón, Pujol de Zizzias, Radkievich, Vázquez, Corna, Silvestre, Leiva Fernández, Andorno, De Hoz, Flah, J. H. Alterini).

R. EXTINCIÓN:

R.1. CAUSALES: Puede ocurrir por: **a.-)** El cumplimiento del plazo o de la condición a los cuales se encuentre sujeto. **b.-)** Vencimiento del plazo máximo. **c.-)** Revocación realizada por el fiduciante si se ha reservado expresamente tal facultad. **d.-)** Muerte del beneficiario en la hipótesis de habérsela estipulado como causal resolutoria. El artículo 1697 reproduce el artículo 25 de la ley 24.441, agregando en su inciso b: *"la revocación es ineficaz en los fideicomisos financieros después de haberse iniciado la oferta pública de los certificados de participación o de los títulos de cuenta"*.

R.2. IRRETROACTIVIDAD: El principio consagrado estriba en la carencia de efectos retroactivos con respecto a los actos que concierte el fiduciario (artículo 1705).

No impera si estos no son proporcionales al fin que se tuvo en consideración para la creación del fideicomiso.

S. POSICIÓN DEL TERCER CONTRATANTE: Si el acto resulta ser oneroso y acredita una conducta de una persona prudente y diligente ("buena fe"), –clásicos elementos de tutela de la seguridad dinámica–, los negocios realizados no pueden ser enervados. Debe adicionársele la mentada adecuación con el fin.

En caso de no configurarse estas circunstancias, será procedente la declaración de resolución acerca de ellos.

T. TITULARIDAD DEL DERECHO REAL: Ocurrida la extinción, se transmite al fideicomisario quién tendrá a su favor un derecho de dominio perfecto.

U. VOCABLO "READQUISICIÓN": Tal terminología empleada por el artículo 1706 no es correcta debido a que no resulta inexorable que la persona del fideicomisario coincida con la del fiduciante. El mismísimo artículo 1672 aclara que el primero de los nombrados *"puede ser el fiduciante, el beneficiario, o una persona distinta de ellos"*.

V. EL FIDUCIARIO, DE POSEEDOR SE TRANSFORMA EN TENEDOR: Al extinguirse el dominio fiduciario, ocurre una intervención del título. El fiduciario queda inmediatamente constituido en poseedor a nombre del dueño perfecto.

W. NECESIDAD DE CUMPLIMIENTO DEL MODO SUFICIENTE: Para transferir el dominio perfecto al fideicomisario se deberá cumplir con la modalidad de transmisión pertinente. Será indispensable en la mayoría de los supuestos practicar la tradición.

Si el modo se cumple a través de la inscripción constitutiva, es menester realizarla para proceder a la citada transferencia. En caso contrario (sistema registral declarativo), sirve para otorgarle al derecho real en cuestión oponibilidad respecto de los terceros interesados; no resultando causal obstativa para su creación.

Debe ser relacionado con el novedoso artículo 1892 perteneciente al Capítulo 2 del Título 1 del Libro Cuarto en donde se define, a diferencia del método elegido por Vélez Sarsfield, título y modo suficiente.

X. VIRTUALIDAD DE LAS CONSECUENCIAS DE LOS NEGOCIOS CONCERTADOS EN RELACIÓN AL DUEÑO DIRECTO: Si la resolución resulta ser ex nunc ("hacia el futuro") los efectos le son oponibles. Caso contrario, ex tunc ("hacia el pasado"), se estima como si ellos nunca hubieran sido concertados (*"el dominio libre de todos los actos jurídicos realizados",* artículo 1707*).*

Tal directiva no especifica si subsisten los actos de mera administración, como lo aclara el artículo 2670 del Código Civil actual.

Y. INNECESARIEDAD DE LOS ARTÍCULOS 1076 Y 1077: Tales reglas de derecho se deducen de los principios consagrados al reglamentar el contrato de fideicomiso, método que hizo suyo el Proyecto del 98.

Su contenido se reproduce en los artículos 1968 y 1969 del Capítulo 3, Título III, Libro Cuarto, que disciplina solamente el dominio revocable dado la metodología de remisión adoptado en el artículo 1964.

Tal repetición evidencia que es más acorde a una adecuada técnica legislativa el tratamiento normativo del dominio fiduciario y revocable en forma conjunta, o por lo menos, dentro del ámbito de un mismo capítulo

LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Fernando A. Ubiría

Disposiciones generales. Funciones de la Responsabilidad Civil

El Proyecto innova sustantivamente en esta materia respecto de las previsiones contenidas en el Código de Vélez Sarsfield, lo hace en su misma estructura o ingeniería central y desde la primera norma.

Se acusa recibo de un fenómeno que se verifica tanto dentro como fuera de nuestra geografía, la "explosión" del instituto de la responsabilidad civil que se expresa en la cantidad de procesos judiciales, el ensanchamiento hacia nuevos espacios, el creciente interés doctrinal manifestado en copiosas obras y en las numerosas reformas legislativas.

Ya los prestigiosos autores del Proyecto de 1998 dieron cuenta que la disciplina se encuentra emplazada en un "área móvil", que los viejos odres del Código Civil resultan insuficientes para contener las soluciones apropiadas a los tiempos cambiantes, e imprimieron un cambio de perspectiva para colocar al hombre como núcleo y pivote (Fundamentos del Proyecto de Código Civil de 1998, Nº 259).

El Proyecto ahora en análisis, por lo pronto, luego de abordar en sus anteriores cuatro títulos a "las obligaciones en general" (1°), "los contratos en general" (2°), "los contratos de consumo" (3°), y "los contratos en particular" (4°), dedica el título 5° a "Otras fuentes de las obligaciones", aglutinando allí a la responsabilidad civil con la gestión de negocios, el empleo útil, el enriquecimiento sin causa, la declaración unilateral de voluntad y los títulos valores.

Se recepta la denominación clásica "responsabilidad civil", lo que a nuestro entender importa el respeto de la tradición y arraigo vernáculo y procura mantener la uniformidad de la terminología utilizada en la legislación especial, sin que signifique mengua de la mayor locuacidad y consistencia que pone de manifiesto la expresión "derecho de danos".

Regula esta materia de la responsabilidad civil a lo largo de 72 artículos (arts. 1708 a 1780), los estructura en once secciones de manera coherente y con acertada metodología interna, aun cuando hubiera sido conveniente ubicarla al final del Libro III como título autónomo y que resulte abarcativa de las diferentes causas fuentes del deber de responder ante la eliminación de múltiples diferencias entre las "órbitas".

Siguiendo una lógica que se inicia con el mismo "Título Preliminar", la primera sección es dedicada a "Disposiciones generales" que contiene solamente "dos normas fundamentales para orientar el razonamiento jurídico: la primera establece las funciones del sistema y la segunda alude a la "Prelación normativa" ("Fundamentos").

El primero de los artículos (1708), plasma o más bien profundiza un cambio de paradigma en la disciplina en cuanto extiende sus confines o áreas de competencia a la "prevención" y a la "punición con fines disuasivos".

Se supera el molde velezano decimonónico que limita *in extremis* y de manera intolerable, el campo de actuación a la dimensión estrictamente indemnizatoria que encarnaba el sentir *ius* filosófico de una época muy pretérita, y que puede perfectamente resumirse en la fórmula *pas responsabilité sans faute*, *nessuna responsabilitá sensa colpa* o "no hay responsabilidad sin culpa" que recogieron los códigos del siglo XIX.

Se procura concretar un nuevo modelo integral de protección del ser humano, en donde se lo concibe mucho más allá de un patrimonio que se afecta o de un lucro que se frustra como propósitos preponderantes de un modelo que requiere, por tanto, una profunda readecuación. En el derecho anglosajón hace mucho ya que no se duda en consagrar al trinomio *compensation - deterrence - punishment* como las finalidades de la disciplina, las que por cierto se relacionan o penetran recíprocamente.

De esta manera, el mismo primer artículo del Título 5° sienta las distintas funciones que le competen a la disciplina, las discrimina y ordena cronológicamente, asumiéndose por cierto valientemente el riesgo de exorbitarla por "sobreabundancia" o "exceso de input" (Cesare Salvi).

Se plantea, incluso, cierto "atisbo jerarquizante" pues la normativa se orienta manifiestamente hacia la conformación de una nueva cultura jurídico-social, alejada del pleito. Se trata de una disposición que encierra un fuerte mensaje y que se dirige, fundamentalmente, a los operadores jurídicos para que conciban a la disciplina desde la perspectiva de un eje distinto, tamizada o iluminada a la luz del nuevo paradigma.

El art. 1708 establece que "Las disposiciones de este Título (debe modificarse y decir "Capítulo") son aplicables a la prevención del daño, a su reparación, y a los supuestos en que sea admisible la sanción pecuniaria disuasiva".

El anterior "salto de calidad" a mediados de la década del 80' fue una nueva lectura propuesta por la doctrina sobre el sistema legal vigente, se configuró un pasaje o tránsito desde una concepción anclada en una "deuda de responsabilidad" a un "crédito de indemnización", lo que fue posible al entenderse que importa más "la injusticia del daño que la injusticia de la conducta generadora". El daño (con su rasgo de atipicidad o tipicidad en blanco) se transformó en "la clave de bóveda para el jurista" (Di Majo, Bueres, Picasso).

En esta ocasión, casi 30 años después, el cambio es más profundo aún.

Por cierto que se renuevan los augurios apocalípticos que otrora presagiaban la crisis y decadencia de la responsabilidad civil a manos del desarrollo del seguro (y la llamada "asegurabilidad") y de los sistemas de previsión social (ambos enmarcados dentro del fenómeno de la "socialización"), nefastas predicciones que ahora resurgen al conjuro de la referida hipertrofia o sobreabundancia de la disciplina por el indebido ensanchamiento de sus márgenes al sumar nuevas incumbencias a la tradicional indemnizatoria.

Como razona agudamente Salvi, punir, prevenir, restaurar, hacer justicia, vengar, diluir el cálculo de los daños, repartir las pérdidas y los riesgos, colocar los recursos de un modo más eficiente, garantizar un óptimo funcionamiento del mercado y enaltecer el valor de la persona humana, son deberes demasiado numerosos y contradictorios, y ello dificulta reconducir la responsabilidad hacia un fundamento unitario en el que puedan tenerse en cuenta principios operativos comunes.

Sin perjuicio de reconocer el tenor de las dificultades señaladas, entendemos que la creciente complejidad del derecho de daños no estriba en la apertura y ampliación de sus tradicionales confines. Por el contrario, la incorporación de nuevas funciones constituye "efecto" antes bien que "causa", y la reestructuración se impone al influjo de las actuales características de la matriz social, económica, política y jurídica en la que se inserta.

Aquella aguda y elocuente observación de Lambert Faivre patentizó un notable desarrollo que ha permitido una expansión hasta límites inimaginables (en la praxis, en ocasiones desmedida), pero de cualquier manera todavía permanece amordazada dentro de los estrechos límites de la dimensión resarcitoria. Cabe señalar que aun hoy día una importante corriente doctrinaria considera que la única función posible sigue siendo la indemnizatoria, pero advertimos con agrado cierta apertura a través de la aceptación de la "tutela civil inhibitoria".

El Proyecto construye asumiendo cierta madurez, pone el acento en la necesidad de hacer foco primeramente en el estadio previo, en el *ex ante* (la prevención) más que en el *ex post* (la indemnización). A través de la primera se procura evitar que se produzcan daños, pero también por la segunda al haber una condena a pagar que produce un efecto disuasorio o bien resulta un incentivo a efectos de que el daño no se vuelva a producir.

Refleja un profundo sentido humanista, y a la par resulta económicamente eficiente.

El Proyecto de 1998 ya había incorporado esta función (art. 1585), por considerarse que lo contrario importaría tanto como "crear el derecho de perjudicar". Se le asignó "un lugar relevante, desde tres puntos de vista: la asignación de virtualidades a las medidas técnicas para la evitación del daño, los mecanismos tendientes a instarla, y la tutela inhibitoria" ("Fundamentos", Nº 261).

Se le brinda a los operadores jurídicos (en particular a los jueces) las necesarias herramientas para el adecuado cumplimiento de sus funciones, demostración notable del fuerte y sano activismo judicial, resultando oportuno dar cuenta que han sido los mismos jueces quienes alientan la incorporación de una norma como la que es objeto de comentario, por ejemplo, al practicar una interpretación extensa de la previsión legal contenida en el art. 2499 del CC en materia de "daño temido".

Se profundiza así un modelo de desarrollo que procura anticipar los daños, y la tutela preventiva es un claro ejemplo de mecanismo idóneo, efectivo, de anticipación a la producción del perjuicio, todo lo cual será objeto del agudo análisis del Prof. Lamanna Guiñazú.

En otro orden, en el artículo siguiente (el 1709) se establece que "En los casos en que concurran las disposiciones de este Código y las de alguna ley especial relativa a responsabilidad civil, son aplicables, en el siguiente orden de prelación: a) las normas indisponibles de este Código y de la ley especial; b) la autonomía de la voluntad; c) las normas supletorias de la ley especial; d) las normas supletorias de este código".

Aun cuando la referida norma encuentre respaldo en su similar del Proyecto de 1998 (art. 1583), estimamos que aparejará problemas porque se ponen en un pié de igualdad a las normas indisponibles de la ley especial y las del Código, sin que exista atisbo siquiera de efectiva prelación normativa.

Respecto a la incorporación de la figura denominada "sanción pecuniaria disuasiva" que norma el art. 1714 (ubicada ya en la Sección 2º "Función preventiva y sanción pecuniaria disuasiva"), se trata de una función aún más controvertida que la preventiva. Resulta objeto de encendidas polémicas, en buena medida sin fundamento serio pues lo que se critica es su origen anglosajón refractario a nuestra tradicional permeabilidad por las consideraciones europeas, fundamentalmente francesas.

La figura concebida en el Proyecto objeto de estudio reconoce como antecedente y adopta algunos rasgos de los *punitive damages* del derecho anglosajón. Procede a requerimiento de parte y tiene como específica (y noble) finalidad desalentar las conductas que evidencian "grave menosprecio", instituto ya incorporado a nuestro derecho a través del art. 52 bis de la ley 24.240, norma que se modifica con el alcance del citado art. 1714 aunque referida al "grave menosprecio hacia los derechos del consumidor".

Por lo pronto, acierta el Proyecto al no llamarlo "daño punitivo" pues el daño se repara o resarce, no tiene una finalidad punitiva, y además la punibilidad que se aplica no tiene equivalencia con el daño sufrido por la víctima sino con la conducta del dañador.

Ya había sido incorporada por el Proyecto de 1998 a través de la "multa civil" (art. 1587) y registraba un alcance más amplio pues cubría a los "derechos ajenos" y a los "intereses de incidencia colectiva". El art. 1714 del Anteproyecto no prevé a los "derechos individuales" sino solamente a los "derechos de incidencia colectiva", por ejemplo el ambiente, la transparencia del mercado, la competencia, etc. (art. 43 de la C.N.), por lo que su aplicación resulta claramente excluida en materia de "danos bilaterales" y de "danos individuales homogéneos".

Según los autores, se adoptó dicha decisión porque en este caso el peligro es mayor por la denominada "tragedia de los bienes comunes" y porque no hay incentivos individuales para su tutela; además, porque "no hay experiencia en nuestro país sobre la sanción pecuniaria y la propia ley de defensa de los consumidores no ha generado jurisprudencia sostenida en este aspecto" ("Fundamentos").

A pesar del loable propósito de los autores del Proyecto, la figura fue objeto de una profunda limitación o desguace a manos del P.E.N. al modificar la versión originaria y eliminar los arts. 1745/1748 que contemplaban los "Daños a los derechos de incidencia colectiva".

Asimismo, se preveía una legitimación muy amplia ya que el art. 1714 remite al art. 14 del Título Preliminar, norma que también fue modificado el P.E.N. y que incluía al "afectado, el Defensor del Pueblo, las asociaciones registradas y otros sujetos que dispongan leyes especiales, tienen legitimación para el ejercicio de derechos para proteger al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general", destacándose entre ellos a las asociaciones de consumidores, indígenas, ambientales, antidiscriminatorias ("Fundamentos").

En cuanto al monto de la "sanción" se establece que debe fijársela de manera prudencial y "tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial la gravedad de la conducta del sancionado, su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador, y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas", por lo que constituye terreno fértil para el emplazamiento de la prudencia judicial, sin que se haya fijado un tope, lo que constituye un acierto, y similar consideración merece que no resulta asegurable, extremo este que lamentablemente surge de los "Fundamentos" pero no del texto legal.

Por último, se determina que "La sanción tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada", otro acierto pues la jurisprudencia será la criteriosa y dinámica encargada de encontrar el mejor destino de acuerdo al desarrollo de la figura en la praxis.

"Daño resarcible"

Criteriosamente el Proyecto en análisis, luego de abordar la materia atinente a la antijuridicidad, los factores de atribución y la causalidad, le dedica al daño resarcible una Sección autónoma (la 4°) en la que nos encontramos situados completamente dentro del plano resarcitorio de la responsabilidad civil, su función prevalente.

La decisión se justifica plenamente a tenor del peso específico del presupuesto de la responsabilidad más importante, se encuentra en sintonía con los sistemas más modernos en derecho comparado pues ha sido advertido muchos años atrás por el Código Civil italiano que se ordena tras el *danno ingiusto* (art. 2043) y por el derecho anglosajón a través de la elocuente, precisa y pragmática denominación: *Law on torts*.

Reconoce anclaje en la denominada "reparación plena" (art. 1740) y, a diferencia del Proyecto de 1998, no se establece un sistema de limitación cuantitativa de responsabilidad para algunos casos de imputación objetiva (art. 1634).

El Proyecto incluye un "concepto" sobre el daño por considerarse que "tiene efecto normativo y no meramente pedagógico" ("Fundamentos"), en procura de fijar claramente su marco y, por su intermedio, conferir certeza debido a la profusión de opiniones encontradas en doctrina.

El criterio adoptado evidencia gran amplitud ya que se lo considera como la "lesión a un derecho o a un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva" (art. 1737), por lo que se distingue al "daño – lesión" de la "indemnización" por ser esta última una consecuencia de aquel ("Fundamentos").

Aun cuando su formulación difiere en parte de la practicada por anteriores proyectos, la señalada amplitud normativa asignada torna bizantina en parte la férrea disputa doctrinaria pues, aun cuando los parámetros o márgenes para asignar juridicidad a los distintos nocimientos son anchos, los conflictos se seguirán gestando (e incluso profundizando) dentro del marco de las llamadas "guerra de etiquetas y de autonomías".

A través del art. 1738 se enuncia un "elenco" de nocimientos resarcibles que comienza por la "pérdida o disminución del patrimonio de la víctima" (daño emergente), el "lucro cesante", la "pérdida de chances", así como también se incluye "especialmente" (sic) "las consecuencias de la vio-

lación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad corporal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resulten de la interferencia en su proyecto de vida".

Distintos puntos salientes son los que se desprenden de lo normado por los arts. 1739/41 y 1745.

Por lo pronto, respecto de la "pérdida de la chance", su expresa inclusión resulta adecuada por cuanto constituye un daño cierto, concretamente, la "probabilidad de éxito frustrada", es decir, determinado porcentaje que variará de conformidad con las objetivas posibilidades existentes, por lo que el tópico necesariamente se liga con el análisis causal.

Dentro de este mismo punto, resulta también acertada la norma ya más específica contenida en el art. 1745 inc. "e" que prevé la indemnización de "la pérdida de chance futura como consecuencia de la muerte de los hijos; este derecho también compete a quien tenga la guarda del menor fallecido", disposición que conferirá certidumbre pues se trata de un tópico objeto de diferente tratamiento por parte de los tribunales.

La incorporación de la resarcibilidad de los daños físicos y psíquicos importa el lógico y necesario reconocimiento normativo de la fecunda tarea doctrinaria y jurisprudencial que desarrolló acabadamente ambos nocimientos, haciéndolo con el preciso alcance que da cuenta el art. 1746.

En materia de "afección espiritual legítima", en primer lugar constituye un acierto el cambio de denominación.

Sin perjuicio de reconocer que la alocución "daño moral" se encuentra fuertemente arraigada en nuestro vocabulario y cultura socio jurídica, lo cierto es que lo afectado resulta el espíritu, los sentimientos, nada tiene que ver la moral en esto, y más aún si se recuerda que la denominación de la figura (que reconoce sus orígenes en el *pretium doloris* del derecho romano) pone de manifiesto un claro juicio de valor negativo respecto a su juridicidad por haber sido así denominada hacia fines del siglo XIX en un momento histórico signado por el iuspositivismo.

Por otro lado, resulta criticable el alcance de la procedencia de su reparación debido a la eliminación de múltiples diferencias existentes en el sistema velezano entre las órbitas del deber de responder contractual o aquiliano. El carácter terminante del primer párrafo del art. 1738 en cuanto establece que "La indemnización comprende… sus afecciones espirituales legítimas", exorbita y desnaturaliza a la figura pues coloca en un pié de igualdad a la lesión proveniente de un hecho ilícito y la del mero incumplimiento convencional.

En efecto, sin perjuicio que se siga el modelo de anteriores proyectos de reforma (art. 522 del Proyecto de 1987, mismo artículo del Proyecto del año 1993 y art. 1601 del Proyecto de 1998), así como la opinión de cierta doctrina que considera que debe eliminarse la discrecionalidad judicial para fijar este resarcimiento en las obligaciones contractuales, consideramos que corresponde seguir discriminando la reparabilidad del nocimiento conforme a su génesis convencional o aquiliana, siendo menester en el primer caso probar su existencia de conformidad con el principio general sentado en el art. 377 del CPCCN, ponderándose "la índole del hecho generador" y las "circunstancias del caso".

En materia de "legitimación" para reclamar indemnización de las consecuencias no patrimoniales, la novedad que se incorpora reside en una generosa ampliación pues, en caso de muerte o de "gran discapacidad" de la víctima, se habilita "a reclamar a título personal y según las circunstancias de cada caso" (margen de discrecionalidad) a los "ascendientes, descendientes, cónyuge y quienes convivían con aquel recibiendo trato familiar ostensible". Nada se ha prescripto sobre las personas jurídicas, lo que deja abierta la discusión sobre el punto.

Se advierte aquí una notable influencia de la jurisprudencia tanto nacional (Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires y tribunales inferiores) como foránea (tribunales franceses, Corte Interamericana de Derechos Humanos), que cada vez con mayor frecuencia extienden la legitimación y "acogen una visión constitucional del acceso a la reparación y la protección de la familia" ("Fundamentos").

Aun cuando se trata de un tópico debatido, el sistema vigente no supera el test de constitucionalidad pues la limitación del art. 1078 del CC no importa una reglamentación razonable del derecho a la reparación del daño injustamente sufrido, sino una grotesca conculcación de la esencia misma de

dicho derecho que torna inconstitucional la solución normativa vigente, particularmente en función de la interpretación de los arts. 16, 19, 28 y 75 inc. 22 de la Carta Magna.

El Proyecto de 1998 había recorrido un camino similar, incluso un poco más extenso aún: lo denominaba "daño extrapatrimonial" y no solo legitimaba a los citados sino que también determinaba que "los tribunales tienen atribuciones para asignar legitimación a otros sujetos, en los casos especiales en los que el hecho tiene un grado de repercusión en el reclamante que excede del ordinario, habida cuenta de su vinculación con el damnificado y las demás circunstancias" (art. 1689).

Por último, la misma norma en análisis especifica que, a los efectos de la determinación del *quantum*, lejos de ponderarse la conducta del dañador en procura de aplicar una sanción ejemplificadora, "debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas".

Consideramos que es perfectamente posible moldear este particular nocimiento en derredor de ambos fundamentos, el del "resarcimiento" y el de la "sanción ejemplar", para eventualmente aplicarlos concomitantemente cuando el juez lo estime razonable a tenor de las circunstancias del caso. Ambas funciones no se excluyen recíprocamente sino que pueden complementarse y priorizarse una por sobre otra, de manera de permitir una ponderación adecuada de la conducta antijurídica particularmente reprochable con el objetivo de desalentar comportamientos especialmente contrarios al interés general.

Párrafo aparte merece la contemplación del "proyecto de vida" pues, de acuerdo a los términos en los que se la incorpora, una primera lectura revela que se le ha conferido autonomía ya que al enumerarse los distintos renglones indemnizatorios se utiliza la conjugación copulativa "y" para discriminarlo de las "afecciones espirituales legítimas". A nuestro entender, debió expresarse que las afecciones espirituales legítimas "comprenden" las que resulten de la interferencia en el proyecto de vida.

No caben dudas que el truncamiento de un proyecto de vida constituye un daño radical que debe ser adecuadamente valorado por el juez (Fernández Sessarego), mas no se advierten cuáles son los elementos para disociarlo del daño espiritual, nocimimento que lo comprende o engloba. No se entiende qué otro daño, es decir, diferente del que afecta aguda y profundamente a los sentimientos, puede generar la conciencia sobre la frustración de un proyecto de vida ya que no existen parámetros para determinar o deslindar un perjuicio del otro. El rigor científico impone aquí una barrera infranqueable.

Así, la afección espiritual abarca todo el espectro del daño a la salud, tanto este nocimiento como el *danno biologico* de la doctrina italiana y otros. El Proyecto (al igual que el Código de Vélez) no abre camino a un *tertius quid*, por lo que no existe el llamado "daño a la persona" independiente del daño espiritual.

Resulta tarea de los operadores jurídicos (en particular de los autores de doctrina y de los jueces) el enriquecimiento de los daños resarcibles habida cuenta el carácter "abierto" del texto legal (rasgo que también comparte con el Código de Vélez a tenor de lo normado por su art. 1068) (Mosset Iturraspe).

El resultado de la postura que proponemos, desde luego, procura evitar los dobles o múltiples resarcimientos por un mismo daño, el enriquecimiento sin causa, y, consecuentemente, el descalabro del sistema.

Demostrativo de lo expuesto es que el origen de esta figura (como el de otras tantas) se encuentra en el ingenioso esfuerzo de la doctrina italiana para sortear el estrecho límite impuesto por el art. 2059 del CC italiano que establece: *Il danno non patrimoniale debe essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge* (dique de similares características al que teníamos con el originario art. 1078 de Vélez Sarsfield) y que tiene como base el art. 32 de su Constitución que ampara o tutela el derecho a la salud.

A tenor de lo expuesto, llama la atención que en los "Fundamentos" se haya expresado precisamente que esta tarea resulta ajena a la ley y propia de la doctrina y la jurisprudencia "ya que una norma general no podría dar cuenta de la enorme variedad de casos que se presentan"…

Cargas probatorias dinámicas

La teoría sobre el *onus probandi* constituye uno de los problemas vitales en cuanto versa sobre las consecuencias de la falta de prueba. En el proceso se trata de "probar o sucumbir".

Por lo pronto, cabe recordar que la inclusión de instituciones procesales en los códigos de fondo constituye una tradición latina iniciada por el CC francés que incorporó normas sobre admisibilidad de pruebas, lo que por cierto no escapa de la crítica de los procesalistas (Chiovenda, Arazi, Fenochietto).

Lo cierto es que la *praxis* revela la necesidad de ponderar las circunstancias de cada caso a los efectos de imponer la carga probatoria a una parte o la otra, de apartarse eventualmente de las reglas rígidas que emanan del sistema normativo con asiento en los arts. 512, 902, 1109 y ccds. del Código de Vélez, aquí los dos primeros criteriosamente reproducidos (alterados mínimamente en su sintaxis) a través de los propuestos arts. 1724 y 1725.

El art. 1735 autoriza al juez a "distribuir la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla".

Se contemplan los casos en los que existen dificultades en el acceso a los medios de prueba o en la prestación de la misma, habilitándose este mecanismo correctivo para paliar ciertas diferencias entre los litigantes que el derecho está llamado a corregir.

El art. 1619 del Proyecto de 1998 ya estipulaba: "Salvo disposición legal, la carga de la prueba de los factores de atribución de la responsabilidad, así como de las circunstancias que la excluyen, corresponde a quien los alega. Si las circunstancias especiales del caso lo justifican, el tribunal puede distribuir la carga de la prueba de la culpa, o de haber actuado con diligencia, ponderando cuál de las partes está en mejor situación para aportarla".

Se trata de la figura denominada "carga probatoria dinámica", también objeto de férrea crítica por parte de los procesalistas por estimar que importa volver a etapas superadas de casuismo jurisprudencial, y hasta por desconocer el principio de legalidad que emana del art. 377 del CPCCN según el cual la prueba del presupuesto de hecho de la norma aplicable está a cargo de quien la invoca.

No obstante, civilistas y procesalistas parecen confluir hacia una misma orientación ya que para estos "las partes no producen prueba ni colaboran con la jurisdicción por razones de bondad, sino esencialmente en beneficio de sus propios intereses, y una actitud contemplativa importa una sanción jurídica cual es la pérdida del juicio. El principio dispositivo y, si se quiere, una actitud "egoísta", los guía hacia una sentencia desfavorable" (Fenochietto).

En los "Fundamentos" se argumenta que el art. 1735 no tiene naturaleza procesal sino que contiene "directivas sustantivas dirigidas al juez a fin del dictado de la sentencia en ausencia de pruebas concretas sobre el tema a decidir, casos en los que se establece cómo debe distribuirse el 'riesgo probatorio' y a quién adjudicarlo", argumento cuestionable sin perjuicio de lo cual lo más importante es que la ubicación puramente material de una norma no determina su naturaleza sino su "finalidad".

Entendemos que solo practicando una lectura superficial y de corte exclusivamente formal se llega a la descalificación de su incorporación, y a pesar del atisbo eufemístico de las razones desarrolladas en los "Fundamentos", cabe recordar que se trata de una figura surcada fuertemente por valores como la buena fe y la equidad, y que cumple nítidamente una función teleológica determinante para lograr cierto "equilibrio" entre las partes en litigio.

Se impone reconocer que en la actualidad el derecho de fondo se ocupa no solo de los "conceptos", sino también de los "hechos" y de su "prueba" por resultar esencial a los efectos de una adecuada protección de los derechos, solución que en definitiva se inscribe en la llamada "escuela eficientista" del derecho procesal que profundiza un modelo "solidarista".

Por otro lado, entendemos que debe modificarse lo dispuesto en la segunda parte de la norma proyectada pues deja librada la aplicación de la figura a la mera discrecionalidad judicial. La norma propuesta prevé que "Si el juez lo considera pertinente, durante el proceso comunicará a las partes que aplicará este criterio, de modo de permitir a los litigantes ofrecer y producir los elementos de convicción que hagan a su defensa". Resulta conveniente que se establezca el "deber" judicial de

informar a las partes si aplicará o no esta regla, anticipando tan relevante criterio de análisis para conferir previsibilidad y seguridad jurídica. Un acto procesal oportuno podría ser en oportunidad de celebrarse la audiencia del art. 360 del CPCCN.

Solo así se evitará que las partes se enteren recién con el dictado de la misma sentencia definitiva, sufriendo la demandada un resultado adverso por incumplir una carga que no sabía que tenía. El Proyecto del 98 nada establecía sobre este punto, y llama la atención que en los "Fundamentos" del Proyecto objeto de crítica los autores le hayan asignado el carácter de "deber" que sugerimos y que no lo plasmaran en el cuerpo normativo.

DEBER DE PREVENCIÓN DEL DAÑO. ACCIÓN PREVENTIVA. CAUSALIDAD

Emiliano C. Lamanna Guiñazú

Sección 2ª

De la función preventiva y la sanción pecuniaria disuasiva

ARTÍCULO 1710.- Deber de prevención del daño. Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de:

a. evitar causar un daño no justificado;
b. adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable; tiene derecho a que este le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa;
c. no agravar el daño, si ya se produjo.

Estructura de reforma: *El mismo se debe analizar a la luz de los tres incisos que lo componen:*
El **inciso a**) nos habla de *"evitar un daño no justificado"*, lo que constituye la consagración del llamado *"Principio de Prevención" del daño; el cual fuera destilado en los últimos veinticinco años, por una muy calificada y creativa jurisprudencia. Asimismo, revela, de manera concreta, que ante la supuesta tensión de axiomas "resarcir el daño" vs "evitar el daño", se opta por el segundo, sin abandonar el primero. Esto se conecta con una moderna visión: el llamado moderno Derecho de Daños.*

Fundamento: *El llamado "principio de prevención" adquiere presencia en el Derecho argentino, a partir del precedente jurisprudencial "Santa Coloma" (CSJN Fallos 308:1160), del año 1986, receptando el Artículo 19º de la Constitución Nacional, el principio "neminem laedere" (no dañar a los demás)*[1]
También como un derivado de este mismo artículo 19º de la Constitución Nacional, asoma que el daño, perjuicio o detrimento sufrido, no solo es el menoscabo al interés lícito del sujeto que acarrea sanción patrimonial, sino también comporta la amenaza de su causación que consiste en una perturbación al goce de ese interés (art. 1067º del CCa – Dra. Zavala de González).

Estructura de la reforma: El **inciso b)** *explica el proceder del sujeto, a través de algunas "palabras clave" (que ayudan a discernir sobre la actuación que debe desarrollar): "adoptar",*

1. De allí se desprende no solo el Deber de reparar el daño, sino también el de prevenirlo.

o adopción de medidas a su cargo. Es decir, el plan prestacional (Bueres - Diez Picazo), en principio, no solo contiene las medidas tendientes a entregar (dar), realizar (hacer), o abstenerse (no hacer). Sino que también debe propender "a desarrollar su comportamiento, de buena fe", lo que razonablemente llevaría a cabo cualquier persona (hombre medio), a fin de evitar o disminuir la magnitud del perjuicio. También contemplar el "perjuicio cometido por un tercero responsable", quien tendrá a su cargo el reembolso al sujeto "inocente" de todos los gastos en los que hubiese incurrido para evitar o disminuir la lesión, a fin de no materializar un enriquecimiento sin causa.

Fundamento: *Esto, se aprecia doblemente, en función que se trata de un comportamiento desplegado de buena fe, frente a un comportamiento en contrario (mala fe). Por lo tanto, se carga a su autor causal del pago de gastos frente al supuestamente responsable.*

La Buena Fe, entendida como verdad y fundamento de las relaciones jurídicas, es la gran vara con la que se mide el comportamiento del sujeto de derecho. Y en materia de evitación (prevención), o disminución (mitigación o no agravamiento), es el fundamento insignia, donde se han apoyado el principio de prevención, y el criterio de mitigación del daño.

Asimismo, la buena fe, el cual incorporado por la anterior reforma de 1968, en el artículo 1198º, 1era parte del presente Código Civil, se yergue como un faro que alumbra todo el ordenamiento jurídico, conteniendo en dos dimensiones de nuestro Derecho, una presencia estelar: como un principio general de la responsabilidad civil, y como principio general del derecho.

Más allá de estas consideraciones, es en la legislación trasnacional donde se pueden observar, normas de similar estructura.

Estructura: El **inciso c)** señala *"no agravar el daño, si ya se produjo". De lo que estamos hablando aquí, es de un criterio delimitador del resarcimiento, conocido bajo nombres diversos en el mundo jurídico. En el Derecho Iberoamericano, bajo una genérica denominación común: "el deber de mitigar el daño por el acreedor"; o bien, bajo la designación sajona "duty to mitígate"; la alemana "schadenminderungspflicht", o la francesa, "minimisation du dommage". O como aquí se lo denomina, "daño agravado por el acreedor"*

De estos tres países, con sistemas jurídicos de fluida y notoria influencia sobre el nuestro, solo Alemania lo sentó en su ordenamiento positivo (art. 254º del BGB), en tanto que Francia y España, la jurisprudencia y la doctrina, reclaman por la esperada vigencia de una norma similar, aplicando la misma por vía de interpretación[2]

Se puede decir, que esta figura descansa en un precedente tímidamente mencionado en el Derecho Romano[3]*. Pero es en el Derecho anglosajón, donde logra una aplicación tan extendida*

2. En Francia, por ejemplo, se incorpora el criterio de delimitación por vía interpretativa de los artículos 1134º y 1135º del Code, donde se entiende que por aplicación del principio de la buena fe, la conducta del perjudicado, debe estar dirigida a evitar o morigerar los efectos que el incumplimiento, en sí mismo, pudiere llegar a causar.

3. En el llamado "Pasaje de las Tinajas", DIGESTO Libro XVIII – Título VI "Del Riesgo y del Beneficio de la Cosa Vendida" (en Ulpiano, Comentarios de Sabino, Libro XXVIII) que en el pasaje 3, señala que *"Aunque es lícito al vendedor derramar el vino si se hubiese señalado un término para que se midiese y no se hizo dentro del mismo, no obstante no podrá hacerlo inmediatamente sin advertir al comprador mediante testigos que se lleven el vino o sepa que se va a verter. Pero si pudiendo verterlo no lo hizo, es más digno de alabanza, puede exigir una merced por las tinajas, pero únicamente en la medida en que tuvo interés en que estuviesen vacías las vasijas que contenían el vino; por ejemplo, si hubiese de arrendarlas o si tuvo la necesidad de tomar otras en arriendo. Pero es más conveniente tomar las vasijas en arriendo y que el vino no sea entregado hasta que se reintegre por el comprador el precio del arriendo, o bien vender de buena fe el vino, esto es, procurar, sin perjuicio del vendedor, que se haga por el mínimo detrimento por el comprador";* También lo vemos reflejado en el "Tratado de las Obligaciones" de Robert J. Pothier, en el Nº 167, al sostener: *"La pérdida que he sufrido por defecto de cultivo de mis tierras, parece ser una consecuencia más lejana del dolo del tratante: empero, pienso que de ella no se le ha de reputar como responsable, o por lo menos que no ha de abonarla por entero. Ese defecto de cultivo no es una consecuencia absolutamente necesaria de la pérdida de mi ganado, que me ha causado el dolo de ese tratante: yo podría, no obstante la pérdida de mi ganado, obviar a ese defecto de cultivo haciendo cultivar mis tierras por otros animales que*

que, se llegó a considerar que se trataba de una figura que nunca había sido dejada de lado, porque "en el derecho inglés, la justicia impone al contratante la obligación de adoptar las medidas razonables tendientes a moderar o limitar los perjuicios derivados de dicha inejecución" (Santa María).

De lo que se trata es de determinar si el acreedor, víctima de un incumplimiento obligacional (contrato), o de un acto ilícito (neminen laedere) debe evitar la extensión de su propio daño, propendiendo a adoptar todos los recaudos posibles a fin de mitigar su agravamiento (Piaggio). Porque, lo que está en juego, es la legitimidad del resarcimiento que le compete, ya que sería ilegítimo asignarle al deudor el deber de indemnizar, en mayor extensión al daño que efectivamente causó.

Fundamento: *Este criterio de reparación, se conecta con dos fundamentos de difícil distinción (Barbero), que son la culpa y la causalidad. Mientras existen autores que fundamentan la cuestión en la noción de culpa: "omisión de las diligencias adoptadas para impedir su agravación" (Alterini); otros, con criterio compartible, lo asignan a la causalidad (Larroumet-Piaggio-Riefersterg-Venini). En tanto, minoritariamente, otro sector lo considera un problema de ambas (Soler Presas).*

Los países del derecho anglosajón, claramente constituyen el mascarón de proa en la constelación del derecho de las naciones. Con precedentes que datan de 1677, en adelante han desarrollado suficientemente, a lo largo de más de tres siglos, la aplicación de este criterio. Al punto de establecer distingos entre, lo que ellos denominan la "contributory negligence" (culpa concurrente o culpa concausal de la víctima"); de la que aquí analizamos: la "duty to mitigate" (deber de mitigar el daño del acreedor). G. H. Treitel, y Harvey Mc Gregor, han producido generosas obras para deslindar ambas situaciones, disciplinando sus consecuencias. No obstante, Ana Soler Presas, informa que en España existen pronunciamientos judiciales que han equivocado ambas situaciones.

Mientras en la primera (contributory negligence) existe un comportamiento culpable de la víctima que, concurriendo con la culpa del dañador, producen un hecho ilícito, donde los porcentajes de responsabilidad, son equivalentes a los porcentajes de participación. En el segundo de los aspectos, el duty to mitígate, el acreedor tiene una carga (onere) de evitar el agravamiento del daño. Si no la cumple, esa omisión es, en sí misma, exculpatoria del victimario de todo lo que haya agravado el daño. Pero también es, en sí mismo, un acontecer causal distinto al del daño. Independiente de el. Lo que configura un criterio delimitador del resarcimiento a abonar por el deudor. Pues la medida de la agravación, no tiene nexo adecuado de causalidad con su hecho.

Si hablamos de precedentes jurisprudenciales, en Inglaterra encontramos el añejo asunto "British Westinghouse Electric and Manufacturing Co. Ltd vs. Underground Electric Railways Co. London Ltd." (1912). En tanto, en los Estados Unidos de Norteamérica, su recepción es también antigua, y lo vemos en los fallos "Saner vs. Mc Clintic – Marshall Construction Co." de la Corte Suprema de Michigan (1914); y *"Rockingham County vs Luton Bridge Co." de la Corte de apelaciones de los Estados Unidos (1929).*

En países con similar estructura normativa como el Canadá encontramos modernos precedentes en "Janiak vs Ippolito" (1985), 16 D.L.R. (4th.) 1 (S.C.C.); el fallo de "Peterson vs Bannon" (1993), 21 C.C.L.I. (2d) 45 (B.C.C.A.); *o en* "*Cowie vs Mullin" (1992), 111 N.S.R. (2d) (S.C.) and* "*Reeves vs Arsenault" [1998] P.E.I.J. No. 95 (PEISC)), y finalmente en* "*Flewwelling vs Blue Cross LifeInsurance Co. of Canada"* [1999] AJ No. 381 (QB), Finalmente en "*Hamilton vs Constellation*

---

podría comprar, o, caso de que no tuviera es medio, que hubiese podido alquilar; o bien, subarrendando mis tierras, si no tenía medios de hacerlas producir por mi mismo. Empero, como, por más que se recurriera a dichos expedientes, yo no habría podido retirar tanto provecho de mis tierras, como si las hubiese podido cultivar por mi mismo, con mis bueyes que perdido por el dolo del tratante, esto puede entrar por alguna cosa en los daños y perjuicios que me son debidos" (Tratado de las Obligaciones – Editorial Heliasta S.R.L., año 1993).

Assurance Co." [1989] O. J. No. 2567. En todos estos casos, se acordó la mitigación del perjuicio, a cargo de la víctima.

En la Argentina, la cuestión ha sido tratada eficaz, aunque no prolíficamente, por ejemplo, el que surge de la Suprema Corte de la Provincia de Mendoza, en Expediente: 70409 - Departamento General De Irrigación en autos: "Nadal Nicolau, Carlos Alberto Departamento General De Irrigación Daños Y Perjuicios - Inconstitucionalidad – Casacion" (del 18 de septiembre de 2001). Fallo a cargo de los magistrados Kemelmajer de Carlucci - Romano – Moyano. Más jurisprudencia sobre el particular, se advierte en la dada por la Cámara Nacional en lo Comercial, Sala E del 02/03/2009, en los actuados "Romano, Isaac Alejandro C/CITIBANK N.A. S/ORDINARIO". También los vemos en los actuados: ""Galiard, Guillermo Federico c./Expreso de Transportes Reconquista S.R.L.", y en "Tapia, Augusto c./Itzcovich, Jacobo".

Pero su aplicación más fecunda, la vemos en el campo del derecho internacional privado, abasteciendo a numerosos cuerpos normativos de esa rama del derecho[4]

Operatividad: *Se trata de un criterio delimitador de la reparación civil, con fuerte incidencia en la noción de causalidad (Piaggio-Venini-Fuentes Guiñez). De enorme gravitación en aras a lograr un sinceramiento de esta. Una verdadera excepción al principio de la llamada "reparación integral", fundamentado en noción de buena fe (Soler Presas-Carrasco Perera-Pantaleón Prieto)-. De incidencia directa en la cuantificación del daño, a fin de evitar el enriquecimiento sin causa de la víctima del incumplimiento.*

ARTÍCULO 1711.- Acción preventiva. La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución.

Estructura: *De manera tradicional, se sostenía que era función del Estado, y de contenido propio del Derecho Administrativo, la tarea preventiva tendiente a evitar la plasmación del evento dañoso (Compiani). Pero luego se reconoció la presencia de un remedio procesal, como ser la llamada Tutela Civil Inhibitoria, que conmovió y, a su vez, comprometió el orden jurídico privado y, en particular, al Derecho Civil.*

Fundamento: *Pero en torno a este remedio de orden procesal, se advirtieron resistencias en el seno de nuestra doctrina, queriendo demarcar áreas de contención, donde la Tutela Civil se configura un remedio procesal, que no puede resultar involucrado en el Derecho Civil de la responsabilidad*[5] *por ser ajeno a su finalidad. Es decir, la pertenencia a una legislación procesal, marcaba la presencia en el "prius" (anteponerse o interponerse al daño); mientras el derecho de la responsabilidad civil legislaría sobre su "posterius" (la reparación).*

Este reparto de tareas, no asomaba conducente y, entendemos, práctico. Su traba, advertimos, estribaba en una noción de orden cultural o de corte tradicional de ambos derechos (el procesal, de forma; el civil, de fondo). Y no parece muy razonable esta postura, puesto que no advierten que

4. Dentro de la legislación trasnacional del derecho internacional privado, otra manifestación del instituto aparece en Los Principios del Derecho Europeo de los Contratos (PECL – iniciales en inglés que significan Principles of European Contract Law), específicamente en la letra de los artículos 9:504 y 9:505, respectivamente. El primero relata las *"Pérdidas atribuibles a la parte perjudicada"*, en tanto que el segundo lo hace sobre *"Reducción de Pérdidas"*; también en La Ley Uniforme sobre Contratos de Compraventa Internacional de 1964 (Convención de La Haya). Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías. En los Principios UNIDROIT Sobre Contratos Comerciales Internacionales (Artículos 30º; 50º; 72º; 76.1º, 85º; 86º). Y también en la Ley Uniforme sobre Contratos (Uniform Acts on Contract Law) de la Organización para la Armonización del Derecho Privado de África (OHADA).

5. Prevot, Juan Manuel en "La Prevención del Daño en la Codificación del Siglo XXI y en el Código Civil Argentino", en Revista de Derecho de Daños, 2008-2, editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, año 2008, página 183

estos mismos remedios procesales estaban ya presentes, muchos de ellos, surgidos de mucho tiempo atrás[6]*, lo que resulta ser bastante tradicional por cierto.*

Operatividad: *De acuerdo a la letra misma del artículo, se advierte que esta acción intenta estar presente en todas las "fases" de ejecución del daño, proponiendo detener su producción donde se pueda (producción o nacimiento; continuación o ejecución del mismo; agravamiento*). *La nominación de estos tres momentos, advierten la presencia de la causalidad en el tema.*

*La propia letra del artículo alienta la construcción de una serie de requisitos de la Prevención, que serían los que señala Compiani, a saber: a*ntijuridicidad; *peligro o amenaza de daño*; *interés legítimo del sujeto; posibilidad material o jurídica de detención de la acción dañosa; prescindencia del factor de atribución.*

Los efectos que la prevención produce, serían los siguientes: retiro de productos defectuosos del mercado; restablecimiento de servicios médicos injustamente suspendidos o negados; rectificación de noticias inexactas o agraviantes, o de publicidad ilícita; dejar sin efecto cláusulas abusivas; también estos otros, cese de terapias rechazadas por el paciente; prohibición de publicación injuriosa o ilícita; proscripción de aproximación a la víctima.

ARTÍCULO 1725.- Valoración de la conducta. Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias. Cuando existe una confianza especial, se debe tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes

Para valorar la conducta no se toma en cuenta la condición especial, o la facultad intelectual de una persona determinada, a no ser en los contratos que suponen una confianza especial entre las partes. En estos casos, se estima el grado de responsabilidad, por la condición especial del agente.

Estructura: *Celebramos la fusión en una sola norma, de lo que antes dos normas (902º y 909º) del Código Civil de Vélez señalaban. Los que, tomados promiscuamente, servían para encuadrar las conductas de aquellos sujetos que gozaban de un conocimiento especial (responsabilidad profesional). Ahora, una buena y, sobre todo, sincera técnica legislativa, fusiona y mejora ambas letras, siendo de tal forma conducente a que la interpretación del caso en concreto, se haga dando una única mirada a un, también única, norma jurídica.*

Fundamento: *Hay, en el presente artículo, una evidente búsqueda de agravar la responsabilidad de aquel que sabe, conoce o controla un determinado talento o experticia. Lo que podríamos llamar como "una valoración anticipada del proceso causal" (Goldenberg), fruto de un conocimiento especial. Es decir, la formación previa, lo hace llegar a un nivel de conocimiento que no es el que se espera de la generalidad de las personas. Pero cuando se advierte "una confianza especial" se hace recorrer a aquella valoración, un segundo filtro de análisis: ni siquiera el que comparte el mismo conocimiento, se compara con aquel colega, buscado por el profano. Esa confianza especial, constituye pues, una valoración espiritual traducida en una mayor responsabilidad.*

6. Aun no siendo un sistema coherente y vertebrado, sino más bien, inconexo las normas o "remedios inhibitorios" están presentes en las siguientes normas: Empezando por la más importante, que surge del Artículo 43º de la Constitución Nacional; para luego anclar en el Código Civil, donde vemos lo siguiente: el artículo 1071º bis que tutela la intimidad; el artículo 2499º y 2500º, que tutelan la llamada "acción de daño temido"; el artículo 2618º, que protege contra las inmisiones, también llamado "ruidos molestos"; o los artículos 2795º al 2799º, que legisla sobre protección de derechos reales. También en las leyes especiales, como ser el artículo 79º de la Ley de Propiedad Intelectual (11.723); o también la que surge del artículo 6º de la Ley 13.512 - De Propiedad Horizontal; en los artículos 20º y 21º sobre el Nombre de las Personas; y también en los llamados microsistemas jurídicos, donde asoma claramente los artículos 52º, 53º y 55º de la Ley 24.240 – De Defensa del Consumidor, entre otras.

Operatividad: *Ahora bien, reiterando en gran parte, lo que el viejo artículo 902º decía*[7]*, en el anteproyecto se agrega:* ***"….mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad"****. Se habla de una diligencia exigible, aludiendo nos parece, a una obligación concreta, evitando la aplicación de su plural "diligencias", que no aludiría a ninguna obligación en particular. Esto, junto a la valoración de la previsibilidad, que en el caso en concreto es la que debe tener el agente al momento de desarrollarse los acontecimientos.*[8]

Isidoro Goldenberg, citando a Brebbia, sostiene que este último trazaba un breve esquema interpretativo, que hoy más que nunca cabe reflotar: "a mayor conocimiento o aptitud, mayor causalidad; a mayor causalidad, mayor responsabilidad".[9]

ARTÍCULO 1726.- Relación causal. Son reparables las consecuencias dañosas que tienen nexo adecuado de causalidad con el hecho productor del daño. Excepto disposición legal en contrario, se indemnizan las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles.

ARTÍCULO 1727.- Tipos de consecuencias Las consecuencias de un hecho que acostumbra a suceder según el curso natural y ordinario de las cosas, se llaman en este Código "consecuencias inmediatas". Las consecuencias que resultan solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto, se llaman consecuencias "mediatas". Las consecuencias mediatas que no pueden preverse se llaman "consecuencias casuales".

Estructura: *En atención a que ambos artículos hablan de las consecuencias indemnizables e, ineludiblemente deben referenciar hasta donde se limita el análisis póstumo, se hará un comentario unificado de los mismos.*

Es de resaltar, la deficiente técnica legislativa en el presente artículo. En efecto, vemos que la norma mencionada en primer lugar, comienza asignando la reparación de las consecuencias dañosas que allí menciona, para luego, en la que le sigue, se establece el concepto normativo de cada una de las consecuencias contempladas, que se dan por sentadas en el artículo precedente. Frente a esto, se propone invertir el orden de las normas señaladas, legislando en primer lugar, a los distintos niveles de consecuencias desencadenantes de un hecho, para luego sí, en una norma distinta, establecer cuáles de esas consecuencias –ya ejemplificadas– son imputables, y por tanto reparables, por el autor del perjuicio.

Fundamento: *Fuera de esta opinión, y con los artículos frente a nosotros, diremos que el mismo sincera la ardua cuestión y debate sobre la causalidad, al decir, que cualquier tipo de consecuencia, para ser reparada, requiere guardar con el hecho generador nexo adecuado de causalidad*[10]*. Y entiende, que solo guardan dicho nexo, aquellas consecuencias gobernadas (o conocidas) por su autor (consecuencias inmediatas), o bien las que siendo dirigidas en un principio por aquel, pueden resultar normalmente previsibles para el entendimiento medio (de ese mismo agente) del que las genera, puesto que el acontecimiento distinto al que se conecta resulta normalmente conexo con aquel*[11] *(consecuencias mediatas previsibles).*

7. "Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos" (Art. 902º Código Civil texto actual).

8. Goldenberg, Isidoro, en "La Relación de Causalidad en la Responsabilidad Civil", Buenos Aires, año 2000, página 67, aludiendo al actual esquema del Código Civil en materia de "Régimen de Imputación de las Consecuencias", enfatiza que: *"….del examen de los arts. 902º y siguientes se infiere que el Código atribuye las consecuencias dañosas al autor del acto, graduando el juicio de reproche de acuerdo con la previsión que hubiera debido tener de ellas"*

9. Goldenberg, Isidoro, *"La Relación de Causalidad …..…"*, en su página 67, citando a Roberto Brebbia, y su obra "La Causalidad", Nº 27, in fine.

10. Como lo siente de manera contundente, una prolífica y extendida doctrina nacional.

11. Orgaz, Alfredo, en *"El Daño Resarcible"*, editorial Marcos Lerner, pág. 63.

Operatividad: *Quedaría zanjada también, la cuestión inherente a uno de los tópicos que más complicaban la posible absorción de órbitas de la responsabilidad civil (extensión del resarcimiento). Dado que, por su ubicación, y por no sostener una distinción, el límite de consecuencias indemnizables podría considerarse simétrico, ya se trate de un incumplimiento obligacional (contractual), y el correspondiente a los actos ilícitos (neminen laedere). Respondiéndose hasta el límite de las consecuencias mediatas (previsibles).*

Nos persuade de lo afirmado en el primer párrafo del presente punto, el tratamiento de las consecuencias casuales, a las que se menciona muy livianamente, como al pasar, sin hacer mención a su distinción interna: las "puramente casuales" y las "tenidas en miras", mencionadas y expresadas categorialmente en la vieja estructura del Artículo 905º. Esto, si bien guarda un sinceramiento, en orden al problema de la asignación de las consecuencias casuales regidas el "designio perverso del agente" (Orgaz), por ser de muy difícil prueba, deja al descubierto, la dilución del dolo en materia de causalidad. O, si se puede expresar de una manera distinta, la equiparación de la culpabilidad en torno al juicio de previsibilidad (causalidad), donde el doloso y el culposo, responden de igual manera. Algo que no se celebra, puesto que sabemos que uno de los principios que gobiernan la responsabilidad civil, se encuentra en el agravamiento de la situación del doloso por sobre el culposo. Y, en este caso, resulta resentido.

Lo que sí parece ser un acierto de la Reforma que se propone, es que no agrega un párrafo señalando, al estilo del viejo artículo 906, nada sobre las consecuencias remotas.[12]

12. Su agregado, por parte de la Reforma de 1968, nos pareció siempre dogmática, carente de significación pues no aporta (o aportaba) nada a un ordenamiento jurídico que se debe proponer a sí mismo, como una finalidad: legislar con eficacia, para evitar la sobreproducción normativa.

FACTORES DE ATRIBUCIÓN

Jorge A. Mazzinghi (h)

I. Introducción – Observación metodológica

El Anteproyecto aborda el tema de la responsabilidad civil en el título V del Libro III, denominado "Otras fuentes de las obligaciones".

En este título, –que es el último del Libro III dedicado a los derechos personales–, se trata la responsabilidad civil, la gestión de negocios, el empleo útil, el enriquecimiento sin causa, la declaración unilateral de la voluntad, y los títulos valores.

La ubicación de la responsabilidad civil en el capítulo 1 del título V, no parece muy acertada.

La norma del art. 1716 del Anteproyecto describe el ámbito de la función resarcitoria y establece: "Deber de reparar – La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme a las disposiciones de este Código".

El art. 1749 dispone: "Sujetos responsables – Es responsable directo quien incumple una obligación por sí o por un tercero, u ocasiona un daño injustificado por acción u omisión".

De acuerdo con lo que disponen los artículos transcriptos, está claro que los preceptos de la responsabilidad se refieren a la que resulta del incumplimiento del deber general de no dañar –la responsabilidad aquiliana–, y a la que deriva del incumplimiento de una obligación de fuente contractual.

En el Anteproyecto, ambas órbitas de la responsabilidad están unificadas, y por eso hubiera sido mejor tratar el punto de la responsabilidad en un título VI, al final del Libro III, y luego de haber desarrollado todos las fuentes de las obligaciones, los contratos, la gestión de negocios, el empleo útil, el enriquecimiento sin causa, la voluntad unilateral y los títulos valores.

Es que, en rigor, la responsabilidad civil no es una fuente de la obligación; la responsabilidad civil se activa como consecuencia del incumplimiento de una obligación contractual, o de la configuración de un hecho dañoso, o por el incumplimiento de una obligación derivada de situaciones como la gestión de negocios, el empleo útil, o la voluntad unilateral.

Al ubicar el tópico de la responsabilidad civil en el título V que trata "Otras fuentes de las obligaciones", puede llegar a entenderse que las normas de la responsabilidad no se refieren a los contratos regulados en los títulos I, II, III y IV del mismo Libro III, lo que no es así, pues las normas de los arts. 1716 y 1749 –transcriptas más arriba–, y la organización general del Anteproyecto, tratan la responsabilidad civil en forma genérica, abarcando cualquier hecho dañoso.

En síntesis, hubiera sido mejor cerrar el Libro III con un título VI dedicado a la responsabilidad civil, comprensivo de todas las hipótesis abordadas en los otros cinco títulos del Libro III.

II. Enunciación de los factores de atribución

La norma del art 1721 del Anteproyecto establece: "Factores de atribución – La atribución de un daño al responsable puede basarse en factores objetivos o subjetivos. En ausencia de normativa, el factor de atribución es la culpa".

Quiere decir que, en términos generales, la obligación de resarcir el daño puede estar fundada o derivar de la configuración de un factor subjetivo u objetivo de la responsabilidad.

La enunciación de ambos factores es general, abierta, y, –según lo que resulta del comienzo del precepto del art. 1721 del Anteproyecto que estamos analizando–, parece indiscriminada e igualitaria.

Esta primera impresión queda enseguida desvirtuada al leer la última parte del art. 1721 del Anteproyecto, en la que se dice claramente que, cuando no hay una atribución específicamente objetiva de la responsabilidad, "el factor de atribución es la culpa".

A la luz de esta directiva, es innegable que la responsabilidad civil nace naturalmente y se configura con facilidad siempre que aparece un factor subjetivo –la culpa o el dolo del autor del daño–, y que, en cambio, la responsabilidad objetiva requiere una normativa específica, la descripción legal de las situaciones que la vuelven operante.

La interpretación resulta de los términos del precepto que estamos comentando, en la parte que dice que, "en ausencia de normativa", la culpa rige con amplitud y con una suerte de efecto expansivo o generalizador.

El criterio es razonable, porque, más allá de las situaciones específicas descriptas por la ley, la conducta impropia de los sujetos –por culpa o por dolo–, es el resorte elemental, el factor que, por excelencia, determina y pone en marcha la responsabilidad civil.

III. La descripción de los factores subjetivos

El Anteproyecto dedica el art. 1724 a definir la culpa y el dolo.

El concepto de culpa es prácticamente el mismo que resulta del art. 512 del Código Civil vigente: "La culpa consiste en la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión".

El único cambio radica en la utilización del singular de diligencia en vez de la referencia anterior –en plural–, a "la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación, y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar", pero el sentido es el mismo.

La incorporación al texto legal de los conceptos de imprudencia, negligencia e impericia como descriptivas y configurativas de la culpa, es un acierto, pues amplía y enriquece la idea abarcando las conductas excesivas –imprudencia–, y el descuido o la falta de preparación en el desenvolvimiento de un arte o una profesión determinada.

En lo que se refiere al dolo como factor subjetivo de atribución de la responsabilidad, el Código Civil actual no es un modelo de claridad.

La norma del art. 521 –ubicada en el ámbito de la responsabilidad contractual–, se limita a disponer que "si la inejecución de la obligación fuese maliciosa, los daños e intereses comprenderán también las consecuencias mediatas", y el art. 1072 –en la órbita aquiliana–, no menciona el dolo, pero establece que "el acto ilícito ejecutado a sabiendas y con intención de dañar la persona o los derechos, se llama "delito".

La fórmula actual es más certera –"producción de un daño de manera intencional", y también más severa, porque incluye dentro del dolo a "la manifiesta indiferencia por los intereses ajenos".

Es que, cuando una persona exhibe un descuido gravísimo y evidente, que revela un desinterés absoluto por la situación del otro, es razonable que se califique su conducta como dolosa.

IV. La descripción del factor de atribución objetivo

El Anteproyecto se ocupa de describir el fundamento de la responsabilidad objetiva en dos normas pretendidamente generales, los arts. 1722 y 1723.

La primera de estas normas es francamente deficiente. El art. 1722 dice: "Factor objetivo – El factor de atribución es objetivo cuando la culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad. En tales casos, el responsable se libera demostrando la causa ajena, excepto disposición legal en contrario".

La oscuridad del precepto transcripto se explica a partir del deseo de darle un alcance general y abarcativo.

El Anteproyecto quiere ser tan amplio en la definición del factor objetivo, que termina sancionando una norma que es difícilmente comprensible.

Porque, ¿qué significa decir que la responsabilidad es objetiva cuando la culpa es irrelevante?

Tampoco es nada claro establecer que el responsable –que no se sabe bien quien es–, "se libera demostrando la causa ajena, excepto disposición en contrario".

En el Código Civil actual, las hipótesis de responsabilidad objetiva están bien circunscriptas –la del principal por el dependiente, la del dueño o guardián cuando el daño deriva del vicio o riesgo de la cosa–, y el factor de atribución objetivo no tiene el alcance general que ahora quiere dársele.

Es que el problema surge a partir de este empeño por lograr una fórmula genérica y abarcativa.

En este sentido, la responsabilidad por las actividades riesgosas que consagra el art. 1757 del Anteproyecto puede llegar a extremos ingobernables.

El punto es complicado, porque el art. 1722 que estamos comentando dispone que la responsabilidad es objetiva "cuando la culpa del agente es irrelevante".

En rigor, en todos los casos en los que el daño aparezca como la consecuencia de una actividad, la culpa conservará su virtualidad, pues la actividad remite a la conducta del hombre, y la valoración de esta conducta no podrá hacerse sin sopesar la intención o el proceder –diligente o descuidado–, del titular de la actividad.

Es que, en el fondo, al poner el foco en la actividad del hombre, la culpa vuelve a adquirir una trascendencia insoslayable.

La norma del art. 1723 del Anteproyecto es apenas más clara que la anterior, pero presenta también deficiencias graves: "Responsabilidad objetiva – Cuando de las circunstancias de la obligación, o de lo convenido por las partes, surge que el deudor debe obtener un resultado determinado, su responsabilidad es objetiva".

El precepto está pensado para los incumplimientos de índole contractual, pero sus contornos son francamente borrosos.

Las partes de un contrato siempre se comprometen a obtener algún resultado –el cumplimiento de un acto jurídico en el mandato, la realización de una tarea específica en la locación de servicios, la seguridad en el goce de la cosa en la locación–, y ello determinaría que la responsabilidad sería objetiva en todos los casos.

Hay resultados de buena y diligente atención, de empeño en el desarrollo de una tarea, de suministrar pautas de alguna seguridad, que no son fáciles de encuadrar dentro de una obligación rotunda de resultado.

La fórmula del art. 1723 del Anteproyecto es demasiado amplia e indefinida. Y, en cierto sentido, se contradice con el criterio que resulta del art. 1722, porque en el cumplimiento de los contratos, la culpa de las partes nunca es irrelevante.

V. La cuestión de la valoración de la conducta

La norma del art. 1725 del Anteproyecto reproduce –con leves variantes– el contenido de los arts. 902 y 909 del Código Civil actual.

A la luz del nuevo precepto, queda claro que, en términos generales, la responsabilidad se discierne y se exige en función de una valoración concreta y particular de la conducta observada por las partes.

Esta valoración –en principio– es uniforme, y no tiene en cuenta las condiciones especiales o el nivel intelectual de los sujetos intervinientes.

Si se trata de analizar el comportamiento observado por el inquilino de un inmueble, o por el conductor de un automóvil, o por el titular de una actividad comercial determinada, los criterios deberán ajustarse a la índole de los hechos, a la mayor diligencia requerida por la situación en sí, y no tomarán en consideración las aptitudes intelectuales, o la mejor condición económica, o el bagaje cultural de las personas involucradas.

Este principio general de valoración sobre la base de los hechos objetivos, reconoce una excepción en el supuesto de "los contratos que suponen una confianza especial entre las partes".

En estos casos –el asesoramiento requerido a un experto en finanzas, una operación quirúrgica efectuada por un médico especialista, la consulta a un abogado que ostenta una jerarquía particular en la materia sobre la cual tiene que expedirse–, la responsabilidad se atribuirá con un rigor mayor, tomando en cuenta la confianza depositada, y las condiciones personales que la suscitaron.

La norma del art. 1725 del Anteproyecto sienta, con claridad, el principio general de valoración objetiva, y la excepción reservada a los contratos o situaciones que suponen una confianza especial.

Su ubicación –entre las pautas que rigen, en general, la función resarcitoria– permite suponer que los criterios se aplican a todas las hipótesis de responsabilidad, tanto a los fundados en un factor de atribución subjetivo, como a los que se basan en un factor objetivo de atribución.

Por eso, llama la atención que el nuevo texto –a diferencia de lo que expresa el art. 902 del Código Civil actual– aluda de un modo expreso a "la diligencia exigible al agente".

Esta referencia a la diligencia del autor del daño, y la mención –en el título de la norma– a "la valoración de la conducta", hace pensar en un cierto avance de los criterios subjetivos de atribución de la responsabilidad sobre los dispositivos o mecanismos de la responsabilidad objetiva.

Porque la norma –que, como vimos, tiene un alcance general– repara en la diligencia del agente para graduar su responsabilidad.

En esta misma línea, la norma del art. 1729 del Anteproyecto, establece que "la responsabilidad puede ser excluida o limitada por la incidencia del hecho del damnificado en la producción del daño", y la norma del art. 1736 del Anteproyecto dispone que la carga de la prueba de la relación de causalidad, le compete a "quien la alega", lo que adquiere particular importancia en relación a los daños que pueden derivarse de una actividad riesgosa.

Al respecto, la norma del art. 1757 del Anteproyecto contempla las actividades que son riesgosas –"por las circunstancias de su realización"–, y es obvio que estas circunstancias remiten al comportamiento del titular de la actividad y al de la víctima, abriendo el camino para una valoración de las conductas de todas las personas involucradas en el hecho dañoso.

Por último, y reforzando la idea de una valoración amplia y precisa de las conductas, la norma del art. 1719 del Anteproyecto se ocupa de la asunción de los riesgos, y admite que, en ciertas circunstancias, la exposición al riesgo o a una situación de peligro, puede interrumpir "total o parcialmente el nexo causal".

RESPONSABILIDAD DEL PRINCIPAL

Manuel Díez Selva

El Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación de 2012 regula la responsabilidad del principal por los hechos de sus dependientes en el artículo 1753, el cual dispone, precisamente, que *el principal responde objetivamente por los daños que causen los que están bajo su dependencia, o las personas de las cuales se sirve para el cumplimiento de sus obligaciones, cuando el hecho dañoso acaece en ejercicio o con ocasión de las funciones encomendadas*. Agrega, además, que *la falta de discernimiento del dependiente no excusa al principal*, así como que *la responsabilidad del principal es concurrente con la del dependiente*.

De manera razonable, el anteproyecto ubica la disposición dentro de la Sección 6ª, correspondiente a la *Responsabilidad por el hecho de terceros*, el cual integra el Capítulo 1, *Responsabilidad Civil*, que a su vez se incluye en el Título V, *Otras fuentes de las obligaciones*, incorporado en el Libro III, *De los derechos personales*.

Respecto de la disposición actual, contenida en la primera parte del primer párrafo del art. 1113 de Código Civil, el Anteproyecto introduce algunos cambios que conviene analizar, a la luz no solo de la normativa vigente, sino también en relación a *lo justo*, como analogado principal del concepto de derecho, en tanto objeto de la virtud de la justicia.[1]

En primer lugar, debe notarse que el Anteproyecto no menciona antecedentes o fuentes de la norma, como sí lo hace el Código Civil vigente en su redacción original, al citar el art. 1384 del Código Francés, el art. 2299 del Código de Luisiana, y las observaciones *"dignas de tenerse presentes"* realizadas en el artículo 1901 del Proyecto de Goyena.

La norma actualmente vigente dispone: *La obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia, o por las cosas de que se sirve, o que tiene a su cuidado*. Es decir, interesa, a los fines de comparar la reforma propuesta en el art. 1753 del Anteproyecto con el texto actualmente en vigor, la primera parte del párrafo del art. 1113 del Código Civil, a saber, que la obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia.

En tal sentido, la escueta fórmula actual, por cierto con una oscura redacción en el criterio del suscripto, permite inferir, sencillamente, que una persona debe responder por los daños causados a un tercero por un dependiente de dicha persona. Y si se dice que la redacción es oscura, ello obedece a que pareciera que bien podría sostenerse que, para que exista responsabilidad de una persona por el hecho de un dependiente propio, sería necesario que dicha persona haya causado personalmente un daño a un tercero, y que también algún dependiente suyo haya causado daños a un tercero, produciéndose en tal caso una extensión de responsabilidad, si bien no podría existir responsabilidad por hechos de un dependiente si solo hubiera verificado el hecho dañoso del dependiente. Sin embargo,

1. Conf. Santo Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, 2–2, cuestión LVII, artículo I.

no es aquello que ha sido interpretado por la doctrina en general, sino que se ha expresado, en tal sentido, que la fórmula legal impone la responsabilidad del principal por los hechos dañosos de sus dependientes a terceros, en cualquier caso, y de manera autónoma.[2]

Es, por cierto, una responsabilidad indirecta de carácter subjetivo; indirecta porque constituye un caso de responsabilidad por hechos ajenos, excepcional frente al principio general de que nadie puede ser responsabilizado sino por un hecho propio, que se fundamenta, conforme la mayor parte de la doctrina[3], en la teoría de la culpa, ya sea *in eligendo*, es decir, por la elección que del dependiente hace el principal, o *in vigilando*, ya que el dependiente obra según las instrucciones del principal, o este tolera todo lo que no impide; aunque también se ha invocado como sustento de tal extensión de responsabilidad otras teorías como la de la representación o sustitución, e incluso del riesgo creado[4]. Y además, exige el cumplimiento de ciertos requisitos, entre los cuales cabe destacar, como más relevantes, los siguientes: 1) la existencia de una relación de dependencia; 2) que el hecho cometido por el dependiente sea antijurídico; 3) que el dependiente haya causado el daño a un tercero; 4) que el dependiente haya causado el daño en cumplimiento de sus funciones para el principal; y 5) que el dependiente haya incurrido en culpa.[5]

Por otra parte, debe apuntarse que el Proyecto de Reforma de Código Civil realizado por los doctores Héctor Alegría, Atilio Aníbal Alterini, Jorge Horacio Alterini, María Josefa Méndez Costa, Julio César Rivera y Horacio Roitman, en carácter de integrantes de la Comisión Honoraria designada por Decreto del Poder Ejecutivo Nacional N° 685/95, y que fuera elevado al mencionado órgano que cumple las funciones administrativas del Poder del Estado mediante nota de fecha 18 de diciembre de 1998, establece en su artículo 1657, al regular el hecho de terceros en orden a la responsabilidad, que *toda persona responde por el hecho que compromete la responsabilidad directa de los terceros que están bajo su dependencia, o de los que autoriza para actuar en el ámbito de su propia incumbencia, se sirve u obtiene provecho*, agregando que *la responsabilidad abarca el daño causado en ejercicio o con ocasión de sus funciones*; fórmula algo más clara y precisa que la del Código velezano, aunque pareciera, sin serlo adecuadamente, pero que, además, la extiende a aquellas personas autorizadas para actuar en el ámbito de su propia incumbencia, o de las que se sirve u obtiene provecho, extensión que aparece, no solo por su imprecisión, sino también por su amplitud, prácticamente ilimitada en tanto una persona se vea beneficiada por el actuar de otra, aun sin haber sido autorizada, y por ello excesivamente riesgosa en su aplicación práctica.

Ahora bien, el Anteproyecto bajo análisis dispone en su art. 1753, bajo el título de *Responsabilidad del principal por el hecho del dependiente*, que el principal responde objetivamente por los daños que causen los que están bajo su dependencia, o las personas de las cuales se sirve para el cumplimiento de sus obligaciones, cuando el hecho dañoso acaece en ejercicio o con ocasión de las funciones encomendadas, agregando que la falta de discernimiento del dependiente no excusa al principal, así como que la responsabilidad del principal es concurrente con la del dependiente.

En tal sentido, pareciera que el Anteproyecto ha ganado, respecto del Código Civil en la redacción actualmente vigente de la primera parte del primer párrafo del art. 1113, en notable precisión. En

2. Conf. Belluscio, Augusto (director), Zannoni, Eduardo A. (coordinador), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, tomo 5, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1990, página 421 y ss.; ídem Salas, Acdeel Ernesto, *Código Civil y leyes complementarias anotados*, tomo I, Artículos 1 a 1136, 2ª Edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1979, pág. 602 y ss.; Borda, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. II*, Sexta Edición, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1989, pág. 283 y ss.; e ídem Llambías, Jorge Joaquín, Raffo Benegas, Patricio, y Sassot, Rafael A., *Compendio de Derecho Civil. Obligaciones*. Editorial Perrot, Buenos Aires, 1971, pág. 612 y ss.

3. Conf. Belluscio, Augusto (director), Zannoni, Eduardo A. (coordinador), op. cit., página 423.

4. Conf. Belluscio, Augusto (director), Zannoni, Eduardo A. (coordinador), op. cit., página 427 y ss.; ídem Salas, Acdeel Ernesto, op. cit., pág. 602.

5. Conf. Belluscio, Augusto (director), Zannoni, Eduardo A. (coordinador), op. cit., página 432 y ss.; ídem Salas, Acdeel Ernesto, op. cit., pág. 602 y ss.; ídem Borda, Guillermo A., op. cit., pág. 288; e ídem Llambías, Jorge Joaquín, Raffo Benegas, Patricio, y Sassot, Rafael A., op. cit., págs. 615 y 616.

efecto, no puede caber duda alguna que la norma legisla disponiendo que el principal (que puede, claramente, asimilarse al empleador) responde por los daños causados a terceros por sus dependientes.

Por otra parte, también aparece como valioso el abandono de cierta laxitud en la disposición que implica la responsabilidad por el hecho del dependiente, sino establecer pautas mínimas que la acoten. En efecto, al establecer el Anteproyecto como regla que la responsabilidad se verifica solo cuando el hecho dañoso acaece en ejercicio o con ocasión de las funciones encomendadas, despeja cualquier duda que la jurisprudencia y la doctrina hubieron de definir en el pasado, que como bien se ha señalado, ha suscitado amplias polémicas[6].

Y también debe destacarse, en mi opinión, como elemento positivo, tanto la disposición acerca de que la falta de discernimiento del dependiente no excusa al principal, atento que, en tal situación, verdaderamente se verificaría una responsabilidad indirecta en la elección del dependiente a quien se le encarga una tarea que, por no estar adecuadamente, cumple dañando a un tercero, como la concurrencia de la responsabilidad del principal con la del dependiente como elemento autónomo, toda vez que, determinada la responsabilidad del principal, debe quedar claro que el dependiente no puede excusarse de responder frente al tercero dañado por el hecho de ser un comitente del principal, toda vez que, necesariamente, su responsabilidad personal debe quedar comprometida en tanto resulta el causante del hecho dañoso.

Por el contrario, podrían apuntarse, a mi juicio, algunos elementos que parecen atentar contra la concreción de la virtud de la justicia a través de la necesidad de dar a cada uno lo suyo.

Así, expresa el Anteproyecto que la responsabilidad del principal por el hecho del dependiente es objetiva, elemento tan novedoso en la regulación del instituto como equívoco. En efecto, si la responsabilidad es objetiva, necesariamente se vincula a un objeto, esto es, una cosa, es decir, es una responsabilidad que surge de una cosa, y una persona deberá responder en virtud de un vínculo con la cosa que produce el daño. Sin embargo, el art. 1753 del Anteproyecto regula un tipo de responsabilidad por un hecho dañoso producido por un dependiente, que es un sujeto, motivo por el cual la responsabilidad del principal siempre será subjetiva, si bien indirecta, que no es lo mismo que objetiva. Ahora bien, si el Anteproyecto no pretende imponer una responsabilidad de la cual el principal no pueda eximirse de ninguna manera, ella no es objetiva, y por lo tanto la terminología se ha usado incorrectamente.

Por otra parte, el Anteproyecto impone la responsabilidad del principal respecto de los hechos dañosos causados por aquellos que están bajo su dependencia, pero hubiera sido útil, al menos, y para evitar incertidumbres, la aclaración acerca de quiénes son los que están bajo su dependencia, aunque poca duda puede caber acerca de que se trata de personas en relación de dependencia laboral, esto es, quienes se encuentran, respecto de otra persona que les encarga tareas o servicios, en una situación de subordinación principalmente jurídica, es decir, que el puede recibir órdenes del dador del principal, y están obligados a cumplirlas, pudiendo ser controlados y sancionados si no cumplen adecuadamente las indicaciones recibidas.

Pero el Anteproyecto avanza sobre una nueva categoría, hasta ahora no mencionada en la norma vigente, cual es aquella que integran las personas de las cuales se sirve, para el cumplimiento de sus obligaciones, aquel que pretende ser responsabilizado como principal. Ello aparece, francamente, como una ampliación sumamente riesgosa, pues en tal categoría debería incluirse no ya a los dependientes que cumplen órdenes de su empleador, y que puede ser sancionados en caso de no hacerlo adecuadamente, sino también aquellos trabajadores autónomos vinculados al locatario de servicios a través de un contrato sin relación de dependencia, y que cumplen sus funciones de manera independiente, sin sujeción de ningún tipo hacia quien los contrato, ni jurídica ni técnica especialmente, y por lo tanto mal podría endilgársele responsabilidad alguna a quien encarga un servicio sin potestad de organización y dirección del mismo, ni de control, pues no está a su alcance disponer los medios para evitar que se causen daños en el cumplimiento de lo encomendado. Peor aún si se considera que en

6. Así se ha referido en Belluscio, Augusto (director), Zannoni, Eduardo A. (coordinador), op. cit., página 441 y ss., con numerosa cita de jurisprudencia y doctrina.

tal categoría de "personas de las cuales se sirve para el cumplimiento de sus obligaciones", podrían incluirse sujetos que actúan de favor, por amistad, o de manera completamente benévola, casos en los cuales parece excesivo extender la responsabilidad.

Tampoco puede compartirse, no obstante el avance que implica la circunscripción de la responsabilidad cuando el hecho dañoso acaece en ejercicio o con ocasión de las funciones encomendadas por el principal, la extensión, precisamente, a los daños causados por el dependiente o prestador de servicios *en ocasión* de las funciones encomendadas, aun cuando, al habérsele hecho una encomienda, pareciera que debería descartarse la situación de ocasión puramente accidental, limitándose a los daños que no se hubieran producido si no se hubiera hecho el encargo.

Finalmente, es dable mencionar que, en opinión del suscripto, una adecuada consideración de la responsabilidad del principal por el hecho del dependiente, a los fines de resultar un instrumento de derecho positivo útil para encumbrar la virtud de la justicia en los casos de daños producidos a un tercero por una persona que presta servicios para otra, pareciera concretarse en la disposición de la necesidad de responder, por parte del principal, cuando se trate solo de un contrato de trabajo en relación de dependencia, en los términos de la normativa laboral específica, con sujeción jurídica y técnica del empleado al empleador, y la correspondiente posibilidad de este de dar órdenes al dependiente, con derecho de organización, dirección y control respecto de las tareas de trabajador, excluyendo a los prestadores de servicios autónomos, y en tanto los hechos dañosos se produzcan por el ejercicio del empleado de sus funciones propias, siempre que no se haya apartado de las mismas a través de un accionar doloso o con culpa grave y el dador de trabajo no haya podido evitar el daño, ya que, en tales casos, resultaría injusto responsabilizar al principal por el accionar del dependiente que no ha exigido, ni requerido, ni promovido, ni ha podido impedir.

RESPONSABILIDAD DERIVADA DE LA INTERVENCIÓN DE COSAS Y DE CIERTAS ACTIVIDADES

Ramiro Güiraldes

ARTÍCULO 1757.- Hecho de las cosas y actividades riesgosas. Toda persona responde por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas, o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización.

La responsabilidad es objetiva. No son eximentes la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención.

Introducción. Antecedentes. El Código de Vélez. La ley 17.711.

Fruto de la evolución de la tecnología y la industria, se hizo necesario en pleno siglo XX encontrar una solución para la atribución de responsabilidad civil cuando, en el hecho generador del daño, intervenía una cosa riesgosa (es decir aquella que cuenta con la potencialidad de generar un daño). Surgió, así, una nueva etapa en el Derecho de Daños donde la idea rectora era que ningún daño debía quedar sin reparación.

La irrupción del maquinismo trajo como consecuencia la aparición de nuevos riesgos, donde el daño era generado por el riesgo de una cosa que, con su accionar, producía el hecho con un grado de autonomía en relación al hombre.[1]

Fue así que, con la modificación introducida al Código Civil por la ley 17.711 (1968), se dio recepción franca al "riesgo" como factor de atribución de responsabilidad, naciendo la imputación objetiva[2]. Es decir, aquel factor de atribución solo basado en la relación causal, prescindiendo de toda noción de culpa subjetiva.

Actualmente el Código Civil, con la modificación introducida por la ley 17.711 al artículo 1113, contempla dos situaciones distintas:

a) los daños causados con las cosas y,
b) los daños causados por el riesgo o vicio de la cosa.

1. Conf. Alterini, Atilio Aníbal, - Ameal, Oscar J. – López Cabana, Roberto M., *"Derecho de las Obligaciones"*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, nº 474, pág. 203 y nº 1730. pág 709.

2. No es objeto de este comentario adentrarse en la discusión acerca de si la imputación objetiva ya existía en el Código Civil con anterioridad a la sanción de la ley 17.711, y con motivo de otros supuestos regulados como la equidad o el daño causado por animales domésticos o feroces.

En el primer caso, estamos en presencia del hecho del hombre y donde la cosa es utilizada como herramienta o instrumento en la generación del daño. En este supuesto, estamos dentro de la responsabilidad subjetiva, presumiéndose la culpa del dueño o guardián, operándose la inversión de la carga de la prueba.

En el segundo caso, es decir los daños causados por el riesgo o vicio de la cosa, el accionar generador del daño de la cosa riesgosa supera la voluntad y acción humana.

Es suficiente que el daño derive del riesgo (potencialidad de un daño) o vicio (defecto en el funcionamiento que la torna riesgosa) de la cosa, y conforme a una relación de causalidad adecuada, para que su dueño o guardián respondan por el daño sufrido por la víctima, prescindiendo totalmente de la idea de culpa subjetiva.

En este caso, los únicos eximentes de responsabilidad los configuran la culpa de la víctima, la de un tercero por quien no se debe responder, o la utilización de la cosa contra la voluntad expresa o presunta del dueño o guardián.

El nuevo artículo 1757. Eliminación del supuesto de daño causado "con la cosa". La responsabilidad derivada del daño causado "por el riesgo o vicio de la cosa"

A poco de leer el artículo que se comenta, puede observarse la eliminación del supuesto de *"daño causado con la cosa"* en la terminología del actual artículo 1113.

La economía del nuevo proyecto en estudio, se reduce –en cuanto a regímenes aplicables cundo intervienen cosas en la producción de un daño– a solo dos posibilidades. El daño causado por el hecho del hombre (utilizando o no una cosa, ver arts. 1710, 1716 y 1749) y, por otro lado, el daño causado por el riesgo o vicio de la cosa, contemplado en el artículo que se comenta número 1757.

Serán los jueces los que, en definitiva, juzguen el merito o conveniencia de tal eliminación, sin perjuicio de considerarla oportuna quien escribe.

El artículo 1757 del proyecto de Código Civil y Comercial, se reduce a estipular –al igual que la segunda parte del segundo párrafo del art. 1113 del actual Código Civil– el régimen de responsabilidad civil derivada del daño causado por el riesgo o vicio de una cosa.

En cuanto a la calificación de *riesgo* (potencialidad de un daño) o *vicio* (defecto en el funcionamiento que la torna inapropiada para su fin convirtiéndola en riesgosa) de una cosa, todo lo dicho en doctrina y jurisprudencia hasta hoy es válido, pues el régimen instaurado reproduce el sistema vigente al del actual Código Civil sin incluir una definición.

Incorporación del supuesto de "daño causado por actividades riesgosas y peligrosas"

El artículo 1113 del Código Civil, con la modificación introducida por la ley 17.711, regula la responsabilidad civil derivada del uso de las cosas. Discutido está en doctrina y jurisprudencia[3], si dentro del concepto de "cosa riesgosa" se puede incluir la actividad riesgosa en sí misma.

Por ejemplo, dice Zavala de González[4] que *"el riesgo es independiente del cuidado que se ponga; en cambio, la actividad es riesgosa aunque las cosas utilizadas sean en sí mismas inofensivas, pues el riesgo es aquí atribuible al impulso del agente y no a un atributo del objeto"*

3. Alterini, Atilio Aníbal, Ameal, Oscar J., López Cabana, Roberto M., *"Derecho de las Obligaciones"*, Lexis Nexis - Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2003, nº 475 d, pág. 213. Borda, Guillermo A. *"Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al profesor doctor Atilio Aníbal Alterini"* directores: Alberto Bueres y Aída Kemelmajer de Carlucci, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, págs. 31-32. SC Buenos Aires, 16/09/1986, *"Arrián c/Transportes Junín"*, DJBA, 132 – 282. CNTrab., Sala 1ª, 31/08/1988, *"Gómez c/Consorcio Prop. Jerónimo Salguero 613"*, DT, 1989 – A, 897.

4. Zavala de González, Matilda, *"Responsabilidad por riesgo. El nuevo artículo 1113"*, Hammurabi, Buenos Aries, 1987, pág. 63.

Nuevamente, el proyecto en análisis viene a dar solución legislativa a una discusión doctrinaria y jurisprudencial. El artículo 1757 del proyecto de Código Civil y Comercial, a la par de instaurar un régimen de responsabilidad derivado del daño causado por cosas riesgosas o viciosas, incluye en forma explícita el carácter objetivo de la responsabilidad civil por daños causados por actividades que son riesgosas y peligrosas por su naturaleza, aplicando el mismo régimen legal, y equiparándolos.

Su inclusión es plausible teniendo en cuenta que es innegable la existencia de actividades que son, *per se*, riesgosas; tales como la participación en grupos de riesgo, o todas aquellas que pueden atentar contra el medio ambiente (actividades relacionadas con residuos peligrosos o industriales, minería, etc.).

Pero atención. No puede dejar de resaltarse la importancia del requisito estipulado por el proyecto para la aplicación de este régimen, en cuanto que la actividad debe ser peligrosa o riesgosa ***por naturaleza***. La interpretación que se haga de la letra de ley en cuanto a una aplicación generalizada de cualquier actividad, puede llevar a considerar aplicable este régimen a actividades tales como el ejercicio de profesiones liberales, la prensa, etc.

Nótese, que el proyecto es prudente al identificar la sección 7ª bajo el título *"Responsabilidad derivada de la intervención de cosas y **ciertas** actividades"* [el resaltado y subrayado me pertenecen]. Pues sino, prácticamente no quedaría ninguna actividad fuera de este régimen, llevando la teoría del riesgo a su mayor nivel exponencial.

El factor objetivo de atribución

El artículo en estudio, a diferencia del actual artículo 1113 del Código Civil, introduce la indicación clara, directa y explícita de que estamos en presencia de un factor objetivo de atribución de responsabilidad. En efecto, comienza diciendo el segundo párrafo que *"La responsabilidad es objetiva"*.

Una de las tantas novedades introducidas en el proyecto en análisis, es la definición de numerosos institutos y cuestiones que, hasta ahora, quedaba reservado solo a los autores.

Una de las tantas definiciones introducidas es la contenida en el art. 1722 al decir que *"…El factor de atribución es objetivo cuando la culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad…"*.

Si bien la actual redacción del artículo 1113 del Código Civil no deja lugar a dudas en cuanto al carácter objetivo de atribución de responsabilidad, es dable señalar su explicitación en la redacción del artículo 1757 del proyecto en estudio.

Queda claro, entonces, y sin lugar a discusiones, que para el supuesto de daños causados por el riesgo o vicio de la cosa, sigue vigente el factor objetivo de atribución de responsabilidad, prescindiéndose entonces, de la valoración de la conducta del agente y de una eventual culpa subjetiva.

Eximentes de responsabilidad. Causas de exoneración

A diferencia del régimen establecido en el art. 1113 del Código Civil, introducido por la ley 17.711, el artículo 1757 no enuncia las causas de exoneración de responsabilidad por parte del dueño o guardián de la cosa riesgosa. En su caso, por parte de quien realiza u obtiene provecho de una actividad riesgosa o peligrosa. Sin embargo, ello no significa que no existan eximentes de responsabilidad.

En primer lugar, no debemos olvidar que –ya sea objetivo o subjetivo el factor de atribución– debe existir adecuada relación de causalidad entre el hecho y el daño sufrido como presupuesto de existencia de responsabilidad. En ese sentido, así lo estipula claramente el artículo 1726 del proyecto en estudio.

En segundo lugar, el análisis del artículo 1757 debe realizarse a la luz de lo establecido en el artículo 1722. Como se dijo antes, la letra del artículo 1757 establece que el factor de atribu-

ción es objetivo. A su vez, el artículo 1722 –que brinda la definición y sienta el principio general sobre los factores objetivos de atribución– reza que *"…En tales casos, el responsable se libera demostrando la causa ajena, excepto disposición legal en contrario"* Es decir que, también, los responsables se liberan demostrando la causa ajena. Esta causa ajena, entiéndase comprensiva de la causa de un tercero como, también, de la causa de la víctima, en palabras del actual artículo 1113 del Código Civil. En este sentido, son de aplicación el artículo 1731 del proyecto del Código Civil y Comercial, al rezar que *"…Para eximir de responsabilidad, total o parcialmente, el hecho de un tercero por quien no se debe responder debe reunir los caracteres del caso fortuito"*; y el artículo 1729 del mismo proyecto al establecer que *"…La responsabilidad puede ser excluida o limitada por la incidencia del hecho del damnificado en la producción del daño, excepto que la ley o el contrato dispongan que debe tratarse de su culpa, de su dolo, o de cualquier otra circunstancia especial."*

Es de destacar la utilización, en el artículo 1722, del término *"causa"* y no *"culpa",* utilizado en el artículo 1113 del Código Civil. El factor objetivo de responsabilidad se basa solo en una adecuada relación de causalidad, prescindiendo de la ida de culpa. Es lógico, entonces, que los eximentes de responsabilidad recaigan, justamente, en aquellos supuestos que interrumpen la adecuada relación de causalidad como el accionar de la víctima o de un tercero, sin importar el reproche o juicio de valor que podría hacerse respecto de la conducta de la víctima o de ese tercero por quien no se debe responder. Sabido es que, culpa y causa, son conceptualmente diferentes.

En tercer lugar, reza el artículo 1758 del proyecto de Código Civil y Comercial que *"El dueño y el guardián no responden si prueban que la cosa fue usada en contra de su voluntad expresa o presunta"*. Es decir que, amén de la adecuada relación de causalidad y la causa ajena, también se eximen de responsabilidad el dueño y el guardián de la cosa riesgosa cuando esta fue usada en contra de su voluntad expresa o presunta.

En este caso, el anteproyecto de reforma elevado al Poder Ejecutivo Nacional por la comisión designada al efecto, solo eximía de responsabilidad al dueño de la cosa riesgosa y no al guardián. Al contrario, el Poder Ejecutivo Nacional modificó el proyecto de reforma que se comenta, eximiendo también respecto del guardián, cuando la cosa fuera usada contra su voluntad expresa o presunta.

Tal como se dijo antes, el factor objetivo de atribución está solo fundamentado en una adecuada relación de causalidad. De no existir esta causalidad, mal se podría atribuir responsabilidad respecto del guardián de la cosa riesgosa. Es acertada entonces la reforma introducida por el Poder Ejecutivo, al ampliar la eximente de responsabilidad también al guardián cuando la cosa fue usada contra su voluntad expresa o presunta.

En cuarto lugar, no puede dejar de valorarse el caso fortuito. La jurisprudencia lo ha aceptado como eximente de responsabilidad en el campo de aplicación del régimen del actual artículo 1113 del Código Civil, a pesar de no encontrarse expresamente previsto en la norma.

Claro esto, y la jurisprudencia así lo ha impuesto, en que el caso fortuito debe provenir de un factor totalmente ajeno al riesgo de la cosa. Es lógico que así sea pues, de aceptarse como eximente el caso fortuito ligado al riesgo propio de la cosa, se atentaría contra la aplicación misma de la norma.

El artículo en análisis, al igual que el artículo 1113 del actual Código Civil, tampoco lo contempla como eximente de responsabilidad, pero su aplicación –en los casos y con los requisitos establecidos por la jurisprudencia– tampoco puede discutirse.

En síntesis, los eximentes de responsabilidad son a) la falta de adecuada relación de causalidad, b) la causa ajena (del damnificado o de un tercero por quien no se debe responder), c) el uso de la cosa contra la voluntad expresa o presunta del dueño o del guardián; y d) el caso fortuito proveniente de un factor totalmente ajeno al riesgo de la cosa.

Por último, no son eximentes de responsabilidad la autorización administrativa para el uso de la cosa riesgosa, o la realización de la actividad peligrosa, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención. Ello, conforme lo estipulado expresamente en el artículo en estudio.

ARTÍCULO 1758.- Sujetos responsables. El dueño y el guardián son responsables concurrentes del daño causado por las cosas. Se considera guardián a quien ejerce, por sí o por terceros, el uso, la dirección y el control de la cosa, o a quien obtiene un provecho de ella. El dueño y el guardián no responden si prueban que la cosa fue usada en contra de su voluntad expresa o presunta.

En caso de actividad riesgosa o peligrosa responde quien la realiza, se sirve u obtiene provecho de ella, por sí o por terceros, excepto lo dispuesto por la legislación especial.

Legitimación pasiva. Sujetos responsables por los daños causados por cosas

El proyecto de Código Civil y Comercial en análisis, establece en el artículo que se comenta los sujetos responsables por el daño causado por el riesgo o vicio de una cosa; o bien por la actividad riesgosa por la naturaleza.

La deficiente redacción del artículo anterior, al decir que *"**Toda persona** responde por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas, o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza…"* viene a ser completada por la delimitación en la legitimación pasiva que establece el artículo 1758. [El resaltado y subrayado me pertenecen].

El artículo en cuestión, al igual que el actual artículo 1113 del Código Civil, mantiene y delimita la responsabilidad objetiva del dueño y guardián de la cosa riesgosa.

Respecto al concepto de dueño, nada ha de innovarse respecto a lo dicho hasta hoy por los jueces y los autores, manteniendo plena vigencia. Pero la novedad viene de la mano del concepto de guardián. A diferencia del actual artículo 1113 del Código Civil, el artículo en análisis introduce una definición sobre quién debe ser considerado guardián. Con ella, quedaron atrás las diferencias de las diversas teorías sustentadas al respecto.[5]

Frente a la víctima, dueño y guardián responden indistintamente pudiendo la víctima reclamar, a cualquiera de los dos, el total de los daños y perjuicios sufridos. En efecto, y tal como lo establece expresamente el artículo en análisis, estamos en presencia de una obligación concurrente de sujeto plural pasivo. Ello, toda vez que ambos deudores –dueño o guardián– lo son por títulos o causas distintas, tal lo establecido en el artículo 1751 del proyecto comentado.

En cuanto al uso de la cosa en contra de la voluntad expresa o presunta del dueño o el guardián, me remito al comentario efectuado en el artículo anterior.

En el caso del daño causado por una actividad riesgosa o peligrosa, los sujetos responsables son todos aquellos que la realizan, se sirven u obtienen un provecho de ella, ya sea por sí o por terceros.

5. Llambías, Jorge J. - Raffo Benegas, Patricio, *"Tratado de Derecho Civil – Obligaciones"* 3ra. edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2005, tomo IV – A, nro. 2584 y ss, pág. 467 y ss.

LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Lucas A. Piaggio

1. Introducción: evolución y fundamentos de la responsabilidad del Estado

El tema de la responsabilidad del Estado ha sufrido importantes vaivenes a lo largo de la historia. Durante mucho tiempo, en base a teorías de sesgo absolutista y bajo la idea –de raíz griega– de soberanía (sin restricciones), se sostuvo el dogma de la irresponsabilidad del Estado, al sostenerse que el monarca o rey no podía causar perjuicios (*"The King can do no wrong"*). Tal escenario no cambió mucho con la Revolución Francesa, dado que simplemente se sustituyó la soberanía del rey por la soberanía del pueblo, que traducía la voluntad general, infalible e ilimitada[1].

Sin embargo, ya en el siglo XIX, y por impulso del derecho europeo continental y, en especial, de la jurisprudencia del Consejo de Estado francés[2], el principio jurídico de la irresponsabilidad fue dejado de lado. A partir de entonces, se han esbozado diversas teorías tendientes a justificar la responsabilidad del Estado cuando su actuación genera un daño a un particular, ya sea por su obrar regular o ilegítimo.

El derecho argentino, por su parte, también ha registrado una interesante evolución en este campo y ha construido una teoría general de la responsabilidad estatal, en la cual mucho ha tenido que ver la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que en un primer período se hizo eco del dogma de la irresponsabilidad del Estado[3], para luego pasar a reconocer paulatinamente la responsabilidad estatal[4].

1. Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, "En torno al fundamento de la responsabilidad del Estado", ED 99-937 y ss., en especial p. 938.

2. A partir de sus precedentes "Blanco" y "Pelletier", dicho organismo concibió pretorianamente la doctrina de la *faute de service*, que es uno de los pilares sobre los cuales se asentará luego la teoría de la responsabilidad del poder público, como veremos en el presente trabajo.

3. Como remarca Alejandro USLENGHI, esto se debió, por un lado, a que la irresponsabilidad de las personas jurídicas que fluía de una interpretación gramatical del anterior art. 43 del Código Civil era extendida también al Estado (regla excepcionada en los supuestos en que existieran leyes especiales que admitieran la responsabilidad estatal), y por otra parte a la dificultad de demandar al Gobierno Nacional ante la justicia federal, cuando aquel se comportaba como poder público, dado que –según la interpretación del Alto Tribunal– se requería para ello su expreso consentimiento (Cfr. "Lineamientos de la responsabilidad del Estado por actividad ilícita", en obra colectiva *Responsabilidad del Estado y del funcionario público –Jornadas organizadas por la Universidad Austral–,* Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2001, pp. 49-58, en especial pp. 51-53).

4. Tal evolución jurisprudencial ha sido abordada, entre otros, en los siguientes trabajos: CASSAGNE, Juan C., "Las grandes líneas de la evolución de la responsabilidad patrimonial del Estado en la jurisprudencia de la Corte", en obra colectiva *Responsabilidad del Estado y del funcionario público –Jornadas organizadas por la Universidad Austral–,* Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2001, pp. 29-47; USLENGHI, Alejandro, *op. cit.*, p. 50 y ss.).

La ausencia de normas que específicamente regularan la materia no ha impedido que se esbozaran teorías en el terreno doctrinario y jurisprudencial, que basaron el fundamento de la responsabilidad del Estado en principios de derecho público, fundamentalmente en los artículos 16 (igualdad ante las cargas públicas) y 17 (garantía de propiedad y la consiguiente reparación de todo sacrificio patrimonial impuesto por razones de interés público) de la Constitución Nacional[5]. Como ha expresado nuestra Corte Suprema, el fundamento del principio de que "nadie debe dañar a otro" encuentra quicio en las expresas previsiones de la Carta Magna[6].

La postura que mayor adhesión ha tenido en nuestra doctrina autoral es la del profesor Miguel S. MARIENHOFF, para quien el fundamento de la responsabilidad del Estado no es otro que el *"Estado de Derecho"* y sus postulados, que no reconocen poderes jurídicos absolutos e ilimitados a favor del Estado. Considera el reconocido jurista que esos principios (como los citados en el párrafo anterior) resultan de la Ley Fundamental, de las generosas expresiones de su Preámbulo y de ciertos principios capitales del derecho ("no dañar a otro", "dar a cada uno lo suyo", etc.) que también integran nuestro ordenamiento jurídico. Resume su posición con estas sabias palabras: "La responsabilidad estatal en el campo del derecho público, por sus actos o hechos dañosos es, pues, una consecuencia lógica del complejo de principios propio del *"Estado de Derecho"*. No es concebible un Estado de Derecho *"irresponsable"*. Lo contrario implicaría un contrasentido. "Estado de Derecho" y "responsabilidad" son, en este orden de ideas, conceptos correlativos"[7].

Tal sustento fundamental de la responsabilidad del Estado ha sido de todos modos complementado con la aplicación y exégesis de ciertas normas contenidas en el Código Civil (en particular, el art. 1112), a las cuales ha recurrido la Corte Suprema de Justicia de la Nación –a falta de ordenamientos de derecho público que regulen la cuestión– para justificar la procedencia de acciones indemnizatorias de los daños derivados de los "actos de imperio o autoridad", es decir, de la actuación estatal dentro del campo *iuspublicista*[8].

La trascendente reforma esbozada en el Proyecto de Código Civil y Comercial (en adelante, el "Proyecto") elaborado en base al Anteproyecto redactado por la Comisión Reformadora creada por el Decreto 191/2011 (con algunas modificaciones introducidas por el Poder Ejecutivo Nacional), que recientemente ha sido elevado como proyecto de ley al Congreso de la Nación, introduce cambios sustanciales precisamente en el régimen del citado cuerpo normativo que ha servido de base para el reconocimiento pretoriano de la responsabilidad estatal. Nos proponemos, entonces, analizar el contenido de las previsiones del Proyecto que regulan esta materia, a fin de comprender las dimensiones y derivaciones de la modificación propuesta.

2. Los cambios introducidos al régimen del Código Civil

El Proyecto prevé en la Sección 9ª del Capítulo I del Título V, los "Supuestos especiales de responsabilidad". Tras consagrar la responsabilidad de la persona jurídica en general[9], encontramos

5. Cfr. CASSAGNE, Juan C., "Las grandes líneas…", cit., p. 32.

6. Fallos 308:1160, refiriéndose concretamente a lo establecido en el art. 19 de la Ley Fundamental.

7. MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. IV, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008, pp. 724 y ss.

8. Una vez superado el dogma de la irresponsabilidad estatal, la Corte Suprema de Justicia de la Nación pasó a fundar la responsabilidad del Estado (nacional, provincial y municipal) en los arts. 1109 y 1113 del Código Civil (caso "Devoto", de 1933 –Fallos 169:11–). A partir de 1938, con el fallo "Ferrocarril Oeste" (Fallos 182:5), comenzó una etapa (que se extiende hasta nuestros días) en que el art. 1112 de ese mismo ordenamiento pasó a ser el sustento positivo fundamental en esta materia. En aquel caso, el Alto Tribunal lo correlacionó con lo dispuesto en el ya citado art. 1113. Pero a partir del precedente "Vadell" (Fallos 306:2030), de 1984, el art. 1112 pasó a ser el fundamento exclusivo de la responsabilidad aquiliana estatal, en base a la idea objetiva de la *falta de servicio* –por acción o por omisión–, cuando el Estado cumple defectuosa o irregularmente las funciones que le son propias. Cabe sin embargo destacar que dicha norma es aplicada por el Máximo Tribunal en forma subsidiaria a esta cuestión del derecho administrativo.

9. Art. 1763: *"La persona jurídica responde por los daños que causen quienes las dirigen o administran en ejercicio o con ocasión de sus funciones"*.

un par de escuetas disposiciones que se refieren específicamente a lo atinente a la responsabilidad del Estado y de los funcionarios y empleados públicos, estableciéndose básica y directamente que tanto una como la otra se regirán por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local, según corresponda[10]. Tal idea queda reforzada con la expresa veda de la aplicación directa o subsidiaria de las disposiciones contenidas en el citado Título V (que versa sobre "Otras fuentes de las obligaciones" y que regula, por ende, lo referido a la responsabilidad civil en general), a todo lo atinente a la responsabilidad estatal[11].

Es interesante remarcar que el texto de estos artículos es el que surge de las modificaciones introducidas al Anteproyecto original por el Poder Ejecutivo Nacional, que si bien ha hecho muy pocos cambios al extenso trabajo de la distinguida Comisión Reformadora, sí ha decidido alterar este capítulo. Y no se trata de reformas cosméticas, sino de cambios sustanciales al régimen de la responsabilidad estatal. Por de pronto, el trabajo original de la citada junta de juristas partía del principio inverso: el Código Civil puede regular la temática de la responsabilidad estatal; y de hecho así lo hacía detalladamente (incluyendo, por ejemplo, la regulación de un supuesto especial, como la responsabilidad por actividad lícita) en los tres artículos que luego fueron sustituidos por órgano ejecutivo[12].

Una segunda observación que corresponde efectuar respecto de las previsiones *sub examine*, es que las mismas hacen claro deslinde entre la responsabilidad del Estado en sí mismo (art. 1765) y la responsabilidad de los funcionarios y empleados públicos, por "*[l]os hechos y las omisiones […] en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas* (art. 1766).

Tal separación no es incorrecta, y de hecho toda la teoría de la responsabilidad estatal se asienta sobre la prístina división entre ambas esferas de responsabilidad. Mas sí llama la atención que para caracterizar a la responsabilidad de los funcionarios y empleados públicos se utilice exactamente la misma fórmula prevista en el actual art. 1112 del Código Civil[13], precepto que para buena parte de la doctrina[14] y de la jurisprudencia (incluso de la Corte Suprema de Justicia de la Nación[15]) es el fundamento normativo positivo de la responsabilidad de la persona jurídica estatal (y no de la res-

10. Art. 1764: *"Responsabilidad del Estado. La responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda"*.

Art. 1765: *"Responsabilidad del funcionario y del empleado público. Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda"*.

11. Art. 1766: *"Inaplicabilidad de normas. Las disposiciones de este Título no son aplicables a la responsabilidad del Estado ni de manera directa, ni subsidiaria"*.

12. A continuación, transcribimos la redacción original de estos artículos del Anteproyecto.

Art. 1764: *"Responsabilidad del Estado. El Estado responde, objetivamente, por los daños causados por el ejercicio irregular de sus funciones, sin que sea necesario identificar a su autor. Para tales fines se debe apreciar la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño"*. Según surge de los "Fundamentos" del Anteproyecto de Código Civil y Comercial, expuestos por la Comisión Reformadora, dicho texto fue tomado de la doctrina judicial que surge de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos 321:1124).

Art. 1765: *"Responsabilidad del funcionario y del empleado público. El funcionario y el empleado público son responsables por los daños causados a los particulares por acciones u omisiones que implican el ejercicio irregular de su cargo. Las responsabilidades del funcionario o empleado público y del Estado son concurrentes"*.

Art. 1766: *"Responsabilidad del Estado por actividad lícita. El Estado responde, objetivamente, por los daños derivados de sus actos lícitos que sacrifican intereses de los particulares con desigual reparto de las cargas públicas. La responsabilidad solo comprende el resarcimiento del daño emergente; pero, si es afectada la continuación de una actividad, incluye la compensación del valor de las inversiones no amortizadas, en cuanto hayan sido razonables para su giro"*.

13. Art. 1112: *"Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, son comprendidos en las disposiciones de este título"*. Dicho título es el Título 9 del Libro Segundo, en la Sección Segunda, del Código Civil, denominado *De las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delito.*

14. Entre otros, Juan C. CASSAGNE opina que el art. 1112 nada tiene que ver con la responsabilidad del agente público ("En torno…", cit., p. 941).

15. Ver nota 8.

ponsabilidad individual o personal de sus agentes[16]). Dicho de otro modo, parecería que el Proyecto estaría reivindicando y dando la razón, casi un siglo después, al padre del derecho administrativo en nuestro país, Rafael BIELSA, para quien el citado precepto consagra la responsabilidad personal de los funcionarios, y no la del Estado[17].

De todos modos, lo realmente gravitante es que a pesar del título de la Sección en que se encuentran insertas estas previsiones, en rigor ya no se está buscando regular a la responsabilidad del Estado como si fuera una "responsabilidad especial" del derecho civil, tal como era abordada en el Proyecto de unificación de los Códigos Civil y Comercial de 1998, precisamente a fin de mantener la pretendida unidad del derecho de daños[18]. Por el contrario, se está pretendiendo excluir del ámbito del Código Civil y Comercial a la responsabilidad estatal, pretendiéndose que esta pase a estar exclusivamente gobernada por las normas sustantivas de derecho público nacional o local que regulen la cuestión, en la respectiva órbita.

En consecuencia, de sancionarse el Proyecto la responsabilidad estatal ya no se encontrará consagrada –como hasta ahora– en forma general en el Código Civil, por cuanto aquel documento no contiene una disposición similar o asimilable al mencionado artículo 1112, que quedará derogado. Por el contrario, las normas *sub examine* remiten directamente a lo que al respecto establezca la normativa nacional o local (según corresponda) dictada o que en el futuro se dicte; más aún, establecen

16. Actualmente, los empleados o funcionarios públicos eventualmente pueden llegar a responder frente al damnificado, no en base al artículo 1112 del Código Civil sino por su "falta personal" (regulada en el artículo 1109 del citado ordenamiento), que existe solamente cuando los hechos reprochados a tales agentes se aparten de lo que puede considerarse atinente al servicio, incluso en su funcionamiento defectuoso (Cfr. CASSAGNE, *Derecho Administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, t. I, p. 312). Como precisa Eduardo MERTEHIKIAN, para que proceda la responsabilidad del Estado por la doctrina de la falta de servicio (art. 1112 del Cód. Civ.), es suficiente con establecer que los daños han sido provocados por la actuación de un órgano del Estado en ejercicio real o aparente de la competencia conferida por el ordenamiento jurídico, en el sentido de que es necesario que dicho daño hubiese sido provocado por la persona del agente o funcionario (órgano persona) actuando en el ámbito del vínculo que se establece con la función asignada (órgano institución), con independencia de la esfera subjetiva de su autor. "En todo lo que excediese de ese ámbito, la responsabilidad recaerá, exclusivamente, en cabeza del funcionario y no en la organización de la que forma parte" ("Apuntes sobre la *falta de servicio* como fundamento de la responsabilidad del Estado – Administración en el derecho argentino", en la obra conjunta *La primacía de la persona - Estudios en Homenaje al Profesor Eduardo Soto*, Legal Publishing, Santiago de Chile, 2009, pp. 951-959).

17. Cfr. "Responsabilidad del Estado como poder administrador", JA, t. 43, p. 417. Su opinión ha venido siendo seguida hasta nuestros días por numerosos autores de prestigio, tanto en el campo del derecho civil (Cfr. LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1980, T. IV-B, p. 113 y ss. y *Código Civil Anotado*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1979, T. II-B, comentario al Art. 1112, p. 449; BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil Argentino. Obligaciones*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1976, T. II, p. 486 y ss.; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y acordado*; dirigido por Augusto C. Belluscio, coordinado por Eduardo A. Zannoni, comentario al Art. 1112, Astrea, Buenos Aires, 1984, T. 5, pp. 403-421; GUSTAVINO, Elías P., "Responsabilidad del funcionario y de la Administración", ED 116-398; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, Astrea, Buenos Aires, 1993, p. 472 y ss.; CAZEAUX, Pedro N. y Trigo Represas, Félix A., *Derecho de las Obligaciones*, Platense, La Plata, 1996, T. V, p. 736 y ss.; COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., *Manual de obligaciones*, Astrea, 1997, p. 652; entre otros.) como del derecho administrativo (Cfr. VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho Administrativo*, T.E.A., Buenos Aires, 1951, t. III, pp. 543 y ss.; MARIENHOFF, op. cit., 1974, t. III-B. pp. 381 y ss.; DIEZ, Manuel M., *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1971, t. V, p. 122 y ss.; FIORINI, Bartolomé A., Derecho administrativo, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1976, t. I, p. 872 y ss.; y VÁZQUEZ, Adolfo R., *Responsabilidad aquiliana del Estado y sus funcionarios*, Buenos Aires, Ábaco, 1990, p. 324 y ss.). Por su parte, y más cercano en el tiempo, Agustín GORDILLO señala que por más que se utilice el art. 1112 para responsabilizar indirectamente al Estado, no dejará esa norma "de seguir teniendo su significación propia e indiscutible de responsabilidad de los funcionarios públicos" (*Tratado de derecho administrativo*, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1998, t. II., p. XVI-30).

18. El artículo 1675 de aquella proyectada reforma establecía lo siguiente: "*Con los alcances del artículo anterior* [que afirmaba que las personas jurídicas responden por los hechos de quienes las dirigen o administran, realizados en ejercicio o con ocasión de sus funciones], *el Estado responde de los daños causados por el ejercicio irregular de la actividad de sus funcionarios y empleados, mediante acciones u omisiones, sin que sea necesario identificar al autor"*. Dicho texto evocaba evidentemente la regla del art. 1112 del Código Civil y la doctrina de la falta de servicio, a la luz del desarrollo jurisprudencial de la Corte Suprema hasta ese entonces (cfr. USLENGHI, Alejandro, op. cit., pp. 57-58).

expresamente la inaplicabilidad a la responsabilidad estatal de las disposiciones del Código Civil y Comercial que regulan responsabilidad patrimonial en general.

Por un lado, el Proyecto hace lugar a un viejo reclamo de gran parte de nuestra doctrina científica, que reivindica para las provincias la competencia para regular la cuestión atinente a la responsabilidad extracontractual del Estado[19]. Para tal sector, que se enrola mayoritariamente en la consideración del artículo 1112 del Código Civil como una norma de derecho público[20], y –por tanto– razonablemente debería considerar que es una previsión disponible por las provincias dado que podrían legislar esta materia de manera diferente a la regulada en aquel precepto[21], no debería causar alarma una reforma como la que motiva el presente comentario, que directamente elimina de la faz jurídica la regla consagrada en aquel precepto.

También podría suponerse que se está siguiendo el camino trazado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en su actual integración) en el fallo "Barreto"[22], en el cual se estableció –ante una demanda fundada en el art. 1112 del Código Civil– que para dirimir la responsabilidad del Estado (en ese caso, una provincia) por su actuación en el ámbito del derecho público, corresponde examinar esta última materia cuya regulación corresponde al campo del derecho administrativo y es de resorte exclusivo, por ende, de los gobiernos locales (arts. 121 y ccds., Const. Nac.), y que, además, encuentra su fundamento en principios extraños a los propios del derecho privado[23]. Sin embargo,

19. Por todos estos autores, cabe citar estas palabras de Miguel S. MARIENHOFF: "Todo lo atinente a la responsabilidad extracontractual del Estado, cuando este haya desarrollado o ejercido su específica calidad de Estado, o sea cuando este haya actuado en la esfera del derecho público, constituye un poder no delegado por las provincias al Gobierno Federal, pues integra el *derecho administrativo*, que es un derecho local, y a cuyo respecto las provincias conservan sus poderes de legislación". También sostuvo, sin embargo, que en el caso de que la respectiva provincia no hubiere sancionado un texto estableciendo alguna cuestión atinente a dicha materia, podrá "recurrirse a la aplicación *subsidiaria* de los preceptos del Código Civil. Mas si la provincia hubiere sancionado dicho texto, deberá aplicarse este y no otro" (*Op. cit.*, t. IV, p. 852).

20. Entre otros autores, Juan C. CASSAGNE sostiene que tal disposición, no obstante su ubicación en el Código Civil, configura una norma de derecho público que recoge la noción francesa de la "falta de servicio" como factor objetivo de atribución de responsabilidad estatal (Cfr. *Derecho Administrativo*, cit., t. I, p. 285.). En nuestra opinión, el art. 1112 del Código Civil es una previsión de derecho público, de carácter federal (no obstante su ubicación en un Código de derecho común), que desarrolla normativamente el instituto general del derecho de la responsabilidad de la persona jurídica en lo que respecta al Estado Nacional y sus reparticiones públicas y a su actuación en el campo de la función pública. Así, se trata de un precepto que regula en forma "directa" y específica la responsabilidad de las personas jurídicas estatales nacionales, y al cual se puede eventualmente recurrir –a falta de regulación local en esta materia– en forma "analógica" para resolver los casos de responsabilidad extracontractual de las provincias y los municipios, por su actuación en el campo del derecho público (puesto que su actuaciones en el ámbito contractual o, en el general, en relaciones jurídicas regidas por el derecho privado, se rige en forma directa por las previsiones contenidas en los Códigos Civil y Comercial).

21. Cfr. MERTEHIKIAN, Eduardo, *La responsabilidad pública*, Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2001, p. 99.

22. Fallos 329:759. La doctrina judicial sentada en dicha causa ha sido reiterada por el Alto Tribunal en ulteriores pronunciamientos en los que se atribuía responsabilidad extracontractual al Estado local por diversas razones, tales como los daños y perjuicios causados por el ejercicio de funciones administrativas ("Krinsky, Dina Ruth c. Río Negro, Provincia de s/daños y perjuicios", Fallos 329:1311), por el ejercicio del poder de policía de seguridad ("Aguilar, Patricia Marcela c. Rey, Héctor y otra -Provincia de Buenos Aires- s/daños y perjuicios", 30/05/2006), de salud ("Ledesma, Luis c. Santiago del Estero, Provincia de s/daños y perjuicios", 11/7/2006 –LLLitoral, 2005-581–) y ambiental ("Mendoza, Beatriz Silvia y otros c. Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios [daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo]", 20/06/2006 –LA LEY, 2006-D, 88–); por los servicios penitenciarios locales ("Blackie, Paula Yanina y otros c. Córdoba, Provincia de s/daños y perjuicios", 8/08/2006 –La Ley Online–), entre otros.

23. Considerando 10, con cita de MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, segunda edición actualizada, t. IV, nros. 1527, 1601, 1625, 1648, 1686, 1687 y 1688; FIORINI, Bartolomé A., *Manual de Derecho Administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 1968, Primera Parte, Capítulo IV, pp. 82, 83, Segunda Parte, Capítulo I, pp. 1103, 1112, 1113, 1131; FORSTHOFF, Ernst, *Tratado de Derecho Administrativo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, pp. 427. Esta idea fue completada en un fallo posterior de la Corte Suprema, dictado en la causa "Securfin c/Santa Fe" (Fallos 330:3447), en el que se estableció que para examinar la responsabilidad de la provincia demandada por los daños generados por errores cometidos por su Registro de la Propiedad Inmueble, debía estudiarse el régimen jurídico administrativo local que determina la organización, funcionamiento y sedes territoriales de registros de la propiedad, el procedimiento de registración y el trámite correspondiente a las impugnaciones o recursos que se deduzcan contra las resoluciones de sus autoridades (leyes 4484, 6435 y su reglamentación, entre otras); cuestiones –todas ellas– cuya regulación, según el Máximo Tribunal, pertenece al campo del derecho administrativo local.

en este precedente se partió, como fundamento positivo de la pretensión resarcitoria derivada de la responsabilidad estatal, del art. 1112 del Código Civil (que en el Proyecto desaparece). Y el reenvío que allí se hizo al ámbito del derecho público local era con relación a la regulación de la función administrativa cuyo ejercicio defectuoso generó un daño, y no respecto del régimen de responsabilidad derivado de ese accionar lesivo.

En rigor, pensamos que la postura que realmente se ha recogido en el Proyecto es la de la profesora Graciela REIRIZ, quien desde hace algunas décadas viene advirtiendo que el Congreso Nacional carece de competencia delegada por las provincias para regular cuestiones de derecho administrativo (como la responsabilidad estatal), que es local; y que si bien puede regular la responsabilidad del Estado Nacional, metodológicamente no resulta acertado que normas federales, sobre esta cuestión, aparezcan mezcladas en un *corpus* de derecho común[24]. Cabe destacar que esta línea de pensamiento fue seguida por otros autores, que también han reconocido y propiciado que las legislaturas provinciales y el Congreso Nacional sancionen leyes, cada uno en su órbita, sobre la cuestión bajo examen[25].

3. Nuestra opinión sobre la reforma proyectada

Debemos empezar diciendo que el Proyecto parte de un presupuesto correcto: la responsabilidad estatal es un capítulo perteneciente al ámbito del derecho público de carácter sustantivo[26]; como tal debe ser regulado por la Nación y las provincias, mediante leyes federales y de derecho público local, en sus respectivas esferas. Tales regulaciones no hacen más que desarrollar normativamente el instituto general del derecho[27] de la responsabilidad de las personas jurídicas[28], recogido en el Código Civil (por una razón histórica, y no por una necesidad jurídica[29]) y que también contempla

24. *Op. cit.*, p. 226. En igual sentido, CNACAF, Sala IV, "Amiano", *cit.*, voto del Dr. Alejandro Uslenghi.

25. Cfr. GAMBIER, Beltrán y PERRINO, Pablo, "Pueden las provincias dictar leyes en materia de responsabilidad del Estado", JA 1996-IV, pp. 793 y ss., en especial, p. 793; y PERRINO, Pablo, "Los factores de atribución de la responsabilidad del Estado por su actividad ilícita", en obra colectiva *Responsabilidad del Estado y del funcionario público –Jornadas organizadas por la Universidad Austral–,* Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2001, pp. 59-75, en especial p. 69.

26. Cfr. MARIENHOFF, Miguel S., op. cit., t. IV, p. 762.

27. El "instituto general del derecho" es una categoría a la que ha recurrido el Máximo Tribunal en la causa "Filcrosa" (Fallos 326:3899, consid. 6°), y a la que –a falta de su definición pretoriana en el citado precedente– en un trabajo anterior nos hemos atrevido a caracterizar como aquella que reúne a las "…figuras jurídicas fundamentales, que se encuentran presentes tanto en el derecho público como en el privado, ya sea porque constituyen una derivación directa de principios o derechos fundamentales reconocidos por la Constitución Nacional, o bien porque son enunciados inmediatos de la lógica jurídica más elemental. Desde esta óptica, el listado de institutos generales del derecho no podría dejar de contener a los "principios generales del derecho" ni a aquellas teorías fundamentales que, aun sin reconocimiento legal expreso, han venido siendo reconocidas y aplicadas por el derecho judicial" (CARSOGLIO, Lucila y PIAGGIO, Lucas, "Prescripción en materia tributaria local: un debate no cerrado por el fallo "Filcrosa", Jurisprudencia Argentina, 2008-I, Fascículo 6, 6/2/08, pp. 24 y ss., especialmente p. 31).

28. El principio general de la responsabilidad de las personas jurídicas por los daños ocasionados por sus directivos, administrativos, dependientes y las cosas de su propiedad, constituye –a nuestro modo de ver– un "instituto general del derecho", puesto que hace a la lógica jurídica más básica que, por imperio del principio troncal del derecho *"alterum non laedere"* (regla ha sido consagrada como garantía constitucional en el art. 19 de la Const. Nac.; cfr. Fallos 308:1160), esto deba ser así (cfr. CIFUENTES, Santos, *Elementos de derecho civil. Parte general*, Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 233), por más que en algún momento nuestro ordenamiento jurídico positivo (art. 43 del Cód. Civ., antes de la Ley 17.711) haya consagrado la regla contraria, felizmente alterada en la reforma de 1968.

29. En nuestro país la codificación del derecho común precedió a la sanción de leyes de derecho público; de ahí que los principios generales del derecho y, en general, los institutos jurídicos generales (comunes al derecho público y al privado) hayan sido originariamente receptados en los Códigos sancionados por el Congreso Federal en ejercicio de la atribución contenida en el art. 75, inc. 12, de la Ley Fundamental. En consecuencia, carecía de sentido que las legislaciones *iuspublicistas* que se fueron sancionando con posterioridad contuvieran una descripción general de los institutos jurídicos generales (como la responsabilidad patrimonial de las personas jurídicas) cuando ella ya emerge del Código Civil (cfr. CARSOGLIO, Lucila y PIAGGIO, Lucas, op. cit., p. 30, con cita de CASSAGNE, Juan C., "El contrato administrativo", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, p. 72).

el Proyecto; en este caso, se trata de personas jurídicas públicas y de su actuación en el campo del derecho público, de la cual se pueden derivar daños que deben ser resarcidos de conformidad con las leyes federales y provinciales que se dicten desarrollando aquel instituto jurídico general.

También en el referido código hallamos una regulación detallada del instituto general de la responsabilidad de las personas jurídicas. Sin embargo, esa normativa únicamente les cabe –al menos en forma directa– a las personas jurídicas privadas o, más precisamente, a las personas jurídicas que actúen en el ámbito del derecho privado[30]. En cambio, la regulación de la responsabilidad de las personas jurídicas estatales por su accionar en el ámbito del derecho público es del resorte de cada jurisdicción, nacional y local (en sus respectivas órbitas), pues forma parte de su derecho público.

En suma, el principio fundamental establecido en el Código Civil como instituto general de derecho, es que las personas jurídicas deben responder por los daños ocasionados por quienes la dirijan o administren, o bien por sus dependientes o las cosas de su propiedad. Esta máxima se violentaría o desvirtuaría si alguna provincia dispusiera la irresponsabilidad de las personas jurídicas públicas. Superado este obstáculo –que debe ser respetado por las regulaciones de derecho tanto privado como público–, nada obsta a que las provincias desarrollen normativamente el instituto de la responsabilidad estatal (v. gr. regulando los presupuestos para que se configure, el alcance del resarcimiento, etc.), a nivel local[31].

Sin perjuicio de lo expuesto hasta aquí, debemos preguntarnos ahora si nuestro ordenamiento jurídico está actualmente preparado para asimilar una reforma de semejante envergadura. En otras palabras, el interrogante es el siguiente: ¿las regulaciones nacionales o provinciales vigentes y aplicables en materias de responsabilidad estatal, a las que el Proyecto nos encomienda, alcanzan a suplir o compensar la futura ausencia de una previsión omnicomprensiva de la responsabilidad extracontractual estatal (nacional, provincial y municipal) en el ámbito del derecho público, como es –según la jurisprudencia de la Corte Federal– la contenida en el actual artículo 1112 del Código Civil (que desaparecerá en forma inmediata de aprobarse el citado Proyecto)?

A poco que se estudie el tema, se advierte que tanto en uno como en otro orden no existe una ley que regule de manera orgánica esta temática[32]; al menos no con los alcances generales que se desprenden de la noción de *falta de servicio*, receptada en la citada norma del Código de Vélez Sarsfield como presupuesto para la configuración de la responsabilidad directa y objetiva del Estado.

A nivel nacional, la responsabilidad patrimonial estatal está regulada en normas federales aisladas y especiales[33], que no cubren en forma genérica el fenómeno de la responsabilidad extracontractual derivado de la actuación ilícita del Estado Nacional. Desde hace tiempo se viene reclamando una regulación orgánica de esta materia por parte del legislador nacional (que tendría el carácter de derecho federal[34]), a fin de despejar las dificultades existentes al momento de determinar la configu-

30. Esta aclaración encuentra explicación en que las personas jurídicas estatales pueden también actuar en el ámbito del derecho privado. Y la responsabilidad derivada de la actuación estatal en tal esfera (v. gr. gestión de bienes del dominio privado del Estado o los actos de comercio de bancos públicos), siempre se ha comprendido gobernada directamente por el derecho civil o comercial (legislación emanada del Congreso Nacional en ejercicio de la competencia asignada en el art. 75, inc. 12, de la Const. Nac.), siendo una situación extraña al derecho administrativo (Cfr. MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. IV, pp. 761-762; CASSAGNE, Juan Carlos, "En torno…", *cit.*, pp. 937 y 939; GAMBIER, Beltrán y PERRINO, Pablo, *op. cit.*, p. 794; PERRINO, Pablo, *op. cit.*, p. 69).

31. Ya hemos expuesto esta idea en un trabajo anterior: CARSOGLIO, Lucila y PIAGGIO, Lucas, *op. cit.*, p. 35.

32. Cfr. GAMBIER, Beltrán y PERRINO, Pablo, *op. cit.*, p. 798.

33. Cfr. PERRINO, Pablo, *op. cit.*, p. 68. Tal autor ofrece, entre otros ejemplos de normas federales, los de la Ley 19.501, modificada por la Ley 22.511, que establece el régimen resarcitorio para el personal de las Fuerzas Armadas; la Ley 21.499, regulatoria del instituto de la expropiación por causa de utilidad pública; la Ley 24.403, que establece un resarcimiento para las personas privadas de su libertad durante la vigencia del estado de sitio impuesto por el último gobierno militar; etc.

34. El derecho federal se define en buena medida por exclusión, dado que está conformado por todas aquellas normas nacionales emanadas de las autoridades de la Nación, que no son leyes de derecho común (art. 75, inc. 12, Const. Nac.) ni de carácter local, sancionadas para la Capital Federal, los territorios nacionales y aquellos lugares que están sujetos a la jurisdicción nacional (art. 75, incs. 15 y 30, Const. Nac.).

ración de los presupuestos que permiten tener por acreditada la responsabilidad estatal y el alcance de la indemnización[35]. Pero poco –y nada– se ha avanzado en ese sentido.

En el plano provincial el panorama no es menos muy distinto, dado que si bien son numerosas las normas de derecho público local de jerarquía constitucional[36] e infraconstitucional[37] que regulan diversos aspectos de la responsabilidad estatal, no dejan de ser regulaciones parciales que no alcanzan a abrazar en su totalidad el instituto jurídico que nos convoca.

Por cierto, en ausencia de normas específicas de derecho administrativo que regulen tal cuestión, siempre debería quedar expedita la aplicación de otros preceptos del Código Civil y de la legislación civil en general[38]. Ahora bien, dos problemas se plantearían en este escenario. En primer lugar, ya hemos visto que el art. 1764 del Proyecto veda expresamente la aplicación "directa" o "subsidiaria" de las disposiciones contenidas en el Título que regula la responsabilidad en general, a todo lo atinente a la responsabilidad estatal[39]. Por otro lado, y suponiendo que todavía subsista como último recurso la vía de la "analogía"[40], el ordenamiento civil, aun forzando la adaptación a las peculiaridades del derecho público que habilita el método analógico, poca ayuda podrá ofrecer en materia de responsabilidad estatal sin un precepto del tenor del art. 1112.

Con relación a esto último, es dable afirmar que recaer en la responsabilidad indirecta y subjetiva de los artículos 1109 y 1113 del Código Civil, cuyas reglas y principios se mantienen en el Proyecto *sub examine*[41], trae aparejado, entre otros inconvenientes, la necesidad de forzar la figura

35. Cfr. GAMBIER, Beltrán y PERRINO, Pablo, *op. cit.*, p. 799.

36. Contemplan en genérica el deber estatal de reparar las constituciones provinciales de Misiones (art. 80), Santa Fe (art. 18), Catamarca (arts. 47 y 48), San Juan (art. 43), Salta (art. 5°), Jujuy (art. 10), Córdoba (art. 14), La Rioja (art. 48), Chaco (art. 72), Río Negro (art. 55), Formosa (art. 25) y Tierra del Fuego (art. 188). Por su parte, encontramos disposiciones sobre responsabilidad por error judicial las cartas magnas de Córdoba (art. 42, párrafo 2°), Chaco (art. 24), Chubut (art. 28), Formosa (art. 22), Jujuy (art. 29, inc. 11), La Pampa (art. 11), Misiones (art. 27), Neuquén (art. 40), Río Negro (art. 19), Salta (art. 5°), Santa Cruz (art. 29), Santa Fe (art. 9°, párrafo 6°) y Tierra del Fuego (art. 40).

37. Del estudio efectuado por Pablo PERRINO, surgen los siguientes ejemplos de normas de la provincia de Buenos Aires regulatorias de ciertos aspectos de la responsabilidad estatal: A- Leyes sobre contrataciones administrativas: a) Ley 6.021 (t.o. 1996) de Obras Públicas, arts. 62, 64 inciso b; b) Ley 9.254, Concesión de obras públicas provinciales, (art. 9, incs. a y c) y Ley 9.645, Concesión de obras públicas municipales (art. 11, incs. a y b; y c) Decreto 3.300/72, Reglamento de contrataciones (art. 71). B- Empleo público: a) Ley 11.757, Estatuto del empleado municipal (art. 9, inc. b.2, último párrafo, y 24); b) Ley 11.758, Sistema provincial de la profesión administrativa (art. 30); y c) Decreto-Ley 9.550 (t.o. 1995), del personal de la policía bonaerense (art. 116, inc. e). C- Leyes sobre limitaciones administrativas a la propiedad: a) Ley 5.708 (t.o. 1986), que regula la ocupación temporánea y expropiación por causa de utilidad pública (arts. 8-16); y b) Ley 8.398 de servidumbre administrativa de electroducto (arts. 11 y 12). D- Normas legislativas sobre responsabilidad estatal por error judicial: a) Ley 8.132; y b) art. 477 del Código Procesal Penal (Op. cit., p. 69, nota 60). También puede citarse el ejemplo de la Ley 7658 de la provincia de Santa Fe.

38. Cfr. GAMBIER, Beltrán y PERRINO, Pablo, *op. cit.*, p. 795.

39. Esta prohibición es diametralmente opuesta a la doctrina judicial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en esta materia, plasmada en el leading case "Barreto" (con cita de FIORINI, Bartolomé, *Manual de Derecho Administrativo,* La Ley, Buenos Aires, 1968, primera parte, p. 92 y ss.; y de Fallos: 187:436; 306:2030; 307:1942; 312:1297; 314:620; 315:1231): "Tampoco obsta a lo expuesto la circunstancia de que, ante la ausencia de normas propias del derecho público local se apliquen subsidiariamente disposiciones de derecho común, toda vez que ellas pasan a integrarse en el plexo de principios de derecho administrativo en el que, prima facie, se encuadra el presente caso…" (consid. 12).

40. En el art. 2° del Anteproyecto se hace referencia al recurso de las leyes análogas como criterio de interpretación normativa (*"La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento"*).

41. El art. 1753 del Anteproyecto sería el equivalente del 1113 del Código actual. Establece: *"Responsabilidad del principal por el hecho del dependiente. El principal responde objetivamente por los daños que causen los que están bajo su dependencia, o las personas de las cuales se sirve para el cumplimiento de sus obligaciones, cuando el hecho dañoso acaece en ejercicio o con ocasión de las funciones encomendadas…"*. Por su parte, a pesar de la inexistencia en el Anteproyecto de una previsión igual a la del art. 1109 del Código Civil, puede decirse que se mantiene la culpa como principal factor de atribución de la responsabilidad civil, en ciertas previsiones (v. gr. Art. 1721: *"Factores de atribución. La atribución de un daño al responsable puede basarse en factores objetivos o subjetivos. En ausencia de normativa, el factor de atribución es la culpa"; y Art. 1724: "Factores subjetivos. Son factores subjetivos de atribución la culpa y el dolo. La culpa consiste en la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación*

del *dominus* o patrón (cuando en rigor los funcionarios y agentes públicos son órganos que expresan directamente la voluntad estatal[42]) y de tener que individualizar al autor del daño y demostrar su obrar culpable o doloso, para solo así responsabilizar indirectamente al Estado. No es lo mismo fundar la responsabilidad directa del Estado en base una noción objetiva como la "falta de servicio"[43], que atribuirle una responsabilidad indirecta y de naturaleza subjetiva, lo cual obligará a la víctima de los daños causados por la estructura estatal a acreditar la culpa o dolo el agente interviniente[44], quien deberá ser previamente identificado para que responda la persona jurídica estatal de la que supuestamente depende[45].

Ciertamente, quedará como remedio *in extremis* la doctrina que surge de los actuales artículos 625 y 630[46] del Código Civil, que son aplicables a la conducta estatal y se conectan en cierto modo con la idea de la falta de servicio[47], y que también perdurarían en el nuevo Código unificado[48]. Sin embargo, tampoco parece suficiente tal doctrina si no se la vincula y complementa precisamente con un precepto que consagre expresamente la responsabilidad directa y objetiva del Estado.

4. Reflexiones finales

Si bien estamos ante una reforma que en esta materia va en la dirección adecuada, al reconocer implícitamente el Proyecto el carácter de derecho público de la regulación sustantiva de la responsabilidad extracontractual del Estado por su actuación en ese campo del derecho, no podemos dejar de advertir y lamentar que a nivel federal y provincial el ordenamiento jurídico no está actualmente lo suficientemente desarrollado como para servir de sustento jurídico para las diversas situaciones que pueden presentarse en la temática bajo examen. Y este escenario se agrava al establecer el Proyecto la inaplicabilidad de las normas del Código Civil y Comercial que regularán el régimen de la responsabilidad patrimonial.

---

y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión. El dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos").

42. Como bien dice la Corte Suprema *in re* "Vadell" (citado en nota 8), "…no se trata de una responsabilidad indirecta la que en el caso se compromete, toda vez que la actividad de los órganos o funcionarios del Estado realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen, ha de ser considerada propia de estas, que deben responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas" (consid. 6°).

43. La doctrina de la *faute de service* hace hincapié en el dato objetivo del incumplimiento o cumplimiento irregular o defectuoso del servicio (entendido en sentido amplio, como sistema o función administrativa) o de una obligación legal del Estado. Cabe destacar que cierto sector de la doctrina sostiene que la noción de falta de servicio entraña un factor de atribución que no deja de tener naturaleza subjetiva, aunque de distinta naturaleza que la culpa o dolo del derecho civil, porque no es necesaria la identificación del autor material del daño, sino que es el servicio en su totalidad el que, funcionando irregularmente, produce el daño (Cfr. REIRIZ, María Graciela, "Responsabilidad del Estado", en la obra colectiva *El Derecho Administrativo Argentino, hoy*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1996, pp. 220-229, en especial p. 226).

44. Cfr. MERTEHIKIAN, Eduardo, *La responsabilidad…, cit.*, p. 73.

45. Es interesante remarcar que de los propios "Fundamentos" del Anteproyecto de Código Civil y Comercial, expuestos por la Comisión Reformadora, surge que el Estado debe responder por los daños causados por el ejercicio irregular de sus funciones, "sin que sea necesario identificar a su autor", pues "no se trata de un juicio sobre la conducta de los agentes sino sobre la prestación del servicio y, por ello, la responsabilidad involucrada no es subjetiva, sino objetiva". Recordemos, sin embargo, que el texto original de los artículos de dicho Anteproyecto referidos a la responsabilidad estatal han sido sustituidos por el Poder Ejecutivo.

46. Como señala la Corte Suprema en "Ferrocarril Oeste", la doctrina que surge de estos dos artículos es que quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para que ha sido establecido, siendo responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su irregular ejecución (5° párrafo de los considerandos).

47. Cfr. MERTEHIKIAN, Eduardo, *La responsabilidad…,* cit., p. 67.

48. A grandes rasgos, puede decirse que los arts. 775 a 777 del Anteproyecto consagran una doctrina similar a la que emana de los actuales arts. 625 y 630.

No se nos escapa que lo verdaderamente importante en esta cuestión, habida cuenta de su fundamento constitucional y en principios generales de derecho público, no es si la responsabilidad del Estado se sustenta o no en un precepto positivo del Código Civil[49]. Lo que en definitiva trasciende a cualquier disquisición normativa es que este instituto está en la raíz de nuestro Estado de Derecho, y se encuentra apoyado en derechos y garantías que nuestra Constitución Nacional reconoce y en principios jurídicos capitales.

Con todo, en términos de seguridad jurídica siempre es preferible que el ordenamiento infraconstitucional esté orgánicamente preparado para receptar y dar respuesta adecuada a un instituto tan importante como el de la responsabilidad del Estado. Quedarnos sin el debido sustento legal en esta materia, al menos hasta que a nivel nacional y provincial se la desarrolle y complete reglamentariamente, representa un retroceso normativo que –por lo menos durante esa transición– nos retrotrae, quizás, a etapas iniciales de la evolución jurisprudencial, perdiendo buena parte del terreno ganado desde la superación del dogma de la irresponsabilidad estatal. O nos deja en un escenario aún peor, dado que en aquel momento había, al menos, elementos normativos positivos inmediatamente disponibles –vía directa, analógica o subsidiaria– para avanzar rápidamente en el reconocimiento de la responsabilidad del Estado, que es lo que finalmente terminó ocurriendo.

En suma, de cara al inminente tratamiento parlamentario del Proyecto, sería prudente que más allá del reenvío a la legislación nacional y provincial en materia de responsabilidad del Estado, se mantenga una previsión como la del actual art. 1112 del Código Civil, dado que por más que sea una norma nacional y –a nuestro criterio– de carácter federal (que quedaría inserta en un código de derecho común)[50], siempre es preferible tener consagrada la responsabilidad estatal en una previsión normativa positiva que contemple la generalidad de los supuestos que puede abarcar la actuación ilegítima del Estado. Paralelamente, y vinculado con lo anterior, debería eliminarse la prohibición de la aplicación directa o subsidiaria de las normas del Código Civil, para que pueda acudirse eventualmente a la noción de la *falta de servicio* receptada en aquella previsión, ante la eventual ausencia de regulación federal o provincial de alguna situación de responsabilidad extracontractual del Estado por su actuación en el campo del derecho público. De todos modos, y a todo evento, siempre se podría recurrir a aquel precepto por la vía de la analogía[51].

A partir de allí, bienvenido sea todo desarrollo normativo que las provincias y la propia Nación lleven a cabo para regular todos los supuestos generales y especiales de responsabilidad estatal (incluyendo la responsabilidad por omisión, actividad lícita, actividad judicial, etc.) en sus respectivas órbitas. En tal sentido, el futuro Código Civil y Comercial, al estar sustentado en una sana lectura constitucional de nuestro régimen federal, será una plausible invitación a que aquellas avancen regulatoriamente en esta materia.

49. Cfr. CASSAGNE, Juan C., "Las grandes líneas…", *cit.*, p. 35. Según este autor, lo realmente importante son dos cosas: a) reconocer que se trata de una responsabilidad directa fundada en principios de Derecho Público (artículos 16 y 17 de la Const. Nac.); y b) aceptar que la culpa se excluye como factor de atribución sustituyéndolo por la figura de la falta de servicio originada en su funcionamiento irregular o defectuoso.

50. Ver nota 20.

51. Como sostiene la profesora Graciela REIRIZ, frente a un "caso administrativo no previsto" existe la posibilidad de recurrir, en primer lugar, a la aplicación analógica de normas administrativas, principios generales del derecho administrativo o principios generales del derecho. Puede ocurrir, así, que la norma a aplicar no esté estrictamente en la ley que rija específicamente la materia a resolver, sino en otras normas del derecho administrativo (cfr. *op. cit.*, p. 221). En el mismo sentido, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que si correspondiera recurrir el método de la analogía por ausencia de normas derecho público que regulen específicamente el caso a resolver, la búsqueda debería desembocar primeramente en normas del derecho público, y no en el derecho privado (CSJN, "Motor Once S. A. c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", 9/9/89, Fallos 312:649; punto IV del dictamen de la procuradora fiscal, al cual adhirió el Tribunal; y "El Jacarandá S. A. c/Estado Nacional", 28/7/05, Fallos 328:2654, considerandos 10 y 11 del voto de la Dra. Highton de Nolasco). Pues bien, siendo el actual art. 1112 del Código Civil una norma de derecho público (aunque de carácter federal), sería aplicable analógicamente a casos de responsabilidad provincial y municipal regidos por el derecho público local, cuando no haya una norma expresa que responsabilice a la persona jurídica provincial o municipal por su actuación ilegítima en ese ámbito.

TÍTULOS VALORES

Pablo E. Czornenki

Procederemos a realizar un breve análisis de la normativa proyectada en el capítulo 6 del Proyecto de reforma del código civil y comercial. El mismo consta de cuatro secciones. La sección primera trata las disposiciones generales (arts 1815 a 1819), la sección segunda, trata los títulos valores cartulares (arts 1830 a 1836) y contiene cuatro parágrafos. El primero establece en su art 1837 el concepto de título valor al portador, el segundo regula los títulos valores a la orden (arts 1838 a 1846), el tercero define el concepto de título valor nominativo endosable y establece su régimen legal aplicable, remitiéndose a las disposiciones de los títulos valores a la orden (arts 1847 y 1848). Por último, el cuarto parágrafo define el concepto de título valor nominativo no endosable (art 1849). La sección tercera trata los títulos valores no cartulares (arts 1850 y 1851) en tanto que la sección cuarta regula el deterioro, sustracción, pérdida y destrucción de los títulos valores o de sus registros. La misma contiene tres parágrafos. El primero establece normas comunes (arts 1852 a 1854) en tanto que el segundo establece normas aplicables a los títulos valores en serie (arts 1855 a 1870). Finalmente, el tercer parágrafo establece normas aplicables a los títulos valores individuales (arts 1871 a 1881).

El artículo 1815 esboza un concepto de título valor: **"**Los títulos valores incorporan una obligación incondicional e irrevocable de una prestación y otorgan a cada titular un derecho autónomo, sujeto a lo previsto en el artículo 1816. Cuando en este Código se hace mención a bienes o cosas muebles registrables, no se comprenden los títulos valores". El art 1 inc) 2 del Decreto-Ley 5965/63 establece que la letra de cambio/pagaré debe contener "la promesa incondicionada de pagar una suma determinada de dinero". Por lo tanto, con dicha definición se podría documentar por un medio de un título valor una prestación que no necesariamente debe ser de dar sumas de dinero, abriéndose una puerta para que sea viable documentar por títulos valores prestaciones no dinerarias. Por otra parte, expresamente se excluye a los títulos valores del régimen aplicable a los bienes o las cosas muebles.

El artículo 1816 establece que "el portador de buena fe de un título valor que lo adquiere conforme con su ley de circulación, tiene un derecho autónomo, y le son inoponibles las defensas personales que pueden existir contra anteriores portadores. A los efectos de este artículo, el portador es de mala fe si al adquirir el título procede a sabiendas en perjuicio del deudor demandado". En la primer parte del artículo se define el alcance del principio de autonomía. A continuación se contempla una figura similar a la "*exeptio doli"* receptada por la jurisprudencia en base a la pauta de los artículos 18 y 20 segundo párrafo del Decreto-Ley 5965/63.

En el artículo 1817 se consigna que "el deudor que paga al portador del título valor conforme con su ley de circulación queda liberado, excepto que al momento del pago, disponga de pruebas que demuestren la mala fe del que lo requiere. Sin embargo, si el deudor no recibe el título valor, se aplica lo dispuesto por el artículo 1819". En su primer parte, el art 1817 dispone en forma coincidente con el art 43 tercer párrafo del Decreto-Ley 5965/63 que el que paga conforme la ley queda liberado. No así si se prueba la mala fe del requirente. Es decir, que quien requiere un pago de mala fe y obtiene dicho

pago, el mismo no tiene efecto liberatorio. Por otra parte, no se explica la remisión al art 1819, ya que como veremos este menciona el derecho a conservar los títulos valores adquiridos en forma legítima.

El artículo 1818 establece que "la transferencia de un título valor comprende los accesorios que son inherentes a la prestación en él incorporada". La norma proyectada recepta el principio general de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal. No se modifica el alcance del art 5 del Decreto-Ley 5965/63 que trata el régimen de los intereses en la letra de cambio y el pagaré ni la doctrina del plenario *PIRILLO, JOSÉ C/ASTILLEROS CARUPÁ SRL (LL 1986-C-276, ED 119-146, JA 1986-III-257)*.

La norma proyectada como artículo 1819 establece que "Quien adquiere un título valor a título oneroso, sin culpa grave y conforme con su ley de circulación, no está obligado a desprenderse del título valor y, en su caso, no está sujeto a reivindicación ni a la repetición de lo cobrado". La norma proyectada resulta sobreabundante ya que aclara que se respeta el derecho de propiedad consagrado en el artículo 17 de la Constitución Nacional y los principios generales del derecho.

El artículo 1820 establece total libertad en materia de creación de títulos valores: "Cualquier persona puede crear y emitir títulos valores en los tipos y condiciones que elija. Se comprende en esta facultad la denominación del tipo o clase de título, su forma de circulación con arreglo a las leyes generales, sus garantías, rescates, plazos, su calidad de convertible o no en otra clase de título, derechos de los terceros titulares y demás regulaciones que hacen a la configuración de los derechos de las partes interesadas, que deben expresarse con claridad y no prestarse a confusión con el tipo, denominación y condiciones de los títulos valores especialmente previstos en la legislación vigente. oSolo pueden emitirse títulos valores abstractos no regulados por la ley cuando se destinan a ofertas públicas, con el cumplimiento de los recaudos de la legislación específica; y también cuando los emisores son entidades financieras, de seguros o fiduciarios financieros registrados ante el organismo de contralor de los mercados de valores".

Como dijimos, en su primer párrafo, el art 1820 consagra un principio de libertad de creación de los títulos valores por "cualquier persona". Siendo que no se aclara, restringe ni limita el alcance, deberá entenderse que los títulos valores pueden crearse por personas físicas o jurídicas, privadas o públicas. Establece la posibilidad de que determinen libremente las condiciones generales para la creación de los títulos valores, que deberán estar reguladas por la ley vigente.

El segundo párrafo aparentemente introduce una segunda categoría de títulos "no regulados por la ley" los cuales deberán estar destinados a la oferta pública, o deberán ser emitidos por entidades financieras, de seguros o fiduciarios financieros debidamente registrados. Se advierte cierta incongruencia ya que se exige "el cumplimiento de los recaudos de la legislación específica"

El artículo 1821 trata las defensas oponibles:"El deudorosolo puede oponer al portador del título valor las siguientes defensas:

a) las personales que tiene respecto de él, excepto el caso de transmisiones en procuración, o fiduciarias con análoga finalidad;
b) las que derivan del tenor literal del título o, en su caso, del tenor del documento inscripto de conformidad con el artículo 1850;
c) las que se fundan en la falsedad de su firma o en un defecto de capacidad o de representación al momento en que se constituye su obligación, excepto que la autoría de la firma o de la declaración obligatoria sea consentida o asumida como propia o que la actuación del representante sea ratificada;
d) las que se derivan de la falta de legitimación del portador;
e) la de alteración del texto del título o, en su caso, del texto inscripto según el artículo 1850;
f) las de prescripción o caducidad;
g) las que se fundan en la cancelación del título valor o en la suspensión de su pago ordenada conforme a lo previsto en este Capítulo;
h) las de carácter procesal que establecen las leyes respectivas".

El texto en análisis propone legislar en un ordenamiento nacional las defensas oponibles en materia de títulos valores, cosa que hasta el presente ha sido materia de los ordenamientos procesales locales o provinciales (arts 104 y 67 inc 11 de la Constitución Nacional.).

El inciso a) se refiere a la las denominadas "defensas personales" que solo pueden oponerse a determinados acreedores con motivo de su relación particular. Aquí se verifica la aplicación práctica del principio de autonomía en materia de defensas o excepciones oponibles. El deudor solo puede oponer defensas fundadas en su relación directa con el portador legitimado. Si el actor recibió el título por un endoso en procuración, no resultan viables tales planteos. El proyecto agrega las "trasmisiones fiduciarias".

El inc b) menciona las defensas "que derivan del tenor literal del título". Tales defensas son las que se originan en los denominados defectos formales esenciales que habilitan a oponer la excepción de inhabilidad de título prevista en el art 544 inc 4 del CPCCN. Lo expuesto no modifica el alcance de la doctrina establecida en el plenario *LEGIS SCA /MATRAJT, EDUARDO (LL 1975-B-137)*.

En su primera parte, el inciso c) contempla la denominada excepción de falsedad regulada en el art 544 inc 4 del CPCCN y en el art 7° del Decreto-Ley 5965/63. La falsedad ahora podría subsanarse reconociendo la autoría de la firma o consintiendo el acto. Asimismo, en el caso de los representantes con facultades insuficientes, también sería viable la ratificación de lo actuado. Estas posibilidades plantearán inconvenientes de orden práctico ya que no se aclara hasta cuando pueden ratificarse, con el agravante de que debería dejarse constancia en el título, cosa harto difícil si está circulando. Asimismo debería asumirse el pago del las costas si dicha ratificación es realizada luego de promovida una demanda. No obstante, en cuanto a la carga de la prueba, no se altera el alcance de la doctrina establecida en el plenario *Rondinerlli de Andrade, Rafaela /Mazzone, Gerino (LL 139-581; ED 33-81) y otros fallos:* "Banco Mayo Coop. Ltdo. /Burstein, Mario": Sala E, 11.5.95; Sala A, 7.7.95, "Banco Israelita de Córdoba SA /Corigliano, Vicente /Ejec."; Sala A, 7.7.95 BBVA Banco Francés SA /Capdevila,lÁngel /Ejec." Sala E, 29.6.06 ".

El inciso d) trata la falta de legitimación del portador. Dicha defensa, que hasta ahora era planteada por la vía de la inhabilidad de título, viene a contemplarse en forma expresa y autónoma. Al mencionarse exclusivamente al portador, no se contempla la denominada "falta de legitimación pasiva".

La defensa de alteración (adulteración) del texto mencionada en el inciso e) del anteproyecto viene a regularse en forma autónoma, siendo que en la actualidad se introduce por la vía de la denominada excepción de falsedad regulada en el art 544 inc 4 del CPCCN y en el art 7° del Decreto-Ley 5965/63. Mantiene entonces plena vigencia el régimen establecido en el art 88 del Decreto-Ley 5965/63.

La defensa de prescripción regulada en el art 544 inc 4 del CPCCN viene a presentarse como inciso f) agregándose expresamente la de caducidad, oponible cuando el portador se encuentra impedido de ejercer su derecho por haber omitido realizar algún acto en tiempo oportuno.

El inciso g) trata "las que se fundan en la cancelación del título valor o en la suspensión de su pago…" En primer lugar se trata de la excepción de pago (total o parcial). En segundo término se agrega una defensa específica para el caso que se pretenda reclamar en base a un título cuyo pago se ha suspendido en base a una resolución recaída en un proceso de cancelación.

El inciso h) menciona a las defensas de carácter procesal que establecen las leyes respectivas. El texto parece querer indicar que además de las defensas oponibles de conformidad con los siete incisos precedentes deberá estarse a las previstas en los ordenamientos procesales locales de cada jurisdicción.

El artículo 1822 regula el procedimiento de anotación o registración de medidas de cualquier tipo que afecten los derechos conferidos por los títulos. Dicho procedimiento varía según el tipo de título y en caso de no observarse el mismo se lo priva de efectos.

El artículo 1823 reproduce casi literalmente al art 7 del Decreto-Ley 5965/63 si bien omite mencionar a los incapaces de obligarse cambiariamente.

El artículo 1824 se refiere al asentimiento conyugal que ahora se requiere para la transmisión de los títulos valores, conforme lo establece el art 470 inc b. La falta del mismo no es oponible a terce-

ros portadores de buena fe en los títulos nominativos no endosables o no cartulares. Por otra parte se presume la buena fe en el caso de que el título haya sido adquirido bajo el régimen de oferta pública. No debemos olvidar que para que se cumpla con la finalidad de los títulos valores y no se entorpezca su circulación, resulta fundamental la buena fe se presuma siempre.

El artículo 1825 establece que quien invoca una representación inexistente o actúa sin facultades suficientes, es personalmente responsable como si actuara en nombre propio. Igual responsabilidad tiene quien falsifica la firma incorporada a un título valor. La primera parte de la norma proyectada establece el mismo principio que regula el art 8 del Decreto-Ley 5965/63, si bien omite consignar el derecho que le asiste a quién paga por aplicación de este principio, tal es el mismo que hubiera tenido el supuesto representado. Por último, se hace responsable personalmente a quién falsifica una firma en un título. No se modifica el alcance del plenario *Banco Sidesa SA (en formación) /Cementera Comercial SA (LL 1987-B-572, ED 122-441, JA 1987-II-70)*. Cámara Comercial en pleno.

El artículo 1826 proyectado establece que "Excepto cláusula expresa en el título valor o en uno de sus actos de transmisión o garantía, están solidariamente obligados al pago los creadores del título valor, pero no los demás intervinientes". Lo expuesto cambia radicalmente el régimen de garantías de los títulos valores. En la actualidad todos los firmantes de los títulos (pagaré o letra de cambio) son garantes del pago, salvo cláusula en contrario (art 51 del Decreto-Ley 5965/63). Con el sistema ahora propuesto, el principio general es que, a excepción del librador, los firmantes no responden, salvo cláusula expresa en contrario. A continuación se establece la posibilidad de garantizar las obligaciones documentadas con todo tipo de garantía que resulte compatible con el título, y se establece el principio de solidaridad de estos garantes, salvo cláusula en contrario.

El artículo 1827 trata dos cuestiones claramente diferenciadas vinculadas con las acciones y defensas. En primer término se establece que "Excepto novación, la creación o transmisión de un título valor no perjudica las acciones derivadas del negocio causal o subyacente". Hasta aquí, se reproduce lo establecido en la primera parte del art 61 del Decreto-Ley 5965/63. La norma establece cierto condicionamiento para el ejercicio de las denominadas acciones causales, que son mayoritariamente admitidas en la doctrina y jurisprudencia en tanto se promuevan entre partes inmediatas. Se admiten a condición que el título no se encuentre perjudicado y que, en tanto sea cartular, se ofrezca la restitución del mismo. Por último, manteniendo la línea del art 62 del Decreto-Ley 5965/63 se tutela la posibilidad de reclamar por la vía de la acción de enriquecimiento siempre que se haya perdido tanto la acción derivada del título valor (acción cambiaria) como la acción causal.

El artículo 1828, en línea con la posibilidad de crear títulos valores que documenten prestaciones no dinerarias establecida en el artículo 1815, establece que "los títulos representativos de mercaderías atribuyen al portador legítimo el derecho a la entrega de la cosa, su posesión y el poder de disponerla mediante la transferencia del título". No es otra cosa que una aclaración de qué derechos adquiere el portador de un título representativo de mercaderías y como puede ejercerlos.

El artículo 1829 establece que "Son títulos valores las cuotapartes de fondos comunes de inversión". Asignarle a las cuotapartes de los fondos comunes de inversión carácter de título valor torna aplicables a los mismos toda la normativa inherente a los títulos valores con importantes implicancias, ya que a la fecha tienen un régimen jurídico propio establecido en la ley 24.083.

A partir del artículo 1830 (sección segunda) se regulan los títulos valores cartulares. Los artículos 1830 y 1831 consagran los principios de necesidad y literalidad propios de los títulos valores cartulares. El artículo 1832 regula las consecuencias de la alteración del texto de los títulos y reproduce literalmente al artículo 88 del Decreto-Ley 5965/63.

El artículo 1833 establece que "cuando por ley o por disposición del creador, el título valor debe incluir un contenido particular con carácter esencial, no produce efecto cuando no contiene esas enunciaciones" Es decir, que para que tenga valor el título deberá contener los requisitos formales esenciales establecidos por ley (a modo de ejemplo los artículos 1 y 101 del Decreto-Ley 5965/63 para la letra de cambio y el pagaré) o los que establezca el creador de algún otro título de conformidad con lo que establece el art 1820. La última parte del artículo, siguiendo los lineamientos y prin-

cipios del derecho cambiario en general, admite que los títulos incompletos sean completados por el portador legitimado antes de su presentación, estableciendo que "el título valor en el que se omiten las referidas menciones al tiempo de su creación, puede ser completado hasta la fecha en que debe cumplirse la prestación, excepto disposición en contrario".

El artículo 1834 inc a) establece que las normas de la sección segunda, es decir, desde el art 1830 al 1849 inclusive se aplican en forma subsidiaria a las leyes que rigen los títulos valores determinados (por ejemplo la letra de cambio y el pagaré regulados por Decreto-Ley 5965/63). A su vez el inc b) del artículo en comentario formula una aclaración que resulta sobreabundante.

El art 1835 aclara que las disposiciones del capítulo 6 no se aplican a los sistemas de registración de los titulares de las prestaciones que se documentan en títulos valores registrables.

El artículo 1836 contempla la posibilidad de que determinados títulos valores tipificados como cartulares sean emitidos como no cartulares, o aun que habiendo sido emitidos como cartulares se ingresen a un sistema de registración con posterioridad, momento a partir del cual todos sus efectos se regularán por las anotaciones que se efectúen en dichos registros. Esta posibilidad abre un sinnúmero de interrogantes en cuanto a su efectiva instrumentación, que deberá ser prevista en el reglamento de la persona o entidad que registre al título cartular.

La Sección segunda contiene un primer Parágrafo que comienza con el art 1837 definiendo el concepto de título valor al portador: " aquel que no ha sido emitido en favor de sujeto determinado" y estableciendo que se transmite por la simple entrega: "La transferencia de un título valor al portador se produce con la tradición del título". A continuación, en un segundo Parágrafo el artículo 1838 tipifica los títulos cambiarios a la orden: "el creado a favor de persona determinada". Se aclara luego que "se transfiere mediante endoso" y que si se inserta la cláusula no a la orden " la transferencia del título valor debe hacerse conforme con las reglas de la cesión de derechos" En términos generales se reproduce lo establecido en el art 12 del Decreto-Ley 5965/63, sin perjuicio de que este último contempla la posibilidad de que el título se transmita por la vía del endoso aun cuando no estuviese concebida a la orden de determinada persona.

El artículo 1839 regula las formalidades del endoso al igual que el art. 14 del Decreto-Ley 5965/63. Agrega la posibilidad de que el endoso se materialice en hoja separada que deberá estar "debidamente adherida e identificada" y omite indicar que para que el endoso en blanco sea válido, este debe hacerse en el dorso de la letra o pagaré. Esta formalidad sirve para limitar la posibilidad de que quien endosa en blanco sea considerado por error un avalista. Finalmente se contempla la posibilidad de endosar a favor del librador.

El artículo 1840 establece que "cualquier condición puesta al endoso se tiene por no escrita. Es nulo el endoso parcial". Por lo demás, prácticamente reproduce al art 13 del Decreto-Ley 5965/63 sin mayores variantes.

El artículo 1841 trata el tema del plazo para efectuar un endoso y sigue la pauta establecida en el art 21 del Decreto-Ley 5965/63, con la única salvedad de que la presunción de que el endoso sin fecha ha sido realizado antes de su vencimiento es "iure et de iure".

El artículo 1842 establece que "El portador de un título a la orden queda legitimado para el ejercicio del derecho en él incorporado, por una serie no interrumpida de endosos formalmente válidos, aun cuando el último sea en blanco". La norma reproduce casi literalmente la primera parte del art 17 del Decreto-Ley 5965/63.

El artículo 1843 trata al endoso en blanco y reproduce al art 15 del Decreto-Ley 5965/63.

El artículo 1844 regula el endoso en procuración y reproduce casi literalmente al art 19 del Decreto-Ley 5965/63.

El artículo 1845 trata el endoso en garantía en los mismos términos que el art 20. del Decreto-Ley 5965/63.

El artículo 1846, siguiendo la línea del art 16 del Decreto-Ley 5965/63, establece que el endosante, salvo cláusula o mención expresa en contra, responde por la obligación incorporada al documento. Esta norma se encuentra en franca colisión con lo que establece el art 1826 en la sección primera correspondiente a las disposiciones generales, a cuyo comentario me remito.

En su tercer parágrafo, el artículo 1847 define a los títulos nominativos endosables: "el emitido en favor de una persona determinada, que sea transmisible por endoso y cuya transmisión produce efectos respecto al emisor y a terceros al inscribirse en el respectivo registro. El endosatario que justifica su derecho por una serie ininterrumpida de endosos está legitimado para solicitar la inscripción de su título. Si el emisor del título se niega a inscribir la transmisión, el endosatario puede reclamar la orden judicial correspondiente". A continuación el artículo 1848 establece que son aplicables a los títulos nominativos endosables las disposiciones compatibles de los títulos valores a la orden. La única diferenciación de estos títulos con los títulos valores a la orden es que los nominativos se registran y producen efectos ante el emisor y terceros desde su registración. Dentro de esta categoría de títulos se encuentran los certificados de depósitos y warrants que instrumentan el crédito mobiliario sobre frutos o productos agrícolas, ganaderos, forestales, mineros o de manufacturas nacionales, depositados en almacenes fiscales o de terceros (ley 9643).

El cuarto parágrafo solo define a títulos valores nominativos no endosables. En su artículo 1849 se define que "Es título valor nominativo no endosable el emitido a favor de una persona determinada, y cuya transmisión produce efectos respecto al emisor y a terceros al inscribirse en el respectivo registro". Es decir, reitera el concepto del art 1847 con la salvedad de que omite la posibilidad de que sean transmitidos por endoso, razón por la cual solo se podrán transmitir por medio de una cesión de créditos.

El art 1850 regula la posibilidad de que se creen títulos valores no cartulares. Su nota distintiva con relación a los títulos cartulares regulados por los arts 1830 y 1833 es que en los no cartulares no existe incorporación de la prestación al documento. Se remite la norma al art 1820 en cuanto a que existe casi total libertad de creación. Se admite la constitución de derechos reales sobre los mismos y debe llevarse un registro por el emisor o, en nombre de este, una caja de valores, una entidad financiera autorizada o un escribano de registro. Se aplica respecto del tercero que adquiera el título valor lo dispuesto por los artículos 1816 y 1819. La entidad que lleve el registro debe expedir comprobantes de saldos de cuentas a fin de que los titulares puedan ejercer diversos derechos.

A partir del artículo 1852 en la Sección Cuarta se trata el deterioro, sustracción, pérdida y destrucción de títulos valores o de sus registros, comenzando por una sección general (normas comunes para los títulos valores) donde se aclara que dichas normas solo serán aplicables en tanto no existan normas especiales. Es decir, no se estaría derogando el procedimiento de cancelación establecido en el art 89 y siguientes del Decreto-Ley 5965/63. Se establece un procedimiento específico para los títulos valores en serie, diferenciando el mismo según coticen o no en la bolsa. Asimismo se atenúan los requisitos cuando se trata de títulos nominativos no endosables. A partir del artículo 1871 se establecen normas aplicables a los títulos valores individuales. Por último, se establece un procedimiento especial para el caso de sustracción, pérdida o destrucción del libro de registro de títulos valores nominativos o títulos valores no cartulares, incluso los ingresados a sistemas de anotaciones en cuenta según el artículo 1836.

Corolario

Conforme los fundamentos del Proyecto**,** específicamente con la mención realizada en el punto 1.4. denominada " El Código y la normas" en punto a que "… en la estructura interna del Código se ha respetado el orden de partes generales que se ha usado en el Proyecto de 1998" … "El Código se relaciona con otras normas ya existentes en el sistema…" Más adelante se menciona que "El vínculo del Código con otros microsistemas normativos autosuficientes es respetuoso. Es decir, se ha tratado de no modificar otras leyes, excepto que ello fuera absolutamente necesario". Lo expuesto permite inferir que toda la normativa proyectada no pretende derogar el Decreto-ley 5965/63 y otras leyes, sino más bien establecer un régimen de carácter general, cuyas características más relevantes, en comparación con el régimen de la letra de cambio y el pagaré, consiste en la amplitud de posibilidades de creación de diversos títulos valores, los cuales se encontrarán sujetos a un cambio en punto

al régimen de solidaridad. Como sabemos, en la actualidad todos los firmantes de los títulos son garantes del pago, salvo cláusula en contrario (art 51 del Decreto-Ley 5965/63). Con el sistema ahora propuesto, el principio general es que, a excepción del librador, los firmantes no responden, salvo cláusula expresa en contrario. En segundo lugar, a ninguno de los títulos que trata el anteproyecto se le asigna carácter de título ejecutivo (cosa que sí hace el Decreto-ley 5965/63 en sus artículos 50 y 60 respecto de la letra del cambio y al pagaré) razón por la que, en caso de incumplimiento, para su exigibilidad se requerirá promover un proceso ordinario. Se establece un régimen propio con alcance nacional de las defensas o excepciones oponibles. Por último, se proyecta un procedimiento de cancelación de títulos y de sus registros que implica la derogación del los artículos 742 a 770 del Código de Comercio. Resulta difícil realizar un pronóstico sobre el grado de aceptación que tendrán los títulos valores propiciados en el comercio. Como siempre, la práctica comercial lo determinará con el transcurso del tiempo.

ANÁLISIS DEL PROYECTO DE NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL 2012

LIBRO IV - DERECHOS REALES

Coordinador: Marcelo Urbaneja

Facultad de Derecho
Pontificia Universidad Católica Argentina

Agosto de 2012

METODOLOGÍA Y PARTE GENERAL

Marcelo E. Urbaneja

Metodología

El Libro Cuarto abarca un total de 395 artículos (desde el 1882 hasta el 2276) y se organiza en 14 títulos, divididos algunos de ellos en capítulos.

La técnica legislativa empleada encuentra diferencias de envergadura respecto al Código Civil en vigor.

En este aspecto la innovación más notoria está constituida por la incorporación de una parte general más profusa y detallada, con la que se inicia el Libro Cuarto.

Se intenta de esta manera superar en este aspecto al esquema actual, en donde puede advertirse, como en los fundamentos se pone de relieve, una reiteración de normas en cada uno de los derechos reales en particular.

Cabe puntualizar, no obstante, que está fuera de discusión la existencia de normas que configuren una parte general de los derechos reales en nuestro sistema positivo[1], aunque la dispersión de las mismas conspire contra la claridad deseada.

Durante el siglo XX el debate sobre la conveniencia o no de incorporar partes generales a los Códigos encontró su primer hito en el BGB alemán de 1900 (habitualmente sindicado como el primer cuerpo que plasmó esta metodología, aunque se haya señalado como un valioso precedente al Código de Prusia de 1794). A tal punto llegó la falta de consenso que otros Códigos de ponderable predicamento, como el suizo de 1907 o el italiano de las obligaciones de 1942, no siguieron las aguas de esa metodología.

Cabe admitir, a la luz de los tiempos actuales, que la técnica proyectada armoniza con las concepciones más recientes (y así lo reflejó, verbigracia, el Proyecto de 1998).

El criterio del Proyecto ha sido enfatizar la idea de las partes generales, al punto que se establece otra para todos los derechos reales de garantía. La noción de incorporar normativa general en todos los casos en que se abarque derechos reales de naturaleza semejante, como ha sucedido aquí, fue ponderada por diversos autores[2].

La otra diferencia con el actual ordenamiento estriba en haberse quitado del libro de los derechos reales el tratamiento de las cosas, para ser contempladas integrando la parte general del Derecho Civil, criterio adecuado al sentir generalizado de la doctrina. A la inversa, se ha tratado en este sector a la prescripción adquisitiva, en lugar de considerarla, como en la actualidad, junto con la prescripción liberatoria, los privilegios y el régimen sucesorio.

1. Conf. Gatti, Edmundo, *Teoría general de los Derechos Reales*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, tercera edición actualizada, 1984, páginas 7 a 9.

2. López de Zavalía, Fernando Justo, *Derechos reales*, Zavalía, Buenos Aires, 2 tomos, 1989, tomo I, páginas 140 y 141.

La metodología del resto del libro, por lo menos hasta el anteúltimo título, guarda similitud con el Código de Vélez Sarsfield, puesto que a continuación de las normas generales se abordan las relaciones reales (ahora con la denominación de "relaciones de poder") y luego los derechos reales en particular.

El título XIV, con el que culmina el Libro Cuarto, trata de las acciones posesorias y de las acciones reales, coordinando el tratamiento de ambas y alterando la ubicación actual, en donde ambas defensas se encuentran consideradas por separado.

Entre los derechos reales en particular cabe destacar la incorporación de nuevos institutos, que serán materia de otros capítulos y que aquí solo se enumeran: "propiedad comunitaria indígena", "conjuntos inmobiliarios" (que a su vez contiene diversas especies) y "superficie" (mencionado aquí como novedoso en cuanto su ámbito trasciende lo forestal). No se encuentra entre ellos la "indisponibilidad voluntaria", propuesta que sí reflejaba el Proyecto de 1998.

Se han conservado, aunque modificando severamente ciertos aspectos de su contenido, a los derechos reales de uso, habitación y anticresis. Señalamos a estos institutos dado que Vélez Sarsfield fue objeto durante prolongadísimo tiempo de las más virulentas críticas por su inclusión, y ciertamente las censuras de que fue objeto no se limitaron a los aspectos que ahora se alteran sino a su propia esencia.

Confiamos en que ahora quienes durante décadas, desde la cátedra o la doctrina, formularon o se hicieron eco de esas afirmaciones, mantengan la coherencia intelectual, o bien reconociendo el acierto del Código actual y el error de los críticos (amén de los reparos sobre aspectos puntuales), o bien señalando el disvalor de la solución reformista, hoy incrementado por haberse, por hipótesis, comprobado la inutilidad de su vigencia.

La denominación de los derechos reales existentes se conserva, aunque se menciona "servidumbre", en singular, y tanto en la enumeración del artículo 1887 (equivalente al actual 2503) como en el tratamiento respectivo, se nombra a "*la* anticresis", aclarando que el sustantivo es femenino (superando de esta manera ciertas contradicciones del Código vigente y la consiguiente vacilación doctrinaria).

Parte general

Contempla desde el artículo 1882 hasta el 1907, y se divide en dos capítulos denominados "Principios comunes" (1882 a 1891) y "Adquisición, transmisión, extinción y oponibilidad" (1892 a 1907), respectivamente. Por la inexistencia de esta metodología en el Código vigente, nos encontramos con uno de los sectores más ricos en cuanto a innovaciones.

1) Principios comunes

Se brinda un concepto de derecho real (artículo 1882), al igual que en el Proyecto de 1998 y a diferencia del régimen actual. Precisamente se reproduce la noción de esa última comisión reformadora, con la incorporación de la frase "en forma autónoma", con la finalidad expresamente consignada en los fundamentos de enervar las críticas que en su momento se realizaron (que juzgamos, por nuestra parte, erradas).

El objeto del derecho real, a estar al artículo 1883, podrá ser: a) la totalidad de una cosa; b) una parte material de una cosa; c) bien (objeto inmaterial), en este caso solo cuando así lo señale la ley. Se aclara la posibilidad de ejercerse por el todo o por una parte indivisa.

En cuanto a las cosas, no se exige que las mismas estén en el comercio, y en los fundamentos se justifica con diversos supuestos. De esta manera se advierte un acercamiento a la concepción de Moisset de Espanés[3] y un distanciamiento de Gatti[4].

3. Moisset de Espanés, Luis, *Clases de derechos reales*, Advocatus, Córdoba, 1998, páginas 76 y 77.

4. Gatti, Edmundo, *Teoría general de los Derechos Reales*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, tercera edición actualizada, 1984, página 200.

La posibilidad de considerar a la parte material de una cosa como objeto del derecho real viene siendo pregonada cada vez con mayor énfasis por la doctrina, tanto desde diversos estudios como desde simposios jurídicos (como el VII Congreso Nacional de Derecho Registral, Córdoba, 1988 –mayoría del despacho, punto II.a.1–, y las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil –Buenos Aires, 2001, comisión 4–).

No obstante, tanto en el derecho vigente como en el proyectado, esta posibilidad solo es admisible respecto a los derechos reales sobre cosa ajena[5], so pena de trastocar el concepto mismo de cosa. La salvedad en ese sentido hubiera sido de desear en el texto del artículo.

La decisión de incorporar a los bienes como posible objeto (aunque solo cuando la ley así lo señale), tiene respaldo de similar entidad al recién comentado y pone fin a la controversia sobre la vigencia de ese criterio en la actualidad (problemática que giró, principalmente, alrededor del usufructo y la prenda de créditos, y sumándose recientemente la hipoteca sobre el derecho de forestar en la superficie). Enrolados como estamos en la tesis (posiblemente dominante) que considera que esa concepción es hoy derecho positivo, no advertimos más que una consagración expresa que fulmina sin vacilar todo argumento contrario.

Entendemos que debieron haberse incorporado aquí las normas sobre imposibilidad de adquirir por un título lo que ya se adquirió por otro, la facultad de exclusión de terceros y la extensión del derecho a los accesorios, que el Proyecto (al igual que el Código Civil vigente) consignó en el sector correspondiente al dominio (artículos 1943 *in fine*, 1944 y 1945). No obstante resultar exacto lo allí dispuesto, debieron haber formado parte de las normas generales, ya que se aplican a todos los derechos reales, naturalmente que a cada uno en función de su contenido.

También debió constar aquí la regulación de los ahora llamados "límites" al dominio, puesto que se aplican a todos los derechos reales.

Lo propio cabe decir de numerosas disposiciones del título correspondiente a la hipoteca, como, v. gr., las vinculadas a la descripción del inmueble, la irrelevancia (a los efectos de la validez del acto constitutivo) de la errónea mención de ciertas circunstancias no esenciales y la necesidad de aceptación del acreedor. Particularizar en la hipoteca menciones de ese tenor resultaba una conducta comprensible en Vélez Sarsfield, por tratarse, a su tiempo, del único derecho real registrable. Semejante proceder en el régimen proyectado deviene impreciso, desprolijo y falto del rigor técnico que ajustadamente se reclamó en el codificador, sin que la ausencia de relación real en su titular justifique ninguna de esas disposiciones.

El artículo 1886 señala la persecución y la preferencia, caracteres o principios (según las diversas concepciones) fundamentales de los derechos reales. Respecto de la preferencia se apunta que se ejerce no solo sobre un derecho real posterior, sino también sobre uno personal. En todos estos conflictos la prelación temporal se juzga respecto a la obtención de oponibilidad y no a la constitución de los derechos. Esta regulación de la persecución y la preferencia ya surgía del Proyecto de 1998.

Vinculado al llamado principio de orden público de los derechos reales, también recibe reflejo legislativo la distinción de las normas que regulan a estos derechos en sus aspectos esenciales (y por ello inalterables) de las que contemplan cuestiones tangenciales (y en consecuencia pueden ser modificadas por vía convencional). Esta diferencia, doctrinariamente contemplada en las llamadas "normas estatutarias" y "normas reglamentarias", respectivamente, surge en el Proyecto del artículo 1884, por el que se establece que todo lo vinculado a "elementos, contenido, adquisición, constitución, modificación, transmisión, duración y extinción" solo surgirá de la ley, siendo inválida su alteración. En el artículo citado se denomina a estas circunstancias como "estructura", nombre y contenido que reflejan la indudable influencia de las ideas de Edmundo Gatti que tienen ascendiente notorio sobre Elena Inés Highton. La alteración de la estructura de un derecho real o la creación de uno nuevo son inválidas.

5. Conf. López de Zavalía, Fernando Justo, *Derechos reales*, Zavalía, Buenos Aires, 2 tomos, 1989, tomo I, página 193.

Más allá de estas reflexiones y las variaciones terminológicas, la solución proyectada guarda similitud con la vigente en el artículo 2502 y la interpretación que doctrina y jurisprudencia han venido realizando. La diferencia medular radica, y así lo reconocen los fundamentos del Proyecto, en que no se establecen otras consecuencias más allá de la invalidez de lo otorgado. Por lo tanto, siempre según los antecedentes, el juzgador podrá establecer: a) imposibilidad de convertir en derecho alguno; b) conversión en derecho personal; c) conversión en derecho real "próximo" (léase: que guarde mayor similitud con lo querido por los otorgantes). Pensamos que en el caso de la conversión en derecho personal hay aún una alternativa por resolver, cual es la de optar entre uno de los típicos al cual se le aproxime más (análoga a la solución del "derecho real próximo") o uno atípico, que tenga exactamente el contenido deseado pero sin las notas características del derecho real.

Repercute en el orden público también el artículo 1887, que, a la manera de nuestro artículo 2503 y sin el desafortunado 2614 que lo desmienta, resuelve la enumeración de los derechos reales en 15 incisos. Corresponde apuntar el carácter meramente doctrinario de esta norma, atento que por el ya comentado artículo 1884 solo la ley puede crear derechos reales. Por ello, y como todos estos institutos enumerados son conceptuados como derechos reales en sus propias definiciones, nada se agrega con la nómina establecida.

Otro principio de los derechos reales, vigente hoy y que se refleja en el Proyecto, es el de convalidación (artículo 1885). La noción es análoga a la del actual 2504, y se ha suprimido la excepción que en el régimen actual configura la hipoteca (3126, en donde Vélez Sarsfield siguió a Aubry y Rau). Si bien las razones que el codificador brinda en la nota al artículo 3126 para apartarse del régimen común han sido criticadas severamente por la doctrina, en tanto podrían aplicarse a cualquier derecho real, suele omitirse ponderar la ausencia de relación real con el objeto como sustento no expresado pero fundamental del tratamiento diferencial de otrora.

En materia de legados, el actual artículo 3752 configura también una excepción a la convalidación, que en el Proyecto no se reproduce en el articulado correspondiente a legados.

Se establecen también de manera expresa diversas clasificaciones de los derechos reales: sobre cosa propia o ajena (artículo 1888), principales y accesorios (1889) y sobre cosas registrables y no registrables (1890).

En relación al contenido, el artículo 1891 indica cuáles derechos reales se ejercen por la posesión, consagrando la concepción hoy dominante que interpreta que siempre es esa relación real y nunca la tenencia la que corresponde a esta clase de derechos. La controversia con la otra tesis, hoy minoritaria y que se sugirió desde los clásicos alcanzando a su máximo exponente en Molinario, fue posible por evidentes contradicciones de artículos en el Código de Vélez Sarsfield y notas a los mismos que poco contribuían a aclarar la polémica.

Si bien es objetivamente auspicioso el optar por un criterio y exponerlo de modo claro y preciso, advertimos una incoherencia en el tratamiento que se le ha brindado al "constituto posesorio" y a la "traditio brevi manu" y que oportunamente apuntaremos.

Respecto a las servidumbres positivas se señala que su titular no es poseedor, aunque se ejerzan "por actos posesorios concretos y determinados". Nuevamente se advierte la inspiración de Gatti, quien sostiene el mismo parecer para el derecho vigente, contra la posición de Molinario, que juzga que allí existe yuxtaposición (relación real directamente no contemplada en el Proyecto).

2) Adquisición, transmisión, extinción y oponibilidad

- Título y modo

a) Generalidades:

Se señala la necesidad de concurrencia del título y el modo para que opere la adquisición derivada por actos entre vivos de un derecho real (artículo 1892). Se entronca así con el sentir hoy

mayoritario que rechaza la extensión de ambos requisitos a mutaciones originarias o por actos por causa de muerte. No obstante, no parece que esa controversia trascienda de una mera disquisición teórica.

El aditamento de "suficiente" a cada uno de ambos requisitos sigue a la terminología que en ocasiones usó el codificador, aunque solo para el título (verbigracia, artículo 2602). El adjetivo considerado armoniza con las ideas dominantes en la actualidad y que contiene el Proyecto de 1998.

El concepto de título suficiente (del mismo artículo) se encuentra en sintonía con las habituales definiciones doctrinarias, pues la legitimación del transmitente y la capacidad de este y del adquirente, no incluidas en la definición, son mencionadas en otros párrafos del mismo artículo.

Se apunta que la tradición es el modo suficiente para los derechos reales que se ejercen por la posesión y el primer uso lo es de la servidumbre positiva.

A renglón seguido, luego de establecer que la tradición es el modo suficiente para los derechos reales que se ejercen por la posesión, contempla la "traditio brevi manu" y el "constituto posesorio", aunque sin atribuirles denominación alguna.

A esa regulación debe formularse tres reparos.

En primer lugar, que la regulación de los institutos se encuentra duplicada, por cuanto el artículo 1923, relativo a la adquisición de las relaciones reales, reitera los conceptos pero con diferencias de redacción que repercuten en ciertos aspectos de trascendencia (verbigracia, la notificación al tenedor que continúa ocupando la cosa no fue prevista en este artículo pero sí en el 1923). Se incurre en el defecto que tantas veces (con justicia o sin ella) se le reprochó a Vélez Sarsfield. El rigor metodológico hubiera aconsejado, como se realizó con la tradición, simplemente mencionarla aquí y dejar su desarrollo exclusivamente en el artículo 1923.

La segunda crítica de que es pasible esta sistematización es relativa a la "traditio brevi manu". Allí, impropiamente, se habla de "propietario" y "dueño", es decir, de un derecho real, y es sabido que este instituto (y naturalmente también el "constituto posesorio") se aplica en todos los casos en que se adquiera la posesión por un tenedor o que se transmita la posesión de una persona a otra pero conservando la tenencia un tercero, exista o no, en cualquiera de esos supuestos, un derecho real.

La tercera crítica es la que reputamos trascendental, sobre todo en sus proyecciones en el ámbito de los inmuebles. No obstante, el reproche no merece ser atribuido exclusivamente a la Comisión de reformas sino a la generalidad de la doctrina e inclusive con ciertos matices al Proyecto de 1998.

Los textos proyectados señalan que en el primer caso de la "traditivo brevi manu" una persona transita de tenedor a poseedor, y en el "constituto posesorio", por el contrario, "desciende" de poseedor a tenedor. Los ejemplos de la doctrina exponen siempre el caso del locatario que compra el inmueble y del dueño que lo vende y continúa ocupando como locatario o comodatario.

Hace tiempo pusimos de manifiesto que esos ejemplos se encontraban muy alejados de la realidad argentina, ya que para el primer caso era más probable la adquisición por un usufructuario y, a la inversa, para el segundo es frecuentísima la donación de la nuda propiedad conservando el transmitente el usufructo[6], aunque también cabe apuntar la reiteración de casos de vendedores que por pocos días continúan ocupando en carácter de comodatarios.

El inconveniente con el régimen proyectado, entonces, radica en que, si el usufructuario es poseedor y también lo es el dueño, ¿cómo explicar ambas instrumentaciones si la "traditio brevi manu" y el "constituto posesorio" requieren un poseedor y un tenedor?.

Si en el ordenamiento vigente se sostuviera que el usufructuario es tenedor, la aplicación sería sencilla; si, con la posición dominante, se sostuviera que es poseedor, habría que fundamentar la respuesta por otra vía. La generalidad de la doctrina nacional, enrolada en esta última postura, no asume la inconsecuencia de seguir explicando la "traditio brevi manu" y el "constituto posesorio" de esta manera. En cambio, con coherencia destacable, un partidario de la tesis mayoritaria como Moisset de

6. Urbaneja, Marcelo Eduardo, "Usufructo inmobiliario: aspectos notariales y registrales", en *Usufructo. Aplicaciones civiles y comerciales*, dirigido por Rubén Augusto Lamber, Heliasta, Buenos Aires, 2011, páginas 225 a 247.

Espanés[7] enseña que en los casos expuestos habría una transformación de una posesión "a título de usufructuario" a una posesión "a título de dueño"[8].

Por lo tanto, o bien en el Proyecto se aclara que estos institutos operarán también cuando hay cambio de posesión que sea contenido de un derecho real sobre cosa ajena a posesión que sea contenido de un dominio, o bien deberá suponerse que el Proyecto no quiso que en los casos expuestos de dominio y usufructo funcionen los institutos de marras. Si así fuera, habría que proceder al doble o triple juego de entregas que ellos precisamente vienen a evitar.

Como esta última alternativa debe descartarse (por cuanto equivaldría a decir que estos sucedáneos de la tradición fueron previstos para casos que solo ocurren por excepción y en cambio no se pensaron para lo cotidiano), debe proponerse su modificación.

Si se sancionara con la redacción hasta hoy establecida, la respuesta podría llegar por vía interpretativa de una lectura finalista, considerando que en la actualidad no se duda de la aplicación de la "traditio brevi manu" y el "constituto posesorio" en los ejemplos propuestos.

En cuanto a la crítica que Molinario[9] realiza en el derecho vigente, con escasas adhesiones, a la utilización de los contratos reales en el "constituto posesorio" (reproche no compartido por otros autores y que nosotros también rechazamos), pierde trascendencia en tanto se elimina esa categoría de contratos.

b) Registración inmobiliaria:

El artículo 1893 refiere a la oponibilidad de las mutaciones reales.

Se refleja en esta disposición el saludable cambio de criterio de la Comisión respecto a las transmisiones inmobiliarias. Sabido es que, en un primer momento, manifestaron su intención de incorporar como requisito transmisivo a la inscripción, eliminando, a su vez, a la tradición como modo. La idea generó un incontable número de rechazos, de los que la Comisión acusó recibo en sus fundamentos. Aunque solo se hagan eco, expresamente, de las críticas de "escribanos y registradores", el más fulminante reparo provino del propio ámbito civilista, de la mano de las Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 2011 (Tucumán) y una mayoría que superó en diez veces a la minoría. En otro lugar resumimos las razones por las cuales la novedosa concepción resultaba ciertamente repudiable[10].

El texto proyectado, entonces y a la inversa de la idea original, refleja la convicción cuasi unánime de mantener el sistema de registración declarativa y a la tradición (o el primer uso) como modo. El artículo 750 (equivalente al actual 577) dispone, en consecuencia, que antes de la tradición el acreedor no adquiere sobre la cosa ningún derecho real, salvo disposición legal en contrario (léase hipoteca). La noción se completa con el artículo 2239 (sucedáneo del actual 2468), según el cual un título válido no la posesión sino el derecho a requerirla.

Claramente, a los efectos de las excepcionales registraciones constitutivas existentes, se indica que "si el modo consiste en una inscripción constitutiva, la registración es presupuesto necesario y suficiente para la oponibilidad del derecho real".

Además, incorpora la tesis dominante sobre quiénes son los que podrán prevalerse de la falta de publicidad: los terceros interesados y de buena fe. También se aclara, adecuadamente y otra vez en armonía con las concepciones mayoritarias, que "no pueden prevalerse de la falta de publicidad

7. Moisset de Espanés, Luis, *Clases de derechos reales*, Advocatus, Córdoba, 1998, página 115 entre otras.

8. 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, septiembre-diciembre de 2007, páginas 765 a 786.

9. Molinario, Alberto Domingo, *De las relaciones reales*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1965, página 265.

10. Urbaneja, Marcelo Eduardo, "Desafortunada pretensión de suprimir la tradición e incorporar la inscripción constitutiva en materia inmobiliaria. Derivaciones nocivas del 'fetichismo registral' y nociones sobre derecho comparado", ED, diarios del 16/03/2012 (páginas 1 a 5) y del 19/03/2012 (páginas 4 a 8).

quienes participaron en los actos, ni aquellos que conocían o debían conocer la existencia del título del derecho real", idea que debe conjugarse con la buena fe referida.

En tanto el artículo está previsto para abarcar las mutaciones entre vivos de toda clase de cosas, se aclara que "se considera publicidad suficiente la inscripción registral *o* la posesión, según el caso".

Es pasible de crítica la utilización de la conjunción disyuntiva, atento que en materia inmobiliaria no se duda de la vigencia *conjunta y simultánea* de las publicidades registral y posesoria, aseveración que en rigor debe extenderse a toda clase de cosas con registración declarativa y tradición como modo (verbigracia, aeronaves y buques).

Hubiera sido de desear la incorporación expresa de la publicidad cartular, sobre la que insistimos permanentemente, con vigencia indudable en el régimen vigente. Aunque soslayada en la consideración habitual del ámbito civilista, fue justamente valorada en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil ya referidas. No contribuye a la claridad deseada el artículo 298 del Código Civil, que vuelca el contenido del vigente 996 pero con modificaciones que, precisamente, dificultan la comprensión de la publicidad mencionada. Inclusive de artículos como el 2003, que requiere la constancia registral de la cláusula de indivisión del condominio para que la misma pueda ser opuesta a terceros, se advierte un menoscabo de la trascendencia que debió mantenerse sobre esta modalidad publicitaria. No obstante, habiendo artículos como el 2204 que a su vez le atribuyen un lugar destacado, se trasluce más una falta de criterio rector que una concepción refractaria a la publicidad cartular.

De los medulares vectores interpretativos que la doctrina tiene en consideración desde la vigencia del decreto-ley 17.801/1968, el único no incorporado al artículo 1893 es el que dispone que esos terceros contra quienes no puede oponerse la transmisión no inscripta sí pueden, en cambio, oponerla frente a las partes del acto. Esta noción, que se orienta a proteger de eventuales defraudaciones a los terceros, sí fue contemplada en el Proyecto de 1998. No dudamos, no obstante, que si entrara en vigencia el texto proyectado la solución sería la misma. Acaso una errada concepción pueda hacer pensar que este comportamiento de los terceros se contradice contra lo dispuesto en el artículo 1022 ("situación de los terceros", referido al efecto relativo de los contratos).

Es de lamentar que en la legislación especial que la Comisión ha reformado se mantenga el texto vigente del artículo 20 del decreto-ley 17.801/1968, puesto que, salvo su última oración, el resto está subsumido en el primer párrafo del artículo 1893 proyectado, con mejor terminología y reflejando, como dijéramos, la interpretación dominante.

De esta manera, para las minoritarias voces que no interpretan el régimen actual conforme se pretende expresamente en el artículo comentado, habría que discutir cuál de ellos tiene vigencia en el ámbito inmobiliario (acaso argumentando que la especialidad de la Ley Nacional Registral Inmobiliaria triunfa por sobre la generalidad del artículo 1893). En suma, discrepancias indeseables de tenor semejante a las que ocurrieran y se le criticaran al decreto-ley 17.711/1968.

También resulta carente de prolijidad la omisión de reemplazar en el artículo 29 del decreto-ley 17.801/1968 la numeración de los artículos del Código vigente por el de las disposiciones que el Proyecto pretende incorporar.

Con adecuada técnica legislativa, en diversos pasajes del Proyecto se integran preceptos particulares con la normativa registral (como las cláusulas que hacen revocable al dominio o los pactos de indivisión en el condominio), aunque devenga reprochable su falta de coordinación con la publicidad cartular, en armonía con lo que se reflexionó en párrafos anteriores.

- Ley

Los artículos 1894 y 1895 se dedican a la adquisición legal, a los que habría que sumar el 392, ubicado fuera de este Libro Cuarto.

El primero enumera los casos de adquisición legal, reflejando en líneas generales el parecer más difundido en los autores y la jurisprudencia.

El artículo 1895 (complementado con el primer párrafo del 2260) cumple la función del actual 2412 y la mal llamada "posesión vale título" en materia de cosas muebles, incorporándose previsiones para las registrables. Salvo algunos matices de entidad menor, se refleja también la interpretación

mayoritaria y se aclara que la buena fe requiere indispensablemente la inscripción a favor de quien invoca la adquisición (siempre, claro, que se trate de cosas registrables).

Respecto al 392, su contenido vierte la interpretación del actual 1051, extendiéndolo a los muebles registrables y aclarando, también a tono con las tesis mayoritarias, que no hay posibilidad de ampararse en buena fe y título oneroso si el titular del derecho no participó del acto (concepto este reiterado en el segundo párrafo del artículo 2260). Por la interpretación de los artículos 1898 y 1902 ese adquirente, al igual que en la actualidad, podría adquirir el dominio por prescripción adquisitiva breve.

- Prescripción adquisitiva

Abarca los artículos 1897 a 1905, excepto el 1904 que tiene alcance general.

En materia de inmuebles, y en contra de la sugerencia generalizada de abreviar los plazos vigentes, se conservan los 10 y 20 años necesarios para la prescripción adquisitiva breve y larga, respectivamente.

En cuanto a cosas muebles se establecen 2 años si es hurtada o perdida, y si es registrable el plazo se computará desde la registración del justo título.

Terminando con la polémica actual, se admite la posibilidad de adquirir por usucapión una cosa mueble registrable no hurtada ni perdida, por parte de quien la posea sin haber inscripto derecho alguno sobre ella. Se establece un plazo de 10 años y se exige la coincidencia de elementos identificatorios.

Los caracteres de la posesión son la ostensibilidad (reemplazando, conforme doctrina contemporánea –verbigracia J. H. Alterini[11]–, el carácter público) y la continuidad. No se mencionan los recaudos de pacífica y no interrumpida (aunque respecto de esta y su vinculación con la continuidad, a tenor de la nota al vigente 2481, se había también propuesto su unificación).

La accesión de posesiones, ahora mencionada como "unión de posesiones", es admitida *mortis causa* y entre vivos en el artículo 1901, destacando expresamente que si se tratare de la prescripción breve las posesiones unidas deben ser de buena fe y estar ligadas por un vínculo jurídico (ver actualmente artículos 2475 y 2476 y nota a este último).

En punto a la prescripción breve, además de definir al justo título y a la buena fe siguiendo los carriles interpretativos más recibidos, se adiciona respecto a esta última la necesidad de realizar el "examen previo de la documentación y constancias registrales".

La redacción de esa frase presenta interrogantes.

El primero es saber si el adjetivo "registrales" califica solo a "constancias" o también a "documentación", sin sustentar una respuesta negativa el carácter singular de este sustantivo, ya que el plural del adjetivo podría justificarse en la existencia de más de un sustantivo en la enumeración previa.

Si se interpretara que "la documentación" no refiere al ámbito registral sino a otra circunstancia, esta debiera indicar el instrumento que contenga el título causal que fundamente la legitimación del transmitente. Si así fuera, se abre la puerta a otro interrogante: ¿se referirá solo al "título" actual, o se pretendió incluir el "estudio de títulos" que la doctrina civilista mayoritaria (con acompañamiento jurisprudencial) exige hoy para mentar la buena fe del vigente artículo 1051? Si bien el paralelo de este último es, en el Proyecto, el ya referido 392, el grueso de las concepciones en boga exige también el "estudio de títulos" para la buena fe a los efectos de la prescripción adquisitiva breve.

Hubiera sido la oportunidad propicia para finalizar con la controversia doctrinaria. Y es que esa actividad de análisis de antecedentes es una realidad cotidiana en el ámbito porteño y en el conurbano bonaerense, pero una rareza en el resto del país, signado por costumbres y tratos cotidianos ciertamente diferentes y en donde, sin embargo (o precisamente por eso), en la mayor parte de los casos los títulos son tan perfectos como en las zonas metropolitanas.

11. Alterini, Jorge Horacio, "La seguridad jurídica y las incertidumbres en la usucapión de inmuebles", LL 2008-D-867.

De la conjunción de los artículos 1903 y 1914 se interpreta *iuris tantum* que, trátese de título suficiente o de justo título, la posesión se inicia en la fecha de estos. La diferencia fundamental con el actual 4003 es que este, para llegar a una conclusión semejante, exige demostrar la posesión en el momento de invocar esa presunción. Quizá pueda establecerse un nuevo vínculo, ahora entre ambos artículos proyectados y el 1930, que establece que quien pruebe haber ejercido la relación real en un momento anterior y pruebe ejercerla ahora, tiene a su favor la presunción (también *iuris tantum*) de haberla mantenido "durante el tiempo intermedio".

Tomando partido en controversias seculares, se estipula que tendrá efecto retroactivo la sentencia declarativa de prescripción adquisitiva breve y no la tendrá la de la larga, pero deberá indicar la fecha en la cual se produjo la adquisición. En el proceso de esta última, además, deberá de oficio disponerse la anotación de litis, en norma procesal que seguramente será resistida desde interpretaciones de óptica constitucional.

- *Decisión judicial*

Extendiendo la actual norma del 2818 para el usufructo, el proyectado 1896 señala que la constitución o la imposición de la constitución de un derecho real solo podrá ser dispuesta por el juez si una disposición legal así lo admite.

- *Transmisibilidad*

Se reputan transmisibles todos los derechos reales, salvo disposición contraria. Respecto al usufructo, la aparente innovación de su enajenabilidad no es tal, como lo desarrollamos en el capítulo respectivo.

- *Extinción*

Se incorporan causales de extinción de todos los derechos reales, en técnica reclamada por los autores, haciendo la adecuada salvedad de los medios extintivos de todos los derechos patrimoniales y los específicos de algunos derechos reales.

RELACIONES REALES Y SU DEFENSA

Marcelo E. Urbaneja

Las relaciones reales, ahora con la denominación "relaciones de poder", abarcan el título II del Libro Cuarto. Se tratan desde el artículo 1908 hasta el 1940, período dividido en tres capítulos, "disposiciones generales", "adquisición, ejercicio, conservación y extinción" y "efectos de las relaciones de poder".

En cuanto a la defensa de esas relaciones, a diferencia del método del Código vigente, se determina su régimen por un título conjunto con la defensa de los derechos reales, ubicado luego del tratamiento de todos los derechos reales. Se trata del título XIV, "De las acciones posesorias y las acciones reales" (artículos 2238 al 2276), que destina su primer capítulo (artículos 2238 al 2246) a las "defensas de la posesión y la tenencia".

Una visión de conjunto mueve a ponderar como característica más relevante la notoria reducción del número de artículos actualmente en vigor, con el manifiesto propósito de sintetizar, aclarar y ordenar los preceptos de institutos de abordaje siempre tortuoso.

1) Terminología, enumeración y normas generales

Se reemplazan las denominaciones más tradicionales como "relaciones de hecho" o "relaciones reales" (esta última más rigurosa y difundida, y utilizada en el Proyecto de 1998) por la de "relaciones de poder", sustentando la innovación en el equívoco que, según los fundamentos, encarna la última mencionada sobre todo en Europa. Más allá de no resultarnos convincente esa justificación, por cuanto también por esas latitudes esta terminología se distrae en imprecisiones y aclaraciones varias, el concepto de "poder" ha provocado la atención de autores como Molinario y Gatti, en reflexiones que (aunque disímiles entre sí) se nos antojan más científicas que la reforma propuesta[1].

A efectos de la claridad de un esbozo esquemático como el que aquí se propone, continuaremos refiriéndonos a las relaciones reales.

Fuera de este aspecto, en definitiva solo semántico e intrascendente en el terreno práctico, cuadra señalar la eliminación de la yuxtaposición como relación real. Según se indica en los fundamentos, no hay efectos jurídicos en las relaciones reales más allá de la posesión, la tenencia y los llamados "servidores de la posesión".

El grueso de la doctrina nacional coincide en la existencia actual de la yuxtaposición, más allá de no ser tratada orgánicamente en el Código Civil y, por lo tanto, discurrir sobre su alcance y

1. Molinario, Alberto Domingo, "La enseñanza de las potestades y relaciones jurídicas", Revista del Centro de Estudiantes de la Universidad del Salvador, "Aequitas", 1965; Gatti, Edmundo, *Derechos subjetivos (poderes y facultades) y relaciones jurídicas (absolutas y relativas)*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005.

distinción con la tenencia. El particular importa, en consecuencia, un apartamiento del pensamiento vigente y del Proyecto de 1998.

Se definen la posesión y la tenencia (artículos 1909 y 1910), sin eliminar de esta última la actual característica de representación respecto de la posesión, decisión que aplaudimos pese a opiniones aisladas en contrario.

Se establecen también una serie de presunciones que reiteran (aclarando y sintetizando) lo que la ley vigente o la interpretación doctrinaria y jurisprudencial tienen dispuesto.

Tampoco hay novedad en las disposiciones sobre el objeto, la concurrencia de relaciones reales excluyentes, la interversión y la innecesariedad de esgrimir título a la relación real (artículos 1912, 1913, 1915 y 1917).

En cuanto a la clasificación, se conserva el régimen vigente que pondera la legitimidad o no, la buena o mala fe y la existencia o inexistencia de vicios.

Una curiosidad: la conceptualización de la buena fe (artículo 1918) exhibe una vacilación gramatical que nunca se perdonó a Vélez Sarsfield, al emplearse el giro "es decir", para reiterar, con términos diversos, el mismo concepto.

La categoría de la posesión viciosa, que perdura en el Proyecto, fue objeto de ataques firmes desde un sector de la doctrina encabezado por J. H. Alterini[2], y como consecuencia no se plasmó en el Proyecto de 1998. Según los fundamentos, la Comisión ha considerado que no corresponde equiparar el tratamiento legal de quien (acaso por falta de diligencia) no ha completado los recaudos necesarios para adquirir un derecho, con el de quien, a sabiendas, quebranta la ley hurtando o violentando.

2) Adquisición, ejercicio, conservación y extinción

Se establece que se producirá la adquisición de la relación real por contacto con la cosa, por la posibilidad física de producirlo o por el ingreso al ámbito de custodia (artículo 1922), régimen idéntico al actual si se lo interpreta en función de los artículos 2384 y 2374 y su nota, conforme la mayoría doctrinaria con la que coincidimos. Se aclara también el aspecto de la capacidad (actualmente oscilando en diversas lecturas de los artículos 921 y 2392).

Se contemplan los medios de adquisición, destacándose la tradición y sus sucedáneos ("traditio brevi manu" y "constituto posesorio"), estos últimos con un tratamiento cuestionable que en el capítulo referido a la parte general hemos analizado.

Las modalidades de la tradición, sus requisitos y la enumeración de actos posesorios guardan semejanza con las previsiones actuales, salvo la cuestión de los efectos de la declaración de los otorgantes.

Se dispone ahora (artículo 1924 *in fine*) que los actos materiales "no se suplen, con relación a terceros, por la mera declaración del que entrega de darla a quien la recibe, o de este de recibirla". En suma, se adoptó la añeja tesis de Salvat, que para la doctrina contemporánea dominante, fundamentalmente a partir de cierta jurisprudencia, es la que resulta hoy aplicable.

El texto de la segunda oración del actual artículo 2378 autoriza, a nuestro juicio, una lectura distinta, ya que precisamente no surge de su texto un disvalor de la declaración del adquirente. Hace tiempo hicimos notar que la redacción de Vélez Sarsfield no era antojadiza ni equívoca, y por eso no tenía que ser "interpretada", sino simplemente aplicada. El régimen resultante guarda coherencia absoluta con principios elementales: si la obligación no puede tenerse por extinguida por manifestación del deudor, sino del acreedor, tampoco puede tenerse por cumplida la tradición por manifestación del transmitente (deudor), pero sí por la del adquirente (acreedor). Remitimos a ese aporte para el desa-

2. Alterini, Jorge Horacio, "Inconsistencia y esterilidad de la categoría de la posesión viciosa", comunicación efectuada en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales en la sesión privada del 11/12/2003, publicada por la misma institución, 01/01/2004, 1.

rrollo completo de la idea[3], que la sugirió primitivamente el maestro Carlos Alberto Pelosi, máximo exponente del Derecho Notarial argentino e imprescindible autoridad de la materia a nivel mundial.

En punto a la extinción de las relaciones reales también se reproduce conceptualmente el régimen vigente en los artículos 1929 y 1931, excluyéndose la colocación de la cosa fuera del comercio, armonizando con lo dispuesto sobre el objeto de los derechos reales.

3) Efectos de las relaciones reales

En torno a este siempre complejo tema, la innovación más ostensible, que también se encontraba en el Proyecto de 1998, es la de haber regulado con la minuciosidad y claridad necesaria los conceptos y clasificaciones de los frutos y las mejoras.

Como se indica en los fundamentos, la relevancia de estos preceptos trasciende a otros institutos distintos a las relaciones de poder, y con esa mirada se han regulado.

Así, se distinguen el fruto percibido y el pendiente, con adaptaciones para extender los conceptos a los frutos civiles (el devengado y cobrado se considera percibido; el devengado y no cobrado se considera pendiente).

También se distinguen las mejoras necesarias, útiles y suntuarias, adicionando a lo que hoy expresamente consigna nuestro Código Civil a las mejoras "de mero mantenimiento".

En dos preceptos (artículos 1932 y 1933) se han sintetizado, con diferencia de matices pero receptando en líneas generales el pensamiento en boga, lo relativo a los derechos y deberes inherentes a la posesión y a la tenencia (aunque el título que acompaña a ambos artículos solo refiere a la posesión).

La clasificación de las relaciones reales, enunciada en el capítulo anterior y a la cual ya hicimos referencia, encuentra aquí sus derivaciones prácticas, en materia de adquisición de frutos y productos, responsabilidad por destrucción e indemnización y pago de mejoras.

En cuanto al pago de impuestos, tasas y contribuciones y a la obligación de cerramiento, se atribuye al poseedor la satisfacción de ambos.

Los efectos propios de la tenencia también proponen con semejanza la normativa actual.

Resulta de interés destacar el artículo 1937, que proyecta parcialmente el contenido del vigente artículo 3266 con los actuales consensos acuñados en materia de "obligaciones reales". Se aclara que el sucesor particular, respecto de las obligaciones inherentes a la posesión, "responde solo con la cosa sobre la cual recae el derecho real".

No es coherente con la imprecisión que se atribuye al Código vigente el hecho que el Proyecto denomine "obligaciones" lo que en el artículo 1933 mencionó como "deberes".

Se añade en el mismo artículo 1937, concluyendo también con la disputa que comenzara con los conocidos estudios de Dalmiro Alsina Atienza en la década de 1960[4], que "el antecesor queda liberado, excepto estipulación o disposición legal".

4) Defensa de las relaciones reales

Frente al agobiante despliegue de artículos que reiteradas veces se superponen con otros y a las múltiples defensas ofrecidas por el régimen vigente, a veces diferenciadas con preciosismos académicos de difícil concreción, el Proyecto proporciona la necesaria sencillez que corresponde celebrar.

3. 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, septiembre-diciembre de 2007, páginas 765 a 786.

4. El primero de ellos fue "Introducción al estudio de las obligaciones 'propter rem'", JA 1960-II-40.

Evitando una de las dispersiones del Código de Vélez Sarsfield, todas las defensas se denominan aquí "acciones posesorias".

Se siguen las concepciones mayormente reclamadas desde la doctrina y los simposios jurídicos, a veces con lecturas *de lege data* y otras *de lege ferenda*.

Se consideran dos clases de lesiones a las relaciones reales, la turbación y el desapoderamiento, uno de los pocos aspectos que reproduce a grandes rasgos lo que hoy se halla en vigor.

Entre las nociones vagas del régimen actual a las que se aporta claridad, se dispone que si los hechos causan alguna de las lesiones comentadas se estará en presencia de la acción posesoria, aunque el demandado pretenda que no impugna la posesión, y que si los actos no se ejecutan con la intención de hacerse poseedor habrá acción de daños pero no posesoria (artículo 2238).

Se rechaza como principio general la llamada "justicia por mano propia" (artículo 2239), en armonía con el actual 2468, pero se admite la excepción de la "defensa extrajudicial" (artículo 2240), análogo al vigente 2470.

Las acciones proyectadas son la de despojo y la de mantener, que protegen contra el desapoderamiento y contra la turbación, respectivamente.

Superando un aspecto de la discusión actual en torno de los artículos 1132 y 2499 (fundamentalmente por el agregado del decreto-ley 17.711/1968), se establece que la acción de mantener comprende "la turbación producida por la amenaza fundada de sufrir un desapoderamiento y los actos que anuncian la inminente realización de una obra".

Luego se regula la cuestión de la prueba (2243), la conversión de la acción (2244) y la legitimación (2245), adoptándose básicamente las soluciones que la doctrina y la jurisprudencia reclamaban.

Resulta de interés destacar que, a estar al proyectado artículo 2246, el trámite se realizará por el proceso de conocimiento más abreviado que establezcan las leyes procesales "o el que determina el juez, atendiendo a las circunstancias del caso".

DOMINIO

Marcelo E. Urbaneja

El dominio se contempla en el período de artículos que va desde el 1941 al 1982, que conforman el título III, "Del dominio". Se divide en 4 capítulos: "disposiciones generales" (1941 a 1946), "modos especiales de adquisición del dominio" (1947 a 1963, subdividido en 5 secciones), "dominio imperfecto" (1964 a 1969) y "límites al dominio" (1970 a 1982).

1) Disposiciones generales (1941 a 1946)

En lugar de brindarse, como en el Código vigente, un concepto sobre este derecho real, el Proyecto ha preferido definir al dominio perfecto y al imperfecto separadamente.

Se individualiza al primero por sus facultades sobre la cosa, indicando que es aquel que otorga las tres clásicas prerrogativas de usar, gozar y disponer (material y jurídicamente). La presunción de tratarse de perfecto hasta que se demuestre lo contrario, expresamente establecida, resulta del consenso doctrinario vigente.

Expresamente se atribuyen los caracteres de exclusividad y perpetuidad (con el doble alcance de no extinguirse por el mero transcurso del tiempo ni por el no uso).

Las normas sobre imposibilidad de adquirir por un título lo que ya se adquirió por otro, facultad de exclusión de terceros y extensión del derecho a los accesorios (artículos 1943 *in fine*, 1944 y 1945, respectivamente), reproducen nociones conceptualmente análogas del derecho vigente. Como apuntamos en el capítulo respectivo debieron haber formado parte de las normas generales, ya que se aplican a todos los derechos reales.

Unificando y precisando los actuales artículos 2507 y 2661, se reputa imperfecto el dominio sujeto a condición o plazo resolutorios, o aquel que recaiga sobre una cosa gravada con cargas reales (es decir, en lenguaje de la doctrina y del Proyecto, derechos reales sobre cosa ajena).

2) Causas de adquisición (1947 a 1963)

- Apropiación

Se sintetiza la enumeración vigente y se esclarecen ciertas reglas, aunque estructuralmente perduren las ideas actuales. También existen disposiciones específicas para la caza, pesca y enjambres, disponiéndose respecto a los tesoros solo su apropiabilidad, que debe ser compaginada con la segunda sección (que a continuación consideramos).

- Tesoros

En 4 artículos mantiene en líneas generales la regulación actual, aclarando el concepto de tesoro y la posibilidad de estar oculto en un inmueble o también en un mueble. Se superan ciertas contradicciones parciales que provocaron discrepancias doctrinarias.

- Cosas perdidas

También se observa un tratamiento simplificado, que incorpora soluciones pregonadas por la doctrina y la jurisprudencia, mas conservando los principios rectores vigentes.

- Transformación

Tampoco se advierten innovaciones trascendentes, aunque se esclarecen ciertas consecuencias en materia indemnizatoria.

- Accesión de muebles

Se dispone en qué casos existe adquisición del dominio y cuál es el criterio rector para determinarlo ("mayor valor económico"), siempre que no haya hecho del hombre y sí haya imposibilidad de separación sin deterioro o gastos excesivos. Se conserva el condominio frente a la imposibilidad de establecer cuál de las cosas tenía mayor valor.

- Accesión de inmuebles

Sobre el aluvión y la avulsión, los artículos 1959 a 1961 mantienen igualmente las líneas interpretativas en vigor, pero precisando ideas que hoy deben buscarse en correlación de artículos o en fuentes consultadas por el codificador.

- Construcción, siembra y plantación

En el artículo 1962 se clarifican algunas de las reglas vigentes, pero algunas modificaciones provocan una imprecisión que debe repudiarse.

Así se advierte en los casos de construcción, siembra o plantación que alguien haga de mala fe en inmueble ajeno, puesto que se faculta al dueño de este a exigir la reposición de las cosas al estado anterior a costa del tercero, "a menos que la diferencia de valor sea importante, en cuyo caso debe el valor de los materiales y el trabajo".

La prohibición de exigir la restitución al estado anterior no puede sustentarse en la inasible noción de "una diferencia de valor importante". El adjetivo resulta tan maleable en su aplicación al caso de marras que implicará una multiplicación de procesos judiciales sobre el punto.

La regulación de las normas sobre derechos reales inmobiliarios debe propender a reducir al mínimo la intervención judicial, enmarcándola en la decisión de controversias sobre cuestiones de hecho. Esta tesitura es reclamada desde una concepción que pondere la estabilidad y previsibilidad necesarias en un ámbito espacio-temporal que vincula la tierra con valores afectivos y sociológicos que encuentran réplica fecunda en otros ordenamientos de países latinos.

Si este principio debe gobernar en general la solución a todas las problemáticas de la materia, debe acentuarse cuando, como aquí, estamos en presencia de un poseedor de mala fe, que a la postre aparecerá beneficiado por estas vaguedades terminológicas.

Pautas objetivas de otro orden o nociones semejantes a las vigentes redundarían en pos de la armonización del sistema, ya que siempre perdurará la noción del ejercicio abusivo de los derechos como pauta correctora que evaluará el juez.

El artículo 1963 llena lo que para buena parte de los autores es un vacío legal: la invasión del inmueble lindero ajeno cuando se construye sobre el propio. En función de la buena o mala fe del constructor y de la inmediatez o demora del reclamo del invadido se distinguen las facultades de exigir la demolición y la extensión de la indemnización.

En general se establece la solución que Highton sugería desde el libro y que parte de la jurisprudencia consagró, con importantes adhesiones.

3) Dominio imperfecto (1964 a 1969)

Se mantienen los 3 supuestos hoy vigentes, el revocable, el fiduciario y el desmembrado. Se indica que en el capítulo citado solo se regulará el revocable, por cuanto el fiduciario se ha contemplado junto con el contrato de fideicomiso, y el desmembrado "queda sujeto al régimen de la respectiva carga real que lo grava". La frase, objetable, mueve a interpretar que lo que se quiso significar es que las facultades del dueño se verán reducidas en función de cuáles sea el contenido de la carga real (derecho real sobre cosa ajena).

La regulación del dominio revocable guarda similitud con las propuestas doctrinarias que hace tiempo vienen abogando por aclarar ciertas nociones o cambiar algunas regulaciones.

Se indica que será revocable el dominio cuando se encuentre sometido a plazo o condición resolutorios, que podrán surgir del contrato que obre de causa fuente o de la ley. Se elimina, en consecuencia, la "cláusula legal implícita" que los actuales artículos 2663 y 2668 y la nota al 555 permiten interpretar como un instituto diferente a la condición resolutoria.

Se establece con claridad que no hay diferencia con el dominio perfecto en torno a facultades de su titular, pero que los actos realizados se revocarán retroactivamente de ocurrir el evento correspondiente (salvo que la ley o el contrato establezcan el efecto hacia el futuro o que se trate de cosas no registrables).

Hay dos modificaciones plausibles.

La primera, en el artículo 1968, es la readquisición del dominio perfecto por el antiguo dueño por el solo acaecimiento del plazo o la condición. No se exige, como el régimen vigente dispone y la doctrina critica, que se produzca la nueva tradición, invirtiendo los roles de *tradens* y *accipiens*. Sin embargo, hubiera sido de desear que con esta claridad se expresara la previsión normativa, y no que hubiera que colegirlo del título que acompaña al artículo y oblicuamente de la expresión de constituirse el titular revocado en "poseedor a nombre del dueño perfecto".

El otro cambio, tanto o más acertado que el anterior, es que los actos jurídicos que resultan inoponibles a quien readquiere el dominio por la revocación son todos y no solamente los de disposición, como en el texto del actual 2670. Es decir que la misma suerte corren los actos de administración, asimilación atendible por cuanto resulta un disvalor proteger con mayor énfasis al titular de un derecho personal que al de un derecho real (puesto que cualquiera sea el alcance que se atribuya a la distinción, cuanto menos la constitución de cualquier derecho real encarna un acto de disposición).

La regulación vigente es aisladamente justificada por algunos autores en que las locaciones (paradigma del acto de administración en materia inmobiliaria) se celebran en los ámbitos metropolitanos, casi por regla, sin la intervención de un profesional del derecho que verifique al menos la legitimación del locador. Pero es tal proceder el que debe combatirse, y no fomentarse a través de un amparo asimilable al de quien adquiere un derecho real (y que por eso mismo está sometido al cumplimiento de mayor cantidad de recaudos).

También debe saludarse el párrafo final del artículo 1965, que, con el propósito de poner fin a discrepancias doctrinales y jurisprudenciales, establece que, en caso de haberse estipulado una condición resolutoria, el transcurso de 10 años desde la fecha del título constitutivo del dominio imperfecto implica su transformación en perfecto ("debe quedar definitivamente establecido"). Esta consecuencia implica incorporar en estos casos un plazo como elemento esencial de origen legal, ya que la perfección del dominio se alcanzará por la sola circunstancia de no haberse producido el evento resolutorio (independientemente de habérsele establecido o no un plazo superior para tal acaecimiento).

4) Límites al dominio (1970 a 1982)

- Generalidades

La medular innovación consiste en la simplificación y esclarecimiento de la mayoría de los institutos actualmente en vigor, decisión que debe saludarse ante la farragosa y extenuante casuística de preceptos que conforman el tópico en el Código actual.

De menor entidad, pero también reclamado por la doctrina, es el cambio en la denominación, ahora "límites" en lugar del anterior "restricciones y límites". No obstante, esa voluntad de la Comisión, anunciada en los fundamentos, es traicionada ya en el primer artículo del capítulo (1970), que en su primer párrafo habla de "restricciones" y en el segundo de "límites".

Como principio general se mantiene la noción que Vélez Sarsfield plasmara en el artículo 2611 ("Las restricciones impuestas al dominio privado solo en el interés público están regidas por el derecho administrativo") y que se le reprochara enérgicamente por contradecirse con lo que a continuación regulara. Con el miraje que propone Gatti, que plenamente compartimos y que importa sencillamente leer *lo que dice* y no *lo que se interpreta* de la norma, el margen de la crítica se reduce considerablemente.

La remisión a las normas administrativas locales se limita a las relaciones de vecindad, a diferencia del Proyecto de 1998, dado que la Comisión reflexiona acertadamente en los fundamentos que las limitaciones a la disponibilidad jurídica (por su naturaleza) no pueden contener reglas subsidiarias de ese mismo carácter local.

- Cláusulas de inenajenabilidad

En relación a las cláusulas de inenajenabilidad, se condensa en un artículo (1972) la serie de principios y excepciones hoy dispersas, y sobre cuya interpretación nos hemos pronunciado con anterioridad[1]. Según la lectura que se hiciere del sistema en vigor se considerará que el ordenamiento proyectado modifica o conserva el régimen actual.

Sin embargo, entendemos que aunque ciertas controversias se han solucionado, se han creado nuevos interrogantes que cuentan con menos puntos de apoyo en los textos proyectados que los que hay en el vigente. Así sopesadas, las propuestas reformistas resultan netamente disvaliosas frente a las imperantes en nuestro derecho positivo, exhibiendo una desprolijidad desconcertante.

Según el Proyecto, en los actos a título oneroso solo tiene validez la prohibición de transmitir o constituir cualquier derecho real si se refiere a persona o personas determinadas. De no ser así, esa prohibición es nula. Hasta aquí la norma presenta claridad.

1. Urbaneja, Marcelo Eduardo, "Las prohibiciones de enajenar y los efectos de su violación en materia inmobiliaria, con especial referencia a la oponibilidad a terceros y al dominio fiduciario", en *Estudios de Derechos Reales*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2011-IV, fascículo 4, páginas 74 a 83.

Respecto de los actos a título gratuito se dispone que "todas las cláusulas señaladas en el primer párrafo son válidas si su plazo no excede de diez (10) años". Si se recurre a la interpretación literal, habría que concluir que se admite la prohibición genérica (vedada para los actos a título oneroso) solamente por 10 años. Pero también tendría este límite temporal la prohibición a persona/s determinada/s, que en cambio en los actos a título oneroso se puede establecer sin plazo máximo.

Suponemos que se quiso significar que "todas las cláusulas *inválidas* señaladas en el primer párrafo" serán admitidas por el lapso indicado, y así debería estar redactado el artículo. De este modo, en los actos a título gratuito se admitiría sin límite la prohibición de enajenar a persona/s determinada/s, y solo hasta 10 años la prohibición de enajenar genérica o absoluta (es decir, sin individualizar destinatarios).

En aspecto que cuenta con doctrina y jurisprudencia concordante pero que no surge expresamente del Código Civil en vigor, se estipula que la ausencia de plazo, el plazo incierto o el superior a 10 años se interpretarán establecidos por ese máximo.

Genera serios interrogantes la frase que indica que "es renovable de manera expresa por un lapso que no exceda de diez (10) años contados desde que se estableció". Por lo que a continuación decimos, pareciera que se han extendido aquí las soluciones pensadas para las cláusulas de indivisión del condominio, idea que ha repercutido negativamente en la claridad de la disposición legal.

La primera inquietud reside en saber si lo que se pretendió establecer es que podrá renovarse la prohibición cuantas veces se quiera, pero en ningún caso superar el plazo de 10 años *desde su primera imposición*, o que esos 10 años deben computarse *desde cada renovación*, por lo que no habría una fecha que, *ab initio*, pudiera computarse como de segura finalización de la prohibición. La orientación de la doctrina en general, los principios hoy en boga y el presumible sentir de la Comisión hacen sugerible la primera alternativa; la interpretación literal del artículo, no obstante, sugiere la segunda.

La segunda vacilación que exhibe la frase indicada se presenta en el giro gramatical "es renovable", dado que no se señala si esa renovación corresponde estipularla solo al transmitente (lo que podría ser razonable en los actos a título gratuito pero no en los onerosos) o a ambos. Nuevamente debemos recurrir a lecturas finalistas que mientan argumentos de peso semejante, cuando podría haberse evitado una controversia tan innecesaria.

Se impone, por último, la invalidez de las prohibiciones que afecten las porciones legítimas o impliquen una sustitución fideicomisaria.

El artículo guarda silencio, y por eso genera interrogantes, sobre la suerte de las prohibiciones que no se estipulen en el mismo acto jurídico de adquisición sino posteriormente, a la manera de las antiguas "inhibiciones voluntarias". No dudamos de la ineficacia de estas para generar la invalidez de los actos que las desconozcan, pero tampoco de la acción por daños y perjuicios que le corresponde al acreedor, ambas conclusiones compartidas por la generalidad de la doctrina y la jurisprudencia según el texto del actual 2612. Ante la falta de disposición que admita la acción por daños y perjuicios frente a la violación de cláusulas prohibitivas genéricas (como surge de la parte final del artículo vigente citado), debe entenderse que estas prohibiciones "autónomas" (léase desvinculadas del acto jurídico de adquisición) carecen de efecto alguno.

Por último, el artículo proyectado tampoco se pronuncia sobre la suerte de los actos violatorios de las cláusulas prohibitivas (naturalmente cuando ellas son admitidas según las reglas vistas). No dudamos en que corresponde la nulidad, en consonancia con la respuesta que actualmente se brinda a la misma problemática.

- Otras limitaciones

Con las ya apuntadas simplificaciones y adecuaciones, se conserva el grueso de las limitaciones vigentes (así: aguas, luces y vistas, plantas, instalaciones para obras en inmuebles vecinos).

Luce llamativo el mantenimiento del camino de sirga, a la luz de las furibundas censuras de que fuera objeto desde su misma sanción por parte de una doctrina cuasi unánime. Como hicimos notar

en el análisis de otros institutos del Proyecto, la decisión de la Comisión reformadora implica admitir que, como en la mayoría de las oportunidades, el fino criterio jurídico de Vélez Sarsfield superó a sus críticos.

También destacamos que en los fundamentos, la Comisión ha ponderado la utilidad de reiterar los principales conceptos de las inmisiones (artículo 1973), vertidos hoy en el artículo 2618 con la profunda modificación que le imprimiera el decreto-ley 17.711/1968. Sustentan la decisión en la aplicación relativamente pacífica que doctrina y jurisprudencia reconocieron en la disposición vigente.

CONDOMINIO

Manuel H. Castro Hernández e Ignacio de Garay Lanús

Este derecho real no sufre cambios radicales sobre el Código de Vélez, en razón de lo cual, su aplicación en los hechos no habrá de producir dificultades mayores, como tampoco resultan de un estudio preliminar, que es el propósito de estas observaciones.

Por cierto se deja a salvo –luego se encarará– la inexistencia del condominio por confusión de límites, tema en el que se adelanta aquí nuestra divergencia.

Es así que en los fundamentos del Anteproyecto que ha pasado a la consideración legislativa se afirma el mantenimiento de la terminología actual, y la mayor parte e los criterios de Vélez Sarsfield. Por tanto nuestra opinión general sobre el modo de encarar el condominio es favorable, y algunos aspectos han ganado en precisión y no merecen críticas sustanciales, lo que no implica que hayan de señalarse algunas observaciones en los aspectos que podrán o no ser tomados en cuenta, y que no atacan en lo sustancial lo que este Anteproyecto aporta a nuestra juridicidad.

Es así que la definición que brinda el nuevo artículo 1983, en consonancia con la menor cantidad de artículos del título (solo 31 en lugar de los actuales 82), es similar a la que contiene el actual artículo 2673. La primera frase se muestra como fruto de mayor precisión en las palabras empleadas, pues aclara antes que nada que la propiedad recae sobre una cosa, en lugar de señalar, como ahora, primero la pertenencia a varias personas. Es mejor, pero no se innova sustancialmente. En cambio, tiene un agregado de importancia sobre la igualdad de las partes, salvo disposición legal o del origen, lo cual, en la redacción de Vélez recién surge del art. 2708 y lo hace indirectamente refiriéndose a valores y dentro del capítulo dedicado a la administración.

Las aplicaciones subsidiarias (salvo ley o convención) lo son a las comuniones de derechos reales u otros bienes, con lo que el actual artículo 2674 está suprimido, y la aplicabilidad de las normas del condominio surge clara para tales comuniones, con las mencionadas salvedades.

Por lo demás, erigen las normas relativas al dominio en normas supletorias, en la parte final del nuevo artículo 1984.

En ambos casos nos parecen acertadas las respectivas normas tomadas como supletorias.

De inmediato, el nuevo artículo 1985 se refiere al destino de la cosa que surge de la convención, de su naturaleza o del uso que tenía de hecho. Es entonces preferible su tratamiento dentro de estas *disposiciones generales* (capítulo I), y no como lo es el régimen vigente, dentro de la indivisión forzosa (capítulo II), en el artículo 2713.

El Anteproyecto, en su artículo 1986, dentro de las mismas *disposiciones generales* se refiere al uso y goce de la cosa, respetando su destino, sin deteriorarla ni obstaculizar los análogos derechos de los restantes condóminos. Esto queda establecido claramente, en lugar de las actuales disposiciones que, para llegar a análogos resultados deben deducirse *a contrario sensu*, de prohibiciones contenidas en los artículos 2681 y 2681, y solo afirmativamente en el artículo 2684. Es este un ejemplo más de lo que hemos afirmado sobre la positiva disminución del número de normas ahora propuesto y, es

necesario subrayarlo, de la existencia de este capítulo I que contiene disposiciones generales, que por eso mismo tienen aplicación salvo las apuntadas excepciones.

Es elogiable que dentro de ese capítulo I se traten los convenios de uso y goce y los de uso y goce excluyente (arts. 1987 y 1988), posibilitando claramente que puedan recaer sobre determinadas partes materiales, y también que el uso y goce excluyente en medida mayor o calidad distinta a lo convenido recién da derecho a indemnización los otros condóminos, a partir de la oposición fehaciente de alguno de ellos, y solo a favor de quien notificó su voluntad, y no los restantes.

Se pasan a considerar las facultades (de los condóminos) sobre la cuotaparte indivisa, es decir sobre aquello que forma parte de su patrimonio y que, por ende son ahora y en Anteproyecto bien amplias, por cierto. El artículo 1989 del Anteproyecto habla de su enajenación y gravamen sin asentimiento de los restantes y se refiere al derecho de sus acreedores a embargarla y ejecutarla sin esperar el resultado de la partición, **que les es inoponible.** Se ha realizado una feliz síntesis de los actuales artículos 2676 y ss. Por lo demás, con acierto, se agrega tal inoponibilidad, y el acrecentamiento que supone la renuncia del condómino a los restantes.

El artículo 1990 impide la disposición material o jurídica de la cosa o parte de ella, y abre tal posibilidad con el acuerdo de todos, de acuerdo con el actual artículo 2680. Sin embargo, el mencionado artículo 1990 posibilita a cada condómino efectuar reformas necesarias y útiles, a su costa en este último caso. En cuanto a los gastos, el artículo 1991 sostiene que cabe el reembolso en caso de gastos de conservación y de mejoras necesarias, tanto en su totalidad cuanto lo pagado por exceso, impidiéndole la liberación mediante la renuncia al derecho, con lo que deroga el actual artículo 2685 *in fine*, y concordando con lo dispuesto por el artículo 18 de la ley 13.512 de Propiedad Horizontal. El artículo 1991 hace correr intereses *ipso iure* desde la fecha de pago – lo que no está claro en el actual artículo 2686. En cambio, parece derogado el derecho de retención que reconoce esa norma en el Código actual.

Tocante al artículo 1992, se está reproduciendo el actual artículo 2687, lo que no podría ser de otro modo si tomamos en cuenta el tradicional concepto de *obligación* como vínculo jurídico entre acreedor y deudor (*obligatio est juris vinculum quo necessitate adstringimur alicujus solvendae rei secundum nostrae civitatis jura*[1]) conservando el derecho a reembolso que ya tenía el artículo 2687. El artículo 1992 es igual en cuanto a la división igualitaria si no hay expresión de cada porcentual ni estipulación solidaria. Se observa que el artículo 1992 resume en esa única norma dos del actual (arts. 2687 y 2688).

La administración de la cosa común se resuelve en tres artículos (1993/5). En el primero están las causas para poner en administración, y *brevitatis causae*, fuera de una mayor claridad no formulamos observaciones.

El artículo 1994 se dedica al funcionamiento de la asamblea, que debe notificarse con anticipación y fehacientemente y donde las resoluciones se toman por mayoría absoluta según valores de sus partes indivisas y obliga a todos; si empatan: decide la suerte. Cambia la rigurosidad del actual artículo 2705. Queda limitado el derecho a veto que, por imperio de los actuales artículos 2699 y 2703 podía ejercerse simplemente no integrando el quórum de *todos*, consagrada en el Código vigente.

Los frutos se reparten proporcionalmente a las cuotapartes según el nuevo artículo 1995, coincidiendo con los anteriores artículos 2707/8.

1. Justiniano, "Institutas", Libro 3º, Título 13, "Proemio".

Partición del condominio

Señala el art. 2698 del Código Civil que: "*Las reglas relativas a la división de las sucesiones, a la manera de hacerla y a los efectos que produce, deben aplicarse a la división de cosas particulares*". En tal sentido, el mentado Proyecto mantiene la idea originaria del Codificador, sosteniendo en el art. 1996 que rigen en materia de partición del condominio las reglas de la división de la herencia.

En relación al derecho de peticionar la partición, el Anteproyecto en su artículo 1997, mantiene el principio esbozado por Vélez en torno a la facultad de cada condómino de solicitar, en cualquier momento, la división de aquel, tal como lo señala el art. 2692 CC, refrendando que el principio general es el condominio sin indivisión forzosa, salvo los casos legalmente previstos.

Asimismo, se consagra la imprescriptibilidad de la acción de división de condominio, siguiendo la línea trazada por el art. 4017 inc. 3º de nuestro ordenamiento civil.

Resulta lógico que si uno de los condóminos viene a ser con posterioridad propietario de toda la cosa, se entienda que hay partición en tal sentido. La cuestión no admite la menor vacilación, y serán las reglas del dominio las que comiencen a aplicarse.

Condominio con indivisión forzosa temporaria

El artículo 1999 del Anteproyecto fija una regla que no es más que el fiel reflejo de la previsión impuesta por el art. 2693 CC, cuando sostiene que "l*os condóminos no pueden renunciar de una manera indefinida el derecho de pedir la división…"*. Del juego de estos artículos, y en igual sentido el artículo 1940 del Anteproyecto de 1998, se desprende la idea de que el condominio no está destinado a durar de por vida, y de alguna manera llevan en su génesis el germen de su defunción.

Siendo este el principio general, no quedan al margen del tratamiento las excepciones que le son propias. Se prevé la posibilidad de convenir por parte de los condóminos la indivisión del condominio, pero siempre atado a un límite temporal. Esto es lo que resuelve el art. 2693 in fine del Código Civil en su redacción actual, al sostener que *"…pero les es permitido convenir en la suspensión de la división por un término que no exceda de cinco años, y de renovar este convenio todas la veces que lo juzguen conveniente"*.

Si bien la estructura resulta semejante, varía el plazo por el cual se puede mantener tal indivisión, ampliándolo el artículo 2000 de cinco a diez años.

Vale recordar en tal sentido que la ley 14.394 en sus arts. 51 a 55 ha previsto la posibilidad de imponer una cláusula de indivisión sobre bienes de origen hereditario, estableciendo un plazo similar al fijado en el Proyecto, es decir, de diez años.

Sin embargo, el artículo 5º de la ley de derogaciones (complementaria del mentado Anteproyecto) dispone la derogación de la ley 14.394. Vale resaltar que en los Fundamentos del Anteproyecto se guarda silencio en torno al motivo de tal derogación.

La cuestión pasa a tratarse en el Libro Quinto (De la transmisión de derechos por causa de muerte), Título VI (Del estado de indivisión), Capítulo 2 (Indivisión forzosa), en los arts. 2330 a 2334.

Las previsiones del artículo 51 ley 14.394 se mantienen conforme el artículo 2330 del Anteproyecto (Indivisión impuesta por el testador), con el agregado de que tal cláusula de indivisión puede recaer sobre un bien determinado del testador, un establecimiento comercial, industrial, agrícola, ganadero, minero, o cualquier otro que constituya una unidad económica, y sobre las "*…partes sociales, cuotas o acciones de la sociedad de la cual es principal socio o accionista…"*.

En torno a lo previsto por el artículo 52 ley 14.394, se mantiene la idea originaria en el artículo 2331 (Pacto de indivisión), incorporando a aquel las ideas del artículo 54 de la mentada ley, que gira en torno a la publicidad del pacto de indivisión, sosteniendo que el mismo debe ser inscripto en el respectivo registro si se trata de bienes registrables a los fines de su publicidad.

Uno de los cambios más significativos en torno a la cuestión bajo análisis la constituye la disposición del artículo 2332, bajo el rótulo "Oposición del cónyuge".

En la primera parte de la redacción mantiene la posibilidad que se le otorgaba al cónyuge supérstite de peticionar la indivisión por un máximo de hasta 10 años sobre cualquier establecimiento de los enumerados siempre que hubiese formado parte de este, bastando que haya participado activamente en su explotación, ampliando así el ámbito protectorio al cónyuge supérstite. A ello se le agrega, en consonancia con el art. 2330, la posibilidad de extender tal indivisión sobre las cuotas, partes o acciones de una sociedad.

El plazo establecido puede ser prorrogado judicialmente a petición del cónyuge supérstite, y extenderlo hasta el momento de su fallecimiento.

A ello, se agrega que tal indivisión será viable siempre y cuando ese establecimiento o las distintas partes, cuotas o acciones societarias puedan serle adjudicados en su lote al momento de la partición.

Se mantiene el régimen de la administración, otorgando aquella al cónyuge sobreviviente. Lo mismo ocurre en caso de que por causas graves o de manifiesta utilidad económica se peticione el cese de la indivisión judicialmente. En tal caso será el juez quien, previa evaluación de la situación planteada, decidirá sobre la suerte de la misma.

Por último, y torno la posibilidad de solicitar que la casa habitación que ha constituido el hogar conyugal y residencia habitual de los cónyuges al fallecimiento del causante sea excluida de la partición, se mantiene su base aunque con el agregado de que en caso de que la misma pueda ser adjudicada en lote al cónyuge sobreviviente, tal petición no tendrá asidero. A más, si los herederos demostrasen que el cónyuge sobreviviente dispone de otros bienes que puedan procurarle vivienda suficiente para sus necesidades, aquellos podrán solicitar el cese de la indivisión.

A su vez, el heredero que encontrándose en circunstancias similares a las reseñadas en precedentemente, puede oponerse a la inclusión en la partición de aquel establecimiento que constituye unidad económica, debiendo acreditar que ha participado activamente en la explotación de la empresa con anterioridad a la muerte del causante.

El artículo 2334 es un reflejo de lo establecido en el artículo 55 de la ley 14.394, con el agregado de que los acreedores del causante podrán hacer valer sus créditos contra los bienes indivisos.

En relación a la denominada partición nociva, el artículo 2001 mantiene la base establecida en el artículo 2715 *in fine* del Código Civil, mas con un coto temporal que no puede exceder de los cinco años, renovable solamente una vez. Las causales establecidas para peticionar tal indivisión, si bien no estaban enumeradas expresamente en el artículo 2715, son aquellas que doctrinaria y jurisprudencialmente se aceptaban como válidas para justificar la misma.

Por su puesto, si mediare causa grave que justifique la petición de adelantar la partición, el juez tendrá aquella facultad previo examen de la cuestión tal como lo prevé, con buen tino, el artículo 2002.

Tanto en el caso en que se pacte una cláusula de indivisión o se anticipe la partición por los motivos expuestos "*ut supra*", solo producirá efectos frente a terceros desde su inscripción el en registro correspondiente, concordantemente con la previsión general del artículo 2505 de nuestro ordenamiento.

Condominio con indivisión forzosa perdurable

Siguiendo la directriz trazada por el Anteproyecto de 1998 se hace referencia al condominio de indivisión forzosa perdurable y no perpetua, como lo sostiene nuestro ordenamiento actual. La modificación ya había sido loada en su momento por cuanto el condominio, como se dijo, lleva consigo la semilla de su destrucción, y no está destinado a durar eternamente. El condominio tiende a prolongarse en el tiempo sin que ello implique perpetuidad.

Comienza este capítulo refiriéndose al condominio que pesa sobre accesorios indispensables al uso de dos o más heredades y sigue la línea argumentativa trazada por el artículo 2710 del Código Civil.

El uso de la cosa común deberá adecuarse a las necesidades del inmueble al que afecta y sin embarazar con su utilización el igual derecho que los demás condóminos tienen sobre ella.

Condominio sobre muros, cercos y fosos

El Proyecto de Unificación de Código Civil y Comercial elevado al Poder Legislativo incorpora dentro del Libro IV (De los derechos reales), Título IV (Del condominio), Capítulo V (Condominio con indivisión forzosa perdurable), Sección 2ª el condominio sobre muros cercos y fosos, manteniendo la idea originaria que recepta el código velezano.

Continuando con los lineamientos expuestos por el Proyecto del año 1998 en su artículo 1947, comienza realizando una clasificación de los muros tanto desde el aspecto físico como jurídico, nociones que no se encuentran expresamente previstas en el actual régimen del Código Civil. Ya el Anteproyecto de 1954 establecía que "*en esta materia, tan propicia a la discusión en el código vigente, es necesario dar definiciones legales, porque en gran parte los litigios se suscitan por la falta de claridad de las disposiciones en vigor* (nota al art. 1592)".[2]

Tal es así que el artículo 2006 del Proyecto se encarga de aportar tales definiciones, introduciendo los conceptos de muro de elevación y el muro enterrado que ya habían sido esbozados por el Anteproyecto de 1998.

Se mantiene vigente la idea del cerramiento forzoso y se establece la obligación de encerramiento en zonas urbanas y aledañas mediante la construcción de un muro o pared de no menos de tres metros de altura, sin especificación en cuanto a su grosor, y con la facultad de construcción encaballada de aquel, como ya lo hace el art. 2725 del ordenamiento actual y que concuerda con las previsiones del art. 1948 del Anteproyecto de 1998.

En relación al régimen de dominio de los muros, el art. 2009 establece el condominio funcional e inmediato en torno al muro de cerramiento forzoso (hasta los tres metros de altura) siguiendo, en alguna medida, aquella tesis expuesta por Tobal, por cuanto el mismo serviría inmediatamente al vecino a los fines de encerramiento. En cuanto al muro de elevación, la adquisición de la medianería por el colindante será viable a través de convención entre las partes o bien por vía de prescripción adquisitiva.

En materia de presunciones, los artículos 2010, 2011, 2012 y 2013 del Anteproyecto mantienen los lineamientos acogidos en el código velezano en cuanto a la titularidad de los muros, la exclusión de estas presunciones y las pruebas que sirven para mantenerlas o desvirtuarlas, en la misma línea por la que trasuntó el mentado Anteproyecto de 1998.

Refiriéndose a lo atinente al cobro de la medianería, establece que quien construyó un muro contiguo tiene derecho al reembolso por parte de su vecino de la mitad del valor del terreno, del muro y sus cimientos, y si el mismo se construyó encaballado, resulta lógico que solo tenga tal derecho sobre el muro y los cimientos, únicamente. Tal previsión no hace más que afirmar lo esbozado por el art. 2736 del Código Civil.

En caso de que encontrarse frente a un muro de elevación o u muro enterrado, el que lo haya construido tiene derecho al reclamo de la mitad del valor de aquel, pero solamente desde que se lo utilice efectivamente. Y el vecino que desee adquirir la medianería sobre aquellos muros, solo la adquirirá tal como esté construida.

Por su puesto que quien pretenda adquirir el muro medianero deberá hacerlo en toda su longitud, mientras que en caso de pretender la adquisición del muro de elevación, lo hará solo en la parte que efectivamente utilice, teniendo en cuenta el valor al momento de la mora, tal como lo sostiene el art. 2736 *in fine* CC, que toma en cuenta el momento de la interposición de la demanda o la constitución en mora.

Un tratamiento particular merece el análisis del momento en el cual comienza a correr el curso de la prescripción adquisitiva. Sostiene el artículo 2018 del Anteproyecto que en caso de encontrar-

2. LAFAILLE, Héctor – ALTERINI, Jorge Horacio, *"Tratado de los derechos reales"*, 2ª Ed. Actualizada y ampliada, Tomo III, Pág. 409, La Ley, 2010.

nos frente a un muro de cerramiento, la misma correrá desde su construcción, y si nos situamos frente a un muro de elevación, la misma comenzará a contar desde su efectiva utilización. Sabido es que la doctrina no ha sido pacífica en torno a esta cuestión, y de allí el mérito del Anteproyecto bajo análisis al establecer expresamente la respuesta a la cuestión planteada. Al margen quedará el análisis del acierto o no de la respuesta.

En cuanto a las facultades materiales que corresponden al condómino, se le permite ejercer todo tipo de construcción mientras la misma no afecte la solidez de aquel muro. Asimismo, puede prolongarlo en altura o profundidad sin que eso dé derecho a indemnización, siendo privativo el nuevo muro en su mayor extensión. Si de tal construcción se deriva perjuicio al otro condómino, este podrá solicitar su restitución al estado anterior.

Todo ello concuerda con las previsiones del art. 2730, 2731 y 2732 CC, que otorgan similares facultades mientras aquellas no importen un ejercicio irregular de ese derecho en consonancia con lo previsto por el artículo 1071 de nuestro ordenamiento.

En materia de reconstrucción del muro, el art. 2020 mantiene la idea plasmada por los arts. 2733 y ss. CC, otorgando la posibilidad de demoler el antiguo muro y construir uno nuevo más alto o más ancho debiendo tomar, quien construye, el excedente de terreno de su fundo. En materia de propiedad y derecho a indemnización, se mantienen las previsiones del código velezano.

En caso de realizarse reparaciones o construcciones en muro medianero, ambos condóminos están obligados a sufragar los gastos de aquello, en proporción a sus derechos sobre este. Así lo prescribe el art. 2021, en la misma sintonía en que lo hace el art. 2722 CC.

El Anteproyecto otorga la facultad al condómino de liberarse del pago de los gastos de conservación de la pared por el mero hecho de renunciar a la medianería, con las excepciones previstas a saber: que dicha pared no sea parte de una construcción que le pertenezca o que dicha reparación no haya sido producto de un hecho suyo, en consonancia con lo dispuesto por el art. 2723 CC.

Sin embargo, si mantiene su derecho sobre el muro de cerramiento, esta facultad abdicativa no correrá respecto del muro de elevación o enterrado.

Tal abdicación implicará, en los términos del art. 2022, el efecto de conferir la titularidad exclusiva del muro a su vecino, en armonía con lo prescripto por el art. 2724 CC.

Va de suyo que quien ha hecho abandono de la medianería, puede siempre volver a adquirirla sufragando los gastos en la forma antes descripta, y así lo sostiene el art. 2023.

El Anteproyecto regula asimismo la cuestión de la medianería en materia rural. Lógicamente se le otorga el derecho de levantar o excavar un muro para cerramiento, aunque no sea en los términos de lo que se ha denominado muro de cerramiento forzoso. Como contrapartida, debe abonar el valor que correspondiere a su vecino si cuando se asentare, su terreno ya se encontrare con un muro construido.

A diferencia con lo dispuesto por el art. 2743 CC, que presume la medianería del muro en fincas rurales, el art. 2025 del Anteproyecto lo eleva a la categoría de medianero desde su construcción, y otorgando a su constructor la facultad de solicitar a su vecino la mitad del valor de la construcción realizada.

Se mantiene asimismo la aplicación subsidiaria de las reglas propias de la medianería urbana en materia rural, tal como lo hacía el art. 2744. Así lo refleja el art. 2026 del Anteproyecto.

Por último, en relación al condominio sobre árboles o arbustos se mantiene la línea trazada por Vélez Sarsfield en el art. 2745 CC, pero con la modificación en torno a la presunción de medianería, la que es reemplazada directamente por su titularidad en caso de encontrarse aquel en cercos o zanjas medianeras, tal como lo prevé el artículo 2027.

Condominio por confusión de límites

Nuestro Código Civil trata el tema en el Capítulo IV del Título en estudio, en diez artículos (arts. 2746 a 2755). Allí encara, en el primero de ellos, la naturaleza jurídica de lo que denomina *condominio por confusión de límites*, reputando condóminos a quienes poseyeren terrenos colindantes con límites confundidos.

Bien ha señalado Lafaille[3], que pese a la cita de una Ley de Partida[4], y de romanistas (Marcadé, Zachariae y Maynz), en verdad la fuente ha sido Freitas (art. 4044), y se establece un condominio de origen legal, ya que no interviene otra voluntad que la ley, pero que carece de perpetuidad; más aún: en su propio texto y el de los artículos siguientes se advierte que está destinado a desaparecer, sea por acuerdo de partes sobre los límites definitivos, sea por decisión judicial dictada en la acción de deslinde, que se reglamenta con detalle en las restantes normas del mencionado capítulo.

Mientras no se establezcan esos límites, la ley dispone que exista entre los linderos ese condominio sobre el que cabe aplicar el artículo 2708, es decir reputándolo de partes iguales con cuya proporción se deben repartir los frutos.

La doctrina en general opina que Vélez pudo haber encontrado un camino más sencillo para el deslinde, sin necesidad de crear un criticable condominio. Sin duda, en el espíritu del Codificador pesaron los antecedentes romanos sobre la *actio finium regundorum* destinada al deslinde en esos caso, es decir determinando límites entre heredades contiguas cuando ellos fueran confusos.

Pero la mencionada acción era –en Roma– como destinada a dividir, con similitudes notorias con los casos de partición de herencia o *actio familiae erciscundae* o a la simple división de cosas comunes, conocida como *actio comuni dividendo*, porque podría dar lugar a una adjudicación efectuada por el juez "en el caso de que no pudiendo fijarse los límites de otra forma, fuese necesario dividir entre los dueños de las dos heredades las partes confundidas" (Salvat)[5].

Según este último autor, para los romanos la similitud entre las tres acciones que hemos nombrado, "serían para hacer cesar una comunidad de intereses formada por otra causa que una convención entre partes" (circunstancias fortuitas, liberalidades o la ley).

Señala el mismo autor la estrecha vinculación entre las tres acciones, claramente demostrada por los textos sucesivos del Digesto pero, citando a Maynz, es diferente la acción de deslinde que no produce la partición de cosas comunes, sino que se limita a reglar límites confusos. Pero Vélez, pese a la observación de Maynz, adopta la concepción romana que implica la afirmación de que los límites confusos entre heredades contiguas, crea entre los respectivos copropietarios una comunidad especial, a la que Vélez titula *condominio por confusión de límites* dedicándole detalladamente los diez artículos del Capítulo IV[6].

Existe acuerdo en que el origen del mismo es única y exclusivamente la ley, siendo uno de los supuestos que enumera el artículo 2675 como posible fuente de condominios.

Tanto Salvat, cuanto Lafaille, Bibiloni y los Proyectos de Reformas del Código recogen lo expresado sobre lo artificioso de crear este condominio legal, pues en realidad tenemos dos fundos distintos cuyos límites aparecen simplemente confusos. En la obra de Salvat, ya mencionada, se afirma que la sola existencia de la acción de deslinde sería suficiente, y que el artículo 2755 brinda una solución "que es un medio de zanjar la dificultad que el legislador ha podido adoptar por razones de justicia y equidad…pero que no basta para decir que allí haya habido condominio…(y una vez trazada la línea) la extensión de cada propiedad queda fijada hasta allí como contenido del título de cada propietario", y de allí cita la concordante opinión de Segovia[7].

No es propósito aquí el estudiar la detallada normativa del actual Capítulo IV, sino entrever una opinión sobre lo acertado o no del sistema que sigue el Anteproyecto de Código Civil de 2012.

De la normativa actual destacaremos: a) legitimación activa para promover el deslinde en situaciones que se detallan (art. 2749), acotando que le corresponde a todos aquellos titulares de derechos reales sobre un terreno contra el propietario del otro; b) contigüidad y confusión de dos predios

3. Op. cit. Número 1237.

4. Ley 10, Título 15, Partida 6ª.

5. SALVAT, Raymundo M., *"Tratado de derecho civil argentino. Derechos Reales"*, 4ª Edición, 1959, T III Nº 1439.

6. SALVAT, Raymundo M., ob cit., Nº 1440.

7. SEGOVIA, Lisandro, T. II, Nro 172, afirma "hay dominio incierto respecto de la zona dudosa, que establece una especie de condominio de hecho entre ellas, pero que difiere bajo más de un concepto del verdadero condominio que tiene siempre por objeto *partes ciertas* aunque indeterminadas".

rústicos, no urbanos[8], según el art. 2748; c) posibilidad de ejercerla contra el Estado si se trata de un bien de dominio privado (art. 2750); d) la buena fe en la posesión no mejora la posibilidad del que la ejerce (art. 2751); e) proporcionalidad de los gastos del deslinde según la extensión del terreno de cada uno (art. 2752), pero las mejoras de la línea separativa ya existente son comunes; f) el deslinde privado pero con intervención homologatoria del juez y escritura pública, acorde con el art. 1184 del Código actual que exige el cumplimiento de esta forma, está contemplado en el art. 2753; g) la judicial, con agrimensor (art. 2754).

Queda a salvo de la acción de deslinde, y atribuido por el Código a la acción reivindicatoria, cuando los límites son cuestionados o con mojones destruidos según el art. 2747, y allí el accionante intenta que se le devuelva el terreno "en cuya posesión estuviese el otro". Es decir, aquí habría cuestionamiento y no confusión.

Con una salvedad, que se explicitará *infra*, no hemos encontrado en el derecho comparado ese condominio explicable el Roma, pero poco sustentable en la opinión común. Consideramos una síntesis adecuada la opinión de un autor Venezolano quien afirma: "Entre comuneros – y si se otorga a la reivindicación los efectos normales que se describen en el caso del propietario singular -, la reivindicación representaría una negación virtual de los derechos de los copartícipes. Ello obedece al hecho de que la acción reivindicatoria se dirige a lograr un pronunciamiento judicial que ordena la restitución de la cosa al reivindicante, lo cual, fatalmente, aparejaría la negación del dominio proporcionalmente idéntico de los demás propietarios y la liquidación consecuencial de la comunidad. Por este motivo, la doctrina alude el calificativo "reivindicación" a la actividad procesal encaminada, no a forzar la entrega de la totalidad de la cosa al actor, sino al reconocimiento de los límites dentro de los cuales el poder del copropietario demandante ha de coexistir con el dominio ejercido por los copartícipes. Si bien la formulación y el mecanismo de la acción puede coincidir en sus rasgos esenciales con al reivindicatoria reconocida al propietario singular, objetivamente no puede tener otros efectos que los de una acción declarativa de derechos" [9].

Según parece, entonces, los Códigos que abrevaron en el francés no toman del derecho romano esta figura del condominio, doctrinalmente observable como tal, limitando la situación a las normas que fijan para el deslinde en casos de confusión.

La excepción la encontramos en el Código Civil del Paraguay que, sin duda por su origen en la legislación previa (Código de Vélez) trata en un Capítulo IV (similitud destacable) el *condominio por confusión de límites*, que se reproduce en nota al pie[10].

De las opiniones vertidas, y de la nuestra propia, podemos afirmar que no existen razones valederas para crear en estos casos un condominio por ley, que resulta artificioso e innecesario, pudiendo resolverse los casos que se plantean y que excedan el marco de la acción reivindicatoria, por la vía de una adecuada normativa sobre la acción de deslinde. No se afectaría tampoco la tradición romana de la *actio finium regundorum*, pues el tema se vería tratado autónomamente, pero descartando un condominio que, por definición, carecería del más mínimo consentimiento necesario para crearlo o para ejercer facultades propias de este derecho real, y tampoco recaería, mientras subsiste, sobre las abstracciones intelectuales que implica la existencia de cuotapartes indivisas o ideales que están en la esencia del condominio.

Cabe resaltar una crítica al Anteproyecto que, si bien no recae en su articulado en sí, incumbe a su exposición de motivos. En efecto, nada se dice en ella sobre la supresión de este Capítulo IV, y ello es observable por cuanto no parece baladí la mencionada supresión, abandonando una larga tradición,

8. Los Tribunales interpretan el concepto de rusticidad como *no edificados*, y no por la ubicación geográfica.

9. KAUMMEROW, Gert, "Bienes y Derechos Reales", Derecho Civil II, 4ª Ed. Caracas 1997.

10. Art.2124.- El propietario de terrenos cuyos límites estuvieren confundidos con los del fundo colindante, repútase condómino con el dueño de este, y tiene derecho para pedir que los límites confusos se investiguen y demarquen. Art.2125.- La acción de deslinde tiene por antecedente indispensable la contigüidad y confusión de dos predios rústicos. Ella no se da para dividir los predios urbanos. Art.2126.- Esta acción compete únicamente a los que tengan derechos reales sobre el terreno, contra el propietario del fundo contiguo. Art.2127.- Puede dirigirse contra el Estado respecto de los terrenos del dominio privado. El deslinde de los fundos del dominio público corresponde a la jurisdicción administrativa.

lo que debió merecer una advertencia que, incluso, hubiera facilitado su estudio e informaría sobre los plausibles motivos que los autores hayan tenido para tomar tal decisión que compartimos.

Encontramos el tema tratado en tres artículos del Anteproyecto (arts. 2266 a 2268)[11], en el Libro IV, dedicado a los Derechos Reales, Título XIV (Acciones Posesorias y Acciones Reales), Capítulo 2 (Defensas del Derecho Real), Sección 5ª, titulada "Acción de Deslinde". El primero de esos artículos, dedicado a la finalidad de esta acción, comienza con los presupuestos que hacen viable la misma. Así: a) inmuebles contiguos; b) estado de sobre la línea divisoria, nunca , reservando la reivindicatoria para este último caso. Sigue con el objeto mismo: fijarla de manera cierta. El cómo hacerlo: a) investigación de títulos y antecedentes; b) demarcación en el terreno. No es difícil relacionarlo con los actuales artículos 2746, 2747 y 2748.

El artículo 2267 otorga similar legitimación activa y pasiva que el actual artículo 12749, y la última parte de aquel reproduce el artículo 2750. Además, el artículo 2268 aclara la importancia de los aportes de las partes, y deja al juez la posibilidad de decidir ponderando esos diversos aportes, y termina facultando al magistrado para sentenciar según, con fundamentos, lo considere adecuado, cono lo que le reserva el amplio margen del actual artículo 2755. Se ha limitado la cantidad de normas y evitado, a la vez, el condominio de origen legal de Vélez, adoptando así el camino que transitan la doctrina y legislación comparada actual.

11. ARTÍCULO 2266.- Finalidad de la acción de deslinde. Cuando existe estado de incertidumbre acerca del lugar exacto por donde debe pasar la línea divisoria entre inmuebles contiguos, la acción de deslinde permite fijarla de manera cierta, previa investigación fundada en títulos y antecedentes, y demarcar el límite en el terreno. No procede acción de deslinde sino reivindicatoria cuando no existe incertidumbre sino cuestionamiento de los límites. ARTÍCULO 2267.- Legitimación activa y pasiva. El titular de un derecho real sobre un inmueble no separado de otro por edificios, muros, cercas u obras permanentes, puede exigir de los colindantes, que concurran con él a fijar mojones desaparecidos o removidos o demarcar de otro modo el límite divisorio. Puede citarse a los demás poseedores que lo sean a título de derechos reales, para que intervengan en el juicio. La acción puede dirigirse contra el Estado cuando se trata de bienes privados. El deslinde de los bienes de dominio público corresponde a la jurisdicción administrativa. ARTÍCULO 2268.- Prueba y sentencia. Cada una de las partes debe aportar títulos y antecedentes a efectos de probar la extensión de los respectivos derechos, en tanto el juez debe ponderar los diversos elementos para dictar sentencia en la que establece una línea separativa. Si no es posible determinarla por los vestigios de límites antiguos, por los títulos ni por la posesión, el juez debe distribuir la zona confusa entre los colindantes según, fundadamente, lo considere adecuado.

PROPIEDAD HORIZONTAL EN EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL DE 2012

Pablo M. Corna

El título VI del proyecto de 2012 regula el derecho real de Propiedad Horizontal entre los artículos 2037 al 2069, dividido en nueve capítulos, reemplazando a la ley 13.512 la que suprime el proyecto de ley específica de derogaciones.

Como antecedentes nacionales importantes posteriores a la sanción de la ley 13.512 tenemos

- el proyecto de Código Civil de 1954 que incorpora en los artículos 1606 a 1621 el texto de la ley 13.512
- Proyecto de la Comisión Federal de la Cámara de Diputados de 1993, que enumera el derecho de propiedad horizontal entre los artículos 3108 a 3152.
- El proyecto de código civil de 1998 regula este instituto entre los artículos 1972 a 2017.

El capítulo 1° del proyecto de 2012 se refiere a las Disposiciones generales y define el concepto de propiedad horizontal en el artículo 2037 de la siguiente manera:

*"Artículo 2037.- **Concepto.** La propiedad horizontal es el derecho real que se ejerce sobre un inmueble propio que otorga a su titular facultades de uso, goce y disposición material y jurídica que se ejercen sobre partes privativas y sobre partes comunes de un edificio, de conformidad con lo que establece este Título y el respectivo reglamento de propiedad y administración. Las diversas partes del inmueble así como las facultades que sobre ellas se tienen son interdependientes y conforman un todo no escindible".*

Esta norma tiene su antecedente en el artículo 1972 del proyecto de 1988, agregando en su parte final la interdependencia de las partes privativas y comunes entre sí, y que son inescindibles entre ellas.

Es una definición más precisa que la dada por el artículo 1° de la ley 13512 que dice. "Los distintos pisos de un edificio o distintos departamentos de un mismo piso o departamentos de un edificio de una sola planta, que sean independientes y que tengan salida a la vía pública directamente o por un pasaje común podrán pertenecer a propietarios distintos, de acuerdo a las disposiciones de esta ley. Cada piso o departamento puede pertenecer en condominio a más de una persona".

Se recoge la existencia de partes privativas del artículo 1° del la ley 13.512 que menciona a los departamentos o pisos de un edificio con salida independiente o a través de un pasillo común. El artículo 2° enumera las partes comunes que las considera en copropiedad con indivisión forzosa de los titulares del derecho real de propiedad horizontal. Debemos destacar que existe alguna doctrina que considera propietaria de las partes comunes al consorcio de propietarios como persona jurídica[1].

1. Leiva Fernández, Luis, en Derechos reales, de Héctor Lafille actualizado por Jorge H. Alterini. T° VI, página 94-95. Ed. La ley y Ediar, 2010.

El proyecto recoge el concepto de unidad funcional adoptado por la doctrina y aceptado por la jurisprudencia en el artículo 2039: "**Unidad funcional.** El derecho de propiedad horizontal se determina en la unidad funcional, que consiste en pisos, departamentos, locales u otros espacios susceptibles de aprovechamiento por su naturaleza o destino, que tengan independencia funcional, y comunicación con la vía pública, directamente o por un pasaje común.

La propiedad de la unidad funcional comprende la parte indivisa 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". Corresponde al artículo 1974 del proyecto de 1998. Cabe destacar, que cambia el término de "alícuota" del proyecto de 1998 por el de parte indivisa, por lo que indicaría que no recoge la teoría de la propiedad del consorcio de las partes comunes.

El artículo 2043 se refiere a las **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, son previstas como tales en el reglamento de propiedad y

administración, sin perjuicio de las restricciones que impone la convivencia

ordenada". La fuente de esta norma se encuentra en el artículo 1977 del proyecto de 1998.

Se adopta el criterio expuesto por la doctrina que la unidad funcional consiste en la utilización del "cubo de aire" limitado por partes comunes, como los tabiques divisorios de los departamentos, la losa del techo y del piso, el frente y el contra frente. Sin perjuicio de ello, el dueño tiene la propiedad del revestimiento interno de ellos, tabiques internos no portantes de carga, artefactos entre otros elementos, y aun el revestimiento de los balcones. Esto último podría llegar a ser excesivo, en los casos de no estar regulado en el reglamento de copropiedad, los titulares de las unidades funcionales puedan de esta manera romper la armonía del frente del edificio con colores disonantes.

En cuanto a las partes comunes, el artículo 2040 dice: **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 determinan en el reglamento de propiedad y administración. Las cosas y partes cuyo carácter de comunes o propias no está determinado, se consideran comunes. Sobre estas cosas y partes ningún propietario puede alegar derecho exclusivo, sin perjuicio de su afectación exclusiva a una o varias unidades funcionales. Cada propietario puede usar las cosas y partes comunes conforme a su destino, sin perjudicar o restringir los derechos de los otros propietarios".

El artículo 2041 enumera partes comunes al decir:" **Cosas y partes necesariamente comunes**. Son cosas y partes necesariamente comunes:

a) el terreno;
b) los pasillos, vías o elementos que comunican unidades entre sí y a estas 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;
f) las cañerías que conducen fluidos o energía en toda su extensión si están embutidas y los cableados hasta su ingreso en la unidad funcional;
g) los locales para alojamiento del encargado;
h) los ascensores, montacargas y escaleras mecánicas;
i) los muros exteriores y los divisorios de unidades entre sí y con cosas y partes comunes;
j) las instalaciones necesarias para el acceso y circulación de personas con discapacidad, fijas o móviles, externas a la unidad funcional, y las vías de evacuación alternativas para casos de siniestros;

k) todos los artefactos o instalaciones existentes para servicios de beneficio común. Esta enumeración tiene carácter enunciativo".

La fuente de esta norma la encontramos en el artículo 1976 del proyecto de 1998. Recibe en gran medida las recomendaciones de la doctrina que ya había receptado el proyecto antedicho. Podemos comentar que el inciso c) establece expresamente que son comunes "los techos, azoteas, terrazas y patios solares" a contrario de la ley 13512 en el artículo 2° in fine establece "Los sótanos y azoteas revestirán el carácter de comunes, salvo convención en contrario". Se suprime la opción que los sótanos y azoteas puedan constituirse como unidades funcionales o propiedad del titular del último piso o del propietario de planta baja. Pero ello no quita, que a pesar de ser común, se pueda dar en uso exclusivo de estos propietarios como serían los balcones conforme el inciso d) de la norma en estudio.

Mantiene los patios solares como la ley actual en propiedad común, pudiendo establecerse como de uso exclusivo.

El artículo 2042 del proyecto se refiere a cosas y partes comunes no indispensable mencionando en ellos, la piscina, el solárium , el gimnasio, el lavadero, el salón de usos múltiples, siendo esta enumeración de carácter enunciativo. La norma es superflua, porque si se señala cuales son las cosas necesariamente comunes queda a cargo del redactor del Reglamento dejarla como común o privativa a favor de todos o de algún grupo de consorcistas.

Consorcio. Su personalidad

El artículo 2044 se refiere al consorcio de propietarios siguiendo las pautas del artículo 1979 y 1981 del proyecto de 1998. A tal efecto el artículo mencionado del proyecto dice así:

"Artículo 2044.- **Consorcio.** El conjunto de los propietarios de las unidades funcionales constituye la persona jurídica consorcio. Tiene su domicilio en el inmueble. Sus órganos son la asamblea, el consejo de propietarios y el administrador.

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, inscripta en el registro inmobiliario".

El proyecto no transcribe el artículo 1980 el que se refería al patrimonio del consorcio, No hay ninguna duda que conforma el patrimonio el fondo de reserva, los créditos a cobrar a los copropietarios, a terceros. La duda se plantea si el reglamento le puede asignar unidades o si las puede adquirir, cuestión que era permitida en el artículo 1998 del proyecto anterior.

Constitución

Con respecto a la constitución de la propiedad horizontal el artículo 2038 establece: "**Constitución**: A los fines de la división jurídica del edificio, el titular de dominio o los condóminos deben redactar, por escritura pública, el reglamento de propiedad y administración, que debe inscribirse en el registro inmobiliario.

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

Este artículo tiene su antecedente directo en el artículo 1973 del proyecto de reforma del código civil de 1998, al que transcribe textualmente. Los fundamentos del artículo en la ley 13512 la tenemos en el artículo 9° primera parte de la misma que dice: "Al constituirse el consorcio de propietarios, deberá acordar y redactar un reglamento de copropiedad y administración por acto de escritura pública que se inscribirá en el Registro de la Propiedad. Dicho reglamento solo podrá modificarse por resolución de los propietarios, mediante una mayoría no menor de dos tercios.

Esta modificación deberá también consignarse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad". El decreto reglamentario N° 18743/49 autorizó a toda persona física o ideal a redactar el reglamento de copropiedad y administración salvando la falencia de la ley de propiedad horizontal.

Contenido del Reglamento de propiedad y administración

En el capítulo 4° del proyecto regula el reglamento de propiedad y administración en los artículo 2056 y 2057. El primero de ellos que tiene su fuente en el artículo 1998 ha sido ampliado pues cuenta con veintidós incisos, en cambio su fuente cuenta solo con doce de la misma especie. La norma en comentario dice así:

Artículo 2056: **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) composición del patrimonio del consorcio;
f) determinación de la parte proporcional indivisa de cada unidad.
g) determinación de la proporción en el pago de las expensas comunes;
h) uso y goce de las cosas y partes comunes;
i) uso y goce de los bienes del consorcio;
j) destino de las unidades funcionales;
k) destino de las partes comunes;
l) facultades especiales de las asambleas de propietarios;
m) determinación de la forma de convocar la reunión de propietarios y su periodicidad;
n) especificación de limitaciones a la cantidad de cartas poderes que puede detentar cada titular de unidad funcional para representar a otros en asambleas;
ñ) determinación de las mayorías necesarias para las distintas decisiones;
o) determinación de las mayorías necesarias para modificar el reglamento de propiedad y administración;
p) forma de computar las mayorías;
q) determinación de eventuales prohibiciones para la disposición o locación de unidades complementarias hacia terceros no propietarios;
r) designación, facultades y obligaciones especiales del administrador;
s) plazo de ejercicio de la función de administrador;
t) fijación del ejercicio financiero del consorcio;
u) facultades especiales del consejo de propietarios.

El proyecto trae innovaciones importantes con respecto al artículo 9° de la ley 13.512 y su decreto reglamentario N° 18.734/49 artículo 3°.

Podemos comentar entre las innovaciones salientes:

La determinación del terreno del inciso a) cumpliendo con el principio de especialidad en cuanto al objeto, la composición del patrimonio del consorcio y los elementos que la componen dado que se le da al mismo personería jurídica. Los incisos h) é i) se diferencian en cuanto al primero se refiere al uso y goce de los bienes que están en indivisión forzosa por ser comunes y el segundo de los bienes que haya adquirido el consorcio como persona jurídica. De ello se desprende que el proyecto se estaría inclinando por dar al consorcio persona jurídica con plena capacidad. El inciso ñ) se refiere a la determinación de las mayorías necesarias para las distintas decisiones del consorcio, debiéndose respetar las mayorías especiales que establece la ley las que pueden ser agravadas. El inciso q) es

importante porque establece la posibilidad de imponer prohibiciones o limitaciones a la disposición o locación de unidades complementarias hacia terceros no propietarios.

Con respecto al administrador, el inciso s) establece la obligación de poner un plazo al ejercicio de las funciones del administrador, lo que no existe en la ley 13.512 ni el decreto reglamentario. En el ámbito de la ciudad de Buenos Aires la ley local 941 estableció que en el caso que no tuviera plazo en el reglamento de copropiedad y administración el mismo sería de un año. Dicha ley es para el ámbito de la ciudad de Buenos Aires, por lo que en el resto del país se presentan serios problemas ante la designación de administradores originarios y la falta de vencimiento de su designación.

El inciso t) tiene también importancia porque fija el ejercicio financiero, debiéndose reflejar en el mismo el estado patrimonial y de resultados del consorcio, como su aprobación por parte de la Asamblea de Propietarios.

El inciso u) establece que se debe fijar las facultades especiales del consejo de administración, cuestión no menor, puesto que esta es una función importante que debe constar en el reglamento es la de reemplazo del administrador en caso de renuncia intempestiva o ausencia del administrador, sin perjuicio de las funciones de contralor que puede desempeñar este órgano.

Con respecto a la modificación del reglamento el proyecto establece que se requiere una mayoría no menor de los tercios pudiendo el reglamento agravarla, lo que señala el artículo 2057. No recoge lo sostenido por la doctrina y jurisprudencia que ante cambios que afecta el derecho de propiedad se requiere la unanimidad.

Facultades y obligaciones de los propietarios

El capítulo 2° del proyecto regula las facultades y obligaciones de los propietarios entre los artículos 2045 al 2050. En el mismo establece que cada propietario puede enajenar y gravar libremente su propiedad y constituir derechos personales sobre la misma (Artículo 2045 que tiene su fuente en el artículo 1982 del proyecto del 98). Las obligaciones surgen del artículo 2046, que tiene su fuente en el artículo 1987 del proyecto de 1987, que en gran medida son las mismas de la ley vigente. **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 expensas comunes ordinarias y extraordinarias en la proporción de su parte indivisa;
d) contribuir a la integración del fondo de reserva, si lo hay;
e) permitir el acceso a su unidad funcional para realizar reparaciones de cosas y partes comunes y de bienes del consorcio, como asimismo para verificar el funcionamiento de cocinas, calefones, estufas y otras cosas riesgosas o para controlar los trabajos de su instalación;
f) notificar fehacientemente al administrador su domicilio especial si opta por constituir uno diferente del de la unidad funcional".

Las prohibiciones las tenemos en el artículo 2047 del proyecto que transcribe el artículo 1987 del proyecto de 1998. Dichas prohibiciones tienen por objeto el prohibir el uso de la unidad contrario a la moral y buenas costumbres, uso diferente al establecido por el reglamento, no turbar la tranquilidad de los demás copropietarios que exceda la normal tolerancia, ejercer actividades que comprometan la seguridad del inmueble y depositar cosas peligrosas.

En caso de violación al reglamento, el artículo 2069 siguiendo al artículo 2014 del proyecto de 1998 establece: "En caso de violación por un propietario u ocupante de las prohibiciones establecidas en este Código o en el reglamento de propiedad y administración, y sin perjuicio de las demás acciones que corresponden, el consorcio o cualquier propietario afectado tienen acción para hacer cesar la infracción, la que debe sustanciarse por la vía procesal más breve de que dispone el ordenamiento

local. Si el infractor es un ocupante no propietario, puede ser desalojado en caso de reiteración de infracciones". El artículo 15 de la ley 13512 establecía la posibilidad del desalojo de un no propietario por parte del administrador o cualquier propietario, una multa a favor del fisco y hasta el arresto por 20 días, que podía volverse a aplicar en caso de desobediencia, porque no es una sanción penal sino disciplinaria. Así se había expedido la doctrina.

La norma del proyecto establece que tanto el administrador como un propietario puede accionar por el trámite más corto que prevea el código procesal local, que en ámbito de la ciudad de Buenos Aires es el trámite sumarísimo lo mismo en la Provincia de Buenos Aires. Si el que realiza la violación es un tenedor cabe el desalojo, si en cambio es un propietario puede decretarse otras medidas, como astreintes, multa entre otras. Como nada dice en este último caso como lo establecía el artículo 15 de la ley 13,512, dicho importe irá al consorcio si la acción la promueve el administrador o en su caso al propietario que la haya intentado.

Gastos y contribuciones

El proyecto también establece la obligación de pago de los gastos y contribuciones, tanto ordinarias como extraordinarias. Recepta los principios de la ley 13.512 como lo aconsejado por la doctrina y jurisprudencia y lo más importante legaliza en la ley de fondo el certificado de deuda expedido por el administrador reconociendo al mismo título ejecutivo, falencia existente en la ley actual y que han suplido los códigos procesales. Fuente de esta norma son los artículos 1990, 1991 y 1992 del proyecto de 1998.

El artículo 2050 extiende la obligación del pago de las expensas además de los propietarios a los titulares de derechos reales o personales que sean poseedores por cualquier título. Nos encontramos con una contradicción, los titulares de derechos personales son tenedores y no poseedores.

El artículo 2049 tiene su fundamento en el artículo 1991 del proyecto de 1998.

Establece que no se puede liberar el propietario por renuncia que haga a su derecho de propiedad, siguiendo los lineamientos de la legislación actual, tampoco pueden invocar defensas en derechos que tengan contra el consorcio, salvo compensación articulada por la vía correspondiente, es decir judicial o arbitral si así se ha pactado. También el reglamento puede eximir del pago de determinadas expensas aquellas unidades que no tengan acceso a determinados servicios o sectores del edificio que generan dichas erogaciones. Esto último va plantear gran número de juicios a través del intento de articular nulidades parciales del reglamento de propiedad.

Modificación de las cosas y partes comunes

El capítulo 3° del proyecto se refiere a las modificaciones de **las** cosas y partes comunes entre los artículos 2051 al 2055.

El artículo 2051 se refiere a las mejoras u obra nueva que requiere mayoría, norma que innova con respecto al artículo 7° de la ley 13.512, estableciendo la mayoría absoluta de los propietarios como obligatoria. También fija una mayor intervención del juez para autorizar las obras o suspenderlas si son excesivas, haciendo intervenir a un profesional mediante un informe técnico.

Al respecto dice la norma citada: **Mejora u obra nueva que requiere mayoría**. Para realizar mejoras u obras nuevas sobre cosas y partes comunes, los propietarios o el consorcio requieren consentimiento de la mayoría de los propietarios, previo informe técnico de un profesional autorizado.

Quien solicita la autorización si le es denegada, o la minoría afectada en su interés particular que se opone a la autorización si se concede, tienen acción para que el juez deje sin efecto la decisión de la asamblea. El juez debe evaluar si la mejora u obra nueva es de costo excesivo, contraria al reglamento o a la ley, y si afecta 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".

Con respecto a las mejoras u obra nueva que requiere unanimidad que gravite o modifique la estructura del inmueble de una manera sustancial, deberá realizarse con el acuerdo unánime de los copropietarios. También requerirá unanimidad la mejora u obra nueva sobre cosas y partes comunes en interés particular que solo beneficia a un propietario. La fuente es el artículo 1994 del proyecto de 1998.

La mejora u obra nueva en interés particular autorizada por el consorcio deberá el propietario soportar el pago del costo y los gastos de modificación del reglamento e inscripción, sigue el proyecto la doctrina de su fuente, el artículo 1995 del proyecto de 1998.

En las reparaciones urgentes se sigue los lineamientos de la ley 13.512 en que cualquier propietario puede realizarla en ausencia del administrador y del consejo de administración. Si el gasto es injustificado puede el consorcio negar el reintegro y hasta volver la obra al estado anterior a costa de quien lo hizo. Artículo 2054 que tiene su fuente en el artículo 1996 del proyecto de 1998.

Deterioro y destrucción del edificio

En caso de grave deterioro o destrucción del edificio la mayoría del valor puede decidir su demolición y la venta del terreno y de los materiales, la reparación o la reconstrucción. En este último caso si la minoría si no quiere contribuir puede resolver la venta de su parte a terceros que quieran continuar la obra, si no hay interesados, la mayoría puede comprarles. La fuente es el artículo 1997 del proyecto de 1998 con los siguientes cambios: el proyecto de 1998 establecía que si el costo de la reparación o reconstrucción no es excesivo la minoría esta obligada a contribuir, pero cualquiera de sus integrantes puede liberarse abandonando su parte a favor del consorcio.

La ley 13.512 en los artículos 12 y 16 establece los casos de destrucción parcial y vetustez, diciendo al respecto: Art. 12: " En caso de destrucción total o parcial de más de dos terceras partes del valor, cualquiera de los propietarios puede pedir la venta del terreno y materiales. Si la mayoría no lo resolviera así, podrá recurrirse a la autoridad judicial. Si la destrucción fuere menor, la mayoría puede obligar a la minoría a contribuir a la reconstrucción, quedando autorizada, en caso de negarse a ello dicha minoría, a adquirir la parte de esta, según valuación judicial". Habla de destrucción parcial de menos de dos tercios del edificio, la norma del proyecto habla de grave deterioro o destrucción del edificio, quedando la minoría en caso de no querer contribuir a vender en forma forzosa a la mayoría de acuerdo a valuación judicial. En caso de vetustez el artículo 16 dice de la ley 13.512; "En caso de vetustez del edificio, la mayoría que represente más de la mitad del valor podrá resolver la demolición y venta del terreno y materiales. Si resolviera la reconstrucción, la minoría no podrá ser obligada a contribuir a ella, pero la mayoría podrá adquirir la parte de los disconformes, según valuación judicial". En el artículo del proyecto se unifica en un solo concepto los casos de destrucción parcial y vetustez, como también que puede enajenar su parte a terceros la minoría disconforme. Pero no se aclara si no consiguen la venta a terceros, debe fijarse el precio que va pagar la mayoría a través de una valuación judicial, cuestión que seguramente va aceptar tanto la doctrina como la jurisprudencia.

Asambleas

Esta cuestión la regula entre los artículos 2058 al 2063. El primero de ellos establece las facultades de las asambleas en tres incisos siguiendo el proyecto de 1998:

a) las cuestiones que le son atribuidas especialmente por la ley o por el reglamento de propiedad y administración;
b) las cuestiones atribuidas al administrador o al consejo de propietarios cuando le son sometidas por cualquiera de estos o por quien representa el cinco por ciento (5%) de las partes proporcionales indivisas con relación al conjunto;

c) las cuestiones no contempladas como atribuciones del administrador o del consejo de propietarios.

Es importante destacar el inciso b) porque soluciona problemas dificultosos en la propiedad horizontal, porque cuando el administrador por razones de interés personal no quiere someter a la asamblea determinados temas, lo pueden hacer el consejo de propietarios o el cinco por ciento de las partes proporcionales indivisas con relación al conjunto. Por lo tanto, debe entenderse que para esta cuestión el cinco por ciento indicado en el inciso b) de este artículo podría citar a una asamblea extraordinaria para tratar dichos temas.

El artículo 2059 establece la convocatoria y quórum: "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, excepto 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 la autoconvocatoria y el temario a tratar se aprueban por unanimidad.

Son igualmente válidas las decisiones tomadas por voluntad unánime del total de los propietarios aunque no lo hagan en asamblea". Cabe distinguir en esta norma los siguientes puntos importantes. La citación debe realizarse por medio fehaciente al domicilio denunciado por los propietarios, en caso de existir los domicilios especiales, será válida la citación en la unidad funcional. Solo se puede tratar los temas propuestos en el orden del día. Se autoriza expresamente la autoconvocatoria como también la toma de decisiones si no hay mayoría con la aprobación de los demás propietarios dentro de los quince días posteriores. Establece la presunción de la aprobación si no hay oposición evitando el desinterés que muchas veces demuestran los propietarios no concurriendo a las asambleas. También establece la validez de las resoluciones adoptadas por los propietarios aunque no estén reunidos en asambleas, entendemos que estas decisiones deben adoptarse en su conjunto en el plazo de quince días, porque sino podríamos estar buscando adhesiones por plazos excesivamente mayores para lograr la unanimidad.

El artículo 2060 regula la mayoría absoluta y establece en su parte final un plazo de caducidad de treinta días desde la fecha de la asamblea para promover su invalidez. Fuente del artículo es el 2002 del proyecto de 1998.

El artículo 2062 del proyecto siguiendo al 2004 del proyecto de 1998 regula el libro de actas y en la manera se debe volcar al mismo las decisiones asamblearias y las comunicaciones enviadas a los ausentes.

Las asambleas judiciales las regula el artículo 2063 siguiendo al artículo 2005 del proyecto de 1998, estableciendo que si el administrador ni el consejo de propietarios no citan a la asamblea los propietarios que representan el diez por ciento del total pueden solicitar al juez la convocatoria de una asamblea judicial.

El juez oirá a los presentes previa citación de la totalidad de los propietarios y resolverá escuchando a los mismos, si los presentes no se han puesto previamente de acuerdo.

Consejo de propietarios:

No se encuentra regulado en la actual ley 13.512, pero la doctrina y la jurisprudencia ha aceptado al mismo porque no se opone al espíritu de la ley.

Este artículo sigue los lineamiento del artículo 2006, pero ampliando el mismo en dos incisos, el c) y d). La función del consejo de propietarios también llamado consejo de administración es fundamentalmente la de contralor de los gastos del consorcio. En muchos casos se prevé que los gastos mayores de cierta suma debe ser previamente autorizado por este consejo y hasta la firma de los cheques pueden ser establecidas conjuntamente con el administrador. En caso de ausencia o renuncia

del administrador el reglamento suele autorizar al consejo de propietarios administrar el consorcio debiendo llamar en un plazo perentorio a asamblea extraordinaria para designación de nuevo administrador, cuestión recogida del proyecto de 1998 y retomada por el proyecto de 2012. El proyecto le da las siguientes atribuciones;

Artículo 2064: **Atribuciones**. La asamblea debe 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 y financieros del consorcio;
c) autorizar al administrador para disponer del fondo de reserva, ante gastos imprevistos y mayores que los ordinarios;
d) dar conformidad con el nombramiento y despido del personal del consorcio;
e) 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.

Excepto los casos indicados en este artículo, el consejo de propietarios no sustituye al administrador, ni puede cumplir sus obligaciones.

Administrador

Se encuentra regulado en el proyecto entre los artículos 2065 al 2067. El primero de los artículos le da la representación legal del consorcio. "El administrador es representante legal del consorcio con el carácter de mandatario. Puede serlo un propietario o un tercero, persona humana o jurídica". Se abandona la doctrina, hoy minoritaria, que es representante de los consorcistas por la representante de la persona jurídica consorcio. Puede ser una persona física o jurídica sin importar si es propietario o no del consorcio.

En cuanto a la designación el artículo 2066 del proyecto que sigue al artículo 2008 del proyecto de 1988 establece en caso del administrador designado originalmente debe ser ratificado en la primera asamblea, de lo contrario cesa. Las designaciones posteriores deben ser realizada por la asamblea y removido por ella, sin necesidad de expresión de causa.

En cuanto a los derechos y obligaciones tiene la del mandatario y en especial cuenta con las siguientes funciones que la norma establece:

a) convocar a la asamblea, redactar el orden del día y labrar el acta respectiva;
b) ejecutar las decisiones de la asamblea;
c) atender a la conservación de las cosas y partes comunes y a la seguridad de la estructura del edificio y dar cumplimiento a todas las normas de seguridad y verificaciones impuestas por las reglamentaciones locales;
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;
e) rendir cuenta documentada dentro de los SESENTA (60) días de la fecha de cierre del ejercicio financiero fijado en el reglamento de propiedad y administración;
f) nombrar y despedir al personal del consorcio, con acuerdo del consejo de propietarios;
g) cumplir con las obligaciones derivadas de la legislación laboral, previsional y tributaria;
h) mantener asegurado el inmueble con un seguro integral de consorcios que incluya incendio, responsabilidad civil y demás riesgos de práctica, aparte de asegurar otros riesgos que la asamblea resuelva cubrir;

i) llevar en legal forma los libros de actas, de administración, de registro de propietarios, de registros de firmas y cualquier otro que exija la reglamentación local. También debe archivar cronológicamente las liquidaciones de expensas, y conservar todos los antecedentes documentales de la constitución del consorcio y de las sucesivas administraciones;
j) en caso de renuncia o remoción, dentro de los QUINCE (15) días hábiles debe entregar al consejo de propietarios los activos existentes, libros y documentos del consorcio, y rendir cuentas documentadas;
k) 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;
l) a pedido de parte interesada, expedir dentro del plazo de TRES (3) días hábiles el certificado de deudas y de créditos del consorcio por todo concepto con constancia de la existencia de reclamos administrativos o judiciales e información sobre los seguros vigentes;
m) representar al consorcio en todas las gestiones administrativas y judiciales como mandatario exclusivo con todas las facultades propias de su carácter de representante legal".

Entre las innovaciones más importantes del proyecto podemos citar: la del inciso e) que le exige la rendición de cuenta documentada dentro de los sesenta días de cierre del ejercicio financiero fijado por el reglamento; la del inciso h) en cuanto amplia el seguro que debe contratar el administrador además del seguro de incendio, el de responsabilidad civil y cualquier que determine la asamblea o la legislación local; el del inciso j) en caso de renuncia o remoción tiene quince días para la entrega de los activos, documentación y rendición de cuenta documentada;

El del inciso k) notificar a los copropietarios de reclamos administrativos o judiciales; y el del inciso m) que le amplia al administrador la representación judicial que la ley actual no contiene.

Subconsorcios

El capítulo 8° regula en el artículo 2068 los subconsorcios norma que reza así: "**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 gravita sobre el edificio en general.

Cada sector puede tener una subasamblea, cuyo funcionamiento y atribuciones deben regularse especialmente y puede designarse a 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".

Esta norma permite la existencia de subconsorcios dentro de una propiedad horizontal, es decir, sectores interdependientes que se administren y hasta puedan tener un subadministrador, realizando subasambleas. En la actualidad hay reglamentos que suelen establecer asambleas en primer grado para la designación de delegados para una asamblea general para la designación del administrador general como para tratar asuntos generales. También el sistema puede funcionar con una asamblea general con el quórum que se fije en el reglamento. Otra característica va a ser, aspecto la interdependencia económico financiera que el proyecto prevé, la necesidad de realizar balances consolidados de carácter general colocando el estado patrimonial y de resultado de cada uno de los subconsorcios. Frente a terceros, responde el consorcio general.

Prehorizontalidad

El capítulo 10 regula el régimen de prehorizontalidad en los artículos 2070, 2071 y 2072, teniendo su fuente el los artículos 2015 al 2016 del proyecto de 1998.

Ante el fracaso de la aplicación de la ley 19.724 de prehorizontalidad el proyecto siguiendo a su fuente, el proyecto de 1998, propone cambiarlo por un régimen de seguro, obligando al propietario tomar uno que tenga por objeto cubrir el fracaso de la operación convenida.

Por ello el artículo 2071 establece: "Para poder celebrar contratos 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 asume en el contrato preliminar.

El incumplimiento de la obligación impuesta en este artículo priva al titular del dominio de todo derecho contra el adquirente a menos que cumpla íntegramente con sus obligaciones, pero no priva al adquirente de sus derechos contra el enajenante".

Nótese que el último párrafo del artículo recoge la doctrina del plenario Cotton de 1977 con respecto al artículo 12 de la ley 19794, en que si no cumplió con el régimen de este capítulo el vendedor no puede rescindir el boleto de compraventa sino purga su mora (mora creditoris).

El artículo 2072 que sigue al artículo 2017 del proyecto de 1998 establece exclusiones al sistema que son: a) aquellos en los que la constitución de la propiedad horizontal resulta de la partición o liquidación de comuniones de cosas o bienes, o de la liquidación de personas jurídicas; b) los que versan sobre inmuebles del dominio privado del Estado; c) 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.

Recordemos que la ley 20.276 había fijado excepciones a la aplicación de la ley 19724.

Conclusión

No cabe duda que el sistema propuesto que ha seguido al proyecto de 1998 es superior al de nuestra ley 13512 habiéndose recogido las críticas de la doctrina como tomado en cuenta las observaciones de la jurisprudencia en innumerables fallos sobre la propiedad horizontal.

COMENTARIO AL TÍTULO V DEL LIBRO CUARTO DEL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL

Pablo M. Corna y Carlos A. Fossaceca (h)

El artículo Art. 75 inciso 17 de la Constitución Nacional dice con respecto a los pueblos originarios: "*Corresponde al Congreso:…17. Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones*".

TÍTULO V

De la propiedad comunitaria indígena

ARTÍCULO 2028.- **Concepto.** La propiedad comunitaria indígena es el derecho real que recae sobre un inmueble rural destinado a la preservación de la identidad cultural y el hábitat de las comunidades indígenas.

ARTÍCULO 2029.- **Titular**. El titular de este derecho es la comunidad indígena registrada como persona jurídica. La muerte o abandono de la propiedad por algunos o muchos de sus integrantes no provoca la extinción de este derecho real, excepto que se produzca la extinción de la propia comunidad.

ARTÍCULO 2030.- **Representación legal de la comunidad indígena**. La comunidad indígena debe decidir su forma interna de convivencia y organización social, económica y cultural, y designar a sus representantes legales, quienes se encuentran legitimados para representarla conforme con sus estatutos. El sistema normativo interno debe sujetarse a los principios que establece la Constitución Nacional para las comunidades y sus tierras, la regulación sobre personas jurídicas y las disposiciones que establecen los organismos especializados de la administración nacional en asuntos indígenas.

ARTÍCULO 2031.- **Modos de constitución**. La propiedad comunitaria indígena puede ser constituida:

a) por reconocimiento del Estado nacional o de los Estados provinciales de las tierras que tradicionalmente ocupan;
b) por usucapión;
c) por actos entre vivos y tradición;
d) por disposición de última voluntad.

En todos los casos, la oponibilidad a terceros requiere inscripción registral.
El trámite de inscripción es gratuito.

ARTÍCULO 2032.- **Caracteres**. La propiedad indígena es exclusiva y perpetua.
Es indivisible e imprescriptible por parte de un tercero.
No puede formar parte del derecho sucesorio de los integrantes de la comunidad indígena y, constituida por donación, no está sujeta a causal alguna de revocación en perjuicio de la comunidad donataria.

ARTÍCULO 2033.- **Facultades**. La propiedad indígena confiere a su titular el uso, goce y disposición del bien. Puede ser gravada con derechos reales de disfrute siempre que no la vacíen de contenido y no impidan el desarrollo económico, social y cultural, como tampoco el goce del hábitat por parte de la comunidad conforme a sus usos y costumbres. Los miembros de la comunidad indígena están facultados para ejercer sus derechos pero deben habitar en el territorio, usarlo y gozarlo para su propia satisfacción de necesidades sin transferir la explotación a terceros.

ARTÍCULO 2034.- **Prohibiciones**. La propiedad indígena no puede ser gravada con derechos reales de garantía. Es inembargable e inejecutable por deudas.

ARTÍCULO 2035.- **Aprovechamiento de los recursos naturales. Consulta**. El aprovechamiento de los recursos naturales por parte del Estado o de particulares con incidencia en los hábitats indígenas está sujeto a previa información y consulta a las comunidades indígenas respectivas.

ARTÍCULO 2036.- **Normas supletorias**. En todo lo que no sea incompatible, se aplican subsidiariamente las disposiciones referidas al derecho real de dominio.

Comentario

LA PROPIEDAD INDÍGENA GOZA DE JERARQUÍA CONSTITUCIONAL: Se encuentra expresamente prevista en el artículo 75, inciso 17 ya transcripto. El constituyente del 94 que ha incorporado el mentado inciso ha estimado que ella resulta un elemento de vital importancia para el propio desarrollo y subsistencia de las poblaciones indígenas argentinas.
En razón del grado de subordinación del ordenamiento jurídico interno a la Constitución Nacional, toda norma que contraríe el precepto invocado debe ser calificada de inconstitucional.

CONVENIOS DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: Cabe resaltar que la propiedad indígena no solo ha sido objeto de tratamiento de las Constituciones de los diversos países de Latinoamérica, sino que también ha sido ponderada por parte del derecho internacional. Sobresale en este aspecto las Convenciones nº 107 "*Protección e Integración de las Poblaciones Indígenas, Tribuales y Semitribuales en los países independientes*" y nº 169 "*Sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes*", suscripto el primero y adoptado el segundo en Ginebra el 26 de junio de 1957 y 27 de junio de 1989, ratificados por las leyes nros:14.932 (Boletín Oficial del 29 de diciembre de 1959) y 24.071 (Boletín Oficial 24 de abril de 1992).

La vigencia del último de los convenios citado fue demorada en razón de la dilación en el tiempo por parte del Poder Ejecutivo en instrumentar su ratificación (artículo 38 inciso 2 de la Convención nº 169 de la Organización Internacional del Trabajo).

INCORPORACIÓN DE LA PROPIEDAD INDÍGENA AL CÓDIGO CIVIL: Presenta el proyecto la singularidad de tipificar al instituto en estudio y disciplinarlo en sus detalles dentro del Código Civil. En otras palabras, trata de reglamentar el artículo 75, inciso 17, previamente transcripto.

Ha sido postulada la conveniencia de no adoptar tal metodología dado el carácter de norma operativa y no meramente programática[1]. Tal tesitura se transformó en la Conclusión Séptima de la Comisión de Derechos Reales de las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en la Ciudad de Buenos Aires entre los días 20 y 22 de septiembre de 2001: *"La protección consagrada para la propiedad de las comunidades indígenas argentinas, por el Art.75 inciso 17º de la Constitución Nacional, hace innecesario e inconveniente su inclusión en el Código Civil, ya que ello implicaría una desjerarquización no querida por el poder constituyente"*. Tal idea ya había sido adoptada por el Proyecto del 98.

ORDENAMIENTO ACTUAL: Se encuentra prevista actualmente la adjudicación de tierras a las comunidades indígenas en la ley nº 23.302, que también contempla la creación del Instituto Nacional de Asuntos Indígenas. Contiene, no de manera orgánica, los atributos de la propiedad indígena.

El proyecto de ley que aprueba este código no deroga la citada normativa. En virtud de ello, será menester aplicar una interpretación armónica entre ambos plexos legislativos.

ORDEN DE PRELACIÓN NORMATIVO: Dado el carácter de la Constitución Nacional y de los tratados internacionales de fuente de derecho de rango superior, el articulado comentado debe adecuarse a las directivas que aquellas indiquen (artículos 31 y 75, inciso 22 de la primera). En la hipótesis de que alguna norma del proyecto conculque tales principios, debe ser considerada como írrita.

UBICACIÓN LEGISLATIVA: Se encuentra emplazada en el Título V del Libro Cuarto del proyecto. Ha sido estimada como uno de los derechos reales de mayor envergadura. Su tratamiento se sitúa entre el del condominio (Título IV) y Título (VI) de la Propiedad Horizontal.

Sin perjuicio de sostener por las razones apuntadas en la resolución de las XVIII Jornadas de Derecho Civil celebradas en Buenos Aires en el año 2001, la inconveniencia de legislarla en el Código Civil, si se la quiere legislar en el mismo, cabe resaltar su mala ubicación detrás del condominio; sería más conveniente que su reglamentación se encontrase en forma inmediata al dominio, en razón de la exclusividad de su titular y de su condición de derecho sobre cosa propia, o en su defecto, en un título aparte como propiedad especial.

DESIGNACIÓN: El calificativo comunitario obedece a la circunstancia que la titularidad estriba en los pueblos indígenas, agrupados en comunidades. No se lo enfoca desde la perspectiva de la persona física aislada, integrante de ellas.

Ello no obsta a reconocer la existencia de la propiedad privada en dichos ámbitos, cuya titularidad corresponda a indígenas en forma personal o asociaciones o sociedades conformadas por ellos mismos que se sujetan a la ley común.

NATURALEZA: es acabadamente un derecho real autónomo sobre cosa propia. De contenido patrimonial y de orden público, otorga los derechos de persecución (*"ius persequendi")* y de preferencia (*"ius preferendi").*

1. Ver Alterini Jorge H.; Corna, Pablo María y Vázquez, Gabriela Alejandra *Propiedad indígena*, Educa y Librería Histórica 2005, página 192.

ESPECIE: es una propiedad especial, no susceptible de reducción al dominio; no obstante, presenta cierta semejanza con tal figura. Sencillamente, se lo ha configurado a la manera de este derecho real clásico, cuestión que consideramos equivocada.

RÉGIMEN SUPLETORIO: Debe aplicarse las convenciones de la OIT 107 y 169 ratificadas por nuestro país en primer término**,** y por último el derecho de dominio, en todo aquello que no sea incompatible.

CATEGORÍAS: Surge de la Convención nº 169 de la Organización General del Trabajo. Han sido discriminadas en: **1.-) "Tierras que tradicionalmente ocupan"**: (artículo 14, inciso 1°, primer párrafo). **2.-) "Tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia":** (Artículo 14, incisos 1º, segundo y tercer párrafos). **3.-) "Tierras adicionales…cuando las tierras de que dispongan sean insuficientes para garantizarles los elementos de una existencia normal o para hacer frente a su posible crecimiento numérico"** (artículo 19, inciso a). **4.-) Tierras sustitutas por traslado** (artículo 16, inciso 4º).

El proyecto hace mención de la primera solamente en su artículo 2031, inciso a) en forma aislada e inorgánica. Si se la quiere recepcionar en el Código Civil, respondería a un adecuado método recibirlas y realizar las proyecciones legislativas pertinentes, teniendo en consideración las indicaciones de la Convención.

Sujeto

A.- TITULARIDAD: Resulta ser la comunidad indígena registrada como persona jurídica (artículo 2029). Como tal, subsiste independientemente de sus integrantes: la muerte de estos o el abandono de la tierra que realizaran no ocasiona la extinción de la propiedad comunitaria indígena.

La ley 23.302 brinda un concepto de ellas en su artículo 2: *"los conjuntos de familias que se reconozcan como tales por el hecho de descender de poblaciones que habitaban el territorio nacional en la época de la conquista o colonización e indígenas o indios a los miembros de dicha comunidades"*.

El proyecto ha dedicado el artículo 18, perteneciente al Capítulo 4 *"De los derechos y bienes"* del Título Preliminar a fin de resaltar la trascendencia de las comunidades indígenas: *"**Derechos de las comunidades indígenas.** Las comunidades indígenas con personería jurídica tienen derecho a la posesión y propiedad comunitaria de sus tierras según se establece en el Libro Cuarto, Título V, de este Código. También tienen derecho a participar en la gestión referida a sus recursos naturales como derecho de incidencia colectiva"*.

La Constitución Nacional emplea la alocución *"pueblos"*, siguiendo el vocablo elegido en la Convención nº 169 de la Organización Internacional del Trabajo. Su comprensión y extensión no coincide totalmente con el de comunidad.

B.- REPRESENTANTE: El proyecto a través de su artículo 2030 le atribuye la facultad de elegir a su representante, de acuerdo a los estatutos que adopten. Artículo innecesario porque en este debe constar la elección del representante, de acuerdo a las disposiciones pertinentes.

C.- SISTEMA NORMATIVO: Le cabe a la comunidad indígena plasmar el régimen interno de convivencia y organización social, económica y cultural (artículo 2030).

Tal potestad no es ilimitada pues deberá sujetarse a los principios que emanan de la Constitución Nacional (especialmente, su artículo 75, inciso 17), la regulación de las personas jurídicas recogidas en el Título II *"De la persona jurídica",* perteneciente al Libro Primero Parte General y las disposiciones que establezcan los organismos especializados de la administración nacional en

asuntos indígenas. En este último punto, las resoluciones del Instituto Nacional de Asuntos Indígenas serán de extrema importancia (artículo 6 de la ley 23.302). Artículo innecesario conforme lo manifestamos en el ítem anterior.

OBJETO: recae sobre un inmueble. El artículo 2028 le agrega el aditamento *"rural"*. Estriba su finalidad en la preservación de la identidad cultural y el hábitat de las comunidades indígenas. Para los pueblos originarios la tierra no era una mera extensión geográfica sino más bien el asiento de una relación ancestral y espiritual que no se expresa acertadamente a través de las tradicionales figuras jurídicas[2].

No practica ninguna aclaración sobre las distintas categorías de propiedad indígena reseñadas. La alusión de *"las tierras que tradicionalmente ocupan"* del artículo 2031, inciso a) es insuficiente para un desarrollo acabado del tema que debe aspirar a instaurar las directivas de los Convenios Internacionales de OIT.

La Constitución Nacional emplea la terminología *"tierras que tradicionalmente ocupan"* y de que el Congreso debe *"regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano"*. De la forma como ha sido redactado el artículo 75, inciso 17, se deduce que ha recogido las cuatro especies previstas en la Convención nº 169 de la Organización Internacional del Trabajo. El artículo en comentario es equivoco e insuficiente.

FUENTE: Radica en la mismísima Constitución Nacional, hipótesis muy excepcional.

El artículo 2031 del proyecto instaura como medios de adquisición: **1.-)** Reconocimiento del Estado Nacional o de los Estados provinciales de las tierras que tradicionalmente ocupen las poblaciones indígenas. **2.-)** Usucapión **3.-)** actos entre vivos y tradición. **4.-)** disposición de última voluntad.

Con respecto a los incisos, se puede colegir:

a.) Reconocimiento del Estado Nacional o Estados provinciales

Cabe observar que no es necesario por sí para constituir la propiedad indígena comunitaria ya que la Constitución Nacional reconoce a tales pueblos como titulares preexistentes de las tierras cuya adquisición es originaria. La norma propuesta es equivocada.

Deviene imperioso disciplinar las distintas especies de propiedades indígenas, como se ha anotado previamente.

b) Usucapión

Para que esta se dé la tierra ocupada por la comunidad no debe ser una que posean ancestralmente, porque ya serían propietarios originarios por la norma constitucional. Tendría que ser una tierra que haya poseído o sido dueño un particular, y los integrantes de la comunidad la hayan poseído con ese ánimo de acuerdo a sus costumbres por el plazo que establece el código civil. Por ejemplo, ejercer el cultivo rotativo de la tierra dedicando cada familia a la obtención de un producto, ganando de este modo el beneficio de la especialización y evitar el agotamiento de la misma. Caso contrario se estaría adquiriendo un dominio común, sin las ventajas que el artículo 75 inciso 17 de la Constitución Nacional concede.

2. Alterini Jorge H.; Corna, Pablo María y Vázquez, Gabriela Alejandra *Propiedad indígena*, Educa y Librería Histórica 2005, página 41.

c) Actos entre vivos y tradición

Puede ser adquirida por actos entre vivos como una compraventa, donación o cualquier acto jurídico que sirva de adquisición del dominio. Deberá ser adquirido por la comunidad indígena a través de su representante con el fin establecido en la Constitución Nacional y convenio 169 de la OIT.

d) Disposición de última voluntad

Puede ser dejada por vía testamentaria con el objeto de ser dedicada a la subsistencia y desarrollo de la comunidad.

Debería constar la cláusula del artículo 2032 en cuanto no podría estar sujeta a causa de revocación en perjuicio de la comunidad beneficiaria.

PUBLICIDAD: El artículo 2031 requiere para que sea oponible a terceros de buena fe en todos los modos de constitución la inscripción registral. Es un error, porque para el supuesto de territorios que ocuparon tradicionalmente las poblaciones indígenas, no es necesario; la Constitución Nacional hace inaplicable un requisito exigido para los derechos reales inmobiliarios cuya fuente estriba en los actos jurídicos.

El trámite de inscripción debe ser gratuito. Concuerda en este sentido con la tesitura adoptada en el artículo 9 de la ley 23.302.

Caracteres

A.- EXCLUSIVO: La comunidad indígena es su único titular (artículo 2032).

B.- PERPETUIDAD: No se extingue por la causal de desuso ni puede quedar sometido a una condición o plazo resolutorio (artículo 2032). Tampoco está sujeta a usucapión por parte de terceros. La única forma de extinción radica en la extinción del pueblo indígena; pasaría el inmueble al dominio del estado. También se expresa que si fue constituida por donación, no se encuentra sujeto a causal alguna de revocación en perjuicio de la comunidad donataria.

C.- ABSOLUTEZ: Desde el punto de vista constitucional entendemos que no se puede hablar de absolutez, por carecer la comunidad indígena de toda disposición jurídica; en consecuencia ella se encuentra sujeta a sufrir singulares limitaciones y prohibiciones que no tiene el dominio[3].

D.- INALIENABILIDAD E INEMBARGABILIDAD: Resultan ser absolutas, de acuerdo al artículo 2034. No es factible su ejecución por deudas ni su enajenación a terceros extraños siguiendo los lineamientos constitucionales que determina que ninguna de las tierras *"será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos".*

El artículo 8 de la ley 23.303 contempló como período de prohibición de enajenación un plazo de veinte años. Tal normativa infringe palmariamente los fines adoptados en el artículo 75, inciso 17, por lo que hoy debe considerarse abrogada por la norma constitucional.-

Las limitaciones constitucionales a este derecho alcanzan a las cuatro categorías de tierras que tiene la propiedad comunitaria indígena: 1) "Tierras que tradicionalmente ocupan", 2) "Tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia", 3) Tierras adicionales "aptas y suficientes para

3. Ver Alterini Jorge H.; Corna, Pablo María y Vázquez, Gabriela Alejandra *Propiedad indígena*, Educa y Librería Histórica 2005, página 173.

el desarrollo humano" y 4) "Tierras sustitutas por traslado". Entendemos que quedan dentro de la comprensión del texto constitucional no solo las que enumera explícitamente sino también que se encuentran implícitamente contenidas como las indicadas en los apartados segundo y cuarto de este párrafo.

Al ser la inalienabilidad absoluta, le impide a la comunidad indígena la facultad de enajenar, aun a otra comunidad, de someterla a fideicomiso, plazo o condición resolutoria, de donarla, de constituir derechos reales de disfrute y de garantía. Esta propiedad, en cierto modo, tiene muchos rasgos del dominio público, que tampoco son por regla enajenables**.** El artículo 2034 del proyecto, repitiendo lo dispuesto por la norma constitucional, prohíbe gravarla con derechos reales de garantía; es insuficiente porque en el artículo 2033 permite la constitución del derecho real de usufructo, contrariando a la ley suprema.

Como ya se dijo, las limitaciones a la libre disponibilidad de la propiedad indígena tienden a garantizar el derecho de arraigo de los pueblos e indirectamente contribuyen a la perdurabilidad de las culturas autóctonas. Una comunidad indígena sin tierra donde afincarse se atomiza, se desvanece y, lejos de perdurar se desvanece[4].

El concepto de gravamen debe ser considerado en sentido amplio, no solo a los derechos reales que pueden desmembrar el dominio sino también a los diversos tributos, tasas, impuestos y contribuciones.

La inembargabilidad alcanza únicamente a la tierra comunitaria indígena y no a otros bienes que pudieran tener, porque el principio estriba en que el patrimonio es la prenda común de los acreedores y solo una ley especial puede establecer la inembargabilidad e inejecutoriedad de ellos.

E. INDIVISIBILIDAD: dado que es inalienable exclusiva y perpetua, no es pasible de partición ni sufrir la prescripción, ni integrar el acervo sucesorio de los integrantes de los miembros de la comunidad (artículo 2032). Por ello, la partición entre sus miembros afectaría el sentido comunitario y perdurable que detenta la propiedad indígena.

Facultades de la comunidad indígena

A. EXTENSIÓN: El dominio se extiende a los productos y frutos naturales e industriales hasta que se encuentre separado del inmueble, y en cuanto a los frutos civiles también gozará de sus beneficios por ser su accesorio (conforme artículo 1945 del proyecto). Por lo tanto, en esas condiciones, son también inembargables.

B. POSIBILIDAD DE CONSTITUCIÓN DE DERECHOS REALES DE DISFRUTE: El proyecto en su artículo 2033 permite tal eventualidad *"siempre que no la vacíen de contenido y no impidan el desarrollo económico, social y cultural, como tampoco el goce del habitad por parte de la comunidad conforme a sus usos y costumbres".*

Tal opción legislativa es harto criticable, quizás el punto más censurable de todo el articulado. Pone en peligro el sustento de la propia comunidad dado su vínculo inexorable con el suelo que cultiva. También, da oportunidad para concertar negocios jurídicos que despojen de contenido a la propiedad comunitaria indígena, contrariando la norma constitucional. Si se sanciona sería inconstitucional desde el origen. No aclara la norma si se consiente, a su vez, derechos personales de contenido oneroso, verbigracia el arrendamiento.

ARRENDAMIENTO: Entendemos que la prohibición alcanza al arrendamiento y comodato. La facultad de entregar el uso y goce de la tierra a terceros, aun onerosamente, vendría a frustrar los

4. Alterini, Jorge Horacio; Corna, Pablo María; Vázquez, Gabriela; en ob. cit., página 174 y 175.

fines que la constitución le quiso dar, el arraigo, el sustento económico, y a la perdurabilidad de la cultura de los pueblos originarios tan unido a sus tierras.

PROHIBICIÓN: No admite el proyecto que el instituto en ponderación sea objeto de derechos reales de garantía (artículo 2034),

FACULTADES DE LOS MIEMBROS DE LA COMUNIDAD INDÍGENA: Pueden ejercer los derechos que brinda la propiedad comunitaria indígena. El artículo 2033 condiciona que tales personas habiten el territorio en cuestión.

Deben emplear las facultades que gozan para satisfacer sus propias necesidades. Se encuentra terminante prohibido transferir la explotación a terceros, pero la norma se contradice a sí mismo, al permitir la constitución de usufructo y prohibir la transferencia de la explotación a terceros.

APROVECHAMIENTO DE LOS RECURSOS NATURALES: La relación particular que han poseído las comunidades indígenas con su medio ambiente explica la necesidad de consultarlos e informarlos debidamente en forma previa acerca de este punto.

Los recursos naturales son de propiedad de las provincias conforme lo dispone el artículo 124 segundo párrafo que dice: "*Corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio*". Asimismo, La Constitución le asegura a las comunidades indígenas la participación en la gestión y los demás intereses que los afecte. (artículo 75, inciso 17 in fine).

No se impide tampoco que se apliquen las directrices que emanan del artículo 15 párrafo segundo de la convención 169 de la OIT.

Se ha reconocido en diferentes fallos la legitimación para intervenir en este ámbito, pudiendo citar entre otros a ese efecto "Comunidad Mapuche Catalan y Confederación indígena neuquina c/ Provincia de Neuquén s/acción de inconstitucionalidad (Expediente N° 1090 del año 2004).[5]

Conclusión

Estamos de acuerdo con la declaración de las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil de la inconveniencia de legislar en el Código Civil la propiedad indígena, por las razones expuestas en este trabajo como las manifestadas en dicho Congreso.

Pero sin perjuicio de ello, por las críticas volcadas en este trabajo, si se la quiere legislar en un futuro Código Civil, debería ser reformulada nuevamente, sobretodo incorporando las diversas categorías enunciadas en la Constitución Nacional y el convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

5. Base de Jurisprudencia El Dial.

CONJUNTOS INMOBILIARIOS

Pablo M. Corna

Introducción

Un fenómeno de los tiempos modernos es el que surgen nuevas manifestaciones de la propiedad, donde las personas se asocian para vivir en un conjunto inmobiliario, sea este un barrio cerrado, o un club de campo, donde la parte recreativa y deportiva tiene una preponderancia fundamental. A ello debe agregarse la búsqueda se seguridad de los sujetos que conforman estas nuevas modalidades de propiedad.

También se ha extendido esta nueva manifestación de la propiedad a parques industriales, empresariales, náuticos, chacras entre otros.

Ante la falta de una legislación nacional, las provincias fueron avanzando, de esta manera tenemos en la Provincia de Buenos Aires el decreto 2489/63, el decreto-ley 8912 de 1977 fundamental para estos emprendimientos, el decreto reglamentario del decreto-ley 8912 número 9404/86, el decreto 1727/02, el decreto 947/04 como asimismo disposiciones técnico registrales del Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires. Estas normas han sido acusadas de inconstitucionales. Los diferentes proyectos de modificación del código civil como el proyecto de 1998 y el actual proyecto prevé la regulación específica de estas figuras en la ley de fondo como dispone la Constitución Nacional en el artículo 75 inciso 12 que delega en el Congreso Nacional la sanción de la legislación civil.

Proyecto de código civil del año 2012

En el Título VII, capítulo 1° entre los artículos 2073 al 2086 regula los llamados conjuntos inmobiliarios. El artículo 2073 define estos emprendimientos diciendo al respecto: "**Concepto.** Son conjuntos inmobiliarios los barrios cerrados o privados, clubes de campo, parques industriales, empresariales o náuticos, barrios de chacras, ciudades pueblo o cualquier otro emprendimiento urbanístico independientemente del destino de vivienda permanente o temporaria, laboral, comercial o empresarial que tenga, comprendidos asimismo aquellos que contemplan usos mixtos".

El artículo 2074 establece las **Características. "**Son elementos característicos de estas urbanizaciones, los siguientes: cerramiento, partes comunes y privativas, estado de indivisión forzosa y perpetua de las partes, lugares y bienes comunes, reglamento por el que se establecen órganos de funcionamiento, limitaciones y restricciones a los derechos particulares y régimen disciplinario, obligación de contribuir con los gastos y cargas comunes y entidad con personería jurídica que agrupe a los propietarios de las unidades privativas. Las diversas partes, cosas y sectores comunes y privativos, así como las facultades que sobre ellas se tienen, son interdependientes y conforman un todo no escindible".

Son características de esta nueva figura jurídica el cerramiento que se realiza en gran medida por razones de seguridad, la existencia de partes privativas que a comparación de la propiedad horizontal son las principales siendo el cerramiento y las partes recreativas accesorias de estas. Se suelen incluir dentro de las partes comunes las áreas recreativas, como para paseos, juegos de niños, el club house, canchas de tenis, golf, piscina, equitación, y cualquier otro deporte. La existencia de un reglamento que establece los requisitos mínimos con que deben contar las construcciones, restricciones al dominio en cuanto a las partes que no se pueden construir dentro del lote como los retiros, para lograr una mejor distribución de las casas y adecuado paisaje dentro del desarrollo inmobiliario, como la existencia de calles internas. También se puede regular de que manera se pueden usar las partes deportivas, la creación de un Tribunal de Disciplina, los órganos para el funcionamiento y administración del emprendimiento. A su vez las partes privativas y comunes son inescindibles, y estas son accesorias de las primeras y se encuentran en indivisión forzosa y perpetua.

Las partes necesariamente comunes las enumera enunciativamente el artículo 2076 del proyecto establece al respecto "Son necesariamente comunes o de uso común las partes y lugares del terreno destinadas a vías de circulación, acceso y comunicación, áreas específicas destinadas al desarrollo de actividades deportivas, recreativas y sociales, instalaciones y servicios comunes, y todo otro bien afectado al uso comunitario, calificado como tal por el respectivo reglamento de propiedad y administración que regula el emprendimiento".

Las cosas y partes cuyo carácter de comunes o propias no esté determinado se consideran comunes".

También son comunes los límites perimetrales, sean cercos o paredes, que tienen como objetivo principal la seguridad de los propietarios, al respecto reza el artículo 2079: "Los límites perimetrales de los conjuntos inmobiliarios, ubicados en zonas urbanas, suburbanas o rurales, y el control de acceso pueden materializarse mediante cerramientos en la forma en que las reglamentaciones locales, provinciales o municipales establecen, en función de aspectos urbanísticos y de seguridad".

Marco legal

El artículo 2075 establece como marco legal: "Cuando se configuran derechos reales, los conjuntos inmobiliarios deben someterse a la normativa del derecho real de propiedad horizontal establecida en el Título VI de este Libro, con las modificaciones que establece el presente Título, a los fines de conformar un derecho real de propiedad horizontal especial.

Pueden asimismo existir conjuntos inmobiliarios en los que se establecen los derechos como personales o donde coexisten derechos reales y derechos personales".

Este artículo establece tres formas de constituir un conjunto inmobiliario, sea club de campo, barrio cerrado, club de chacra, parque industrial, centro de compras o sus variantes, como propiedad horizontal, como derechos personales y sistema mixto.

Propiedad horizontal

Se crea un nuevo tipo de propiedad horizontal, donde lo principal es el terreno o lote y las demás partes accesorias de este, a diferencia de la propiedad horizontal tradicional donde lo principal es el departamento y entre las cosas accesorias se encuentra el terreno.

El sistema es adecuado y es quizá el más acertado. El decreto-ley 8912/77 de la Provincia de Buenos viene aplicándolo desde hace varios años y consideramos que en la práctica con éxito, a pesar de ser de dudosa constitucionalidad porque las provincias no pueden regular la legislación civil por ser un poder delegado al Congreso Nacional.

Sistema mixto

Este sistema combina derechos reales con derechos personales. Un ejemplo de este es el llamado en la Provincia de Buenos Aires como división por geodesia.

Se constituye una asociación civil o una sociedad anónima que es propietaria de las partes comunes y se constituyen servidumbres recíprocas entre las partes privativas y las comunes cuya titularidad le corresponde a la persona jurídica. Estas servidumbres suelen ser de no edificar a más de cierta altura, de tránsito sobre las calles internas, entre otras. Cabe recordar que el artículo 2084 del proyecto prevé la utilización de servidumbres: "**Servidumbres y otros derechos reales.** A fin de permitir un mejor aprovechamiento de los espacios e instalaciones comunes, pueden establecerse servidumbres u otros derechos reales de los conjuntos inmobiliarios entre sí o con terceros conjuntos. Estas decisiones conforman modificación del reglamento y deben decidirse con la mayoría propia de tal reforma, según la prevea el reglamento". Este artículo permite la constitución de servidumbres internas como externas entre diversos emprendimientos para utilización compartida de partes comunes.

Sistema de derechos personales

Es el menos aconsejable por la falta de seguridad que ello produce, porque los adquirentes solo tienen un derecho de uso personal sobre sus casas y sobre las partes recreativas. Sus derechos están a la suerte de la sociedad propietaria del inmueble común. A veces se reparten acciones a los adquirentes, y la acción le da el derecho de utilización de la propiedad que han adquirido. La enajenación de la acción transmite el derecho personal de uso de la propiedad.

Condominio como accesorios indispensables de partes comunes a favor de dos o más heredades

Puede darse este sistema en pequeños barrios cerrados donde las partes comunes se encuentran en indivisión forzosa en su carácter de accesorios común a favor de dos o más heredades como lo establece el actual artículo 2710 al 2714 del actual código civil y del proyecto corresponde a los artículos 2004 y 2005.

También es útil para la partición de grandes quintas donde los hijos construyeron sus casas y reglamentariamente puede ser dividido como un barrio cerrado.

Cosas y partes privativas

El artículo 2077 del proyecto define las cosas y partes privativas de la siguiente manera: " La unidad funcional que constituye parte privativa puede hallarse construida o en proceso de construcción, y debe reunir los requisitos de independencia funcional según su destino y salida a la vía pública por vía directa o indirecta".

Nótese que generalmente ocurre que se vende emprendimientos a construir lo que el artículo permite expresamente, siguiendo en esto a la experiencia recogida en la aplicación de la legislación de la Provincia de Buenos Aires.

En cuanto a las facultades y obligaciones del propietario el artículo 2078 dice: **"**Cada propietario debe ejercer su derecho dentro del marco establecido en la presente normativa, con los límites y restricciones que surgen del respectivo reglamento de propiedad y administración del conjunto inmobiliario, y teniendo en miras el mantenimiento de una buena y normal convivencia y la protección de valores paisajísticos, arquitectónicos y ecológicos".

El reglamento de propiedad y administración puede establecer diversas restricciones como edilicias referentes a la altura máxima de los edificios, los materiales que se deben usar, la prohibición de construcciones prefabricadas, factor de ocupación del lote, retiros, velocidades máximas para los automotores, entre otras.

También estos reglamentos pueden tender normas de convivencia, sobre todo en los emprendimientos de gran tamaño por la gran cantidad de asociados que en ellos conviven.

Enajenación de los lotes

Con respecto a las transmisión de unidades el artículo 2085 nos dice: "El reglamento de propiedad y administración puede prever limitaciones pero no impedir la libre transmisión y consiguiente adquisición de unidades funcionales dentro del conjunto inmobiliario, pudiendo establecer un derecho de preferencia en la adquisición a favor del consorcio de propietarios o del resto de propietarios de las unidades privativas".

Se prohíbe la cláusula a la libre disposición de los inmueble, pero se permite establecer cierta limitación a la transmisibilidad del derecho de propiedad. ¿Qué carácter tiene el derecho de preferencia que habla el artículo 2085 del proyecto?. Se plantean diversas dudas. ¿Se está permitiendo crear un nuevo tipo de dominio imperfecto? ¿Este derecho de preferencia es un nuevo derecho real como los que existían en las leyes de partida? En caso de ser así, el titular de dicho derecho podría ser el consorcio. Pero si son los demás propietarios del emprendimiento, ¿cómo se debe realizar la oferta? En este caso los sujetos podrían ser indeterminados porque pueden ir cambiando ante las diversas transmisiones de dominio. Tampoco establece plazo para que se pueda ejercer el derecho de preferencia. Para ello debería el reglamento fijar muy bien estas cuestiones si se llegara a aprobar la norma como está propuesta. Demasiados interrogantes se plantean con respecto a esta cuestión.

Cesión de la unidad

El artículo 2082 establece pautas para la cesión de la unidad, sea en comodato, locación o cualquier otro tipo por la que se intente ceder temporariamente. A ese efecto la norma propuesta dice: "El reglamento del conjunto inmobiliario puede establecer condiciones y pautas para el ejercicio del derecho de uso y goce de los espacios e instalaciones comunes por parte de terceros en los casos en que los titulares del dominio de las unidades particulares ceden temporariamente, en forma total o parcial, por cualquier título o derecho, real o personal, el uso y goce de su unidad funcional".

La cesión temporaria de la unidad, locación, comodato, o cualquier otra modalidad no puede, en principio impedirse. Pero puede establecerse condiciones para que en el caso de transmisión temporaria el tenedor pudiera usar de las cosas comunes, especialmente las recreativas. Generalmente lo que se dispone que durante la cesión el cedente no pueda utilizar dichas partes y al cesionario le queda la carga de pagar los gastos y contribuciones y hasta un canon especial de ingreso.

Gastos y contribuciones

Queda establecido en el artículo 2081 la siguiente manera: "Los propietarios están obligados a pagar las expensas, gastos y erogaciones comunes para el correcto mantenimiento y funcionamiento del conjunto inmobiliario en la proporción que a tal efecto establece el reglamento de propiedad y administración. Dicho reglamento puede determinar otras contribuciones distintas a las expensas legalmente previstas, en caso de utilización de ventajas, servicios e instalaciones comunes por familiares e invitados de los titulares".

Las expensas son las contribuciones que deben pagar los propietarios o usuarios para la conservación del sistema. En el caso de que el emprendimiento esté dividido en propiedad horizontal se dividirá de acuerdo al porcentual que fije el reglamento de propiedad y administración. El problema se plantea en la llamada división por geodesia donde las partes comunes son de propiedad de un ente, generalmente una sociedad anónima donde el desarrollista se reservó la mayoría de las acciones y en la asamblea puede decidir el monto de las expensas a cobrar, y más aún, en caso tener la mayoría necesaria podría cambiar el reglamento de propiedad y administración agravando la situación de los demás propietarios. Esta cuestión delicada no está resuelta en el proyecto, a pesar de la mala experiencia que ha demostrado la realidad de los hechos en la actualidad.

Tampoco le da el carácter de trámite ejecutivo al cobro de las expensas y gastos de conservación. En el caso de división por propiedad horizontal, como se aplica supletoriamente dichas normas ese problema no existe.

Hay que hacer notar que los tribunales tienden hoy día al darle ese carácter en los casos que no esté dividido por propiedad horizontal.

Régimen de invitados y admisión de usuarios no propietarios

Para los invitados y admisión de usuarios no propietarios el artículo 2083 establece "El reglamento puede establecer la extensión del uso y goce de los espacios e instalaciones comunes a aquellas personas que integran el grupo familiar del propietario de la unidad funcional y prever un régimen de invitados y admisión de usuarios no propietarios de dichos bienes, con las características y bajo las condiciones que, a tal efecto, dicte el consorcio de propietarios.

El uso de los bienes comunes del complejo por terceras personas puede ser pleno, parcial o limitado, temporario o permanente, es siempre personal y no susceptible de cesión ni transmisión total o parcial, permanente o transitoria, por actos entre vivos ni mortis causa. Los no propietarios quedan obligados al pago de las contribuciones y aranceles que a tal efecto determine la normativa interna del conjunto inmobiliario".

Generalmente los clubes de campo constituyen aparte del pago de las expensas para el mantenimiento del sistema un régimen asociativo para el uso de las partes deportivas, donde el propietario y su familia se obligan a pagar una cuota para tal fin. De esta manera, los que utilizan dichas partes contribuyen en forma directa al mantenimiento de las mismas. Los reglamentos pueden prever cuestiones diferentes, generalmente de acuerdo al número de asociados que tenga. En los clubes de campo con pocos asociados la situación es más liberal y menos dificultosa, porque se admiten con facilidad más asociados aun extrafamiliares para contribuir al mantenimiento de las partes recreativas. En cambio, en aquellos clubes donde existe un gran número de ellos se adopta generalmente la solución de que si alquila o cede la propiedad a otra persona el tenedor que entra temporalmente a ocupar el lugar del propietario le cobran un ingreso y cuota especial mayo que la del socio original. En ese caso, el titular originario, es suspendido temporalmente mientras dura la cesión del uso de la propiedad al tercero hasta que esta finalice.

Facultades disciplinarias de los clubes decampo

El artículo 2086 permite el establecimiento de Sanciones ante falta grave de los asociados, así lo establece la norma de la siguiente manera: "Ante inconductas graves o reiteradas de los titulares de las unidades funcionales, el consorcio de propietarios puede aplicar las sanciones previstas por el reglamento de propiedad y administración".

Debe distinguirse diversas situaciones: si el titular no está asociado a las partes deportivas y la inconducta ha sido por ejemplo exceso de velocidad en las calles internas, mascotas sueltas, peleas con otros propietarios la sanción podrá ser una multa que podrá imponer la comisión, directorio o

tribunal de disciplina interno. Pero no se le podrá prohibir temporariamente el uso de su propiedad porque se violaría el derecho constitucional de la misma. Si en cambio fue realizada en las áreas deportivas podrá aplicarse suspensiones en la utilización de ellas.

El reglamento deberá prever la obligación de ser escuchados previamente ante de la aplicación de la sanción correspondiente y está podrá ser apelada internamente ante la asamblea y luego a los tribunales en caso de ser excesiva. El proyecto peca por ser demasiado escueto en este tema que es de importancia.

Conclusión

Entendemos que la regulación que quiere imponer el proyecto es insuficiente, debería ponerse mejores limitaciones que se cometen cuando se subdivide por el sistema llamado de geodesia y en el caso de división por derechos personales, debiéndose recoger la rica experiencia ya producida en los hechos. Una mala subdivisión y un mal reglamento realizado cuando se han enajenado los lotes dan lugar a largos pleitos y soluciones difícil de lograr. El proyecto definitivo elevado por el PE al Congreso Nacional no ha subsanado los errores antes apuntados.

COMENTARIO AL TÍTULO VIII DEL LIBRO CUARTO DEL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL

Pablo M. Corna y Carlos A. Fossaceca (h)

TÍTULO VIII

De la superficie

ARTÍCULO 2114.- **Concepto.** El derecho de superficie es un derecho real temporario, que se constituye sobre un inmueble ajeno, que otorga a su titular la facultad de uso, goce y disposición material y jurídica del derecho de plantar, forestar o construir, o sobre lo plantado, forestado o construido en el terreno, el vuelo o el subsuelo, según las modalidades de su ejercicio y plazo de duración establecidos en el título suficiente para su constitución y dentro de lo previsto en este Título y las leyes especiales.

ARTÍCULO 2115.- **Modalidades.** El superficiario puede realizar construcciones, plantaciones o forestaciones sobre la rasante, vuelo y subsuelo del inmueble ajeno, haciendo propio lo plantado, forestado o construido. También puede constituirse el derecho sobre plantaciones, forestaciones o construcciones ya existentes, atribuyendo al superficiario su propiedad.

En ambas modalidades, el derecho del superficiario coexiste con la propiedad separada del titular del suelo.

ARTÍCULO 2116.- **Emplazamiento**. El derecho de superficie puede constituirse sobre todo el inmueble o sobre una parte determinada, con proyección en el espacio aéreo o en el subsuelo, o sobre construcciones ya existentes aun dentro del régimen de propiedad horizontal.

La extensión del inmueble afectado puede ser mayor que la necesaria para la plantación, forestación o construcción, pero debe ser útil para su aprovechamiento.

ARTÍCULO 2117.- **Plazos.** El plazo convenido en el título de adquisición no puede exceder de SETENTA (70) años cuando se trata de construcciones y de

CINCUENTA (50) años para las forestaciones y plantaciones, ambos contados desde la adquisición del derecho de superficie. El plazo convenido puede ser prorrogado siempre que no exceda de los plazos máximos.

ARTÍCULO 2118.- **Legitimación.** Están facultados para constituir el derecho de superficie los titulares de los derechos reales de dominio, condominio y propiedad horizontal.

ARTÍCULO 2119.- **Adquisición.** El derecho de superficie se constituye por contrato oneroso o gratuito y puede ser transmitido por actos entre vivos o por causa de muerte. No puede

adquirirse por usucapión. La prescripción breve es admisible a los efectos del saneamiento del justo título.

ARTÍCULO 2120.- **Facultades del superficiario.** El titular del derecho de superficie está facultado para constituir derechos reales de garantía sobre el derecho de construir, plantar o forestar o sobre la propiedad superficiaria, limitados, en ambos casos, al plazo de duración del derecho de superficie.

El superficiario puede afectar la construcción al régimen de la propiedad horizontal, con separación del terreno perteneciente al propietario excepto pacto en contrario; puede transmitir y gravar como inmuebles independientes las viviendas, locales u otras unidades privativas, durante el plazo del derecho de superficie, sin necesidad de consentimiento del propietario.

ARTÍCULO 2121.- **Facultades del propietario**. El propietario conserva la disposición material y jurídica que corresponde a su derecho, siempre que las ejerza sin turbar el derecho del superficiario.

ARTÍCULO 2122.- **Destrucción de la propiedad superficiaria.** La propiedad superficiaria no se extingue, excepto pacto en contrario, por la destrucción de lo construido, plantado o forestado, si el superficiario construye, nuevamente dentro del plazo de SEIS (6) años, que se reduce a TRES (3) años para plantar o forestar.

ARTÍCULO 2123.- **Subsistencia y transmisión de las obligaciones**. La transmisión del derecho comprende las obligaciones del superficiario.

La renuncia del derecho por el superficiario, su desuso o abandono, no lo liberan de sus obligaciones legales o contractuales.

ARTÍCULO 2124.- **Extinción.** El derecho de construir, plantar o forestar se extingue por renuncia expresa, vencimiento del plazo, cumplimiento de una condición resolutoria, por consolidación y por el no uso durante DIEZ (10) años, para el derecho a construir, y de CINCO (5), para el derecho a plantar o forestar.

ARTÍCULO 2125.- **Efectos de la extinción.** Al momento de la extinción del derecho de superficie por el cumplimiento del plazo convencional o legal, el propietario del suelo hace suyo lo construido, plantado o forestado, libre de los derechos reales o personales impuestos por el superficiario.

Si el derecho de superficie se extingue antes del cumplimiento del plazo legal o convencional, los derechos reales constituidos sobre la superficie o sobre el suelo continúan gravando separadamente las dos parcelas, como si no hubiese habido extinción, hasta el transcurso del plazo del derecho de superficie.

Subsisten también los derechos personales durante el tiempo establecido.

ARTÍCULO 2126.- **Indemnización al superficiario.** Producida la extinción del derecho de superficie, el titular del derecho real sobre el suelo debe indemnizar al superficiario, excepto pacto en contrario. El monto de la indemnización es fijado por las partes en el acto constitutivo del derecho real de superficie, o en acuerdos posteriores

En subsidio, a los efectos de establecer el monto de la indemnización, se toman en cuenta los valores subsistentes incorporados por el superficiario durante los DOS (2) últimos años, descontada la amortización.

ARTÍCULO 2127.- **Normas aplicables al derecho de superficie.** Son de aplicación supletoria las normas relativas a las limitaciones del uso y goce en el derecho de usufructo, sin perjuicio de lo que las partes hayan pactado al respecto en el acto constitutivo.

ARTÍCULO 2128.- **Normas aplicables a la propiedad superficiaria.** Si el derecho de superficie se ejerce sobre una construcción, plantación o forestación ya existente, se le aplican las reglas previstas para el caso de propiedad superficiaria, la que a su vez queda sujeta a las normas del dominio revocable sobre cosas inmuebles en tanto sean compatibles y no estén modificadas por las previstas en este Título.

Comentario

A.- INCORPORACIÓN DEL DERECHO DE SUPERFICIE AL CÓDIGO CIVIL: El flamante proyecto lo disciplina como un derecho real perteneciente al Libro Cuarto, integrándolo dentro del citado cuerpo normativo. En la actualidad se encuentra previsto en la ley 25.509 pues Vélez Sarsfield lo prohibió en el artículo 2614 del Código Civil originario; dispone en su artículo 14 que consiste en una normativa *"complementaria del Código Civil"*.

B.- ANTECEDENTES: Se conserva en cierta medida la estructura de la ley 25.509, la cual es derogada por la ley aprobatoria del cuerpo normativo en análisis (artículo 3, inciso a). Ha ejercido mucha influencia el Proyecto del 98, que en 11 artículos (artículos 2018-2023) y con mayor técnica, reglamentan el instituto en ponderación, la ponencia de la delegación argentina en el VI Congreso Internacional de Derecho Registral, celebrado en Madrid en 1984 y las X y XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, acaecidas en Corrientes 1984 y Rosario en 2003, respectivamente.

C.- UBICACIÓN: Se lo prevé en el Título VIII del Libro Cuarto, entre los derechos reales de propiedad horizontal (Título VII) y usufructo (Título IX). La misma tesitura adopta el artículo 1887 en su enumeración.

Es correcto su emplazamiento debido a la amplitud de las potestades que confiere a su titular, las más amplías que pueden desmembrar al dominio.

D.- METODOLOGÍA: El título VIII del Libro Cuarto no se encuentra subdividido por ninguna sección. De forma más apropiada, el Proyecto del 98 agrupaba en diferentes capítulos las disposiciones comunes y las particulares de cada especie de superficie.

E.- RECEPCIÓN DE LA SUPERFICIE URBANA: es su más importante innovación, elección que, también, implementase el Proyecto del 98. Aparejará muchos beneficios en el ámbito de la construcción (brindó mucha utilidad en la recuperación de la Alemania de la posguerra), teniendo su origen en *la locatio ad edificandum* romana.

F.- DIFERENCIA CON EL USUFRUCTO: Puede colegirse de su comparación: **1.-)** El objeto del derecho de superficie estriba en un inmueble (artículo 2116) mientras que el usufructo puede recaer en una cosa no fungible, un derecho (solo en los casos en que la ley lo prevé), una cosa fungible cuando recae sobre un conjunto de animales ó el todo o una parte indivisa de una herencia cuando este derecho real de cuño clásico es de origen testamentario (artículo 2130). **2.-)** Las figuras del inventario (artículo 2137) y de la garantía suficiente (artículo 2139) de este último no se encuentran reproducidas en la normativa de la superficie. **3.-)** El usufructo puede ser vitalicio para la persona física (artículo 2142 y 2152, inciso a), modalidad no concebible para la superficie (artículo 2117). **4.-)** Le cabe a la persona jurídica la titularidad del derecho de superficie urbana durante setenta años (artículo 2117), en el otro, solo por un periodo máximo de cincuenta años (artículo 2152, inciso b). **5.-)** El lapso de no uso como causal de extinción en el usufructo radica en los diez años (artículo 2152, inciso c); coincide tal duración para la hipótesis de la superficie urbana, siendo el de la forestal cinco años (artículo 2124). **6.**-) El usufructo resulta ser un derecho intransferible mortis causa (artículo 2140); fenómeno contrario en el otro instituto (artículo 2119).

G.- DEFINICIÓN: el concepto brindado en el artículo 2114 sigue la estructura de la definición prevista en el artículo 2 de la ley 25.509. Ha eliminado la referencia *"sobre cosa propia"* que provocaba confusión. No hace en ella mención a la propiedad superficiaria.

El Proyecto del 98 lo definía en forma más simple y técnica en su artículo 2018: *"La superficie es el derecho real de construir o forestar sobre inmueble ajeno y hacer propio lo incorporado, o de adquirir una construcción o forestación ya existente separada de la propiedad de su emplazamiento, por un plazo determinado que no exceda de cincuenta (50) años"*.

H.- ESPECIES: Se deduce la existencia de dos:

H.A.- DERECHO DE SUPERFICIE PROPIAMENTE DICHO: Resulta ser un derecho real sobre cosa ajena: el poder jurídico de construir o plantar en terreno ajeno. Goza como tal de la defensa de la acciones posesorias y reales (título XIV del Libro Cuarto).

H.B. PROPIEDAD SUPERFICIARIA: constituye un derecho real sobre cosa propia. Es una virtualidad del anterior pues el superficiario hace suyo lo plantado, forestado o construido o aquellas existentes en el inmueble.

Esta manifestación bifronte (Alterini, J. H) se inspira en los lineamientos instaurados en el Código Civil y Comercial Italiano de 1942.

I. RÉGIMEN SUPLETORIO DEL DERECHO DE SUPERFICIE: innovando en este tópico, dado la carencia de regulación en la actual normativa, el artículo 2127, sin perjuicio de los que las partes hubieran pactado, remite a las reglas relativas a las limitaciones del uso y goce que disciplinan el derecho de usufructo.

Cabe realizar dos observaciones: la primera estriba en que no condice con una adecuada técnica legislativa el reenvío por parte de un derecho de potestades mayores a las prescripciones de un derecho de menor amplitud; tal opción podría tener asidero en el Código Civil actual dada la prohibición originaria del Codificador de la figura de la superficie. La segunda radica en la carencia de un artículo con tal epígrafe en el Título IX, perteneciente al usufructo.

El Proyecto del 98 adoptó otra tesitura en su artículo 2024: se regía el mentado derecho por las normas del derecho de construir o forestar, si no se ejercía sobre una construcción o forestación concluida. Caso contrario, resultaba ser una hipótesis de propiedad superficiaria.

J.- RÉGIMEN SUPLETORIO DE LA PROPIEDAD SUPERFICIARIA: se le aplica las normas del dominio revocable sobre cosas inmuebles en tanto sean compatibles (artículo 2128). El proyecto del 98 propició tal solución en su artículo 2027.

La opción es adecuada, ya que al finalizar el derecho de superficie, el dueño del suelo readquiere, en principio, el dominio en su anterior plenitud.

I.- MODALIDAD: Se observan:

I.A.- SUPERFICIE AGRÍCOLA: debe ser entendida como que abarca cualquier tipo de plantación, tanto la forestación como la silvicultura. No se consigna la vinculación con el régimen previsto en la Ley de Inversiones para Bosques Cultivados, que prevé el artículo 1 de la ley 25.509.

I.B.- SUPERFICIE URBANA: recae sobre el aspecto edilicio. Permite el desarrollo de construcciones.

J.- CONSTITUYENTE: consigna el artículo 2118 que se encuentra legitimados los titulares de los derechos reales sobre cosa propia y parcialmente propia: dueño, condómino o propietario de una unidad funcional afectada al régimen de Propiedad Horizontal; este último resulta un agregado novedoso pues el artículo 1 de la ley 25.509 no lo menciona. Reproduce el artículo 2019 del Proyecto del 98 que con más atinado criterio reglaba este punto inmediatamente después de la definición del derecho real.

K.- SUPERFICIARIO: puede ser una persona física o jurídica. El proyecto no contiene ninguna limitación al respecto. Cabe la posibilidad de concurrencia de cotitulares de ambas especies.

L.- OBJETO: recae sobre la totalidad del inmueble o una parte material de él (artículo 2116).

Se innova siguiendo las recomendaciones de las XIX Jornadas de Derecho Civil permitiendo que la extensión del inmueble sea mayor que la necesaria para la plantación, forestación o construcción; no obstante, tal ampliación se condice con la utilidad en el aprovechamiento (El Proyecto del 98 ya lo había consagrado en su artículo 2025). Tal es la hipótesis de un galpón de material con destino para el acopio de materiales.

El objeto de la propiedad superficiaria estriba en las edificaciones, plantaciones o forestaciones. Las nombradas siguen participando de su naturaleza inmobiliaria igual que el suelo (artículo 225).

LL.- TRAYECTORIA: Debe ser distinguida del concepto de emplazamiento como hiciera el Proyecto del 98 en el acápite de su artículo 2025. Puede extenderse hacia el sobresuelo como al subsuelo, de acuerdo al artículo 2116.

M.- FUENTE: el artículo 2119 hace mención a los actos a los actos inter vivos, siguiendo las líneas del artículo 5 de la ley 25.509. No admite la prescripción adquisitiva como modalidad de adquisición, aclarando la cuestión, dado la falta de mención en la actual normativa sobre este extremo; solo permite la breve en aras de sanear el título.

Guarda silencio sobre la posibilidad de constitución a través de la vía testamentaria, subsistiendo la discusión doctrinaria al respecto. El Proyecto del 98 lo permitía en su artículo 2026 al mencionar como causales las hipótesis de *"adquisición derivada"*.

N.- CUMPLIMIENTO DEL MODO SUFICIENTE: Aunque no reproduzca este capítulo el artículo 4 de la actual normativa, será insoslayable la realización de la tradición y la inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble, este último para otorgar al derecho de superficie oponibilidad hacia los terceros interesados de buena fe.

No es menester una norma expresa dado que resulta suficiente con la prescripción del artículo 1892 del Título I "Disposiciones Generales" del Libro Cuarto, de aplicación general. También, cabe destacar en este sentido la subsistencia de la ley 17.801, que ha sido objeto de pequeñas modificaciones en el Anexo II que se aduna, para adecuarla a la futura vigencia del cuerpo normativo en consideración.

O.- PLAZO: depende de la modalidad elegida: setenta años para la superficie urbana y cincuenta años para la agrícola; siguiendo para este último igual lapso adoptado en el artículo 6 de la ley 25.509. Se computan ambos a partir de la adquisición del título (artículo 2117), es decir, cuando sean cumplidos los recaudos de título y modo suficiente. Cabe la posibilidad de prorrogarlos, siempre dentro de los parámetros máximos permitidos; se contará el nuevo transcurrir a partir de la celebración del acto.

No se ha establecido un plazo mínimo para el instituto, objeto del análisis. Tampoco la sanción legal si el periodo establecido excede el autorizado: de acuerdo a los principios jurídicos, debería ocurrir la adecuación temporal, modalidad de saneamiento de los actos jurídicos, que los reduce a la máxima amplitud temporal posible (setenta o cincuenta años, según sea el supuesto de hecho).

El Proyecto del 98 instauraba como periodo de vigencia de hasta cincuenta años.

P.- TRANSFERENCIA: Cabe transmitirlo, de acuerdo al artículo 2119, ya mediante actos inter vivos, a título oneroso o gratuito, ya sea que ocurra la muerte de su titular.

Si se produce tal fenómeno jurídico, la citada transmisión comprende las obligaciones del superficiario (artículo 2123, primer párrafo, que reproduce el artículo 2021, segundo párrafo, del Proyecto del 98).

Q.- FACULTADES DEL SUPERFICIARIO: Ellas son:

Q.A.- IUS POSSIDENDI: En razón de que la superficie es un derecho que se ejercita a través de la posesión, puede ejercer las servidumbres reales que graven al inmueble y exigir el respecto de los límites impuesto en el Capítulo 4, Título III, del Libro Cuarto (artículo 1932)

Q.B.- ACTOS DE ADMINISTRACIÓN: goza de tal potestad: verbigracia, los contratos de arrendamiento que concierte resultarán válidos.

Q.C.- ACTOS DE DISPOSICIÓN: le cabe practicarlos ya sea en su faz material o jurídica: le es lícito tanto construir un nuevo piso como enajenar la cosecha recolectada. No se configura obstáculo para que enajene su derecho.

Q.D.- ADQUISICIÓN LA PROPIEDAD SUPERFICIARIA: Tal es lo que regla el artículo 2115, primer párrafo, in fine.

Q.E.- POSIBILIDADES DE CONSTITUIR DERECHOS REALES DE GARANTÍA: Se encuentra previsto que el objeto de las mentadas garantías recaiga tanto sobre el derecho de superficie como también sobre la propiedad superficiaria; cuestión omitida en la actual normativa y aceptada en forma pacífica por la doctrina (artículo 2120, primer párrafo). Coincide con la postura adopta en el artículo 2026, segundo párrafo del Proyecto del 98 y con la declaración de la Comisión 4 de las IX Jornadas de Derecho Civil. Son idóneas para ello la hipoteca y la anticresis.

Q.F.- POTESTADES EN LA SUPERFICIE URBANA: De acuerdo a la tesitura recepcionada en el artículo 2120, segundo párrafo, se le permite al superficiario afectar la construcción realizada al régimen de la Propiedad Horizontal, subordinado su vigencia a la duración de su derecho real.

Podrá concertar la enajenación y constituir derechos reales de garantía en las unidades funcionales que ha levantado. Tales negocios resultarán eficaces mientras exista la superficie.

Podrán subsistir los mentados efectos después de tal extinción si el propietario del suelo ha dado su consentimiento para ello.

Q.G.- DEFENSA DE LAS RELACIÓN DE PODER Y DEL DERECHO REAL: Aunque el articulado comentado no lo menciona, se encuentra tutelado por los remedios que se otorgan en el Título XIV del Libro Cuarto.

R.- OBLIGACIONES DEL SUPERFICIARIO: Debe cumplir, en calidad de poseedor, con las cargas reales, medidas judiciales inherente a la cosa, los límites impuestos en el Capítulo 4, Título III, del Libro Cuarto; también, debe restituir la cosa a quien tenga el derecho de reclamarla (artículo 1933).

La renuncia, abandono o la omisión de ejercer sus facultades no empecen a la subsistencia de las obligaciones que ha contraído (artículo 2123, primer párrafo).

S.- FACULTADES DEL PROPIETARIO DEL SUELO: Es titular de un dominio imperfecto. Conserva, en palabras del artículo 2121, *"la disposición material o jurídica que corresponde a su derecho"*. Tales potestades incluyen la posibilidad de enajenar su derecho real, típico de las hipótesis de dominio desmembrado. No se ha incorporado un derecho de preferencia que había sido auspiciado en el Proyecto de Unificación de 1987 en su artículo 2614.

Mejora la redacción del artículo 3 de la ley 25.509, no reproduciendo el artículo 4 acerca de la imposibilidad de constituir derecho de disfrute o garantía. Es correcta tal supresión pues la importancia del límite de estas facultades radica en impedir la perturbación de los derechos del superficiario, encontrándose legitimado para constituirlos, siempre que respete el ejercicio de las potestades de aquel.

T.- OBLIGACIÓN DEL PROPIETARIO DEL SUELO: no debe turbar el derecho del superficiario.

Se estimo útil en el Proyecto del 98 agregar que si aquel infringe la manda legal, *"el superficiario puede exigir el cese de la turbación"* (artículo 2020).

U.- EXTINCIÓN:

U.A.- CAUSALES: De acuerdo al artículo al artículo 2124, ellas son: **1.-)** Renuncia expresa. **2.-)** Vencimiento del plazo pactado o el máximo permitido. **3.-)** Cumplimiento de una condición resolutoria. **4.-)** Consolidación: reunión en una misma persona de las calidades de propietario del suelo y superficiario. **5.-)** Desuso: diez años para el supuesto de superficie edilicia y cinco años para el caso de plantaciones y forestaciones. Debe ser adicionado el abandono ya que el artículo 2123 lo distingue de la renuncia. Resulta similar al contenido del artículo 2026 del Proyecto del 98, a excepción que preveía un lapso común de diez años para el no uso.

Se ha estimado más ventajoso ampliar el plazo de tres años contemplado en el artículo 7 de la ley 25.509.

U.B.- DESTRUCCIÓN DE LA PROPIEDAD SUPERFICIARIA: no constituye su mera ocurrencia una causal de extinción, salvo pacto en contrario (artículo 2122).

Si transcurrido tres o seis años, dependiendo si la modalidad concertada es la superficie agrícola o urbana, respectivamente, el titular no ha realizado acto de edificación, cultivo o plantación alguno, el derecho real en ponderación deja de existir.

El lapso elegido deviene una opción intermedia en virtud que la actual normativa estima prudente el período de tres años (artículo 7 de la ley 25.509) y el artículo 2028 del Proyecto del 98 lo situó en diez años con la posibilidad de acordar uno menor.

Debe ser diferenciado de la destrucción del inmueble en donde se asienta el derecho de superficie. Tal fenómeno provoca la extinción tanto del derecho de superficie como el del propietario del suelo.

U.C.- EFECTOS: La virtualidad radica, empleando la terminología del artículo 2125 del proyecto, en que el propietario del suelo hace suyo lo construido, plantado o forestado, libre de los derechos reales o personales impuestos por el superficiario. De esta manera, la regla captada en la máxima romana *superficie solo cedit* recobra su imperio.

En el supuesto de extinción del derecho de superficie antes del cumplimiento del plazo acordado, adopta la solución del artículo 10 de la ley 25.509: los derechos reales y personales subsisten. El propietario debe soportarlos como si la institución comentada se encontrase vigente. Resultaría gramaticalmente más adecuado que el segundo y tercer párrafo del artículo 2125 se fundiesen en uno solo.

La hipótesis de la consolidación se encuentra incluida dentro del ámbito de aplicación de la citada norma. Hubiera sido preferible su mención expresa como lo hace el artículo 2022 del Proyecto del 98.

U.D. INDEMNIZACION PARA EL SUPERFICIARIO: Tal consecuencia obedece a la circunstancia que el dueño del suelo adquiere la propiedad superficiaria. Es una decisión legislativa correcta.

La ley delega en la autonomía de la voluntad los parámetros de valuación. No es menester determinarlos en el acto constitutivo, cabe concertarlos en acuerdos posteriores.

Si no se ha previsto el punto en cuestión, se toma en estima los valores subsistentes incorporados por el superficiario durante los dos últimos años. La amortización ocurrida debe ser descontada (artículo 2126).

Resulta más específico que el artículo 11 de la actual normativa. El Proyecto del 98 empleaba, siguiendo el método del Código Civil Portugués, la medida del enriquecimiento sin causa en su artículo 2023. Es clara la intención de apartarse de la declaración de lege ferenda nº 11 de las Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Corrientes, 1985): *"sin compensación al superficiario, salvo convención en contrario"*.

USUFRUCTO

Marcelo E. Urbaneja

El usufructo se regula desde el artículo 2129 hasta el 2153, dividido en 5 capítulos: "disposiciones generales" (2129 a 2140), "derechos del usufructuario" (2141 a 2144), "obligaciones del usufructuario" (2145 a 2150), "derechos y deberes del nudo propietario" (2151) y "extinción" (2152 y 2153). Salvo matices de relevancia dispar, se siguieron las inspiraciones del Proyecto de 1998.

1) Disposiciones generales

Se define al usufructo en el primer artículo enumerando sus facultades, que coinciden con las del dominio perfecto excepto por la de disposición material, con la salvedad de no poder alterarse su sustancia. El concepto guarda similitud con la noción vigente.

A renglón seguido, y sintetizando ideas que hoy deben extraerse de diversos artículos, se indica cuándo se altera la sustancia en una cosa ("cuando se modifica su materia, forma o destino") y en un derecho ("cuando se lo menoscaba").

En punto al objeto (2130) se coincide con el sistema imperante en cuanto a la posibilidad de ejercerse sobre todo, una parte material o por una parte indivisa de diversos objetos, que enumera: a) cosa no fungible; b) derecho, solo si es previsto por la ley; c) cosa fungible cuando recae sobre un conjunto de animales; d) todo o una parte indivisa de una herencia cuando el usufructo es de origen testamentario.

En torno a la legitimación, aparte de los supuesto del dominio, condominio y propiedad horizontal, hoy indudables, se aclaran los interrogantes agregando expresamente al superficiario.

En cuanto a la pluralidad de sujetos, derecho de acrecer y constitución sucesiva se mantienen las previsiones actuales.

Las modalidades para constituirlo (referidas exclusivamente a la vía contractual o testamentaria, aunque no lo indique expresamente la norma) se prevén en el artículo 2134, que condensa los actuales 2813 y 2814.

La prohibición de constitución judicial del 2133 (que reitera el principio vigente en el 2818) era innecesaria por estar ya dispuesta, de manera general, por el 1896.

La presunción de onerosidad del 2135 reitera la que actualmente contiene el 2819, aunque no discrimina según la fuente del derecho real.

En punto a modalidades, y superando la parcial contradicción entre el 2821 y el 2829 de nuestro Código (de todos modos ya consensuada por doctrina y jurisprudencia), se prohíbe la constitución convencional sujeta a condición o plazo suspensivos. En caso de violación se dispone derechamente que no existirá el derecho real. Se aclara la cuestión en materia testamentaria, invirtiendo la regla del

2829 actual para volver a la fuente del artículo, admitiendo esas modalidades suspensivas solo si se cumplen antes del fallecimiento del testador.

Sobre el inventario (2137 y 2138) se mantiene la presunción de encontrarse la cosa en buen estado en caso de no haberse realizado. Se termina la controversia en punto a su dispensabilidad, que se admite cuando las partes (léase del contrato constitutivo) son mayores de edad y capaces.

Se mantiene el carácter optativo de la garantía, ahora sin limitarla a la fianza (2139).

2) Facultades del usufructuario

- Generalidades

El grueso de este tópico mantiene y aclara el régimen vigente (esto último fundamentalmente en materia de frutos), con algunas innovaciones de relevancia.

Expresamente se consigna que corresponden al usufructuario los productos de una explotación ya iniciada al momento de constituirse este derecho real.

- Transmisibilidad

En torno a la intransmisibilidad del derecho, se la mantiene por causa de muerte, pero se modifica por actos entre vivos.

La concepción dominante de la doctrina entiende que en el régimen vigente solo puede cederse el ejercicio del derecho (2870) pero no el derecho en sí. Hacen excepción, en minoría, Lafaille[1], J. H. Alterini[2] y Borda[3] (aunque este último asimilando las nociones de transmisión del ejercicio y transmisión del derecho).

Corresponde sintetizar el funcionamiento del sistema en vigor sobre esta cuestión, labor que emprendimos más extendidamente en otra oportunidad, convencidos de la anarquía gramatical que produce discrepancias aparentes[4]. Resumiremos esas nociones y las compararemos con el Proyecto, que, entendemos, conduce nuevamente a resultados disvaliosos.

Nosotros, que compartimos el parecer mayoritario, entendemos de todos modos que la innovación tiene mucho de pura semántica.

En efecto, ahora se estipula que aunque el derecho puede transmitirse (2142), la vida que determina la duración del usufructo es la del usufructuario transmitente (suponemos que en caso de múltiples transmisiones se tratará siempre del usufructuario primitivo). Se reitera el concepto en el proyectado artículo 2153, segundo párrafo.

Precisamente Alterini, quien ha sustentado los argumentos más firmes de la tesis minoritaria, interpreta de la misma manera el ordenamiento en vigor.

Se trata, en suma, de una disquisición puramente terminológica: llámese cesión del derecho o cesión del ejercicio, en el Código Civil actual la vida que determina la duración del usufructo es la de su titular originario. La única diferencia estaría dada en que, conforme al artículo 2870, en la cesión del ejercicio el cedente (que mantiene su calidad de usufructuario) responde frente al nudo propieta-

1. Lafaille, Héctor, *Tratado de los derechos reales*, Buenos Aires, La Ley, Ediar, segunda edición actualizada y ampliada por Jorge Horacio Alterini, 6 tomos, 2010, tomo IV, número 1363, páginas 119 y 120.

2. Alterini, Jorge Horacio, *La locación y los derechos reales con función equivalente*, Editora Platense, La Plata, 1970, número 145, páginas 172 y 173.

3. Borda, Guillermo Antonio, *Tratado de derecho civil. Derechos reales*, La Ley, Buenos Aires, quinta edición, revisada y actualizada por Delfina María Borda, 2008, tomo II, número 875, páginas 44 y 45.

4. Urbaneja, Marcelo Eduardo, "Usufructo inmobiliario: aspectos notariales y registrales", en *Usufructo. Aplicaciones civiles y comerciales*, dirigido por Rubén Augusto Lamber, Heliasta, Buenos Aires, 2011, páginas 225 a 247.

rio por los daños producidos por el cesionario. Si esto último se predicara también de la cesión del derecho, entonces no habría diferencia entre ambos y la controversia sería absolutamente estéril.

En el artículo 2142 proyectado se estipula que el adquirente debe dar al nudo propietario garantía sobre la conservación y restitución del bien, lo que conduce a pensar que no se considerará responsable al transmitente, en un nuevo apartamiento del vigente 2870 pero que introduce mayor vacilación sobre la naturaleza de esta transmisión.

Si se entiende que así debe meritarse el régimen proyectado, se plantea una poco feliz alteración del ordenamiento actual, en tanto que hoy el nudo propietario puede exigir al usufructuario que responda por la actividad dañosa del cesionario (del ejercicio), principio que es reemplazado por la aparente responsabilidad exclusiva del adquirente.

Si se quisiera que el titular no tenga la posibilidad de transmitir su derecho, en el Proyecto deberá constituirse derecho real de uso (artículos 2154 a 2157), al que por ello mismo le auguramos, de entrar en vigor, un futuro más promisorio que el del usufructo.

No dudamos que si la vida que determina la duración del derecho real es la del enajenante, entonces no hubo transmisión ni cesión de derecho alguno, sino solo de su ejercicio. Y esto tanto para el Código vigente, para el Proyecto de 1998 o para el Proyecto que aquí se considera. Separar la titularidad del derecho de la vida de quien determina la duración del mismo contraría hoy los principios del Código Civil, e importaría tanto como incorporar una figura al modo del "cabeza de renta" del contrato oneroso de renta vitalicia, en el que expresamente se admite la posibilidad de considerar con ese carácter a alguien que no sea acreedor, deudor ni beneficiario.

El único caso en el Código de Vélez Sarsfield en el que no puede negarse la existencia de una transmisión del derecho, porque el mismo se extingue por confusión, es en el olvidado artículo 2931, por el cual usufructuario y nudo propietario transmiten respectivamente sus derechos a un adquirente (o varios) del dominio pleno. Y como se extingue ese usufructo, nadie podría sugerir que la vida del transmitente conserva utilidad para su duración ni que deba responder frente al nudo propietario, precisamente porque ahora el uso y goce y la titularidad dominial coinciden.

Si bien no hay en el Proyecto norma que admita esta modalidad, la misma se sobreentiende acompañada del principio general de transmisibilidad.

Pero la mayor novedad del Proyecto reside en el artículo 2144: el usufructo podrá ser ejecutado por los acreedores. En la actualidad el derecho de estos llega a la oposición a la renuncia del usufructuario (2933) y al embargo para cobrarse con los frutos (2908), pero no a la ejecución (conforme interpretación cuasi unánime basada en la intransmisibilidad por actos entre vivos).

El interrogante que abre la novedosa previsión es si la vida del usufructuario original (que será el ejecutado o uno anterior) será la que continúe rigiendo la duración del derecho, o tal función será cumplida por el nuevo titular (adquirente en la subasta).

Lamentamos que no se proporcione la solución en el Proyecto, y estimamos que la controversia se solucionará en función de la naturaleza derivada u originaria que se atribuya a la adquisición en subasta pública, tópico de candente actualidad y pletórico en derivaciones prácticas.

Hemos resumido esa polémica en otro lugar[5], pero sostenemos, firmemente convencidos del carácter derivado de esa transmisión, que correspondería continuar considerando la vida del usufructuario originario.

En suma, el balance sobre las innovaciones que el Proyecto sugiere realizar en este aspecto es netamente desfavorable, y las resumimos así:

a) la transmisión del usufructo (llámese del derecho o de su ejercicio) libera al usufructuario originario de responsabilidad frente al nudo propietario, ya que solamente se exige al adquirente que preste garantía suficiente;

5. Castro Hernández, Manuel Horacio, y Urbaneja, Marcelo Eduardo, *Subasta judicial. Implicancias jurídicas, registrales y notariales*, El Derecho, Colección Académica, Buenos Aires, 2005.

b) la vida de ese antiguo usufructuario (el originario) es, no obstante, la que continúa determinando la duración del derecho en los sucesivos adquirentes;
c) la ejecutabilidad del usufructo por los acreedores, coherente con la transmisibilidad que ahora tiene este derecho, provocará vacilación sobre cuál es la vida que determinará la duración del derecho en cabeza del adquirente en subasta: si la de él o la del usufructuario originario.

- Constitución de derechos reales y personales

En torno a la legitimación para constituir derechos reales y personales, es bienvenido el párrafo final del artículo 2142, que superando la dispersión actual y la oscuridad de alguna norma, atribuye al usufructuario facultad para constituir servidumbre, anticresis y uso y habitación, y derechos personales de uso y goce. Se dispone que el usufructuario no se eximirá de responsabilidad frente al nudo propietario.

El primer párrafo del artículo 2153 conserva el principio vigente de extinción de todos los derechos constituidos por el usufructuario cuando se produzca la extinción del usufructo (agregándose el mismo resultado respecto de lo que hubieren constituido los usufructuarios sucesivos al primero).

3) Deberes del usufructuario

Las llamadas "obligaciones del usufructuario" sintetizan y esclarecen en el Proyecto un cúmulo de normas del Código de Vélez Sarsfield.

La determinación del destino se vuelca en una norma que refleja el parecer actualmente mayoritario. También se explicitan los principios en materia de mejoras e impuestos, tasas y contribuciones.

4) Facultades y deberes del nudo propietario

Se estipula que conserva la disposición jurídica y material de la nuda propiedad, pero sin turbar el uso y goce del usufructuario.

La separación entre actos de disposición material y de uso y goce es conceptualmente nítida, aunque pueda interrogarse sobre ciertos supuestos en concreto. El típico acto de disposición material sería la alteración de la sustancia, en sus variantes expresadas en el Proyecto: materia, forma o destino. Mas resulta difícil suponer que esos actos, realizados por el nudo propietario, no turben el uso y goce del usufructuario.

5) Extinción

A tono con lo anunciado en la parte general de los derechos reales, aquí solo se regulan medios especiales de extinción, por lo que hay que sumarle los propios a toda esta categoría de derechos y, aún, los de todos los derechos patrimoniales.

Las innovaciones trascendentes son varias.

Se extiende el plazo de duración máxima en el caso de ser el usufructuario una persona jurídica a 50 años.

En cuanto al desuso se aclara (aunque nosotros creemos que en la actualidad resulta idéntico) que el hecho de ser involuntario no impide la extinción, y se mantiene el plazo de 10 años.

También para finalizar las controversias al respecto, se dispone que "el uso abusivo y la alteración de la sustancia" producirán la extinción. La frase final, "comprobada judicialmente", parece referir (por la conjugación singular del verbo) a la última violación apuntada. Sin embargo, no cabe hesitar en su extensión al uso abusivo, ya que su carácter de cuestión de hecho también admitirá distintas apreciaciones.

USO Y HABITACIÓN

Marcelo E. Urbaneja

El uso se trata en los artículos 2154 al 2157, en el título X. A la habitación se dedica el título XI, desde el artículo 2158 hasta el 2161. Ninguno de ellos se divide en capítulos. El Proyecto de 1998 ha sido fuente evidente de estas regulaciones, aunque haya algún apartamiento liminar.

Al igual que lo hicimos notar con otras varias instituciones, se impone recordar el cúmulo de reproches al vigente Código Civil por la inclusión de los derechos reales aquí considerados.

Si bien aparecen plasmadas diferencias con la regulación vigente, el grueso de sus principios se conserva, por lo que o deberán reiterarse aquellas críticas o, como estamos convencidos, habrá que admitir otra vez el agudo sentido práctico de nuestro ilustre codificador.

No obstante, la utilización de estos derechos reales ha sido reducida, por factores de diverso origen pero no solo vinculados a los interrogantes de algunas disposiciones legislativas.

La innovación más palpable es la desvinculación de ambos derechos reales de la particular noción de familia que proporcionaba el 2953, y cuyas "necesidades" servían de vehículo para determinar el alcance de las facultades del titular.

Solo en el uso, y tangencialmente a los efectos del embargo de los frutos, se conserva la familia como pauta de referencia. Es que, aunque los fundamentos pretendan que "en principio" se establece este derecho real para las necesidades del titular y su familia (a la manera del Código vigente), no se ha replicado esta concepción en el cuerpo del articulado. Precisamente el Proyecto de 1998 evita esta invocación de la familia y, por lo tanto, los reparos que aquí se formulan.

1) Uso

En el concepto brindado se distingue del usufructo porque aquí no se enumera la disposición jurídica entre las facultades de su titular. Expresamente se remite a las normas sobre usufructo con las salvedades que en este Título se determinen.

Superando algunas disquisiciones al respecto, ahora se admite la constitución por una parte indivisa, pero se conserva el interrogante sobre la posible pluralidad de titulares. La remisión señalada a las normas sobre usufructo imponen su admisión.

En cierta aproximación con el vigente 2952, se establece que el título podrá determinar la extensión y los límites del derecho, con la importante aclaración que, de no estipularse ese alcance, se reputa haberse constituido usufructo.

Consagrando expresamente la tesis dominante se admite solo la titularidad de personas físicas (llamadas en el Proyecto personas humanas).

En sustancial distinción con el usufructo, que permite delinear con mayor claridad que el régimen vigente la diferencia entre ambas figuras, se prohíbe al usuario la constitución de derechos reales (2156), por lo que debe considerarse admitida la constitución de derechos personales.

De esa misma disposición y de la propia definición se desprende que tampoco resulta admisible la transmisión del derecho. Podría cuestionarse esta interpretación si se atiende que en la habitación expresamente se indica que "no es transmisible por acto entre vivos ni por causa de muerte", pero si a los argumentos favorables que esgrimimos sumamos la remisión inicial a las normas sobre usufructo la conclusión sugerida parece la adecuada.

Si entrara en vigencia, esta intransmisibilidad es la que, reiterando lo afirmado al considerar el usufructo, difundirá la utilización del uso en detrimento de ese otro derecho real.

Además, en cierto paralelismo con nuestro Código Civil, se rechaza el embargo de los frutos por los acreedores "cuando el uso de éstos se limita a las necesidades del usuario y su familia". Como se indicara, hay una innovación respecto a lo pautado en el Proyecto de 1998.

2) Habitación

En modificación saludable, se elimina el inasible concepto de "casa" y se dispone que consistirá en "morar en un inmueble ajeno construido, o en parte material de él", naturalmente sin alterar su sustancia. No obstante, se conservan resabios de la terminología repudiada en el artículo 2161, al prever un supuesto en el cual el habitador resida solo en una parte "de la casa que se le señala para vivienda".

En el Código de Vélez Sarsfield esa noción de "casa" resulta, como se dijo, vaga, pero guardando coherencia entre el concepto de habitación y su regulación.

Debe condenarse con mayor énfasis al Proyecto porque destierra "casa" de la definición, pero la incluye en otra norma, con el añadido de la poco feliz expresión "que se le señala para vivienda". Esta contradicción no se encuentra en el Proyecto de 1998, quien solo conceptúa de modo semejante al derecho real pero sin referencia a "casa".

El primordial rol que el objeto ejerce en esta materia obliga a ponderar el alcance de la afirmación, haciéndonos suponer que se refiere a que ése será el objeto del derecho real, máxime a la luz de la definición brindada, que admite a la parte material cumpliendo ese papel.

Al igual que en el uso se remite a las normas sobre usufructo con las salvedades que se especifiquen.

Nótese que no se contempla la posibilidad de constituirse por partes indivisas, lo que marca otra diferencia con el derecho real recién considerado.

También se limita a personas físicas (reiteramos que aquí se llaman "humanas") y disminuye aún más que en el uso el ámbito de las facultades de su titular, ya que no solo se veda la constitución de derechos reales, sino también personales. Además, naturalmente, se indica la intransmisibilidad por actos entre vivos y por causa de muerte, previsión esta última innecesaria a la luz de la remisión genérica a la normativa sobre usufructo.

El último artículo dispone que si el habitador reside solo en una parte de la casa "que se le señala para vivienda", debe contribuir a prorrata al pago de cargas, contribuciones y reparaciones.

SERVIDUMBRE

Marcelo E. Urbaneja

La servidumbre, ahora en singular, se contempla desde el artículo 2162 al 2183, formando el título XII de este Libro Cuarto. Se divide en 4 capítulos: "disposiciones generales" (2162 a 2172), "derechos y obligaciones del titular dominante" (2173 a 2179), "derechos del titular sirviente" (2180 y 2181), y "extinción de la servidumbre" (2182 y 2183).

Una primera impresión que surge de la drástica reducción del número de artículos (138 actuales contra 22 proyectados, aunque en los fundamentos se diga 21) es la bienvenida supresión de una casuística poco afecta a permitir la inducción de principios generales, lo que derivó en una incontable cantidad de disquisiciones y controversias.

Contribuyó ciertamente a esa disminución el haberse eliminado el equivalente a nuestro título XIII (artículos 3068 a 3107), que alberga a las servidumbres en particular.

Debe apuntarse, sin embargo, que ese énfasis en la regulación de particularidades que contiene el Código Civil en vigor descansa en la atribución de facultades de disfrute específicas, frente a las genéricas que, en cambio, se disponen en materia de usufructo.

De este modo, y esquemáticamente, si en el usufructo bastó con establecer el principio de la percepción de frutos para luego imponer limitaciones, en las servidumbres, al contrario, debió explicitarse lo que *sí puede* realizar su titular, máxime a la luz de la regla *in dubio pro domino* que luce de artículos como el 3011, 3019 y 3021.

Las consecuencias de esta diferencia, que en alguna oportunidad señalamos[1], gobiernan la generalidad de las soluciones en este ámbito.

Ambas reglas (goce específico e interpretación favorable al inmueble sirviente) se reproducen en el Proyecto (artículos 2162 y 2181, éste *in fine*).

En líneas generales, se siguen las pautas establecidas en el Proyecto de 1998.

1) Disposiciones generales

Esclareciendo el concepto actual y la sinuosidad de sus interpretaciones, se establece la necesidad de 2 inmuebles y la concesión a su titular de "determinada utilidad" sobre el inmueble sirviente ajeno.

Para quienes supusieran aún que el usufructo, el uso y la habitación constituyen servidumbres personales en el ordenamiento en vigor, con el Proyecto esa tesis queda definitivamente sepultada.

1. Urbaneja, Marcelo Eduardo, "Servidumbres: su aplicación en sede notarial", Revista Notarial 962, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, año 2009, páginas 593 y siguientes.

Se destaca además el fin de la polémica sobre la necesidad o no de dos inmuebles en las servidumbres personales (sin considerar tales a esos derechos reales mencionados). Cuadra reconocer que se siguió, en este aspecto, a la doctrina dominante, que extendía esos recaudos a todas las servidumbres. En el aporte citado manifestamos nuestra coincidencia con la minoría que, tras un ensayo de relevancia singular, encabezó Peña Guzmán[2], interpretando que las servidumbres personales no exigían inmueble dominante.

Consecuente con la posición adoptada, se establece (2165) que la diferencia entre ambas servidumbre es la inherencia al inmueble dominante en la real. Claramente la inherencia al inmueble sirviente subsiste en ambas clases de servidumbres.

Siguiendo con las clasificaciones, se contemplan, además, la de forzosa/voluntaria (2166) y la de positiva/negativa (2164). No se han considerado, en cambio, la de continua/discontinua y la de aparente/no aparente.

En caso de duda, y siguiendo las aguas de la tesis mayoritaria, se interpreta que la servidumbre se reputará personal (2165) y onerosa (2169).

También se conserva la noción de servidumbre forzosa, que en el Código vigente es confundida con la de servidumbre de origen legal. Se enumera cuáles son los casos de servidumbres forzosas, y se dispone que la acción para reclamarla es imprescriptible.

En las servidumbres personales se admite la constitución a varios titulares para que la ejerzan conjuntamente y el derecho de acrecer previsto expresamente (2167), pero se extingue con la muerte del titular (2172). La constitución sucesiva, al igual que en el usufructo, está vedada (2167).

Los legitimados para constituirla son los titulares de derechos reales sobre inmuebles que se ejerzan por la posesión (2168).

Se conserva el carácter de accesoriedad (2172 y 2178).

La prohibición de constitución judicial, que también se consignó en el usufructo, es reprochable por reiterar el principio general.

Resulta objetable la omisión de toda regla vinculada a la existencia de un titular en común entre el inmueble dominante y el sirviente, y la consecuente permisión o prohibición de constitución de servidumbre. Tampoco se ha dispuesto nada sobre la "consolidación parcial" que, como en el Proyecto de 1998, admite inferir una regla.

Como se indicó, no se ha establecido regulación orgánica sobre ninguna clase de servidumbre en particular, no obstante lo cual el artículo 2166 (que hace tema con las "forzosas") menciona disposiciones específicas para las servidumbres de tránsito, acueducto y recibir agua.

2) Facultades y deberes del titular del inmueble dominante

Aunque sintetizadas y esclarecidas de manera acertada, se mantiene el grueso de las previsiones del Código de Vélez Sarsfield. Quizá la más interesante sea la de posibilitar la constitución de derechos personales "con relación a la utilidad que le es conferida".

En los artículos 2176 y 2177 del Proyecto se vuelcan previsiones sobre las obligaciones de hacer que actualmente deben vincularse con el régimen que surge de los artículos 3010, 3022, 3023 y 3042 del Código Civil.

3) Facultades del titular del inmueble sirviente

En el artículo 2180 se aglutinan principios hoy dispersos en disposiciones varias, pero perdurando su espíritu. No se le impide la constitución de otros derechos reales ("conserva la disposición

2. Peña Guzmán, Luis Alberto, "Servidumbres en el Código Civil argentino", LL 1976-D-790.

jurídica y material que corresponde a su derecho"), ni siquiera servidumbres (a *contrario sensu* de "no debe turbar el ejercicio de la servidumbre, ni siquiera por la constitución de otra"). Apuntamos nuevamente la casuística que en su tiempo se censurara en Vélez Sarsfield, al incorporarse una ejemplificación estéril en la última oración del primer párrafo de este artículo.

4) Extinción

Según se apuntó a propósito de la parte general de este Libro Cuarto, el Proyecto contiene reglas generales de extinción de todos los derechos patrimoniales y propias de todos los derechos reales. Ambas resultan aplicables, naturalmente, a las servidumbres, a las que hay que sumar las que el artículo 2182 enumera.

Se consignan allí la desaparición de "toda utilidad" para el inmueble dominante, el desuso "por persona alguna" por 10 años (en donde la expresión encomillada emparienta la solución con la del vigente 3060) y, en las servidumbres personales, la muerte de la persona física o el transcurso de 50 años si su titular es persona jurídica.

DERECHOS REALES DE GARANTÍA

Silvina Rojas Torres
Colaboradores: **Ignacio de Garay Lanús y Lara Zincenko**

Derechos reales de Garantía

Uno de los grandes cambios que se vislumbran a partir del mentado Anteproyecto, y que ya venía siendo reclamado por la doctrina imperante en la materia, es la introducción necesaria de una parte general donde se incluyen disposiciones comunes a los derechos reales de garantía, para luego iniciar al análisis de cada uno de ellos.

El Anteproyecto lo recepta incluyendo en los artículos 2184 y siguientes aquellas disposiciones comunes a las que se hacía referencia. Así, en tan solo 53 artículos trata las cuestiones relativas a los derechos reales de garantía, reduciendo considerablemente los 153 artículos que Vélez le dedica.

Resulta loable, como mencionamos, la inclusión de ciertas disposiciones generales en la materia, abarcando no solo a la hipoteca sino también a la prenda y anticresis.

Claro está, esto ya se vislumbraba en el Anteproyecto del año 1998.

Como resulta lógico, comienza refiriendo a los caracteres propios que deben reunir estos derechos reales para valer como tales, tratando en primer lugar la convencionalidad en el art. 2185, y sosteniendo que aquellos solo podrán constituirse por contrato, en las formas previstas para cada tipo y realizado por los legitimados a tales efectos.

Continúa con el carácter de accesoriedad que es propio de estos derechos reales, tal como reza el art. 2186, en consecuencia con las previsiones del art. 524 del código velezano, enumerando entre los derechos accesorios del acreedor a la prenda y a la hipoteca. Lógicamente, la extinción del crédito principal trae aparejada idéntica consecuencia del derecho que le accede, salvo supuestos particulares. A *contrario sensu,* la extinción de estos derechos de garantía no implican la extinción del crédito principal.

Señala el art. 2187 los créditos que pueden ser garantizados con aquellos derechos reales manteniendo la idea de la necesidad de individualización en cuanto sujetos, objeto y causa de esta garantía.

Los artículos 2188, 2189 y 2190 contemplan el principio de especialidad, en sus dos aspectos: en cuanto al objeto y en cuanto al crédito.

En relación al primero, sostiene que las cosas y los derechos pueden ser objeto de garantía, estableciendo que cualquiera sea el objeto, el mismo debe ser actual y estar específicamente determinado.

En cuanto a la especialidad crediticia, sostiene que el monto de la garantía debe expresarse o estimarse en dinero, incluyendo una modificación sustancial al régimen vigente al insinuar la posibilidad de constituir hipotecas de máximo, manifestando que la garantía solo debe estimarse en dinero y que la especialidad quedaría cumplida con la expresión del monto máximo del gravamen, abriendo la puerta a este tipo de hipotecas, no admitidas por nuestro ordenamiento actual.

Asimismo, en el acto constitutivo deberá preverse el plazo al que esa garantía se sujeta, que no podrá exceder un máximo de 10 (DIEZ) años.

Si alguno de los requisitos enumerados faltase, aquello no traerá aparejada su nulidad si por otros medios el acto constitutivo pudiera integrarse.

En relación al requisito de la indivisibilidad de este tipo de derechos reales, el artículo 2191 es conforme con lo normado por los artículos 3112 y 3113 del Código Civil.

Los artículos 2192 y 2193 refieren a la extensión en cuanto al objeto y en cuanto al crédito. En el primer caso, la garantía se extiende a los accesorios unidos a la cosa, las mejoras y las rentas debidas.

Es dable resaltar la exclusión de aquellos bienes unidos a la cosa que estén gravados con prenda anterior a la constitución de hipoteca o que sean de propiedad de terceros, y de los que se unen a la cosa con posterioridad a la constitución de hipoteca, si los mismos se encuentran gravados con prenda o son de propiedad de terceros.

No resultará válida ninguna disposición contractual en contrario por tratarse de una norma de orden público.

En el segundo caso, la hipoteca se extiende al capital y sus intereses posteriores a la constitución, los daños y las costas que generen el incumplimiento. Los daños, las costas y los intereses anteriores a la constitución de hipoteca no quedarán alcanzados lugar en este caso a la autonomía de la voluntad.

El artículo 2194 consagra la idea de la subrogación real y sostiene que la garantía hipotecaria se traslada a los bienes que sustituyan a los que están gravados, o sobre la indemnización que derive de ellos, o por el precio de aquellos, o por cualquier otra causa que permita la misma.

Sin perjuicio de lo interesante que resulta la inclusión de este instituto, el hecho de que opere de pleno derecho y por cualquier causa que permita la misma podría dar lugar a una interpretación tan amplia como indefinida.

Si el objeto sobre el que recae la garantía se extingue parcialmente, la misma subsistirá por el remanente material.

Por su parte, el constituyente de hipoteca conservará todas las facultades que sean inherentes a sus derechos. Sin embargo, no podrá realizar actos que disminuyan el valor de la garantía. En caso de que así lo hicieren, se le otorga al acreedor la facultad de peticionar la privación del plazo de la obligación o bien que se estime el valor de aquella disminución, solicitando su depósito o bien que se otorgue otra garantía suficiente, tal como lo prevé el artículo 2195.

Si se hubieren realizado actos jurídicos en detrimento de aquella garantía, los mismos no serán oponibles al acreedor hipotecario al momento de la ejecución.

Si bien se consagra como regla general, debería considerarse supuestos particulares de los diferentes actos jurídicos que puede haber celebrado el constituyente con terceros en detrimento de la garantía hipotecaria, no atendiendo las situaciones particulares de los terceros interesados de buena fe.

El artículo 2197 amplia la protección del acreedor hipotecario en los supuestos en que la cosa gravada sea subastada por un tercero, dándole preferencia en el producido de la ejecución y lo faculta a solicitar garantía suficiente que cubra lo que debería restituirse en caso de frustración de la condición suspensiva a la que se sujeta el crédito.

El artículo 2198 mantiene el criterio imperante en la materia que impide al acreedor de una garantía real quedarse con el objeto asiento de su garantía, es decir, mantiene la prohibición de incluir un pacto comisorio en estos contratos.

La idea del propietario no deudor se manifiesta en los artículos 2199 y 2200, respondiendo al criterio imperante en el código velezano.

El artículo 2201 establece que una vez que se haya realizado el bien afectado a la garantía, el propietario tendrá derecho al remanente.

Resulta acertado el cambio de la expresión "tercer poseedor" por el de "propietario no deudor". Sin embargo se advierten vaguedades en torno a las menciones y al rol que le incumbiría al "*prece-*

dente propietario" y a los "*acreedores quirografarios*". Esto nos sugiere las dificultades que trae la reforma cuando no está suficientemente fundamentada.

El artículo 2202 faculta al propietario no deudor a subrogarse en los derechos del acreedor y a ejercer todas las medidas pertinentes tendientes a hacer efectivos sus derechos como propietario.

Luego, señala el art. 2203 el efecto que provoca la subasta del bien afectado a la garantía, cual es el de extinguir aquellos derechos reales en caso de cumplirse acabadamente la citación de sus titulares a la ejecución y agregando que deberán respetarse las preferencias de los mismos sobre el producido.

El artículo 2204 refiere a la cancelación de las garantías reales y es conforme con el artículo 3199 del ordenamiento actual.

Hipoteca

Al incluirse un capítulo especial dedicado a las disposiciones generales que refieren a las garantías reales, el tratamiento particular de cada una de ellas resulta escueto, ya que el análisis puntual en relación a la hipoteca se reduce a tan solo 7 (SIETE) artículos, incluso menos de los que contemplaba el Anteproyecto de 1998.

El artículo 2205 consagra que *"La hipoteca es el derecho real de garantía que recae sobre uno o más inmuebles individualizados que continúan en poder del constituyente y que otorga al acreedor, ante el incumplimiento del deudor, las facultades de persecución y preferencia para cobrar sobre su producido el crédito garantizado*".

Esto dista bastante de la conceptualización brindada por Vélez Sarsfield en el artículo 3108 del Código Civil, que textualmente reza: "*La hipoteca es el derecho real constituido en seguridad de un crédito en dinero, sobre los bienes inmuebles, que continúan en poder del deudor"*.

Conocidas son las críticas que se han hecho a tan vaga definición, por cuanto peca por defecto en cuestiones que resultan ser troncales en la materia. Así, omite el caso de la constitución de hipoteca por un tercero que no es deudor. Si bien es cierto que luego lo se expresa en el artículo 3121 CC, no se entiende por qué no se lo incluye dentro de la definición. Luego, refiere a la hipoteca como aquel derecho real constituido en seguridad de un crédito en dinero, mas omite la forma en que aquella se efectiviza. Continúa describiendo al objeto de aquella, sosteniendo que serán los bienes inmuebles, cuando es sabido que la clasificación de muebles o inmuebles refiere a las cosas y no a los bienes. Por último, y a título meramente ejemplificativo, no trata en la misma definición los derechos fundamentales que trae aparejada tal garantía, como los de persecución y privilegio. Ocurre aquí lo mismo que lo mencionado "*ut supra"*: la cuestión se salva con posterioridad en el articulado.

Lo expuesto no hace más que refrendar la idea de que tal definición no podría tener vigencia, o que al menos resultaba necesario una modificación de aquella. El art. 2205 del Anteproyecto comienza refiriendo a la hipoteca como un derecho real de garantía, en consonancia con lo expuesto por el código velezano. Expresa posteriormente que este recae sobre uno o más inmuebles, corrigiendo el error en el que incurre el ordenamiento actual al categorizar a los bienes como muebles e inmuebles, siendo tal clasificación propia de las cosas.

Por cierto, resalta que esos inmuebles deben estar individualizados, en referencia puntual a la especialidad en cuanto al objeto que debe imperar en la materia, y tal como lo afirma el artículo 2188.

A partir de la sanción de la ley 25.509 se contempló que el derecho real de superficie forestal podía ser objeto de hipoteca. El Anteproyecto lo amplía al derecho de superficie, en general. A nuestro entender es dable señalar sobre las eventuales dificultades que podrían surgir al superponer varios derechos reales sobre el mismo objeto.

Sostiene el artículo 2205 que el objeto de la hipoteca continúa en poder del constituyente. Si bien concuerda con lo que expone el artículo 2108 de nuestro ordenamiento actual, se hace eco de las fundadas críticas doctrinarias y jurisprudenciales modificando el término "deudor" por el de "constituyente", a raíz de lo mencionado "ut supra": la hipoteca puede ser constituida por el deudor o por

un tercero. Ello no hace más que incluir dentro de la definición las previsiones del artículo 3121 del Código vigente.

Del mismo modo lo hace respecto a los derechos que corresponden al acreedor, y que son propios de los derechos reales. Las facultades de persecución y preferencia se esbozan en el ordenamiento vigente, mas no en la definición, subsanando de este modo una de las más acérrimas críticas que merecía la misma.

Por último, establece que esta garantía se constituye en seguridad de un crédito, tal como lo hace el artículo 3108 actual, pero eliminando la idea de que aquel debe consistir en dinero aunque sin resolver cómo debe efectivizarse.

En lo referente a la especialidad en cuanto al crédito en la hipoteca surgen ciertos interrogantes del análisis del art. 2189 por cuanto sostiene que el crédito puede estar individualizado "ab initio" o bien nacer posteriormente. A priori pareciera reconocerse la posibilidad de garantizar cualquier crédito, aunque sea eventual; tal como lo prevé el actual art. 3109, sin resolver aún la cuestión en torno a la afectación de la accesoriedad, a nuestro entender.

En materia de legitimación, el artículo 2206 establece la facultad de constituir hipoteca a los titulares de derechos reales de dominio, condominio, propiedad horizontal y superficie. Modifica los términos expuestos por el artículo 3119, que llega a nosotros a través del Código Napoleón, donde se exigía ser dueño de la cosa objeto del derecho real.

Notorio viraje esboza el artículo 2207 en torno a la constitución de hipoteca sobre parte indivisa en un condominio. Concuerda con las previsiones del artículo 2678 del Código Civil al sostener que cada condómino tiene la facultad de constituir hipoteca respecto de su parte indivisa.

Sin embargo, el ordenamiento actual supedita su vigencia a que al momento de la partición, aquella parte indivisa toque en lote al condómino que hubiere constituido la hipoteca.

Tal condición se suprime en el Anteproyecto, ampliando las facultades del acreedor hipotecario, y otorgando la posibilidad de ejecutar su garantía sin necesidad de esperar al resultado de la partición.

Se consagra la subsistencia de la hipoteca indicando que la partición extrajudicial del condominio no le es oponible al acreedor hipotecario que no prestó conformidad, como respuesta lógica a los postulados generales en dicha materia.

Una de las cuestiones más controvertidas en la materia está dada, sin duda, por la mención realizada por el artículo 2208. Sostiene este que la hipoteca deberá constituirse por escritura pública, como surge del artículo 3128 y del correlato con los artículos 1184 y 1185 del ordenamiento vigente.

Sin embargo, resulta llamativo que continúe rezando que si bien este parece ser el principio general, será así "*excepto expresa disposición legal en contrario*". Lo expuesto no hace más que contrariar el principio de la convencionalidad expuesto por el artículo 3115 y su nota, que expresamente niega la posibilidad de constitución de hipotecas tácitas o legales.

En igual sentido, pareciera contrariar la norma del artículo 2185 del Anteproyecto, que expresamente resalta que la hipoteca se constituye por contrato.

La duda se nos plantea en virtud de la vaguedad de los términos al no aclarar cuál sería la expresa disposición legal en contrario que autoriza otra forma de constitución de hipoteca.

Por último, la mencionada norma establece que la aceptación por parte del acreedor hipotecario puede ser hecha con ulterioridad a la constitución de la hipoteca, en igual sentido a lo previsto por el art. 3130. Sin embargo, culmina advirtiendo que la aceptación deberá ser otorgada con la misma formalidad con la que fue realizada la hipoteca y previa inscripción.

Conforme lo antedicho no se clarifica, a nuestro entender, cuál será la formalidad que deberá cumplirse, si la misma resulta de una amplitud tal que no otorga seguridad jurídica alguna.

Se mantiene la idea de la necesidad de individualización del objeto de la hipoteca, que necesitará su correcta designación por los parámetros expuestos.

En relación a la duración de la inscripción se mantiene el plazo de 20 (VEINTE) años pero no se puntualiza, como lo hace el artículo 3149 del actual ordenamiento, desde cuándo se contabilizan aquellos. Grave omisión que no podemos pasar por alto.

Para finalizar el tratamiento en relación a la hipoteca, el artículo 2211 remite en materia de ejecuciones especiales a las leyes dictadas a tal efecto, en clara alusión a la normativa de la ley 24.441.

Anticresis

Este derecho real ha sufrido modificaciones sustanciales. Dos de ellas resaltan por su importancia: el objeto y el privilegio.

En el Anteproyecto en el art. 2212 se amplía su objeto a las cosas registrables individualizadas, ya sean muebles o inmuebles, aparándose notablemente de las previsiones del actual ordenamiento donde únicamente se refiere a un inmueble.

Al incluirse las cosas muebles y entregarle la posesión al acreedor anticresista se le otorga una garantía con desplazamiento.

Se le concede privilegio, el cual surge recién en el Libro VI Título II "de las disposiciones comunes a los derechos reales y personales" (art. 2582 inc. e) referido a los privilegios especiales.

El art. 2213 mantiene la legitimación del ordenamiento vigente aunque incluye al titular del derecho real de superficie.

En lo concerniente al plazo el art. 2214 estipula un plazo máximo de 10 (DIEZ) años para inmuebles y 5 (CINCO) años para muebles registrables.

El artículo 2215 mantiene la previsión del artículo 3246 del ordenamiento vigente.

El acreedor anticresista debe conservar la cosa, con la limitación de no alterar la sustancia ni el destino, salvo pacto en contrario. Así, conserva los derechos que le otorga nuestro actual Código Civil.

Se advierte un importante error, por cuanto se incluyen dentro de los deberes del acreedor, los derechos que a este le corresponden.

Reemplaza la idea del buen hombre de negocios contenida en el art. 3249 por la del mandato, respondiendo por los daños ocasionados al deudor. El incumplimiento de alguno de esos deberes dará lugar a la extinción del derecho, debiendo el acreedor restituir la cosa al titular actual legitimado.

Sin embargo no se especifica la forma en que opera tal extinción.

El artículo 2217 pone a cargo del deudor la obligación de sufragar los gastos necesarios para la conservación del objeto, y respecto a los gastos útiles, solo hasta la concurrencia del mayor valor.

La inscripción tendrá un término máximo de 20 (VEINTE) años en caso de inmuebles, y de 10 (DIEZ) en caso de muebles registrables.

Por último, en los Fundamentos del mentado Anteproyecto, resalta: "*Tiene un breve plazo máximo de 10 años para inmuebles y 5 para muebles, lo que hace que no dure toda la vida del bien como suele suceder en este momento aunque es poco lo que se la constituye en la práctica. La entrega abreviada sumada al privilegio, permitirá mayor agilidad, ya que permitirá un tiempo para usar la cosa y percibir frutos y si es insuficiente se ejecuta el objeto*".

Prenda

El artículo 2219 nos brinda el concepto de lo que debe entenderse por tal derecho real, en una literal transcripción de lo que se exponía en el artículo 2214 del Anteproyecto del año 1998, con salvedad de lo esbozado en su parte final, al hacer extensiva a la prenda las disposiciones de este capítulo.

Se estatuye en este artículo la prenda que rige en nuestro ordenamiento actual, cual es la prenda con desplazamiento. El artículo 3204 del Código Civil la consagra, al establecer que "*Habrá constitución de prenda cuando el deudor, por una obligación cierta o condicional, presente o futura, entregue al acreedor una cosa mueble o un crédito en seguridad de la deuda"*.

Si bien el Anteproyecto continúa la línea argumentativa trazada por el artículo 3204, incluye dos cuestiones que venían siendo reclamadas por la doctrina imperante en la materia: por un lado, la ampliación en torno a los que pueden constituir prenda, y por el otro, la inclusión de los requisitos que son propios para que se perfeccione el derecho real; el título y el modo[1].

El art.2220 hace referencia a la prenda con registro y remite su tratamiento a lo dispuesto sobre la misma en la legislación especial.

En materia de posesión el art. 2221 es conforme a la normativa imperante y en lo atinente a la oponibilidad el art. 2222 reitera lo normado por el art. 3217.

Contempla la constitución de prenda sucesiva a favor de acreedores y mediando convención entre ellos brinda la posibilidad de sustraerse a los efectos de la regla de prioridad, estableciendo otro orden de prelación.

En materia de prenda de cosas, el artículo 2224 reitera las ideas esbozadas por el artículo 2116 del Anteproyecto de 1998, y del artículo 3215 del ordenamiento vigente, manteniendo la idea que impera en la actualidad.

El artículo 2225 trae a colación la denominada prenda anticrética, regulada en nuestro ordenamiento por el artículo 3231. En igual sentido prevé la posibilidad del acreedor de imputar los frutos que genere la prenda a los gastos e intereses que se devenguen por la deuda, pero con la inclusión de la posibilidad de modificar aquello por pacto en contrario.

En relación al uso por parte del acreedor de la cosa prendada, el artículo 2226 lo prohíbe expresamente si no ha habido consentimiento por parte del deudor, tal como prescribe el actual 3326. Sin embargo, agrega que si tal uso se hace al mero fin conservatorio de la cosa, estará permitido. *¿Cuál es el límite?*

En caso de que el acreedor abusare de su uso, se mantiene la idea sostenida por el artículo 3230 de nuestro ordenamiento. Mas se le otorgan al deudor ciertas facultades no previstas actualmente, a saber la restitución de la cosa y extinción de la garantía, o bien su depósito, o el reclamo de daños y perjuicios que ya venía siendo reclamado por la doctrina.

El art. 2227 reitera las previsiones del art. 3228.

Los art. 2228 al 2231 prevén ante el peligro de destrucción de la prenda o pérdida de su valor un régimen de ejecución detalladamente regulado con sustento en el art. 585 y conc. del Código de Comercio y normas procesales imperantes en materia de ejecución.

Se suprime la prenda tácita fundamentándolo en que dicha prenda es clandestina, y la falta de conocimiento conspira contra su oponibilidad a terceros.

Prenda de créditos

La prenda de créditos se encuentra definida en el art. 2232, el que sostiene: "*La prenda de créditos es la que se constituye sobre cualquier crédito instrumentado que puede ser cedido. La prenda se constituye aunque el derecho no se encuentre incorporado a dicho instrumento y aunque este no sea necesario para el ejercicio de los derechos vinculados con el crédito prendado. Se aplican supletoriamente las reglas sobre prenda de cosas.*"

En los fundamentos del Anteproyecto nos presentan este instituto como "un instrumento de fomento de créditos muy importante que permite al acreedor cobrar incluso judicialmente el crédito prendado o enajenar forzadamente la participación en un contrato con prestaciones recíprocas"

Nuestro Código Civil, en el art. 3209, como en el Proyecto del 98, establecen que para la constitución de la prenda es necesaria la notificación de la existencia del contrato al deudor del crédito prendado. Del mismo modo lo hace el art. 2333 del Anteproyecto.

1. CASTRO HERNÁNDEZ, Manuel H., "Análisis de los derechos reales en el proyecto de Código Civil", 1-feb-2000, ED, 186-1368.

El art. 2334 aplica las reglas del mandato obligando al acreedor a la conservación y cobranza, incluso judicialmente del crédito prendado.

Distingue según la prestación percibida por el acreedor prendario sea dineraria o no. Así dice*: "si la prestación percibida por el acreedor prendario consiste en dinero, debe aplicar lo recibido hasta cubrir íntegramente su derecho contra el deudor y en los límites de la prenda. Si la prestación percibida no es dineraria, el acreedor debe proceder a la venta de la cosa, aplicándose el art. 2229"*

El art. 2235 regula una modalidad de exigibilidad del crédito pignorado sujetando la misma a una opción del constituyente. El acreedor prendario a los efectos de la ejecución deberá atenerse a lo convenido contractualmente.

Con respecto a la participación en contrato con prestaciones recíprocas, el art. 2236 define a la participación como el conjunto de derechos y obligaciones derivados del contrato.

Este artículo regula el procedimiento a aplicar en caso de incumplimiento del constituyente. El mismo permite al acreedor enajenar forzadamente la participación del constituyente en el contrato, con las limitaciones contractuales de aplicación y en caso de ser necesario el asentimiento de la otra parte del contrato, el Juez puede suplirlo si fuere negado injustificadamente.

Por último el art. 2337 ante el supuesto de extinción de la prenda, cualquiera fuera su causa, sin haberse extinguido el crédito dado en prenda, el acreedor deberá restituir el instrumento probatorio del crédito prendado y notificar la extinción de la prenda al deudor del crédito prendado.

ACCIONES REALES Y RELACIONES ENTRE ESTAS Y LAS ACCIONES POSESORIAS

Marcelo E. Urbaneja

En el análisis relativo a las relaciones reales se anticipó el tratamiento de su defensa por un título conjuntamente con las acciones reales. En efecto, el título XIV, último del Libro Cuarto, titulado "De las acciones posesorias y las acciones reales" (artículos 2238 al 2276), destina el capítulo 2 a "Defensas del derecho real" (2247 a 2268, distribuido en 5 secciones) y el 3 a "Relaciones entre las acciones posesorias y las acciones reales" (2269 a 2276).

Respecto a las acciones reales, es extendido el consenso actual en torno a la necesidad de clarificar el aspecto más polémico de la regulación vigente, cual es el de la legitimación activa de cada una de las defensas.

Corre a su zaga la cuestión de la casuística y los efectos de las sentencias, materia distinta pero vinculada a la de la prueba, que, al contrario, reclama mayor o al menos distinta regulación.

Estas aspiraciones son compartidas por el Proyecto de 1998 y por el Proyecto, aunque las soluciones plasmadas sean notoriamente disímiles.

Aunque ambos cuerpos incluyen expresamente como acción real a la de deslinde, de naturaleza discutible en la regulación velezana, el primero solo añade a la acción reivindicatoria, mientras que el Proyecto conserva las 3 acciones clásicas.

En suma, podría decirse que el Proyecto tiene mayores semejanzas con el Código vigente, al que ha intentado organizar, condensar y esclarecer, que con el Proyecto de 1998.

1) Disposiciones generales

Al igual que el Código de Vélez Sarsfield, se conceptúan y luego se enumeran las acciones reales, sumando a las vigentes, según se apuntó, la de deslinde. La aclaración de su imprescriptibilidad consagra una convicción vigente sin fisuras, a salvo los supuestos excepcionales que, según la lectura que se realice, hoy podrían verse en los artículos 2583 y 3890.

En el artículo 2248 se distingue a las 3 acciones clásicas en función de la finalidad que persiguen (que tiene mucho de abstracción doctrinaria) y de la lesión que las habilita (que en cambio es fecunda en derivaciones prácticas). Se guarda semejanza con la regulación vigente, aunque esclareciendo algunos interrogantes.

Se exige que la titularidad del derecho que legitima la interposición de la acción se mantenga al tiempo de la sentencia (la existencia "al tiempo de la demanda" resulta consecuencia obvia del artículo anterior y de principios generales). Esta disposición (2249) resulta análoga al 2774 en vigor, pero con metodología más adecuada se la ha ubicado en la parte general.

Se establece que la opción por obtener la indemnización sustitutiva extingue el derecho a incoar la acción real, en inspiración semejante al actual 2779. En este aspecto resulta más clara la norma proyectada, porque pulveriza la disputa sobre la necesidad de obtener *efectivamente* esa indemnización y, en caso de responderse afirmativamente, sobre la necesidad de que esa indemnización sea "completa". Con el artículo 2250 del Proyecto no quedarían dudas que la sola opción por la "indemnización sustitutiva" agota la posibilidad de interponer acción real y, en caso de no resultar satisfecha la pretensión buscada, quedaría el natural camino de la ejecución de sentencia incumplida.

También se clarifican los alcances de las acciones en caso de existir pluralidad de titulares (admitiendo el ejercicio de las acciones por cada uno de ellos frente a terceros o a sus cotitulares) y los consiguientes efectos de la cosa juzgada.

2) Acción reivindicatoria

Se agrupa la normativa sobre los objetos de la acción y se esclarece el alcance de textos hoy oscuros o contradictorios.

El artículo sobre legitimación pasiva guarda analogía con las disposiciones vigentes, más allá de las diferencias metodológicas.

Lo propio cabe decir sobre el régimen de la prueba, que separa a inmuebles, muebles registrables y muebles no registrables.

Respecto a los primeros, el artículo 2256 reúne las disposiciones que actualmente se hallan en los artículos 2789 a 2792.

Más que esta diferencia metodológica la cuestión hubiera merecido las modificaciones gramaticales necesarias para neutralizar las discrepancias doctrinarias, solo superadas por vía de fatigosas búsquedas y vinculaciones de antecedentes legislativos.

El derecho al reembolso se regula en el artículo 2259.

En torno al límite de las acciones reales frente a determinados terceros, reproducimos dos párrafos del análisis que realizamos sobre la parte general que dan cuenta de la solución adoptada:

"El artículo 1895 (complementado con el primer párrafo del 2260) cumple la función del actual 2412 y la mal llamada "posesión vale título" en materia de cosas muebles, incorporándose previsiones para las registrables. Salvo algunos matices de entidad menor, se refleja también la interpretación mayoritaria y se aclara que la buena fe requiere indispensablemente la inscripción a favor de quien invoca la adquisición (siempre, claro, que se trate de cosas registrables).

Respecto al 392, su contenido vierte la interpretación del actual 1051, extendiéndolo a los muebles registrables y aclarando, también a tono con las tesis mayoritarias, que no hay posibilidad de ampararse en buena fe y título oneroso si el titular del derecho no participó del acto (concepto este reiterado en el segundo párrafo del artículo 2260). Por la interpretación de los artículos 1898 y 1902 ese adquirente, al igual que en la actualidad, podría adquirir el dominio por prescripción adquisitiva breve."

Finalmente, en todas estas cuestiones (objeto, legitimación pasiva y prueba) se han incorporado reglas particulares para cosas muebles registrables, otra notoria y necesaria diferencia con el ordenamiento imperante.

3) Acciones negatoria y confesoria

Solo se regula en ellas, de manera paralela, la legitimación pasiva y la prueba, ya que el resto de las cuestiones corresponden a la parte general apuntada. En ambos tópicos la solución se asimila a la que la doctrina mayoritaria interpreta de las normas vigentes.

4) Acción de deslinde

Si bien en el ordenamiento en vigor se encuentra regulada en el condominio, el objeto de la misma equivale al actual, disipando las inquietudes en torno a los bienes del Estado, tanto del dominio público como del privado. También se esclarece la legitimación activa, superando la controversia en torno a los titulares de derechos reales distintos del dominio.

5) Relaciones entre las acciones posesorias y las acciones reales

Los ideas centrales en el Código Civil se encuentran en los artículos 2482 y 2486, cuyas previsiones son mantenidas en el Proyecto. Se agregan en este capítulo normas que en la actualidad se hayan dispersas y se establecen expresamente soluciones que hoy son alcanzadas por vía de interpretación, ante el silencio legislativo.

ANÁLISIS DEL PROYECTO DE NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL 2012

LIBRO V - TRANSMISIÓN DE DERECHOS POR CAUSA DE MUERTE

Coordinadora: Ana Ortelli

Facultad de Derecho
Pontificia Universidad Católica Argentina

Agosto de 2012

LA LEGÍTIMA HEREDITARIA

Octavio Lo Prete

El Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación (de ahora en más, el Anteproyecto) modifica el instituto de la legítima, en una dirección que –en líneas generales– refleja el sentir de la comunidad jurídica. Veamos sintéticamente algunos puntos destacados de la reforma proyectada.

El mantenimiento del sistema de legítimas

Cabe señalar que la legítima encuentra hondo arraigo en nuestra tradición cultural. Así, al deferirse forzosamente una cantidad de bienes a los sucesores legitimarios del causante y prohibirse actos de este que puedan dejarlos desamparados, responde a la necesidad de proteger a la familia como núcleo esencial de la sociedad. En tal sentido, es loable que el Anteproyecto haya mantenido el sistema, porque si bien en ocasiones encuentra resistencias y no es infrecuente la búsqueda de caminos para quebrantarlo, lo cierto que nada de ello alcanza a conmover sus fundamentos, como bien expresó hace más de 30 años Méndez Costa, en palabras que considero actuales[1].

El Anteproyecto entonces ratifica la valía del sistema, aun con las disminuciones en las porciones legítimas, que también me parecen atinadas. Algunas voces minoritarias, incluso desde antiguo[2], juzgan inadecuada, anticuada y hasta inconstitucional la institución, bregando por la consagración de la libertad de testar. En el estado actual del derecho constitucional no encuentro razones como para señalar que la legítima, ni como tal, ni en el modo en que está reglamentada ni como se proyecta, vulnere derechos constitucionales del testador. Deberes de solidaridad familiar, que en otras materias guían el Anteproyecto, permiten calificar como acertado el mantenimiento del sistema.

La conservación de sus caracteres tradicionales (inviolabilidad e irrenunciabilidad, arts. 2447 y 2449) revalida que se trata de una institución de orden público. Por lo demás, conferirle al causante la posibilidad de constituir un fideicomiso testamentario (art. 2493) es un elemento positivo y no oscurece los caracteres que son propios de la legítima, porque expresamente se prevé que no puede afectarse, salvo el caso en que se busque beneficiar a herederos con discapacidad, medida muy razonable.

1. Cf. Méndez Costa, María J.: *Legítima y sociedades de familia*, LL 1979-D-249.

2. Por ejemplo José Olegario Machado, uno de los primeros comentadores del Código Civil (cf.: *Exposición y comentario del Código Civil argentino*, Talleres Gráficos Argentinos, Buenos Aires, 1928, t. IX, n. 984).

Modificación en las cuantías de legítima

Si la subsistencia del sistema es adecuada, también lo es la disminución de las porciones individuales asignadas a descendientes y ascendientes, solución que permite brindarle una mayor libertad al testador. Se prevé una reducción para los descendientes a dos tercios, para los ascendientes a un medio, manteniéndose en esta última proporción la legítima del cónyuge (art. 2445). No debe olvidarse que la legítima de los primeros en nuestro régimen civil es la más alta del derecho comparado (cuatro quintos).

El Anteproyecto recoge así un reclamo esperado desde hace tiempo por la mayoría de la doctrina y presente en todos los proyectos integrales de reforma del Código[3], en proyectos individuales y en propuestas de las Jornadas de Derecho Civil[4].

Fija el Anteproyecto idénticas cuantías que el Proyecto de 1998, que tanta influencia tuvo en su elaboración[5]. Los autores de 1998, al fundamentar el cambio, expresaron que la disminución de las legítimas encuentra su razón de ser en la "observación reiterada por la doctrina que considera excesivas las porciones establecidas por Vélez Sarsfield y más justo ampliar las posibilidades de libre y definitiva disposición del futuro causante"[6]. Análogas palabras surgen de los fundamentos del Anteproyecto.

La reforma de esta cuestión se trata de uno de los principales aspectos que en materia sucesoria contiene la reforma proyectada. De nuevo, juzgo razonable el cambio, porque al conferir mayor autonomía, flexibiliza el sistema, pero sin desnaturalizarlo.

Incorporación de la mejora

El Código vigente faculta al testador a "mejorar" a cualquiera de sus herederos (art. 3605), pero el beneficio –apartándose de la forma clásica del derecho español– debe detraerse de la porción disponible del causante. No se trata entonces de lo que mayormente se entiende como el instituto de la "mejora", vale decir, la posibilidad de que el causante destine un porcentaje de la porción legítima global a un legitimario en particular, al cual entonces se lo "mejorará" con relación al resto de los beneficiarios.

El Anteproyecto sí consagra la forma clásica, con la particularidad de que favorece solo a los ascendientes y descendientes con discapacidad (art. 2448, que fija la mejora en un tercio de la legítima). En los fundamentos se indica que de esta forma se armoniza la legislación con los tratados internacionales que tutelan a las personas discapacitadas.

La institución de la mejora merece cierto consenso en doctrina[7], y su incorporación fue sugerida *de lege ferenda* en diversas Jornadas de Derecho Civil, con algunas variantes (quién podría benefi-

3. Si bien todos los antecedentes juzgaron necesario reducir las legítimas, el Anteproyecto de 1954 se destacó en cuanto al modo, por cuanto proyectó discriminar cuotas variables de acuerdo a la cantidad de descendientes (a mayor número de descendientes, menor poder de disposición para el causante).

4. Ya en las III Jornadas (Tucumán, 1967) se aprobó la siguiente conclusión: "Siguiendo los lineamientos de la legislación comparada, debe concederse un prudente aumento de la porción disponible y una correlativa disminución de la porción legítima".

5. Idéntica formulación se aprobó en las XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Mar del Plata, 1995): "Deben reformarse los arts. 3593 y 3594 CC, reduciendo la legítima de los descendientes a las dos terceras partes y la de los ascendientes –al igual que el cónyuge– a la mitad de todos los bienes existentes a la muerte del testador y de los que este hubiera donado".

6. Cf. *Proyecto de Código Civil de la República Argentina unificado con el Código de Comercio*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, ver el pto. 319 de los Fundamentos, p. 144.

7. Por ejemplo: López Cabana, Roberto M.: *Conveniencia de incorporar al derecho argentino la mejora del Código Civil español*, LL 1989-E-1124; Pérez Lasala, José L.: *La mejora del tercio, como medio para posibilitar una distribución más equitativa de la herencia entre los hijos*, LL 1991-B, sec. doctrina, p. 821.

ciarse con la mejora y hasta qué monto podría autorizarse la misma)[8]. El Proyecto de 1998 estudió la posibilidad de dar al causante "dos porciones disponibles", una de las cuales (que vendría a identificarse con la mejora) para favorecer al "especialmente necesitado" de los descendientes del testador, como existe en algunos derechos extranjeros, pero la mayoría se pronunció a favor de no introducir la institución "por considerarla de difícil justificación en cada caso concreto"[9].

En mi opinión resulta adecuada la elección del Anteproyecto, al habilitar como destinatarios de la mejora solo a personas discapacitadas, máxime porque ello se integra con una mayor libertad al testador, quien ya cuenta entonces con la posibilidad de favorecer a quien desee atribuyéndole la porción disponible.

Sobre el cálculo de la legítima

La cuestión que aquí interesa es el modo de valuar las donaciones que hizo el causante en vida, para así poder calcular la legítima (recuérdese que para determinar la legítima se toma no solo el valor líquido de la herencia al tiempo de la apertura del sucesorio sino además el valor de los bienes donados en vida por el difunto). Si el sistema del Código estableció que el valor de las liberalidades debía tomarse al tiempo en que fueron hechas, la ley 17.711 cambió dicha opción y fijó que deben valuarse al tiempo de la apertura de la sucesión, con la salvedad de que los jueces –en caso de créditos o sumas de dinero– pueden determinar un equitativo reajuste según las circunstancias el caso, a fin de evitar soluciones injustas (cf. arts. 3602 y 3477).

El texto según ley 17.711 fue criticado por cierta doctrina (*v. gr*. Belluscio[10]) y el Proyecto de 1998 propuso volver al régimen del Código Civil. Se estimó que la valuación al tiempo de la muerte crea inconvenientes a partir de las contingencias que afectan las cosas entre la donación y la apertura de la sucesión (mejoras o pérdidas en los bienes por ejemplo)[11]; por ello lo más equitativo, así se expresó, resulta tomar en cuenta la alteración del poder de la moneda pero siempre partiendo del valor al tiempo de la donación[12].

El Anteproyecto contiene por un lado una norma específica según la cual los bienes donados se computan "a la época de la partición según el estado del bien a la época de la donación" (art. 2445; misma solución en materia de colación, art. 2385)[13]. Pero a la vez brinda la norma del art. 2418, inserta en la sección que regula la partición por donación y que determina lo siguiente: "En todos los casos, para la colación y el cálculo de la legítima, se debe tener en cuenta el valor de los bienes al tiempo en que se hacen las donaciones, apreciado a valores constantes". Esta última

8. En las IX Jornadas Nacionales (Mar del Plata, 1983) se aprobó: "Que el causante sea facultado para aplicar un porcentaje de la porción legítima fijada a favor de los descendientes para mejorar a alguno, o algunos, de ellos"; en las XIV Jornadas Nacionales (Tucumán, 1993), por su parte, se aprobó: "Es conveniente regular la institución de la mejora en el derecho argentino. La Comisión ha juzgado prudente no expedirse sobre la cuantía de la porción de mejora, que deberá decidir el legislador entre un mínimo de un quinto y un máximo de un tercio, dentro de la porción legítima". También allí se dijo: "Concurriendo el cónyuge supérstite como heredero, con descendientes, aquel no tiene derecho a la mejora".

9. Cf. *Proyecto…*, *op. cit.*, ver el pto. 319 de los Fundamentos, p. 145.

10. Cf. Belluscio, Augusto C.: *El valor de las donaciones a los efectos de la colación y del cálculo de la legítima en el Código Civil y en la ley 17.711*, LL 135, sec. doctrina, pp. 1241 y ss.

11. En las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, 2001) se aprobó una recomendación según la cual para determinar la porción legítima global debían excluirse las variaciones "intrínsecas" de la cosa donada e incluirse las "extrínsecas". Las primeras son producidas por trabajos o mejoras incorporadas por el donatario; las segundas, en cambio, le son ajenas y hubiesen acaecido igual, se encontrase el bien en cabeza del donante o del donatario –inflación, nueva ruta de acceso a un campo, etc.– (cf. Ugarte, Luis A.: *Cálculo de la legítima hereditaria. Incidencia de un fallo plenario*, LL 2007-B, sec. doctrina, nota 14).

12. Azpiri brinda un ejemplo que advierte sobre la injusticia en algunos casos de justipreciar una donación al tiempo de la defunción del causante: cuando este dona acciones a su heredero, el cual a partir de ahí controla la sociedad, la dirige y la hace prosperar; no sería razonable en este caso valuar las acciones al tiempo de la apertura (cf. Azpiri, Jorge O., *Derecho Sucesorio,* 4ª edición actualizada y ampliada, Hammurabi, Buenos Aires, 2006, n. 44, pp. 466-467).

13. Se sigue así al derecho francés vigente (art. 922).

formulación es aquella hacia la cual me inclino. Se trata de la propuesta del Proyecto de 1998 (art. 2395).

Sobre las acciones protectoras

Su regulación me genera discrepancias. Al igual que el Proyecto de 1998, prevé el Anteproyecto las siguientes acciones: a) entrega de la legítima (art. 2450), b) complemento (art. 2451), c) reducción (art. 2452 y ss.).

La primera contempla tanto la situación del legitimario preterido (al que se lo equipara a un heredero de cuota, figura proyectada en el art. 2488) como la de aquel que se halla frente a la inexistencia de bienes por parte del causante (quien solo realizó donaciones). La segunda ratifica la vigencia de la acción prevista en el actual art. 3600 como acción diferenciada a la de reducción. De la inteligencia de ambas se colige que el Anteproyecto pareciera tomar partido por la legítima como *pars bonorum*, vale decir, que puede escindirse la legítima de la vocación hereditaria. La opción es polémica ya que en definitiva, por ejemplo, se estaría avalando que una persona, a fuer de preterir a un legitimario de su testamento –instituyendo a un tercero– logre despojarlo de la calidad de heredero (con todas los caracteres que ello comporta, por ejemplo vocación al todo de la herencia), siendo que dicha condición se goza por imposición de la ley[14]. Seguir aquí

En cuanto a la acción de reducción de donaciones, lo más saliente pasa por fijar una prescripción adquisitiva de 10 años a favor del donatario o subadquirente ulterior (art. 2459)[15]. Entonces, quien haya poseído la cosa donada durante dicho plazo, no podrá ser demandado por el legitimario. El Proyecto de 1998 no proponía la prescripción pero, en definitiva, señalaba que la reducción de donaciones solo podía pedirse respecto de las hechas por el causante en los 10 años anteriores a su deceso.

La cuestión, de suyo, se inscribe en la búsqueda de una solución a los graves problemas que generan las donaciones en el tráfico jurídico, y así está dicho en los fundamentos[16]. Analizado sin embargo el tema desde el prisma de la legítima, con sus caracteres propios que el Anteproyecto ratifica, no me parece correcta la solución. Si bien la propuesta coadyuva a conferirle perfección a los títulos de dominio, lo cierto es que el amparo de los derechos de los legitimarios se debilitará y en ocasiones, de acuerdo a la dinámica que haya adquirido el actuar del causante, quedará fulminado.

Una propuesta oportuna que formula el Anteproyecto en materia de reducción es la posibilidad para el donatario o bien para el subadquirente demandando vía acción reipersecutoria de desinteresar al legitimario entregando la suma de dinero necesaria para completar el valor de su porción (arts. 2454 y 2458). Se trata de una solución práctica que, resguardando las cuantías atribuidas a los legitimarios, ayuda al tráfico de bienes registrables[17].

Por lo demás, el Anteproyecto toma partido – extremo que estimo acertado – por sujetar a reducción a las donaciones que superen la suma de la porción disponible y además la cuota de legítima

14. El preterido no pierde su condición de heredero forzoso, con vocación al todo de la herencia (cf Azpiri, Jorge O., *Derecho Sucesorio*, *op. cit.*, n. 81, p. 780; Maffía, Jorge O.: *Tratados de las sucesiones*, 2ª edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2010, t. II, n. 977, pp. 887 y ss., obra actualizada por Lidia B. Hernández y Luis A. Ugarte; los actualizadores, siguiendo a Belluscio, sostienen que el preterido es un legitimario no heredero).

15. Está prevista en forma expresa la acción reipersecutoria contra terceros adquirentes de bienes registrables (art. 2458).

16. En los fundamentos de 1998, por su parte, se expuso (pto. 319) que la solución pretendía "rodear de mayor seguridad jurídica a la adquisición y transmisión de sus derechos por el donatario".

17. La conservación del bien por el demandado en la acción de reducción, pagando al legitimario el valor necesario hasta cubrir su legítima, es mayormente aceptada en doctrina (cf. Zannoni, Eduardo A.: *Derecho de las sucesiones*, 4ª edición actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 2001, t. 2, n. 975, pp. 194-195, y autores allí citados).

del donatario, aunque haya dispensa de colación o mejora, descartando entonces que solo se deba el valor del excedente a modo de colación (art. 2386)[18].

Sobre la transmisión de bienes a legitimarios

Sin modificar lo sustancial, el Anteproyecto (art. 2461) mejora la defectuosa redacción del actual art. 3604, procurando – así dicen los fundamentos – eliminar las dificultades interpretativas que muestra la jurisprudencia. Se enmarca la propuesta en la necesidad de buscar fórmulas más claras y precisas, algo ya de por sí meritorio.

En efecto, queda evidente que la norma se aplica a las transmisiones "a título oneroso" (porque en las gratuitas rigen las normas sobre colación), cambiando correctamente a la vez los vocablos "testador" por "causante" (por comprender las sucesiones *ab intestato*). A la vez se incorporó en el texto del artículo la naturaleza de la presunción: la gratuidad del acto y la intención de mejorar al beneficiario no admiten prueba en contrario. Con buen criterio, de todos modos, se proyecta que el donatario pueda deducir el valor de las sumas que demuestre haber efectivamente pagado.

Con relación al "pacto de reconocimiento de onerosidad", se mantiene la solución, a contrario del Proyecto de 1998, en el cual se propuso suprimirlo[19].

Sobre la desheredación

Por último, una nota sobre la derogación del régimen de la desheredación que propone el Anteproyecto.

Debe decirse que Vélez admitió, como causales autónomas que contrarían la vocación sucesoria, tanto la desheredación como la indignidad, siguiendo al derecho español y apartándose del *Code* (en el cual la primera no tiene cabida). El Anteproyecto modifica las causales de indignidad y, así surge de los fundamentos, ello permite derogar la desheredación, evitando una doble regulación para situaciones prácticamente idénticas.

Aun cuando ambas instituciones pueden llegar a confundirse y que un considerable sector de la doctrina propugna su identificación (subsumiendo la desheredación en la indignidad, por tener esta mayor alcance)[20], no suscribo la opción del Anteproyecto. Estimo, con Borda, que para cierto tipo de comportamientos resulta propio autorizar a desheredar al testador, "único que puede medir con justeza la hondura de la ofensa"[21].

En suma, legislar sobre el sistema de legítimas no es una empresa sencilla, porque se trata de una de las parcelas más polémicas del derecho sucesorio. Su regulación influye en materias tan importantes como la protección de la familia, la autonomía de la voluntad de las personas, la igualdad de los hijos y la seguridad jurídica en la compraventa de bienes registrables.

18. A propósito, una novedad que trae la propuesta de reforma (al igual que los Anteproyectos de Bibiloni, de 1954, y el Proyecto de 1998) es eliminar la obligación de colacionar para los ascendientes (art. 2385). Cabe citar sobre el punto la opinión de Fornieles, según la cual es poco probable que un hijo done a su padre y además la donación estaría siempre destinada a volver en breve a la línea descendente de donde partió (cf. Fornieles, Salvador: *Tratado de las sucesiones*, 2ª edición, Valerio Abeledo Editor, Buenos Aires, 1941, t. I, n. 319, p. 290).

19. En los fundamentos de 1998 se refirió que el pacto "se presenta como contrario a la realidad del acto y es fuente de conflictos, salvando los derechos del adjudicatario de los bienes con respecto a las sumas que haya efectivamente pagado por ellos" (cf. *Proyecto…*, *op. cit.*, ver el pto. 319 de los Fundamentos, pp. 145-146).

20. Ver el análisis sobre la relación entre ambas instituciones en: Mafia, Jorge O., *Tratados de las sucesiones*, *op. cit.*, t. I, n. 167 y ss., pp. 164 y ss.

21. Cf. Borda, Guillermo A.: *Tratado de Derecho Civil. Sucesiones*, 5ª edición, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1980, t. I, n. 181.

El Anteproyecto revisa el instituto, recogiendo tendencias plasmadas en diversos ordenamientos de tradición continental, como la ampliación de la libertad de testar y la búsqueda de caminos para amparar a quienes es necesario hacerlo especialmente, como los herederos con discapacidad. Enhorabuena.

Ciertos otros aspectos me generan reservas, sobre todo la proyectada prescripción adquisitiva en materia de acción de reducción. Si bien la reforma confirma la esencia y valor del sistema legitimario, considero que ahí puede llegar a alterarse.

"LEGADOS"
Una comparación del anteproyecto con la legislación vigente

Marcela C. Berenguer

Conforme la definición dada por el Dr. Zannoni: "El legado, en términos generales, constituye una atribución patrimonial *mortis causa* que hace el causante en el testamento a favor de alguien."[1]

En el Anteproyecto de reforma del Código Civil se observan pocos cambios en la regulación de los legados.

Principalmente propone una reorganización y simplificación de las normas que en el Código vigente abarcan más de 60 artículos y en la reforma alrededor de 30.

El anteproyecto los regula en el Libro Quinto. "De la transmisión de derechos por causa de muerte". Título XI. "De las sucesiones testamentarias." Capítulo 5.

Comienza el Capítulo con el art. 2494 que establece las normas aplicables. El contenido de este artículo se equipara al art. 3776 del código vigente en cuanto a la obligación de los herederos de cumplir con los legados hechos por el testador.

La diferencia reside en que el anteproyecto remite a las normas sobre las obligaciones y suprime la solidaridad de los herederos cuando la cosa legada es indivisible. Según Borda no hay propiamente solidaridad sino una indivisibilidad de la obligación que proviene de la naturaleza de las cosas y entonces el legatario podría reclamar la cosa a cualquiera de los herederos.[2] En este caso y con la salvedad que introduce la reforma de remitir a las normas que regulan las obligaciones, podrá aplicarse el art. 816 (del anteproyecto), con el mismo efecto que el código vigente.

El art 2495 del anteproyecto (en concordancia con el art. 2465) establece que no se puede dejar el legado al arbitrio de un tercero e incluye "de un heredero". Suprime la posibilidad que establece el art. 3759 del C.C. que deja a juicio de un heredero el importe y la oportunidad para entregar el legado. La doctrina en general entiende que esta segunda parte del artículo no se refiere a un legado absolutamente indeterminado, pero si podría relacionarse con los legados de beneficencia, previstos en el art. 3792, juzgados válidos si, realizados conforme la voluntad del testador, eran determinados por el albacea.[3] Debemos advertir que el art. 3792 ha sido suprimido.

El anteproyecto unifica los arts**.** 3751 y 3766 del Código en el 2497. Destaco que el nuevo texto debe aplicarse en concordancia con el art. 250 (antes regulado por la ley 14.394) por cuanto pueden ser objeto de legados todos los bienes que están en el comercio con excepción del constituido como bien de familia.

El nuevo art. 2497 in fine regula en general el derecho del legatario de ejercer todas las acciones de que era titular el causante.

1. Zannoni, Eduardo A., "Derecho de las Sucesiones", Tomo I, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1997, p. 68.
2. Borda, Guillermo A., "Manual de Sucesiones", Buenos Aires, Ed. Perrot, 1986, p. 480.
3. C.Civ. 4/6/41 LL 23-146, CCiv. 1º 13/10/47, JA 1947-IV-405.

El art. 2496 del anteproyecto afirma que el derecho al legado se adquiere a partir de la muerte del testador o en su caso desde el cumplimiento de la condición, simplificando con algunas carencias lo previsto en los arts. 3771, 3772 y 3773 vigentes.

El art. 3774 hoy vigente coincide totalmente con lo propuesto en el art. 2496 in fine referente a la aplicación de las normas sobre donaciones con cargo cuando exista un legado con dicha modalidad.

El anteproyecto propone una suerte de clasificación de las distintas formas de legados, reorganizando el articulado vigente, a saber:

1. Legado de cosa cierta o determinada - entrega del legado: Los arts. 2498 y 2499 reúnen las normas establecidas en los arts. 3775,3767,3768 del C.Civil. Debemos advertir que dichas normas son más casuísticas cuando en el art. 3766 in fine establece las consecuencias de la transmisión de la cosa legada desde la muerte del causante, tales como la adquisición desde ese momento de los frutos y productos y la carga de los riesgos por perdida o deterioro de la cosa legada.
2. Legado de cosa gravada: (art. 2500) Esta norma viene a concluir con una discusión doctrinaria al establecer que el legatario responde por las obligaciones que afectan a la cosa legada hasta la concurrencia de su legado, en concordancia con la interpretación que hace Borda al analizar el art. 3755 del código vigente.[4]
3. Legado de inmueble: (art. 2501) La reforma propuesta se aparta de la solución establecida por Vélez en caso de mejoras o terrenos adquiridos luego de la celebración del testamento. El anteproyecto a diferencia del autor de nuestro código es fiel a la disposición general que establece en su art. 2499 para el legatario de cosa cierta el derecho de recibir, el objeto de dicho legado y sus accesorios. Por tanto simplifica la normativa vigente estableciendo que las mejoras siempre comprenden el legado cualquiera sea el tiempo en que fueran realizadas. Si el testador adquiriese terrenos luego de testar, ampliando el fundo legado, estos integran el legado, salvo que puedan explotarse en forma independiente.
4. Legado de género – Evicción en el legado de cosa fungible y en el legado alternativo – Legado con determinación de lugar: (arts. 2502,2503,2504) Existen sutiles diferencias con la legislación vigente, debiendo considerar los arts. 3756/ 3757/3758/3760/3761 del C.C..
   La primera parte del art 2502 coincide con el C.C. en cuanto permite los legados de género determinados por el testador.
   El nuevo articulado elimina la posibilidad de elección de la cosa por parte del heredero quien debía considerar el capital hereditario o las circunstancias personales del legatario para hacerlo. Otorgar esta facultad, en el anteproyecto, se opondría al nuevo art. 2495 que dice:"El legado no puede dejarse al arbitrio de un tercero ni del heredero".
   El art. 3757 del C.C. que permite al heredero o legatario elegir el objeto del legado, si así lo dispone el testador, se reitera en el segundo párrafo del art. 2502 (anteproyecto).
   La evicción en el legado de cosas fungibles o en el legado alternativo es legislada en el mismo sentido tanto en el art. 3780 C.C. y el 2503 del anteproyecto.
   Respecto del legado con determinación del lugar el nuevo artículo 2504 coincide con el art. 3760 C.C. y agrega un último párrafo para el supuesto de que las cosas legadas hayan sido removidas de su lugar habitual, proponiendo una solución poco clara, por cuanto determina que el legado comprenderá las cosas que subsistan en el patrimonio del testador sin aclarar que implicancia tiene el cambio temporal de lugar.

4. Ante la interpretación del art. 3755 se plantean dos opiniones: "según la primera la deuda pesa sobre los herederos y no sobre el legatario; […] según una segunda opinión, que ha prevalecido en la jurisprudencia y en la doctrina más moderna, y a la que nosotros adherimos el pago de la deuda pesa sobre el legatario y no sobre el heredero". Borda, Guillermo A., "Manual de Sucesiones", Buenos Aires, Ed. Perrot, 1986, p.,462.

5. Legado de crédito – Legado de liberación : (arts. 2505) El legado de crédito existe cuando el objeto es un derecho creditorio del cual el causante es titular y el deudor un tercero, siendo legado de liberación cuando el deudor es el legatario.
   El art. 2505 reúne en su texto ambos legados que actualmente están contemplados en los siguientes artículos: el art. 3782 referido al legado de liberación que se realiza entregando el instrumento de la deuda o bien la cosa prendada; el 3783 que coincide completamente con el 2505 in fine: el legado no comprende las obligaciones contraídas por el legatario con posterioridad a la fecha del testamento; el 3786 1º parte se refiere al legado de crédito en coincidencia con el art. 2505 1º párrafo es decir, comprende el crédito subsistente a la muerte del causante y difiere en cuanto a los intereses pues el 3786 dice "y los intereses vencidos a la muerte del testador" mientras que el nuevo artículo se refiere a "los intereses desde entonces"(muerte del testador). Finalmente el art. 3769 permite al legatario exigir la devolución del título de la deuda, lo que obliga a los herederos a entregar al legatario las constancias de la obligación prevista en el anteproyecto en el 2º párrafo del artículo analizado.
6. Legado al acreedor: (art. 2506) Esta norma reúne tres artículos del C.Civil vigente: Art.3787: Vélez estableció en coincidencia con el derecho francés que lo legado al acreedor no puede compensarse con la deuda, respetando la presunción de *animus donandi,* el anteproyecto completa la norma agregando "excepto prueba en contrario".
   Los arts. 3788 sobre reconocimiento de deuda y 3789 respecto de error en la deuda, si bien difieren en la redacción, no contienen modificaciones de fondo en el anteproyecto.
7. Legado de cosa ajena: (art. 2507) El anteproyecto introduce una reforma que viene a corregir una norma que contradice el régimen de los actos celebrados respecto de cosas ajenas. El art. 3752 in fine (C.C.) establece que es de ningún valor el legado de cosa ajena "aunque después el testador adquiriese la propiedad de ella", el anteproyecto modifica este final y convalida este legado con la posterior adquisición de la cosa por el testador.
   La segunda parte del artículo cuya reforma se propone concuerda en un todo con el art. 3754 del actual código.
8. Legado de un bien en condominio: (art. 2508) La primera parte del artículo no tiene diferencias con su concordante del régimen vigente art. 3753, por cuanto el legado de cosa que se tiene en comunidad con otros es válido respecto de la parte del testador.
   En el segundo párrafo introduce una modificación generalizando el supuesto de un bien que comprende una masa patrimonial común a varias personas, en este caso será válido si el bien objeto del legado es adjudicado al testador antes de su muerte, sino vale como legado de cantidad por el valor del bien al momento de la muerte del causante. Suprime el párrafo final incorporado con la reforma de la ley 17711 referido al legado de un bien ganancial de administración del testador y la protección de la parte del otro cónyuge, entiendo que queda incluido en el párrafo general que se agrega en concordancia con las normas de disolución y liquidación de la sociedad conyugal.
9. Legado de alimentos: (art.2509) Al establecer este legado el anteproyecto se basa en las mismas condiciones previstas actualmente en el art. 3790. A fin de determinar su cuantía y duración, pues estamos ante un legado de prestaciones periódicas, se observarán la instrucción, sustento, vestimenta, vivienda, asistencia en las enfermedades, edad o incapacidad del legatario.
   Agrega un último párrafo equiparando el legado de alimentos otorgado a una persona capaz con un legado de prestaciones periódicas regulado en el art. 2510 del anteproyecto.
10. Legado de pago periódico: (art. 2510) El anteproyecto altera la redacción del art. 3793 C.C. pero no su contenido jurídico. El legatario adquiere el derecho de recibir la prestación en cada período fijado por el causante, "aunque solo haya sobrevivido al principio del mismo término" dice la norma vigente y la reforma sugiere "aun si el legatario fallece durante su transcurso".

El Capítulo 6 del anteproyecto "Revocación y caducidad de las disposiciones testamentarias" reúne las normas vigentes sobre revocación de los testamentos y legados, previstas en el título XIX de nuestro código. Refiriéndome exclusivamente a los legados debemos analizar el art. 2516 del anteproyecto que compila las disposiciones expresadas en los arts. 3848/39/40 y agrega la promesa bilateral de compra venta aunque el acto sea simulado como causal de revocación del legado.

El art. 2517 del anteproyecto implica como responsable de la pérdida o deterioro de la cosa legada al heredero culpable, en el mismo sentido regula el art 3777 del C.C..

La premoriencia del legatario hace caducar la institución de heredero o legatario, la norma vigente y su proyecto de reforma regulan en igual sentido en los arts. 2518 y 3799.

También caduca el legado de cosa cierta cuando esta perece por cualquier causa antes de la apertura de la sucesión o después por caso fortuito, legislado en el art. 3803 del C.C.. El anteproyecto en el art. 2519 además de coincidir con la norma vigente agrega que si la cosa legada perece parcialmente el legado subsiste por la parte que conserva. También se admite la caducidad por la transformación de la cosa por causa ajena a la voluntad del testador, anterior a la muerte de este o al cumplimiento de la condición suspensiva.

El art. 2520 reúne bajo el título "Revocación del legado por causa imputable al legatario" los arts. 3841/2/3 vigentes; sintetizando las razones de revocación en dos incisos: a) por ingratitud del legatario que, después de haber entrado en el goce de los bienes legados, injuria gravemente la memoria del causante; b) por incumplimiento de los cargos impuestos por el testador si son causa final de la disposición, quedando los herederos obligados al cumplimiento de dichos cargos.

Los arts. 2521 y 2522 propuestos por el anteproyecto se refieren a la renuncia del legado, equiparándose a los arts. 3804 y 3807 vigentes, incorporando la facultad de cualquier interesado de pedir al juez la fijación de un plazo para que el instituido se pronuncie, bajo apercibimiento de tenerlo por renunciante.

Algunas cuestiones olvidadas en el anteproyecto:

El anteproyecto no hace referencia al legado de una casa y sus muebles previsto en el art 3763 ni ofrece una solución ante el error sobre el nombre de la cosa legada actualmente previsto en el art 3764; tampoco como dirimir una duda sobre la cantidad legada art. 3765. Tres hipótesis que si bien no son de relevancia ocurren con habitualidad en los testamentos ológrafos o cuando son dictados por un otorgante proclive a cometer un error accidental. La solución propuesta en estos artículos ha sido de utilidad para la correcta interpretación de los testamentos.

También omite el legado indeterminado a los parientes art. 3792, subsanado con la aplicación de las normas generales de la sucesión ab-intestato y el art. 2485 del anteproyecto sobre la institución de parientes, entendiéndose que es hecha a los consanguíneos de grado más próximos.

Finalmente el anteproyecto no se ocupa en este capítulo sobre el orden en que deben pagarse los legados previsto actualmente en los arts. 3795/6/7/8 pudiendo presumirse que remite al Título V "De la responsabilidad de los herederos y legatarios. Liquidación del pasivo" y al Título VII, Capitulo 5 "Pagos de deudas y legados" del mencionado anteproyecto.

EL FIDEICOMISO TESTAMENTARIO

Ana Ortelli

El proyecto de reforma regula expresamente la posibilidad de constituir un fideicomiso a través de un testamento en los artículos 1699, 1700 y, en forma particular, en los artículos 2493 y 2448, que analizaremos en el presente trabajo en forma separada, por responder estos a supuestos distintos.

Dominio fiduciario como patrimonio de afectación[1]

La doctrina utiliza los vocablos "patrimonio separado" y "patrimonio de afectación" en forma indistinta para referirse al patrimonio fideicomitido regulado –actualmente– por la ley 24.441.

Ahora bien cabe preguntarse si es dable concebir en nuestro sistema jurídico un patrimonio independiente de todo sujeto de derecho teniendo el titular de los bienes una mera obligación de administración. Esto es ¿puede existir un patrimonio impersonal a favor de un fin?

El artículo 14 de la ley 24.441 establece expresamente que "[…] los bienes fideicomitidos constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario y del fiduciante". Constituyen una universalidad jurídica destinada a un fin.

Esta singularidad es sin duda una de las características que hace del fideicomiso un instrumento jurídico sumamente útil e interesante para realizar distintos tipos de negocios. Entre ellos, y yendo específicamente al tema en estudio, el fideicomiso testamentario es un medio dúctil e idóneo para proteger el patrimonio de menores e incapaces, ante la muerte de su representante o benefactor, y un instrumento de gran utilidad para la planificación sucesoria, en miras a proteger el patrimonio familiar. Pues, podemos afirmar que los bienes fideicomitidos constituyen una universalidad patrimonial destinada al cumplimiento de un objeto determinado – el objeto propio del fideicomiso – en beneficio de la o las personas indicadas, es decir del beneficiario y en última instancia del fideicomisario.

1. Para un mayor análisis acerca de las teorías doctrinarias acerca del patrimonio separado consultar: AUBRY Charles y RAU Charles, *Cours de Droit Civil Français*, Ed. Marchal Villard, París, 1872, CARREGAL Mario, *El fideicomiso*, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1982, FREIRE, Bettina, *El Fideicomiso sus proyecciones en el negocio inmobiliario*, Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1997, pág. 73 a 90 LLAMBÍAS Jorge, *Tratado de Derecho Civil*, Parte General, Tomo II, Ed. Perrot, Buenos Aires, 1982, VILLAGORDOA LOZANO, José M., *Doctrina general del fideicomiso*, Ed. Porrúa, México, 2003. VON TUHR Andreas, *Teoría general del Derecho Civil Alemán*, Tomo I, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1946, pág. 385.

De esta manera la ley crea, en forma expresa, un sistema jurídico en el que es compatible la coexistencia de un patrimonio personal –atributo de la persona– y patrimonios especiales segregados de aquel, denominados patrimonios especiales o de afectación[2].

Es pues una división que el legislador ha creado y regulado respetando el principio de unidad del patrimonio como universalidad jurídica, ya que no subsisten en cabeza del fiduciario dos patrimonios generales sino que se produce la coexistencia de un patrimonio personal del fiduciario junto al patrimonio especial fideicomitido[3].

En este sentido, los bienes fideicomitidos quedarán exentos de la acción singular o colectiva de los acreedores del fiduciario. Tampoco podrán agredir los bienes fideicomitidos los acreedores del fiduciante, quedando a salvo la acción de fraude.

Los bienes fideicomitidos no integran la garantía común de los acreedores del fiduciario –titular de los mismos– ni del fiduciante –que se ha desprendido de estos, destinándolos a un fin determinado–.

Tanto el artículo 2493 como el artículo 2448 establecen claramente que estamos ante la presencia de una universalidad de bienes afectados a un determinado objeto que no forman parte del patrimonio de ninguno de los sujetos intervinientes en el fideicomiso.

El fiduciario es un simple soporte jurídico de la propiedad. Es el titular pero no es el dueño de la riqueza que esos bienes representan. Adhiriendo a la postura de Freire, el fiduciario no es más que un propietario formal, que tiene un "encargo" a cumplir sobre los bienes fideicomitidos[4]. Así, el fiduciario es el propietario formal, pero no es el dueño del contenido económico de los bienes que forman el patrimonio de afectación. Para esta autora el fiduciario tiene la propiedad vacía de contenido patrimonial. Afirma que la idea central es la existencia de una titularidad formal que no enriquece en forma personal al fiduciario, aunque es el único titular del derecho real de dominio (ya que aceptar la teoría de desdoblamiento de la propiedad implicaría trastocar los principios y convicciones jurídicas vigentes en nuestro ordenamiento). Continúa preguntándose qué ocurre con el beneficio económico de los bienes en fideicomiso mientras este persiste y concluye que allí aparece la figura del patrimonio separado. Así, la riqueza quedará en cabeza de los destinatarios de los bienes en fideicomiso cuando estos salgan de la campana de cristal, es decir, de la incapacidad que los afecta.

Concluye que es impensable en nuestro derecho la existencia de un derecho real de dominio compartido, pero que ello no debe confundirse con la posibilidad de que coexista de modo armónico un derecho real de dominio despojado de valor económico para su titular y un derecho personal en cabeza del beneficiario o fideicomisario para quien ese derecho a la cosa tiene pleno valor pecuniario[5].

En nuestra opinión, el fiduciario más que un propietario, tiene la fisonomía de un administrador operacional, ya que sus facultades son semejantes a las de un administrador con cierto poder de disposición que a las de un propietario[6].

2. En doctrina, a lo largo de los años, se ha discutido la posibilidad de que existan patrimonios especiales. Sobre el tema puede consultarse LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil*, Parte General, Tomo II: *El Patrimonio*, Ed. Perrot, Buenos Aires 1978; SPOTA, Alberto, *Tratado de Derecho Civil*, Tomo I, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1965, N° 1757; VON TUHR Andreas, *Teoría General del Derecho Alemán*, Tomo I, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1946, pág. 385.

3. Así lo entiende Vítolo al sostener que "[…]la transmisión de bienes a titulo fiduciario producirá la incorporación de los mismos a un patrimonio especial separado del patrimonio personal del fiduciario, cuya "titularidad" deberá ser ejercida en un determinado sentido a favor del beneficiario y restituida al concluirse el fideicomiso por cumplimiento del plazo o condición, ya sea al beneficiario, fiduciante o fideicomisario". Confr. VÍTOLO, Daniel Roque, *Titularidad Fiduciaria frente a la inscripción prevista en artículo 215 de la ley 19.550*, diario El Derecho, 10 de junio de 2005.

4. Confr. FREIRE, Bettina, *El Fideicomiso sus proyecciones en el negocio inmobiliario*, Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1997.

5. Confr. Op. Cit FREIRE, Bettina, *El fideicomiso,* págs. 76 a 80.

6. Confr. MARIANI DE VIDAL, Marina, *Derechos Reales*, Tomo II, ed. Zavalía, Buenos Aires, 2004, pág. 87.

Fideicomiso Testamentario en el Proyecto de Reforma

El artículo 2493 del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación establece que "el testador puede disponer un fideicomiso sobre toda la herencia, una parte indivisa o bienes determinados, y establecer instrucciones al heredero o al legatario fiduciario conforme a los recaudos establecidos en la sección 8, capitulo 30, Titulo IV, Libro III. La constitución del fideicomiso no debe afectar la legitima de los herederos forzosos, excepto en los casos previstos en el artículo 2448".

Siguiendo el lineamiento previsto en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación de 1999, la norma en estudio recepta expresamente la figura del fideicomiso como un medio de planificación sucesorio, estableciendo expresamente como límite a la autonomía de la voluntad del causante, el respeto a la legítima y la prohibición de sustitución fideicomisaria.

Fideicomiso testamentario y legítima

El proyecto en análisis establece que en la constitución del fideicomiso por testamento se deberá respetar la legítima de los herederos forzosos, si los hubiere. Ello importa una sensible limitación a las posibilidades de constituir un fideicomiso por testamento, siendo este uno de los puntos más discutidos por nuestra doctrina.

Entre la problemática que podría suscitarse, es de señalar que si el testador ha designado como beneficiario del fideicomiso a un tercero que no es heredero legitimario, el valor de los bienes *fideicomitidos* no podrá superar la porción disponible dispuesta por la ley. De lo contrario, los herederos legitimarios tendrán la opción de cumplir con la disposición testamentaria o bien, entregarle al beneficiario la porción disponible. En cambio, si el testador ha designado fideicomisario a un tercero y beneficiario a un legitimario, este podrá cuestionar el fideicomiso argumentando que se ha violado la intangibilidad de la legítima. Ahora bien, si el testador designa fideicomisarios a herederos legitimarios, deberán distinguirse dos supuestos. En el supuesto en que el testador designe fideicomisarios a todos los herederos forzosos, en principio no se vería afectada la legitima de ninguno de ellos y estaríamos ante una situación de indivisión hereditaria que, como tal, deberá respetar lo plazos legales. Si por el contrario, el testador ha designado fideicomisarios solo a algunos herederos forzosos, aquellos a quienes no ha designado podrán reclamar la protección de su legítima en caso que la misma se vea afectada, sin perjuicio de la acción de colación que pudiere corresponder.

De lo expuesto, podemos apreciar que la existencia de herederos forzosos constituye una limitación importante a la capacidad de constituir fideicomiso por testamento[7].

Otro supuesto a analizar es la posibilidad de establecer fideicomiso testamentario respecto de bienes gananciales, temas que hemos analizado en su oportunidad[8].

Fideicomiso testamentario y sustitución fideicomisaria

De acuerdo al anteproyecto, el testador no podrá establecer como causa determinante de la extinción del fideicomiso la muerte del fiduciario pues ello podrá interpretarse como una sustitución fideicomisaria prohibida por nuestro ordenamiento legal[9]. Así lo ha entendido la comisión de Reforma al redactar el artículo 1700 del proyecto en análisis estableciendo "Es inválido el

7. Confr. LÓPEZ CABANA, Roberto, "La protección de la legítima a favor de los hijos. Su excesiva extensión", LL, 1983-D- 1064.

8. Cfr. CONTE-GRAND, Julio; DE REINA TARTIÈRE, Gabriel, Estudios de Derecho Civil con motivo del Bicentenario, ed. El Derecho, Buenos Aires, 2011 pág. 692.

9. Confr. HERNÁNDEZ, Lidia B. y GARCÍA DE GHIGLINO, Silvia, *La sustitución fideicomisaria y el fideicomiso testamentario*, LL 1997-A, pág. 953; MEDEIRA, Graciela, *Fideicomiso testamentario*, JA 1995-III, pág.. 705.

fideicomiso constituido con el fin de que el fiduciario esté obligado a mantener o administrar el patrimonio fideicomitido para ser trasmitido únicamente a su muerte a otro fiduciario de existencia actual o futura".

Hemos visto que el fiduciario tiene un dominio imperfecto sobre los bienes fideicomitidos ya que solo puede administrar y disponer de los mismos para cumplir con el objeto del fideicomiso y de acuerdo con lo establecido en las disposiciones contractuales-testamentarias. Está obligado a transmitir la propiedad plena de los bienes fideicomitidos al fideicomisario una vez que haya cumplido el objeto del contrato o se haya producido el vencimiento del plazo establecido en el mismo. Por tanto, conforme lo expuesto, los bienes recibidos en fideicomiso no aumentan ni integran el patrimonio personal del fiduciario toda vez que la titularidad de tales bienes se adquiere únicamente en miras al cumplimiento del encargo objeto del fideicomiso. Esto hace que, en caso de muerte del fiduciario los bienes fideicomitidos no se transmitan a sus herederos sino que se deberá designar –si no estuviese contemplado en el testamento– un fiduciario sustituto que adquirirá dichos bienes en miras a continuar con el fideicomiso testamentario.

Por tanto, el fiduciario no es heredero ni legatario del causante, sino más bien, *mutatis mutandi*, una suerte de albacea testamentario en tanto es la persona designada por el testador para dar cumplimiento con una manda testamentaria -el fideicomiso-. El fiduciario es un tercero ajeno a la sucesión. Así lo han entendido Highton y otros autores al sostener que "[…] el fiduciario no adquiere los bienes en carácter de legatario ni ha sido llamado a la sucesión del testador […]."[10] Las atribuciones del fiduciario al igual que el albacea testamentario tienen su origen en un acto de última voluntad del testador, en un encargo, una misión, que importa el cumplimiento de las instrucciones del mismo respecto del patrimonio fiduciario.[11]

El Fideicomiso Testamentario como medio de protección de los incapaces

El artículo 2448 dispone que *"el causante puede disponer por el medio que sea conveniente, incluso mediante un fideicomiso, además de la porción disponible, un tercio (1/3) de las porciones legítimas para aplicarlas como mejora estricta a descendientes o ascendientes con discapacidad. A estos efectos, se considera persona con discapacidad a toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolonga, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral"*.

Con esta norma se pone fin a una ardua discusión que se suscitó en doctrina en el año 1999, en ocasión de las Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas es Santa Fe.

Si bien consideramos que varias de las reformas incluidas en este proyecto son observables, especialmente en el ámbito del Derecho de Familia, consideramos que la redacción de este artículo es acertada para el caso que el causante tenga herederos forzosos incapaces, circunstancia que el sistema actual deja sin solución[12].

El artículo 2448 siguiendo la línea del proyecto de Código Civil de 1998 recepta la posibilidad que el testador constituya fideicomiso a favor de herederos incapaces, aun cuando se afectara la

10. Confr. HIGHTON, Elena y MOSSET ITURRASPE, Jorge, PAOLANTONIO, Martín y RIVERA, Julio, Reformas al derecho privado, Ley 24.441, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1995, pág. 21.

11. Confr. CAFFERATA José I., *El albacea testamentario en el derecho argentino*, Ed. Imprenta de la Universidad, Córdoba, 1952.

12. Para un análisis más profundo del régimen legal del fideicomiso testamentario puede consultarse HAYZUS, Jorge R.: Fideicomiso, ed. Astrea, Buenos Aires, 2004; LLOVERAS, Nora: Fideicomiso testamentario: "¿La voluntad dispone?", , JA, 1999-III-1058; MEDINA, Graciela y MADERNA ETCHEGARAY, Horacio, "Fideicomiso testamentario y la protección de la legítima", ED, 184-1335, ORELLE, José M. R.; ARMELLA, Cristina N. y CAUSSE, Jorge R. Financiamiento de la vivienda y de la construcción, ley 241441, ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1995, págs. 139-145.

legítima de otros herederos forzosos, estableciendo una suerte de mejora especial para el heredero incapaz[13].

El código en este caso, positiviza un principio fundamental de justicia proporcional "dar a cada uno lo suyo, según su necesidad". Claramente, el incapaz, una vez fallecidos sus padres tendrá pocas o incluso nulas posibilidades de proporcionarse sustento por sí solo. Es por ello que el Código establece para él un régimen especial, la intangibilidad de la legítima y el derecho de los herederos que se encuentran en mejores condiciones cede ante la necesidad humana y ante la justicia. Se apela así al principio de solidaridad familiar, reconocido en nuestra doctrina como la asistencia recíproca que debe existir entre los miembros de una familia. Es en el seno de la familia donde se aprende y se vive el sentido integral de responsabilidad, gratitud y solidaridad[14]. La solidaridad frente al miembro más necesitado convoca a la respuesta personal al miembro de la comunidad familiar, atendiendo a un rasgo constitutivo de la condición humana: la disposición a responder por el bien del otro, que implica a su vez la convergencia de los esfuerzos individuales al bien común[15].

Así, "las exigencias de la justicia son las implicancias concretas de la exigencia básica de racionalidad práctica, según la cual, uno ha de favorecer y promover el bien común de sus propias comunidades, de dónde la primera exigencia ha de darse en el ámbito de su propia familia"[16].

Este principio se encuentra reconocido en la Convención Americana de Derechos Humanos, que dispone en su artículo 32.2, al señalar que "los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común".

Así, la asistencia paterno-filial y la asistencia paternal se desprenden de estos principios y trascienden ahora del ámbito del Derecho de Familia al de las Sucesiones, al reconocer un esfuerzo común en beneficio del más desvalido.

En un momento en que es innegable la existencia de un debilitamiento actual en los valores familiares en pos de la autonomía de la voluntad, la función social de la familia emerge reluciente y la voluntad del testador aparece en servicio del bien común familiar en lugar de un capricho.

El fideicomiso testamentario se transforma así en un instrumento de suma importancia para la protección del heredero incapaz, pues el testador puede prever y arbitrar los medios necesarios para asegurar una correcta administración de la porción legítima del mismo a fin de cubrir todas sus necesidades ante la ausencia de sus padres y/o representantes legales, en su caso. Lejos de ser un medio que priva al heredero de los bienes que en derecho podrían corresponderle en circunstancias ordinarias, es así, un medio eficaz para la protección de los mimos.

Precisiones conclusivas

Consideramos que, la adaptación de esta institución al sistema romanista-francés no es simple, pues en nuestro derecho –a diferencia del derecho anglosajón– no existe la noción de una propiedad disgregada o dual. Si bien el fideicomiso contractual, tiene gran trascendencia en nuestra vida moderna, pues se haya vinculado al mundo de los negocios financieros, a las operaciones con bienes raíces, y a distintos procedimientos de inversión, la implementación del fideicomiso testamentario en

13. Confr. Por esta solución se inclina LOYARTE, Dolores, "Fideicomiso testamentario: instrumento eficaz para la proyección de los "concebidos" dentro o fuera del seno materno", JA, septiembre 1999, nº 6160, número especial "Fideicomiso testamentario. Legitima y protección de incapaces", JA, 1999-III-1067. PATTIGIANI, Eduardo J., "la legítima del heredero menor de edad frente al fideicomiso constituido por testamento", JA, septiembre 1999, nº 6160, número especial "Fideicomiso testamentario", pág. 35.

14. Confr. DÍAZ DE GUIJARRO, *Tratado de Derecho de Familia*, tomo I, Nº 143 y FABBRI, Enrique E., *La familia, núcleo de espiritualidad*, en Criterio 2201-406 *ab initio.*

15. Confr. MÉNDEZ COSTA, María Josefa, Los principios jurídicos en las relaciones de familia, ed. Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2006, pág. 288.

16. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, El derecho del menor a su propio cuerpo, VV.AA., La persona humana, 2001, Buenos Aires, pág. 249 y ss. III, 3.

un sistema de derecho sucesorio como el nuestro -donde la libertad de testar está restringida por una serie de disposiciones de orden público– se encuentra seriamente limitada.

Sin embargo, la utilidad práctica que esta herramienta legal tiene para resolver sin limitaciones los problemas familiares modernos ha despertado gran interés en los juristas, tanto en el orden local como internacional.

Reconocemos que el fideicomiso testamentario es un instrumento valioso para proteger los intereses familiares, por lo que consideramos necesaria una regulación especial sobre el tema en materia de derecho sucesorio; como así lo intentó el Proyecto de Reforma de Código Civil de 1998 y ahora lo hace el Proyecto de Reforma en análisis.

LA LICITACIÓN EN LA PARTICIÓN DE LA HERENCIA

Marcela C. Berenguer

El anteproyecto de reforma del Código Civil incorpora en el art. 2372 la licitación como una alternativa en la partición hereditaria reviviendo el Código de Vélez en su art. 3467 derogado por la ley 17711.

Aquel artículo 3467 decía: "Cada uno de los herederos tiene el derecho de licitar alguno de los bienes hereditarios, ofreciendo tomarlos por mayor valor que el de la tasación; y en tal caso se le adjudicarán por el valor que resultare en la licitación. De este modo no puede usarse, cuando los herederos, teniendo conocimiento de la tasación, nada le han opuesto y la partición se ha hecho por el valor regulado de los bienes"

En el año 1882 se corrigió la redacción de Vélez agregando una "s" a la palabra "alguno", pluralizando el vocablo para asignarle mayor coherencia con el texto del artículo.[1] El anteproyecto propone cambios pero mantiene la antigua redacción en singular.

Podemos nombrar entre los antecedentes de esa norma la puja o "licitatio" del derecho romano y el Código de Napoleón que reguló esta institución caracterizándola por la circunstancia de posibilitar, por sentencia del tribunal o a pedido de parte, la licitación de los bienes que componen el acervo hereditario aun cuando existan menores interesados.[2]

Esta institución, antes de ser derogada suscitaba desinteligencias respecto a la legitimación activa. La mayoría de la jurisprudencia y doctrina limitaban el derecho a licitar a los herederos excluyendo la posibilidad de intervenir a terceros y otros, en cambio, entendían posible la participación de terceros por cuanto consideraban al instituto como una subasta pública o abierta.[3]

Borda justificó la derogación del artículo en que la licitación colocaba a los herederos de menos recursos en una situación de inferioridad, respecto de los más pudientes. [4]

El anteproyecto con la nueva redacción del artículo 2372[5], dirime aquella controversia pues, es la norma quien establece la posibilidad de licitar para "cualquiera de los copartícipes" en concor-

1. Moreno Dubois, Eduardo y Tejerina, Wenceslao, "Supresión de la licitación", "Examen y crítica de la reforma del Código Civil", Vol II, Sucesiones, La Plata, Ed. Platense, 1973, p. 177.

2. Ibíd., p.179.

3. Ibíd., p. 187.

4. Borda, Tratado Sucesiones, t. I, nº 598 y 599, citado en Zannoni, Eduardo A., "Derecho de las Sucesiones", Tomo I, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1997, p. 699.

5. "ARTÍCULO 2372.- **Licitación**. Cualquiera de los copartícipes puede pedir la licitación de alguno de los bienes de la herencia para que se le adjudique dentro de su hijuela por un valor superior al del avalúo, si los demás copartícipes no superan su oferta.

Efectuada la licitación entre los herederos, el bien licitado debe ser imputado a la hijuela del adquirente, por el valor obtenido en la licitación, quedando de ese modo modificado el avalúo de ese bien.

La oferta puede hacerse por dos o más copartícipes, caso en el cual el bien se adjudica en copropiedad a los licitantes, y se imputa proporcionalmente en la hijuela de cada uno de ellos.

dancia con el art. 2364 que se refiere a la legitimación activa para solicitar la partición hereditaria, incluyendo copropietarios de la masa indivisa, cesionarios, acreedores, beneficiarios de legados o cargos que pesan sobre un heredero.

Si bien el artículo se reincorpora al cuerpo legal con mayor precisión, de todos modos estimo que reaparecerá la discusión sobre la naturaleza jurídica de esta institución entre los doctrinarios que consideran la institución de carácter patrimonial y aquellos que la integran al derecho de familia.

En conclusión la reforma hará perder trascendencia a la igualdad entre los herederos y la partición hereditaria se transformará en una puja comercial, alejada seguramente, de la voluntad del causante.

No puede pedirse la licitación después de pasados TREINTA (30) días de la aprobación de la tasación."

INDIGNIDAD Y DESHEREDACIÓN

María del Luján C. Cabrera de Gariboldi

A pesar del título, debo comenzar aclarando que el Anteproyecto de Código Civil no contiene norma alguna referida a la desheredación, lo que equivale a decir que este instituto quedará eliminado de nuestra legislación civil.

Lo antedicho no deja de sorprender, pues la prevalencia del principio de la autonomía de la voluntad campea y sobrevuela todo el Anteproyecto, con mayor o menor incidencia dependiendo de la rama del Derecho Civil de que se trate. En el ámbito del derecho sucesorio, considero que la "rebaja" en las porciones legítimas de los herederos forzosos es, justamente, un triunfo –parcial, pero triunfo al fin– de la autonomía de la voluntad *versus* el orden público.

Sin embargo, esta tendencia a permitir que cada uno haga con sus bienes lo que mejor le plazca, sin pensar demasiado en *"qué les dejaré a mis hijos"* o *"cómo debería proteger a mis padres si fallezco antes que ellos"*, no tiene en el Anteproyecto el complemento de poder "eliminar de la herencia" a algún heredero forzoso que a criterio del futuro causante no merezca recibir aun la menguada porción legítima que le es reconocida.

Sabido es que la desheredación es la contrapartida de la legítima; la ley me impone reservar una parte sustancial de mi patrimonio para que la reciban mis descendientes, ascendientes y cónyuge, pero al mismo tiempo me permite que si alguno de ellos no ha actuado correctamente a mi respecto, sea mi propia voluntad la que lo excluya de ese beneficio.

Por ello, hubiera sido de toda lógica que un ordenamiento legal que hace prevalecer el principio de la autonomía de la voluntad disminuyendo las porciones legítimas, regulara también –y aún con más amplitud que nuestro actual Código– el instituto de la desheredación.

En tal sentido, era esperable que la nueva legislación incluyera junto a las antiguas causales (previstas para ascendientes y descendientes), otras quizá más *aggiornadas* y lamentablemente de mayor ocurrencia en nuestros tiempos; tal el caso, por ejemplo, de las injurias (no necesariamente de hecho), los delitos contra la integridad sexual, el abandono, etc., etc. Era esperable, también, que corrigiera el actual "olvido" de nuestro Código, en cuanto a la inexistencia de causales para desheredar al cónyuge.

Lejos de ello, el Anteproyecto parece haber dejado a la indignidad como única sanción a la inconducta del heredero; sanción que ya no dependerá de la voluntad del causante, sino enteramente de la de terceras personas.

A mi criterio, uno de los principales inconvenientes que acarrea la supresión de la desheredación, es la posibilidad de que la inconducta del heredero forzoso quede sin sanción, como consecuencia de la limitación existente en los legitimados activamente para promover la acción de indignidad.

En efecto, en el esquema del Código Civil vigente, la legitimación activa para ejercer la acción de desheredación es amplia, según reconoce la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia. De tal modo, el testador puede asegurarse el efectivo desplazamiento del heredero forzoso desheredado, im-

poniendo, por ejemplo, la obligación de ejercer la acción al albaceas. Por el contrario, la legitimación activa para ejercer la acción de indignidad es mucho más restrictiva y se limita a *"los parientes* [se ha entendido que el artículo hace referencia a "los herederos"] *a quienes corresponda suceder a falta del excluido de la herencia o en concurrencia con él"* (conf. art. 3304 CC). Si bien el art. 2283 del Anteproyecto es un poco más amplio que el actual art. 3304, lo cierto es que excluye en su redacción la posibilidad de que la acción sea intentada por el albaceas (la norma atribuye legitimación activa a *"quien pretende los derechos atribuidos al indigno"*).

Pasando ahora a ocuparme de la indignidad, he de decir que los cambios que introduce el Anteproyecto abarcan prácticamente la totalidad de los aspectos de este instituto. En efecto, hay "novedades" en las causas, en la legitimación activa y pasiva, en los modos de purgar la indignidad, en los efectos y en la prescripción. Como puede apreciarse, esta sanción a la inconducta se presenta totalmente remozada, tal vez modernizada, probablemente mucho más punitiva y en algunos aspectos una pizca menos "jurídica".

Comencemos por las causas. Ciertamente, la necesidad de reformular las que actualmente contiene el Código Civil en sus artículos 3291 a 3296 bis. es a todas luces evidente. Conductas que en la época en que se sancionó este cuerpo legal eran tal vez frecuentes e inadmisibles, se han tornado en la actualidad en "piezas de museo" (tal el caso, por ejemplo, de la causal de "el que ha sido condenado por adulterio con la mujer del causante"). Otras conductas, en cambio, se han vuelto cada vez más comunes y reprochables en nuestros días (así, por ejemplo, "los parientes o el cónyuge que no hayan suministrado al causante los alimentos debidos, o no lo hayan recogido en establecimiento adecuado si no podía valerse por sí mismo" –conf. art. 2281 inc. e) del Proyecto–).

Las nuevas causales, contenidas en los nueve incisos del art. 2281 del Anteproyecto, son las que someramente consigno a continuación:

a) Haber sido autor, cómplice o partícipe de delito doloso contra la persona, el honor, la integridad sexual, la libertad o la propiedad del causante, de sus descendientes, ascendientes, cónyuge, conviviente o hermanos: Indudablemente, la causal es notoriamente más amplia que la contenida en el art. 3291 del Código Civil.
b) Haber maltratado gravemente al causante u ofendido gravemente su memoria: Estimo que el inciso hace referencia a maltrato de cualquier tipo, sea físico, verbal, psicológico, etc. No queda tan claro el concepto de "ofensa grave" a la memoria del causante, mas supongo que será tarea de los jueces delimitar su ámbito de aplicación.
c) Acusación o denuncia al causante por un delito penado con prisión o reclusión, excepto que la víctima sea el acusador, su cónyuge o conviviente, su descendiente, ascendiente o hermano o haya obrado en cumplimiento de un deber legal: La causal está mucho mejor delineada que la contenida en el art. 3293 del Código Civil. Nótese que no se menciona el "piso" de la pena privativa de la libertad como lo hace la norma actual, y se exime de la sanción al acusador-víctima, lo que no está actualmente contemplado por el art. 3293 CC.
d) Omisión de denuncia de la muerte dolosa del causante: La causal no presenta prácticamente diferencias con el actual art. 3292 CC, más allá de alguna diferencia terminológica que no hace variar el sentido que unánimemente se ha dado a la norma (tal, por ejemplo, remplaza los vocablos "muerte violenta" por "muerte dolosa" y exime de sanción no solo a los menores, sino en general a los incapaces y a las personas con capacidad restringida).
e) La falta de cumplimiento de la obligación alimentaria por parte de los parientes y el cónyuge del causante, y la omisión de recogerlo en establecimiento adecuado si no podía valerse por sí mismo: En esta causal queda incluido el incumplimiento de la obligación alimentaria de los progenitores del causante, único actualmente previsto por el art. 3296 bis CC. Es novedosa la introducción de los demás parientes sobre los que pesa obligación de pasar alimentos y del cónyuge. Es una lástima que se haya olvidado agregar *"conforme a su condición y fortuna"*.

f) La falta de reconocimiento voluntario durante la minoría de edad del hijo, por parte del padre extramatrimonial: la causal es casi idéntica a la contenida en la primera parte del art. 3296 bis del Código Civil, aunque no incluye en la sanción a la madre extramatrimonial que procede de igual modo.
g) La privación de la responsabilidad parental: es esta una absoluta novedad puesto que actualmente no existe una causal similar en nuestro Código Civil. Sin embargo, considero que, a tenor de las causas de privación de la responsabilidad parental contenidas en el art. 700 del Proyecto, la única causal verdaderamente "nueva" sería la de haberse declarado el estado de adoptabilidad del hijo (inc. d) del art. 700 del Proyecto), pues las otras tres, de un modo u otro, quedan subsumidas en las enumeradas por el art. 2281 del Proyecto (delitos cometidos contra el hijo, abandono y poner en peligro la salud física o psíquica del hijo).
h) Los atentados contra la libertad de testar: la causal es, en esencia, prácticamente idéntica a la contenida en el art. 3296 del Código Civil, con una redacción un poco más amplia, que permite incluir algunos supuestos no contemplados expresamente por la norma vigente.
i) Las conductas que suponen "ingratitud" a los efectos de la revocación de las donaciones: Esta causal resulta sobreabundante, pues los supuestos contemplados en el art. 1571 del Proyecto, quedan incluidos en los incisos a) y e) del presente artículo.

La reforma propuesta, si bien perfectible en algunos aspectos mínimos, es pues bienvenida.

¿Cuáles serían los aspectos que, a mi criterio, deberían mejorarse? Veamos,

El inciso a) del art. 2281 del Anteproyecto resulta un tanto demasiado amplio. En efecto, por un lado se incluyen una variedad de delitos de distinta envergadura, sin que exista una mínima graduación en la gravedad de los mismos; por otra parte, se encuentra también ampliado el espectro de víctimas de tales delitos, incluyéndose ahora a los ascendientes, al conviviente y a los hermanos del causante. Claro está que unánimemente se ha reprochado al actual art. 3291 el "olvido" de los ascendientes en la lista de posibles víctimas, mas estimo que la inclusión del conviviente y de los hermanos del causante resulta algo excesiva. Finalmente, me parece también objetable que no se exija la condena penal, o al menos el haber efectuado la pertinente denuncia del delito, pues ello puede prestarse a más de una maniobra fraudulenta en contra del presunto delincuente, aun después de fallecido el causante, cuando este ya no puede emitir opinión al respecto.

El inc. f) del art. 2281 del Anteproyecto, olvida sancionar con la indignidad a la madre extramatrimonial que no hubiera reconocido voluntariamente al causante durante la menor edad. En un excesivo celo feminista (o más bien, "femenino"), el único castigado es el padre extramatrimonial no reconociente.

El inciso i) del art. 2281 del Anteproyecto, podría suprimirse sin que por ello "desapareciera" ninguna de las causales de indignidad previstas por la norma.

Por su parte, la legitimación activa para el ejercicio de la acción de indignidad, tratada por el art. 2283 del Anteproyecto, es bastante más amplia que la que actualmente contempla el art. 3304 del Código Civil, pues incluye a todos los que pretendieran *"los derechos atribuidos al indigno"* y por vía de excepción, a todos los que fueran demandados por este *"por reducción, colación o petición de herencia"*. Si bien no lo dice expresamente el artículo, al enumerar específicamente qué acciones se podrían repeler mediante la excepción de indignidad, quedan excluidos de la legitimación para oponerla los deudores del causante, situación esta que actualmente se encuentra expresamente prevista por el art. 3299 del Código Civil.

También la legitimación pasiva es notoriamente más amplia, desde que la segunda parte del art. 2283 del Anteproyecto, incluye como posibles demandados por indignidad a los sucesores a título gratuito del indigno (al no efectuar distinción, se entiende que comprende a los sucesores por actos entre vivos, como a los sucesores *mortis causa*) y a los sucesores a título oneroso de mala fe. El objetivo de la norma es loable, puesto que evidentemente busca la restitución de los bienes de la herencia por quien haya llegado a ser propietario de ellos; sin embargo, la formulación no es demasiado feliz, dado que siendo la indignidad una sanción que priva de la vocación hereditaria al sucesor que ha

incurrido en alguna de las causales previstas por la ley, resulta a mi criterio jurídicamente inadmisible que se busque aplicar tal sanción a terceros que nunca la tuvieron.

En efecto, si bien la sanción de indignidad tiene un efecto patrimonial evidente, lo cierto es que no deja de ser una "pena civil" aplicada a aquel sucesor que *personalmente* ha incurrido en una de las conductas tipificadas por la norma. Por otra parte, sabido es que las penas no pueden ser de aplicación "extensiva", sino solo y exclusivamente a aquellos que han cometido el ilícito. Por ende, ningún sucesor del indigno podría ser "penado" con la indignidad, ni pueden perder una vocación hereditaria que nunca ha tenido respecto del causante. Sí puede ser obligado a devolver lo que ha adquirido mediando el "vicio" de indignidad en el transmitente y eso es, a mi criterio, lo que debió prever el artículo que comento.

La purga de la indignidad tiene dos importantes novedades en el Anteproyecto, una de ellas quizá más meritoria que la otra. En primer término, el art. 2282 referido al perdón de la indignidad, establece que *"El testamento en que se beneficia al indigno, posterior a los hechos de indignidad, comporta el perdón, excepto que se pruebe el desconocimiento de tales hechos por el testador"*. La parte final de la norma, exactamente contraria a lo que actualmente dispone el art. 3297 del Código Civil, es acertada ya que no solo resulta justa, sino que es jurídicamente coherente. El supuesto contempla un vicio del consentimiento por parte del testador (el de error), pues quien ignora la existencia del hecho lesivo y en tal ignorancia beneficia al que lo ha cometido, incurre en error esencial según este se conceptualiza en el art. 267 del Anteproyecto.

El art. 2284 del Anteproyecto legisla sobre la purga de la indignidad por el transcurso del tiempo. Si bien el plazo es el mismo que el que actualmente contempla el art. 3298 (tres años), la causa de la purga pareciera no ser la misma. En efecto, la norma actualmente vigente alude a la *"posesión de la herencia"* durante tres años, en tanto el art. 2284 del Anteproyecto no hace alusión alguna a la posesión hereditaria (*"investidura de heredero"* según la terminología del Anteproyecto; conf. arts. 2337 y 2338), sino que la caducidad se produce por el mero transcurso del tiempo, comenzando a correr el plazo desde la muerte del causante, sea que los herederos tengan la investidura de pleno derecho o deban solicitarla judicialmente. En el caso del legatario, el Anteproyecto sigue los pasos del art. 3298 del Código Civil, aunque no hace referencia a la *"posesión del legado"*, sino a su *"entrega"*.

Finalmente, y siempre en relación a la purga de la indignidad, la parte final del artículo excluye el beneficio de la purga en los casos en que la indignidad sea opuesta como excepción por el demandado en acciones de reducción, colación o petición de herencia. La norma consigna que estos podrán invocar la indignidad *"en todo tiempo"*, entendiendo que hace referencia al plazo de caducidad que viene tratando el artículo en su primera parte y no al plazo de prescripción al que está sometida la acción (y entiendo que, lógicamente también la excepción).

En cuanto a la prescripción de la acción, surgen dudas sobre cuál sería el plazo aplicable. Ello es así, dado que el plazo genérico de prescripción si no está previsto uno diferente, es de cinco años (conf. art. 2560 del Anteproyecto) y este sería, en principio, el aplicable a la acción de indignidad. Ahora bien, el art. 2562 inc. f) establece un plazo de prescripción de dos años para el *"pedido de revocación […] del legado por indignidad"*. Pareciera de técnica jurídica deficiente establecer plazos de prescripción diferentes para acciones de idéntica naturaleza y similar objeto, en las que solo varía el legitimado pasivo (el heredero en un caso y el legatario en el otro). ¿Por qué habría de beneficiarse el legatario con un plazo de prescripción menor al del heredero?. Sin embargo, si se aplicara a la acción de indignidad contra el heredero el plazo de prescripción de dos años, se daría la paradoja de que la acción prescribiría siempre antes de que existiera la posibilidad de operara la caducidad del derecho (tres años contados desde la muerte del causante, según el art. 2284 del Proyecto). En cualquier caso, el plazo de prescripción comenzará a correr desde el momento de la muerte del causante, a tenor de lo dispuesto por el art. 2283 del Anteproyecto, pues solo después de la apertura de la sucesión puede promoverse la acción de indignidad.

Por último, los efectos de la indignidad contemplados en el art. 2285 del Anteproyecto, son mucho menos benévolos que los establecidos en el art. 3305 del Código Civil. El artículo en cuestión,

a mi criterio muy acertado, aplica al indigno lisa y llanamente las normas atinentes al poseedor de mala fe. Ello implica que el indigno deberá restituir los bienes de la herencia, con más los frutos que hubiera percibido y los que por su culpa hubiera dejado de percibir, como así también los productos, amén de las mejoras de mero mantenimiento, las suntuarias y aun las necesarias si se hubieran originado en su culpa (conf. art. 1935 y siguientes del Anteproyecto). Por el contrario, el art. 3305 del Código Civil, solo impone la devolución de los bienes hereditarios, con sus accesorios y aumentos y los frutos percibidos. En cuanto a los intereses de las sumas de dinero recibidas, la parte final del art. 2285 del Proyecto, no difiere de la norma contenida en el art. 3306 del Código Civil.

A modo de corolario, estimo que las reformas al instituto de la indignidad contenidas en el Anteproyecto, son en general acertadas, con las salvedades que he comentado en los párrafos precedentes. En cambio, no concuerdo con la eliminación de la desheredación, considerando que hubiera sido preferible mantenerla con la debida actualización y ampliación de causas y legitimados pasivos que consigné al comienzo.

ANÁLISIS DEL PROYECTO DE NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL 2012

LIBRO VI - DISPOSICIONES COMUNES A LOS DERECHOS PERSONALES Y REALES. OTRAS LEYES

Facultad de Derecho
Pontificia Universidad Católica Argentina

Agosto de 2012

PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD

ALEJANDRO BORDA

La valoración que cabe hacer del Título I, del Libro VI **Prescripción y caducidad** (arts. 2532/2572), es, en general, positiva. Existen algunas omisiones, pero ellas no impiden señalar que se ha establecido un régimen más simple y preciso y con plazos más breves, lo que también es conveniente. Este Proyecto ha tenido muy en cuenta el llamado Proyecto de 1998, fuente de casi todas sus normas.

I.- El Capítulo 1, *Disposiciones comunes a la prescripción liberatoria y adquisitiva*, se divide en cinco secciones. Veamos.

1.) En la sección 1ª, *Normas generales*, (i) se resguarda el carácter imperativo de la prescripción (art. 2533) y (ii) se mantienen las pautas tradicionales respecto de los sujetos afectados por ella (art. 2534), el derecho a renunciar la prescripción ganada (art. 2535) y la irrepetibilidad del pago hecho de la obligación prescripta (art. 2538). Respecto de esta última disposición, debe tenerse presente que, a pesar de que el Proyecto no prevé las obligaciones naturales, el proyectado art. 728 establece que es irrepetible lo entregado en cumplimiento de deberes morales o de conciencia.

Se incorpora de manera expresa: (a) la regla de la invocabilidad de la prescripción, salvo excepción legal (art. 2536), mejorando el sistema enunciativo del actual art. 4019; (b) se establece, con lógica y con fundamento en el art. 2478 del Proyecto de 1998, que la renuncia a la prescripción por uno de los codeudores o coposeedores no surte efectos respecto de los demás, ni procede la acción de regreso del codeudor renunciante contra sus codeudores liberados por la prescripción (art. 2535); y (c) se resuelve acertadamente el problema que plantea la modificación legal de los plazos de prescripción por una nueva ley (art. 2537).

En cambio, no hay normas referidas a lo que actualmente regulan los arts. 3953, 3954 y 3955. Parece razonable interpretar que el derecho no puede ser ejercido hasta que se lo tenga, pero el sistema ganaría en claridad si se incorporaran tales normas.

2.) En la sección 2ª, *Suspensión de la prescripción*, se mantienen en general las disposiciones vigentes, como ocurre en materia de efectos (art. 2539), y suspensión por interpelación fehaciente (art. 2541), aunque reduciéndose a seis meses el actual plazo máximo del art. 3986 que lo fija en un año.

Se esquematizan los casos especiales de suspensión (art. 2543), que ocurren: (i) entre cónyuges, aclarando que dura durante el matrimonio (inc. a); (ii) entre personas incapaces y con capacidad restringida y sus padres, tutores o curadores (inc. c); (iii) entre personas jurídicas y sus administradores y órganos de fiscalización (inc. d); y (iv) cuando afecta a herederos beneficiarios (inc. e). Además, se añade entre los beneficiarios de la suspensión a los convivientes mientras dure la convivencia (inc. b).

En cambio ha desaparecido el supuesto de suspensión del plazo de prescripción durante el curso de la acción criminal, que prevé el art. 3982 bis del Código Civil. Si bien la propuesta de supresión es discutible, cabe señalar que lo mismo hizo el Proyecto de 1998. La idea que se persigue es la de separar las acciones civiles y penales, y evitar prolongaciones innecesarias de los procesos.

Asimismo, se ha incorporado como causal de suspensión de la prescripción, el pedido de mediación (art. 2542), lo que resultaba imprescindible. Por otro lado, se han suprimido normas vigentes que carecen de mayor sentido, como aquellas en las que se dispone en qué casos no se suspende el plazo de prescripción (arts. 3976, 3978 y 3979), lo que resulta una obviedad, atento el carácter excepcional de la suspensión.

Es importante destacar un error que se ha deslizado en el art. 2540 que dispone*: La suspensión de la prescripción no se extiende a favor ni en contra de los interesados, excepto que se trate de obligaciones solidarias o indivisibles*. Parece evidente que la norma tiene que decir que no se extiende respecto de los "cointeresados", en las obligaciones con pluralidad de sujetos y siempre que no sean obligaciones solidarias o indivisibles, pues justamente es a los interesados a los que se les aplica la suspensión.

3.) La *Interrupción de la prescripción*, prevista en la sección 3ª, se regula de acuerdo con los criterios tradicionales expuestos por la doctrina y por el Código Civil vigente. Esto se advierte con claridad en materia de efectos (art. 2544), interrupción de la prescripción por reconocimiento del deudor o poseedor (art. 2545), por petición judicial (art. 2546) y por solicitud de arbitraje (art. 2547). Con todo, cabe señalar que la regulación es mejor en diferentes cuestiones. Así, la prescripción se considera interrumpida si la petición judicial se hace –de acuerdo con lo que prevé el primer párrafo del art. 2546– en el plazo de gracia que prevén los códigos procesales (lo que soluciona un conflicto que se plantea frecuentemente en los estrados judiciales), se define que los efectos interruptivos permanecen hasta que deviene firme la resolución que pone fin a la cuestión (art. 2546, párr. 2°), y se prescinde de la forma escrituraria que el actual art. 3988 exige para la solicitud de arbitraje (art. 2547).

Con buen criterio se añade como causal de interrupción la presentación de reclamo administrativo, cuando ello es exigido por la ley como requisito previo a entablar una demanda. La interrupción se tendrá por no sucedida si la demanda no se inicia en el plazo que el ordenamiento local fije o, en su defecto, a los seis meses desde que quedara expedita la vía judicial (art. 2548).

También se incluye el carácter subjetivo de la interrupción de la prescripción, pero nuevamente se habla de interesados en lugar de cointeresados (art. 2549), error que ya fue apuntado cuando nos referimos al proyectado art. 2540. Con la modificación que ahora se sugiere, la norma ganaría en claridad y subsumiría sin dificultad diferentes artículos hoy vigentes.

Es de destacar que desaparecen en esta sección las normas que se encuentran en el Código Civil referidas a la interrupción de la prescripción adquisitiva (arts. 3984, 3985, 3990 y 3998). El proyectado art. 2565 dispone que *los derechos reales principales se pueden adquirir por la prescripción en los términos de los art. 1897 y siguientes*. Estas normas están dentro del Libro IV que trata los derechos reales, pero allí nada se dice de los supuestos de interrupción de la prescripción adquisitiva, excepto el art. 1904 que dispone que *se aplican a este capítulo, en lo pertinente, las normas del Título I del Libro Sexto*, que es lo que estamos abordando y se refiere a la prescripción y caducidad. En otras palabras, hay una remisión a las normas remitidas, lo que no resulta comprensible.

4.) El art. 2550, única norma de la sección 4ª, regula la *Dispensa de la prescripción*, recogiendo lo que disponen los arts. 3980, párr. 1°, 3966, *in fine*, y 3977, aunque fijando en seis meses el plazo en que deben hacer valer sus derechos los sujetos protegidos.

5.) En la sección 5ª se prevén las *Disposiciones procesales relativas a la prescripción*. Se establece que (i) la prescripción puede ser articulada como acción o excepción (art. 2551), (ii) en consonancia con el vigente art. 3964, el juez no puede declararla de oficio (art. 2552), y, (iii) debe oponerse al contestar demanda o al oponer excepciones en los procesos de ejecución (art. 2553, párr. 1°), lo

que mejora la redacción del art. 3962 del Código Civil. Por último, se añade, convenientemente, que los terceros interesados deben deducirla en su primera presentación, si comparecen al juicio, vencidos los plazos otorgados a las partes (art. 2553, párr. 2).

II.- El Capítulo 2, *Prescripción liberatoria*, se divide en dos secciones. Veamos.

1.) La sección 1ª regula el *Comienzo del cómputo* de la prescripción liberatoria.

Con simplicidad se establece que el transcurso del plazo de prescripción comienza el día en que la prestación es exigible (art. 2554). Se mejora el actual art. 3956 determinado la fecha de la exigibilidad como comienzo del plazo, lo que permite eliminar diversas normas hoy vigentes. También se mejora el art. 3977 del Código Civil, disponiéndose que el plazo de prescripción de la acción para reclamar el resultado líquido de la cuenta rendida comienza a correr desde que hubo conformidad de parte o decisión firme sobre ese resultado (art. 2555).

Se incorporan dos nuevas normas: la primera referida a las prestaciones periódicas, el art. 2556, que dispone que el plazo para reclamar la contraprestación comienza a correr desde que cada retribución se torna exigible; la segunda referida a prestaciones a intermediarios, el art. 2557, que establece que comienza a correr –salvo acuerdo particular– desde que concluye la actividad. Son dos disposiciones convenientes que aclaran situaciones particulares.

También se aclara con precisión el punto de partida del plazo de prescripción por honorarios devengados en procesos judiciales, arbitrales y de mediación (art. 2558), distinguiéndose si la resolución fija o no plazo y si el trabajo concluye antes de que haya resolución.

Asimismo se prevé el supuesto de los créditos sujetos a plazo indeterminado, en los que el plazo de prescripción corre a partir de su determinación. Sin perjuicio de ello, se aclara que el plazo de prescripción para deducir la acción para fijar el plazo de cumplimiento se computa desde la celebración del acto; y si esta acción ha prescripto, también se tiene por prescripta la obligación principal (art. 2559).

Existe una omisión que considero importante. Es necesario que los contratantes no gocen de plazos de prescripción diferentes; no es justo que una de las partes tenga más tiempo para ejercer sus derechos que la otra. De ser así, sería razonable que quien tiene más tiempo para demandar, espere a que prescriba el derecho de la contraparte, disminuyendo así su riesgo de pérdida. Pero, insistimos, esto no es justo. Por eso, el Proyecto de 1998 (art. 2496) y el Proyecto del Poder Ejecutivo de 1993 (art. 3987) preveían que 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. Una norma de este tenor, que fue propuesta a la comisión reformadora por quien esto escribe cuando se estaba redactando el Proyecto, debe ser incorporada.

2.) En cuanto a los *Plazos de prescripción*, previstos en la sección 2ª, lo destacable es la reducción del plazo ordinario (que se lo llama genérico), que se fija en cinco años (art. 2560), coincidente con los que habían fijado los Proyectos de 1987 y 1993 (tanto el llamado "federal" como el del Poder Ejecutivo) y el que determina el art. 2224 del Código francés luego de la reforma de 2008. El plazo de diez años, hoy vigente, resulta demasiado extenso.

Luego se fijan plazos de prescripción menores, empezando por el de tres años para el reclamo de la indemnización de daños derivados de la responsabilidad civil (art. 2561, párr. 2°), sea contractual, sea extracontractual, desde que el Proyecto ha unificado ambos regímenes. Si bien el plazo debe comenzar a correr desde el hecho dañoso, toda vez que –como se dijo antes– el transcurso del plazo de prescripción comienza el día en que la prestación es exigible (art. 2554), no se ha previsto la hipótesis de que el daño aflore tiempo después del hecho que provocó el daño. Esta es una omisión importante. Por otra parte, no se entiende la razón por la que se fijó este plazo de prescripción de tres años para reclamar la indemnización de daños derivados de la responsabilidad civil, a no ser que se haya querido unificar el plazo aquí previsto y el de la ley 24.240.

A su vez, se fijan plazos de dos años (art. 2562) para las demandas (i) de nulidad relativa y de revisión de los actos jurídicos, (ii) de inoponibilidad nacida del fraude (estableciéndose en el artículo

siguiente desde cuándo se computan los plazos en estos dos supuestos), (iii) de daños derivados de accidentes y enfermedades del trabajo, y del contrato de transporte o cosas, (iv) de revocación de la donación por ingratitud o del legado por indignidad, y (v) de pago de lo que se devenga por años o períodos más cortos, excepto que se trate de capital reintegrado en cuotas. Es necesario destacar que el plazo fijado respecto de los daños derivados del contrato de transporte acarreará problemas, pues los contratos de transporte son muchas veces contratos de consumo, que tienen un plazo de prescripción diferente (tres años, art. 50, ley 24.240) y no existe un claro sistema de prevalencia legal, toda vez que el art. 963 pone en el mismo escalón de prelación normativa a las *normas indisponibles de la ley especial y de este Código*.

El art. 2564 fija, en cambio, un plazo de un año para el reclamo (i) por vicios ocultos (más allá de la complejidad del régimen de estos vicios establecido en los arts. 1054 y 1055), (ii) al constructor por ruina total o parcial en obras destinadas a larga duración, (iii) por documentos endosables o al portador, y (iv) por repetición de lo pagado en concepto de alimentos. El mismo plazo rige para las acciones posesorias y para la acción autónoma de revisión de cosa juzgada.

Se advierte, claramente, que la idea perseguida ha sido la de simplificar el caótico sistema vigente. Y esto es sumamente positivo.

También debe destacarse que se fija un plazo especial de prescripción de diez años para el reclamo del resarcimiento de daños por agresiones sexuales inflingidas a personas incapaces, plazo que comienza a correr desde el cese de la incapacidad (art. 2561). Esta norma reconoce su fuente en el art. 2226, párr. 2°, del código francés, aunque de manera parcial. En efecto, la norma francesa prevé también un plazo de prescripción largo (aunque de veinte años) para los daños sufridos por torturas o actos de barbarie, lo que parece conveniente incorporar, respetando el plazo de diez años.

En esta línea de omisiones, parece importante señalar que el Código de Medio Ambiente francés prevé un plazo de prescripción de treinta años por daños al medio ambiente, contado desde que el daño se produjo. Esta previsión también debería ser incorporada, aunque reduciendo el plazo a veinte años. El plazo más largo se justifica por la dificultad en detectar la producción de este daño.

III.- El Capítulo 3, *Prescripción adquisitiva*, cuenta con un único artículo que se limita a disponer que los derechos reales principales se pueden adquirir por la prescripción en los términos de los artículos 1897 y siguientes (art. 2565). Como se ve, se modifica el esquema de nuestro Código y se traslada la temática de la prescripción adquisitiva al Libro IV que trata los derechos reales, más allá de los inconvenientes apuntados en el punto I.3).

IV.- El Capítulo 4 se refiere a la *Caducidad de los derechos* (arts. 2566 a 2572), y ha seguido en buena medida los proyectos –casi idénticos– de 1998 y del Poder Ejecutivo de 1993.

Así se fijan los efectos de la caducidad (art. 2566), se determina que los plazos de caducidad –como regla– no se suspenden ni interrumpen (art. 2567), se impone la nulidad de la cláusula que fija un plazo de caducidad que hace excesivamente difícil el cumplimiento del acto requerido para mantener el derecho (art. 2568), se establece qué actos impiden la caducidad (art. 2569), se señala que los actos que impiden la caducidad no obstan a la aplicación de las normas que rigen la prescripción (art. 2570), y se determina en que casos se puede renunciar a la caducidad (art. 2571) y cuándo debe ser declarada de oficio (art. 2572).

En cambio, se ha eliminado lo que preveían los proyectos de 1998 (art. 2513) y del Poder Ejecutivo de 1993 (art. 3901), en cuanto que transcurridos veinte años desde la realización del acto, no se admitirá ninguna acción personal, aunque sea reipersecutoria, tendiente a privarlo de efectos por nulidad, revocación, resolución o cualquier otra causa. Una norma así operaría como clausura del régimen, lo que parece conveniente.

PANORAMA GENERAL DEL CAPÍTULO I DEL TÍTULO IV DEL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

Alicia M. Perugini Zanetti

I. Introducción

La doctrina suele reconocer como período de nacimiento del Derecho Internacional Privado (DIPr.) la primera mitad del siglo XIII. De ahí en más hay una constante evolución, especialmente al hilo del descubrimiento de los problemas generales: la extraterritorialidad del derecho (1228, glosa de Acursio); el orden público internacional (1849, Savigny); el fraude a la ley (1878, caso Charaman Chimay); el reenvío (1878, caso Forgo); las calificaciones (1897, viuda maltesa); la cuestión previa (1931, caso Ponnoucannamalle); los problemas de la aplicación del derecho extranjero (1935).[1]

La especificidad de los temas que enfoca –casos de derecho privado con elementos internacionales– y el reconocimiento de problemas generales produjo como consecuencia la autonomía académica, literaria y jurisprudencial de la disciplina. En líneas generales, en cambio, la normativa no ha tenido la misma suerte.

En el orden convencional esta autonomía se ha visto bendecida por la extraordinaria visión que tuvieron los gobiernos que convocaron la realización de los llamados Tratados de Montevideo de 1889 y la magnífica producción de sus autores. En efecto, puede decirse que crearon la primera codificación mundial del Derecho Internacional Privado (DIPr). A los cincuenta años de su vigencia, en una suerte de control de gestión, se elaboraron los Tratados homónimos de 1940.[2]

La autonomía legislativa en el orden interno no tuvo ese privilegio. O dicho de otro modo, el Poder Legislativo Nacional no ha sido hasta el presente expeditivo en dar una respuesta normativa. Ello, a pesar de los proyectos que se elaboraron y de la insistencia doctrinaria en la necesidad de brindar una solución orgánica y sistemática a los casos iusprivatistas internacionales. Esta renuencia podría comprenderse en etapas históricas de países con poca vinculación internacional y relativamente aislados donde el DIPr. constituía una suerte de "bohemia". No es este el caso del mundo actual globalizado y regionalizado.

No obstante, se cuenta con una rica historia en intentos de brindar una solución orgánica. Los proyectos normativos del DIPr. en la Argentina tiene dos orígenes: la de sello internacionalista y la de los civilistas. Unos y otros han remarcado la importancia de la disciplina y la necesidad de delegar

1. Werner Goldschmidt. Derecho Internacional Privado, Derecho de la Tolerancia, basado en la teoría trialista del mundo jurídico. Décima edición actualizada por Alicia M. Perugini Zanetti, Abeledo-Perrot, núm. 20, p. 15 y ss.

2. Ver Alicia M. Perugini Zanetti, Tratados de Derecho Internacional de Montevideo de 1889, en Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Dirección Alberto Bueres y coordinación Elena I. Highton. Tomo 7B, pág. 587 y ss.

en especialistas su confección. Es remarcable la expresión de Juan Bautista Alberdi que en su época pidió se prestara especial atención al DIPr.

De más está decir que la doctrina iusprivatista internacional es –sin fisuras– partidaria de una ley especial o un código. Uno de los primeros sostenedores de la codificación del Derecho Internacional Privado en la Argentina fue el prestigioso profesor cordobés Celestino Piotti (h.)[3]. Sin embargo, el primer proyecto de Código se publica por Werner Goldschmidt en 1955[4].

Con estos antecedentes en 1969 el Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional encomendó al profesor Werner Goldschmidt elaborar las bases de un Convenio conteniendo una ley uniforme de Derecho Internacional Privado para la comunidad hispanoamericana[5]. El Proyecto fue presentado en el Séptimo Congreso del Instituto que tuvo lugar en Buenos Aires desde el 3 al 12 de agosto de ese año. Con miras a este Anteproyecto la Asociación Argentina de Derecho Internacional, en su Segundo Congreso en Tucumán a fines del mes de abril de 1973, encargó a Goldschmidt la tarea de presentar un nuevo proyecto limitado al Derecho Internacional Privado argentino, tomando como base de trabajo el elaborado en su momento para el Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional.[6]

Goldschmidt incorporó en un texto normativo gran parte de la normativa vigente, sea en normas de origen convencional o interno. En su Proyecto había, relativamente, pocas novedades. Se creaba un fuero en DIPr. pues estimaba que el desarrollo de la disciplina se aceleraría si los casos lo resuelven los especialistas. La idea central era llamar la atención sobre la necesidad de la codificación del DIPr. elaborada por especialistas. En síntesis, en esta primera etapa, estimó valioso no alterar sustancialmente lo conocido para generar menos resistencia a la codificación. En cambio, lo revolucionario –si se quiere– fue crear un fuero especial a cargo de especialistas que impulsaría naturalmente el avance de la materia.

El doctor Adalberto Enrique Cozzi, subprocurador a cargo de la Procuración del Tesoro de la Nación encargó a Goldschmidt la elaboración de un Proyecto el que le fue entregado en noviembre del mismo año. Por Resolución del 28 de noviembre de 1973 de la Procuración se ordenó que se registraran en los libros de dictámenes los proyectos presentados por Goldschmidt. El 10 de enero de 1974 los proyectos fueron presentados al Ministerio de Justicia de la Nación.[7]

Con esa herramienta de trabajo, el Ministro de Justicia Antonio J. Benítez crea una Comisión (Res.425 del 21/VIII/1974). Estaba integrada por Fernando J. Díaz de Ulloque por la Universidad del Nordeste, Celestino Piotti (h) por la de Córdoba, Carlos Malfussi por la de Tucumán, Juan Carlos Smith por la de La Plata y Werner Goldschmidt que representaba a la Universidades de Buenos Aires, la del Litoral y la de Rosario) [8]. Los dos representantes del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto fueron Arnoldo M. Listre y Carlos A. Pigretti. La Comisión se reunió en varias oportunidades

3.V. Los textos referentes a la historia de la codificación del DIPr. en la Argentina se sigue especialmente lo publicado en el Derecho Internacional Privado, Derecho de la Tolerancia, basado en la teoría trialista del mundo jurídico de Werner Goldschmidt. Décima edición actualizada por Alicia M. Perugini Zanetti, Abeledo-Perrot, núm. 41ª, p. 56 y ss. Ver también Celestino Piotti (h.), "Fuentes y codificación del Derecho Internacional Privado", Córdoba, 1950. "La unidad conceptual del Derecho Internacional Privado y el problema de su codificación unilateral integral", Córdoba, 1953; "Unidad estructural del Derecho Internacional Privado". Córdoba, 1954.

4. En Rev. Facultad de Derecho", Tucumán, núm. 12, ps. 169 a 213, 1955. El Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado ha sido reproducido como fuente del DIPrivado argentino en la tercera edición de A. N. Makarov, *Quellen des Internationalen Privatrechts,* Mohr, Tubinga, 1978, ps. 40 y ss. El profesor Enrique Dahl preparó en Louisiana State University (Estados Unidos de A) una edición en inglés (inf. De la Addenda a la quinta edición del Derecho Internacional Privado de Werner Goldschmidt.)

5. El Anteproyecto se halla publicado en J. A., Doctrina, 1969, ps. 28 a 40.

6. Werner Goldschmidt. Derecho Internacional Privado, Derecho de la Tolerancia, basado en la teoría trialista del mundo jurídico. Décima edición actualizada por Alicia M. Perugini Zanetti, Abeledo-Perrot, núm. 41ª, p. 56 y ss.

7. Werner Goldschmidt, Derecho Internacional Privado, Derecho de la Tolerancia, basado en la Teoría Trialista del Mundo Jurídico, Abeledo-Perrot, 10ª edición actualizada por Alicia M. Perugini Zanetti, numeral 41 a, p. 56 y ss.

8.V. Alicia M. Perugini de Paz y Geuse, "Progresos hechos por el Derecho Internacional Privado Argentino durante el último lustre", en Rev: LA LEY, t. 1975-B, p. 1182.

en el Ministerio bajo la presidencia del entonces Subsecretario de Asuntos Legislativos Alberto R. Rodríguez Fox[9].

La Cámara de Diputados de la Nación acogió un Proyecto presentado por el Dr. Reinaldo Vanossi –a la sazón Diputado Nacional–. Presentó a la Cámara en 1987 el Anteproyecto de Ley Nacional de DIPr. – Proyecto de la Procuración del Tesoro - Ministerio de Educación y Justicia - llamado Proyecto Goldschmidt, para su adecuación. Para analizar y actualizar este Proyecto se creó el llamado Cuerpo Asesor de Alta Especialización integrada por los Doctores Antonio Boggiano, Horacio Piombo, José Carlos Arcagni y Alicia Perugini. Esta Comisión elaboró el llamado Anteproyecto Actualizado del Código de Derecho Internacional Privado y de la ley de Derecho Internacional Procesal Civil y Comercial (Proyecto Actualizado). El Proyecto fue presentado al Sr. Presidente de la Comisión de Legislación General de la H. Cámara de Diputados de la Nación, el 2 de Julio de 1989 y publicado en el Suplemento de La Ley el 18 de Julio de 1989. Finalmente el Dr. Boggiano no lo suscribió[10].

Nuevamente en el ámbito del Ministerio de Justicia de la Nación, promovido sucesivamente por dos Ministros de Justicia, los doctores Jorge Reinaldo Vanossi y Juan José Álvarez se impulsó nuevamente la elaboración de un Código. En efecto, por las Resoluciones del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos Número.191/02 (Vanossi) y 144/02 (Álvarez) se creó una Comisión de Estudio y Elaboración del Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado. La Comisión finalmente fue integrada por los doctores Miguel Ángel Ciuro Caldani, Eduardo Leopoldo Fermé, Rafael Manóvil, María Blanca Noodt Taquela, Berta Kaller de Orchansky, Beatriz Pallarés, Alicia Perugini Zanetti, Horacio Piombo, Amalia Uriondo de Martinoli. El Dr. Ricardo Balestra también había sido designado pero lamentablemente renunció antes de que comiencen las deliberaciones. Dicha Comisión elaboró el Proyecto encomendado de Código de Derecho Internacional Privado. Puede decirse que en esta Comisión estuvieron reflejadas todas las posiciones y orientaciones del DIPr. argentino. El Ministro de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos mantuvo la Comisión en el que se hizo una revisión formal (Proyecto 2003)[11]

El segundo impulso se debe a los civilistas. No es de extrañar la "amistad" del Derecho Civil y el DIPr. ¡al fin de cuentas esta disciplina perteneció mayormente al derecho privado! Bueno es reconocer que los civilistas siempre le han dado un "hogar acogedor" al DIPr., por ejemplo, en las jornadas nacionales de Derecho Civil.

En la hospitalidad civilista hay dos tendencias. Una, es la que reconoce la autonomía de la disciplina y ello repercute en el ingreso del DIPr. al mundo legislativo por la puerta grande: se insta a dejar que una ley especial se ocupe de solucionar los casos típicos, es decir, en un cuerpo independiente. Así el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, reunido en Córdoba desde el 9 al 14 de octubre de 1961, resuelve la necesidad de una codificación del Derecho Internacional Privado argentino así como la conveniencia de encomendarla a los especialistas de esta materia[12]. También en la primera gran reforma del Código Civil –decreto-ley 17.711/68 (ADLA, XXVIII-B, 1799)– la nota de elevación de la Comisión Redactora declara expresamente, siguiendo la sugerencia del Congreso mencionado, que es preciso "reunir en una ley especial las normas del derecho internacional privado, consultando con especialistas de esa materia"[13].

9. V. Werner Goldschmidt, "Proyecto del Código de Derecho internacional Privado", Rosario, 1975, publicado en "Gaceta del Notariado", Publicación del Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe, núm. 65.

10. Ciuro Caldani, M. Ángel, "El Anteproyecto Actualizado del Código de Derecho Internacional Privado y la Filosofía del Derecho Privado", en "Investigación y Docencia Nº 18, Universidad Nacional de Rosario, Facultad de derecho, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1991, p. 13.

11. Werner Goldschmidt, Derecho Internacional Privado, Derecho de la Tolerancia, basado en la Teoría Trialista del Mundo Jurídico, Abeledo-Perrot, 10ª edición actualizada por Alicia M. Perugini Zanetti, numeral 41 a, p. 58.

12. Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, Universidad Nacional de Córdoba, t. I, ps. 91 a 109 y 121 a 129, 1962.

13. V. el texto por ejemplo en ED, T. 21, p. 961.

La otra vertiente civilista es la que –aun reconociendo la singularidad de problemas y consiguientemente de las respuestas jurídicas– incorpora en el mismo cuerpo que el Código Civil o Comercial o unificado la solución de los casos iusprivatistas internacionales.

En esta vertiente podemos mencionar a Vélez Sarsfield que acoge normas del DIPr. a lo largo y ancho del Código. Ya en nuestros días podemos recordar el Proyecto de Unificación de los Códigos Civil y de Comercio elaborado a instancia y en el marco del Ministerio de Justicia de la Nación. Sus miembros entendieron que debía incluirse un Título dedicado al DIPr. y a tal efecto se encarga tal tarea al Dr. Antonio Boggiano. Como al tiempo de elevarse el Proyecto al mencionado Ministerio aún no había sido concluida la parte concerniente al DIPr., la Comisión Redactora en la nota de elevación menciona que "un proyecto separado de Ley de Derecho Internacional Privado deberá ser tratado simultáneamente con aquel". Se encomendó la elaboración de un Proyecto a la distinguida profesora de la Universidad Nacional de Córdoba Dra. Berta Kaller de Orchansky. La Dra. Orchansky incorporó a la tarea como colaboradoras a las Dras. Amalia Uriondo de Martinoli y Beatriz Pallarés. El trabajo fue presentado como Libro VIII del Código Civil y Comercial Unificado (Proyecto al Libro VIII). A su vez la Comisión efectuó consultas con varios juristas especializados y se recibió opiniones y sugerencias de los profesores Miguel Ciuro Caldani, Gualberto Lucas Sosa e Inés Weinberg de Roca [14].

Dentro de esta segunda tendencia se encuentra el Título IV del Proyecto de Código Civil y Comercial. En lo que sigue se tratará la estructura general del Título IV y se focalizará la atención en el Capítulo I de las Disposiciones Generales.

II. La estructura del Título IV del Proyecto

El Título IV del Proyecto contiene el "nomen iuris" de Disposiciones de Derecho Internacional Privado.

El Título IV consta de 77 artículos ordenados en Capítulos. Las Disposiciones Generales constan de dos Capítulos: el Capítulo I regula los problemas generales del DIPr. referentes al derecho aplicable (Capítulo I) y jurisdicción internacional (Capítulo II)(Arts. 2594 a 2600) y el Capítulo II trata de cuestiones predominantemente procesales (Arts 2601 a 2612). El Capítulo III contiene la Parte Especial (Arts. 2613 a 2671) la que está, a su vez, subdividida en 15 Secciones. Los problemas que solucionan las Secciones son los siguientes: Personas Humanas (Sección I, Arts. 2613 a 2620); Matrimonio (Sección 2ª., Arts. 2621 a 2626); Unión convivencial (Sección 3ª, Arts. 2627 a 2628); Alimentos (Sección 4ª, Arts. 2629 a 2630); Filiación por naturaleza y por técnicas de reproducción humana asistida (Sección 5ª, Arts. 2631 a 2634); Adopción (Sección 6ª, Arts. 2635 a 2638); Responsabilidad parental e instituciones de protección (Sección 7ª, (Arts. 2639 a 2641); Restitución Internacional de menores (Sección 8ª, Art. 2642); Sucesiones (Sección 9ª, (Arts. 2643 a 2648); Forma de los actos jurídicos (Sección 10ª, .Art. 2649); Contratos (Sección 11a, Arts. 2650 a 2653); Contratos de consumo (Sección 12ª, Arts. 2654 a 2655); Responsabilidad Civil (Sección 13ª, (Arts. 2656 a 2657); Títulos valores (Sección 14ª, Arts. 2658 a 2662); Derechos Reales (Sección 15ª, Arts. 2663 a 2671):.

Las Disposiciones de derecho internacional privado aparecen, entonces, como último Título del Proyecto de codificación.

Su primera parte –llamada Disposiciones generales (Capítulos I y II) – responde a la cuestión de la jerarquía de las fuentes y a los problemas que surgen cuando el extranjero es el aplicable (Capítulo I). A su vez, el Capítulo II enfoca la jurisdicción internacional y problemas que hacen a la cooperación procesal internacional (Capítulo II).

14. Sosa, Gualberto Lucas, "Las Normas Generales de Derecho Internacional Privado en el Proyecto de Codificación del Derecho Internacional Privado en Argentina". Max Planck Institut, Fur Auslandisches und internationales Privatrecht, *Liber Amicorum* Jürgen Samtleben, Coordinadores Jan Kleinheisterkamp y Gonzalo A. Lorenzo Idiarte. P. 191 y ss.

1) Capítulo 1.

En lo que sigue se considerarán brevemente algunas de las cuestiones y soluciones brindadas en el Capítulo I. Cuando hubiere lugar se hará referencias al derecho vigente y a algunos de los Proyectos que se estima significativos. En estos casos y a fin de que el lector compare se transcriben algunos textos conjuntamente con el del Proyecto en análisis –. Por último, se realizará una estimación general del Proyecto.

1.1 - Problemas Generales del DIPr. (Arts. 2594 a 2600).

1.1.2 – Podría estimarse que el artículo 2594 contiene, si se quiere, dos normas: una enfoca el objeto de las disposiciones del Título IV y la otra la cuestión de la jerarquía de las fuentes. Reza como sigue:

"ARTÍCULO 2594.- **Normas aplicables.** Las normas jurídicas aplicables a situaciones vinculadas con varios ordenamientos jurídicos nacionales se determinan por los tratados y las convenciones internacionales vigentes de aplicación en el caso y, en defecto de normas de fuente internacional, se aplican las normas del derecho internacional privado argentino de fuente interna."

Este precepto sigue, en lo esencial al artículo 1 de la Convención Interamericana de Derecho Internacional Privado elaborada en la ciudad de Montevideo (Uruguay) en el marco de la Organización de Estados Americanos (OEA) en 1979. [15] Su contenido no produce, entonces, ningún sobresalto.

La primera parte del artículo 1 dice: "La determinación de la norma jurídica aplicable para regir situaciones vinculadas con derecho extranjero se sujetará a lo establecido en esta convención y demás convenciones internacionales…."

Cabe apuntar que el artículo 2594 se aparta formalmente de su fuente. Contiene una redacción que se puede considerar, por lo menos, discutible. Se puede conjeturar que con la expresión "las normas jurídicas aplicables a situaciones vinculadas a varios ordenamientos jurídicos nacionales" los autores han querido en forma elíptica, identificar el problema básico u objeto del DIPr. Si esta fuera la intención se sugeriría se siga la secuencia ontológica y, por ende, lógica: son las situaciones vinculadas a varios ordenamientos jurídicos nacionales los que reclaman una solución acorde con sus conexiones internacionales. Es decir, los datos sociológicos preceden a la respuesta normativa: primero Caín mató a Abel (realidad social), luego se vio que era malo (valoración) y por ello se decide prohibir el homicidio (respuesta normativa).

La segunda reflexión apunta a la expresión "tratados y convenciones internacionales" que no tiene la Convención Interamericana. Ambos vocablos –al igual que los acuerdos– no acusan diferencias significativas en el Derecho Internacional Público (DIPú). En cambio, se reconoce otra entidad a los protocolos que siempre son fuentes complementarias.

Un tercer reparo refiere a la expresión "las normas jurídicas aplicables….se determinan por los tratados…..". Nótese que en la Interamericana se dice que "la norma aplicable…se sujetará…" locución –se estima – más acertada. El término "determinación" refiere a normas incompletas que requieren se completadas por otras. Así, por ejemplo, las normas penales que son indeterminadas en la sanción: por ej. el artículo 79 del Código Penal que prescribe que "el que matare a otro tendrá de 8 a 25 años de prisión o reclusión". El juez la completará (determinará) según las circunstancias del caso. También son incompletos ciertos tratados –llamados tratados no operativos– que requieren de una ley que los determinen. Otro tanto ocurre de las leyes que necesitan de un decreto reglamentario. El lenguaje jurídico es un lenguaje técnico, no literario, y la expresión "determinación" desde Santo

15. Aprobada por ley 22.921 (Boletín Oficial 27/09/1983.

Tomás a la fecha se encuentra muy bien tratado por la doctrina. [16] El artículo 1 de la C. Interamericana habla de la "determinación de la norma jurídica aplicable a situaciones vinculadas con derecho extranjero" en el sentido de encuadramiento del caso a la norma y no que "las normas se determinan por los tratados y convenciones"

En realidad las normas jurídicas aplicables no se determinan por los tratados internacionales ni por fuentes de origen interno. Las normas, en todo caso se insertan en las fuentes las cuales pueden ser convenciones o normas de origen interno. En síntesis, la fuente es el lugar de constancia de las normas.

La segunda norma del artículo 2594 –como no podía ser de otro modo– da prioridad a los tratados por sobre la ley de origen interno. Ello está en consonancia con lo dispuesto en el artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional y con el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (aprobada por ley 19.865, ratificada por el Poder Ejecutivo el 5/12/72 y en vigor desde el 27/1/80). El precepto constitucional fue precedido por la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los casos "Ekmekdjian, Miguel v. Sofovich, Gerardo y otros, CSJN, 07/07/1992 y "Café la Virginia SA (La Ley 1995 - Tomo D-1). La doctrina había propugnado este orden jerárquico. [17]

Por último, si "normas jurídicas aplicables" significa el derecho aplicable exclusivamente, se ha dejado de lado a la jurisdicción internacional y a la cooperación internacional, que, conjuntamente con el derecho aplicable a los problemas generales y especiales constituyen el contenido del Título IV y a los que les cabe el criterio de la jerarquía de fuentes. Si bien siempre se puede decir que el derecho aplicable comprende tanto el aplicable a los diferentes problemas –matrimonio, filiación, cheques– como a la jurisdicción, no refleja claramente la realidad del binomio que siempre se trata por separado como las dos columnas del DIPr. desde la anciana teoría anglosajona hasta nuestros días.

En síntesis: si el Artículo solo refiere a la jerarquía de las fuentes, falta una disposición que establezca el objeto. Si enfoca ambos supuestos, parte de las normas cuando, en realidad debería partir de los casos. Se incluye a tratados y convenciones como dos posibilidades cuando en realidad se trata de una sola. En los dos ámbitos se deja de lado la jurisdicción y la cooperación internacional.

A pesar de las observaciones en la redacción se estima razonable su contenido en cuanto a que regula las situaciones internacionales y la reafirmación –quizá en actitud docente – de la preeminencia de los tratados sobre las normas de origen interno.

El objeto y la jerarquía de las fuentes se hallan reflejadas en los Artículos 1º y 2º del Proyecto elaborado en el marco del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (Resoluciones Números 191/02 y 144/02) (en adelante Proyecto 2003) que rezan así:

"ARTÍCULO 1º.- Objeto. Este código se aplica a los casos privados con elementos extranjeros. Regula a su respecto la jurisdicción internacional y el derecho aplicable.

ARTÍCULO 2º.- Tratados internacionales. Las disposiciones contenidas en los tratados internacionales vigentes tienen preeminencia, en sus respectivos ámbitos de aplicación, sobre las normas de este código en los términos de la Constitución Nacional."

Como puede advertirse el Proyecto del Ministerio de Justicia dedicó sendos preceptos para resolver sendas cuestiones. Esta circunstancia y la redacción comunican más fácilmente el propósito pretendido.

16. Werner Goldschmidt, Introducción Filosófica al Derecho. La Teoría Trialista del Mundo Jurídico y sus horizontes, Depalma, 6ª. edición, p. 280 y ss.

17. Werner Goldschmidt, Introducción Filosófica al Derecho. La Teoría Trialista del Mundo Jurídico y sus horizontes, Depalma, 6ª. edición, p.323 y ss.

1.1.3 - El siguiente artículo de las Disposiciones Generales es de vital importancia en el funcionamiento de las normas del DIPr. Trata de algunos de los problemas que se pueden presentar cuando –a raíz de que la aplicación de las normas del DIPr. propio– resulta aplicable un derecho extranjero. El Proyecto establece lo siguiente:

ARTÍCULO 2595.- **Aplicación del derecho extranjero.** Cuando un derecho extranjero resulta aplicable:

a) el juez establece su contenido, y está obligado a interpretarlo como lo harían los jueces del Estado al que ese derecho pertenece, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia de la ley invocada. Si el contenido del derecho extranjero no puede ser establecido se aplica el derecho argentino;
b) si existen varios sistemas jurídicos covigentes con competencia territorial o personal, o se suceden diferentes ordenamientos legales, el derecho aplicable se determina por las reglas en vigor dentro del Estado al que ese derecho pertenece y, en defecto de tales reglas, por el sistema jurídico que presente los vínculos más estrechos con la relación jurídica de que se trate;
c) si diversos derechos son aplicables a diferentes aspectos de una misma situación jurídica o a diversas relaciones jurídicas comprendidas en un mismo caso, esos derechos deben ser armonizados, procurando realizar las adaptaciones necesarias para respetar las finalidades perseguidas por cada un de ellos.

El artículo 2595 resuelve varios problemas: la aplicación e interpretación del derecho extranjero (literal a); la covigencia de derechos respecto a un mismo problema en el país cuyo derecho se aplica (literal b); la multiplicidad de derechos aplicables a una o varias relaciones jurídicas (literal c).

La primera prescripción del literal a) puede interpretarse como la "obligación" de la autoridad de aplicar el derecho extranjero cuando así corresponde por las circunstancias del caso. Tal alcance pareciera desprenderse de la expresión "el juez establece su contenido". De no darse esta significación y de interpretarse literalmente esa expresión se llegaría a un sin sentido: no es el juez argentino el que "establece" el contenido del derecho extranjero. En todo caso –previo a resolver el problema de las calificaciones– encuadra el conflicto que tiene que resolver en la norma extranjera apropiada. Autoriza a pensar que fue la expresión elegida para ordenar la aplicación de oficio del derecho extranjero el hecho de que el "establecer su contenido" viene acompañado de la salvedad de que las partes pueden también alegarlo y probarlo. No obstante, hay que reconocer que el principio de la oficialidad no surge nítidamente la redacción del literal. Comprensible en el contexto en que se ha producido el Título IV, es decir en el marco de un código de derecho privado.

Si no se impusiera al juez la obligación de aplicar el derecho extranjero –cuando lo ordenan las normas indirectas propias a raíz de las circunstancias del caso– todas las normas del DIPr. serían de carácter dispositivo. Piénsese en cuestiones personales como las normas sobre capacidad, nombre de la persona, matrimonio, filiación, adopción, sucesiones, por ejemplo. Se trataría de un derecho negociable. Las partes podrían ponerse de acuerdo en no invocarlo ni probarlo. La autoridad, en este caso, se vería en la obligación de aplicar el derecho propio, aun si a todas luces el problema tiene un contacto fuerte con el extranjero y las normas de conflicto propio conducen a él.

Más aún. Dejar la solución del problema a la voluntad de las partes en la fuente de origen interno, acarrearía como consecuencia que –según se aplique un tratado internacional o el Título IV– el juez deberá aplicará de oficio el derecho extranjero, cuando corresponde, por la aplicación de las normas del DIPr. o será un convidado de piedra si las partes no lo alegan y prueban.

En efecto, la obligatoriedad de aplicar derecho extranjero ya se encuentra en los Protocolos Adicionales a los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940. El artículo 2 de ambas fuentes establece que las autoridades deben aplicar el derecho extranjero de oficio sin perjuicio de que las partes lo

aleguen y prueben.[18] Como se advierte, ya en 1889 se daba importancia al funcionamiento de las normas de DIPr. Piénsese que había muchos menos medios para la investigación del derecho extranjero. En 1940 se refirma esta solución. La misma respuesta jurídica la da el artículo 2 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales del Derecho Internacional Privado. La Argentina la aprobó por Ley 22.921 BO27/09/1983.

Vélez Sarsfield, en cambio, dispuso en el artículo 13 que el derecho extranjero es un hecho que debe alegarse y probarse. Es decir, incorpora el principio dispositivo por lo que deja a criterio de las partes la aplicación de las normas del DIPr. y al mismo tiempo avanza sobre la competencia de las provincias en materia procesal. El principio dispositivo se halla también en el artículo 377, ley 22.434.

La aplicación de oficio del derecho extranjero es la posición de los Proyectos de códigos o leyes de DIPr. v.gr. el artículo 10 del Proyecto de Ley de Derecho Internacional Procesal Civil y Comercial para la Justicia Federal, la de la Capital Federal y la de los Territorios Nacionales del Ministerio de Justicia de 1974. También el Proyecto Actualizado (art. 8) y el Proyecto al libro VIII ordenan la aplicación de oficio (Art 2534).

El Proyecto 2003 resuelve varios problemas –además de la aplicación de oficio del derecho extranjero – y avanza en las vías de información. El artículo 11 establece lo siguiente:

"Derecho extranjero. Los tribunales deben aplicar de oficio el derecho extranjero designado por las normas de conflicto, sin perjuicio de que las partes puedan alegar su existencia y contenido.

Por derecho extranjero se entiende la sentencia que con el máximo grado de probabilidad dictarían los tribunales del país cuyo derecho es aplicable.

La información y prueba del derecho extranjero puede obtenerse, entre otros, por los siguientes medios:

a) informes de tribunales y autoridades del país de referencia, cuando ello fuera posible;
b) dictámenes de expertos en ese derecho;
c) textos legales y precedentes jurisprudenciales con indicación de su vigencia, obtenidos de manera fehaciente.

No puede rechazarse la demanda por falta de prueba del contenido del derecho extranjero que correspondiera aplicar".

La pregunta que podemos hacernos es: ¿porqué los autores del Título IV no dejan entrar por la puerta grande a la obligación de aplicar el derecho extranjero cuando así lo prescriben las normas propias del DIPrt.?

Se puede arriesgar una respuesta. El principio de la oficialidad sobrecarga a nuestros ya esforzados jueces con la búsqueda de un derecho que muchas veces es esquivo. Es decir, el principio de la oficialidad se encuentra indisolublemente vinculado con el problema de la información del derecho foráneo. Y no se deja de tener razón…a menos que se conozcan los medios para obtenerlo.

La previsión de la averiguación del derecho extranjero es de vieja data para el derecho argentino y es regulada por varias fuentes. Así, por ejemplo, los artículos 5 y 6 de los Protocolos Adicionales a los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940 tratan de la información del derecho extranjero y obligan a los gobiernos a transmitirse recíprocamente dos ejemplares auténticos de las leyes vigentes y de las que posteriormente se sancionen en sus respectivos países. Facilitar la obtención del derecho extranjero es la contrapartida al principio de la oficialidad, consagrado en el artículo 2 por ambos Protocolos.

18. Así lo entendió la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (resolución del 28/04/2004. Soto, Javier c. EXXE S.A. LLBA, 2004, 18-1318. En un contrato de trabajo con lugar de cumplimiento en la República del Perú el Tribunal aplicó el artículo 2 del Protocolo Adicional por el que no se requiere –reconoce la Suprema Corte– que el derecho extranjero aplicable se alegue o pruebe por las partes, pues se acepta la tesis de la oficiosidad. En cambio, aplica el art. 3 de la Ley de Contrato de Trabajo de 1976 en vez de aplicar el TDCIM 1889 en vez de las normas del Tratado. Llama la atención que la remisión al derecho peruano la extrae d (ADLA, XXXVI-B, 1175)

También ha sido previsto por varios tratados vigentes en nuestro país. Algunos tratan especialmente este problema y otros refieren a la cuestión en el marco de otros problemas. En el primer supuesto se cuenta con el llamado Convenio de Brasilia sobre Información en materia jurídica respecto del Derecho Vigente y su Aplicación (ley 21.447), el Convenio argentino-uruguayo sobre Información y Aplicación del Derecho Extranjero (Ley 22.411), la Convención Interamericana sobre Prueba e Información del Derecho Extranjero (23.506 BO20/10/1987). [19]

En el segundo supuesto, se cuenta, por ejemplo, la Convención de Asistencia Judicial y de Reconocimiento y Ejecución de Sentencias en materia Civil entre la República Argentina y la República Italiana firmada en Roma el 9-12-78, art. 8 (Ley 23.720; B.O. 23/X/87); la Convención de Cooperación Judicial entre la República Argentina y la República Francesa suscripta en París el 2-7-91 (Ley 24.107 (B.O. 4/VIII/92); el Acuerdo sobre Cooperación Judicial en materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa celebrado entre la República Argentina y la República Federativa del Brasil, suscripto en Brasilia el 20-VIII-91, Ley 24.108 (B.O. 4/VIII/92).

El Protocolo de Cooperación y Asistencia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa del MERCOSUR - llamado Protocolo de Las Leñas (Ley 24.578) -vigente en los cuatro Estados Parte –Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay – regula la cooperación en la información del derecho extranjero (arts. 28 a 30). La obligación se encuentra en cabeza de las Autoridades Centrales. **[20]**

La mayoría de los medios y vías de información que han sido previstas por los Convenios vigentes son bastante semejantes[21].

En primer lugar hay que prever la información a través de órganos gubernamentales. En el Convenio argentino-uruguayo y en la Convención Interamericana sobre Prueba e Información acerca del Derecho Extranjero se avanza un poco más: se ordena a las autoridades a tratar el derecho extranjero tal como lo harían los jueces y autoridades del Estado cuyo derecho deben aplicar.

Otra vía de información es a través de Jurisconsultos especializados sean nacionales o extranjeros. El acceso a la información, la facilidad de las comunicaciones, la interacción internacional permite hoy en día confiar tanto en el jurista argentino como en el extranjero. El dictamen del especialista tiene una doble función: como medio de prueba del derecho extranjero aplicable y como opinión solvente sobre la interpretación de ese derecho. En ambos casos el juez no está obligado (art. 477 CPoc.Civ.Com.).[22].

19. El llamado Convenio de Brasilia sobre Información en materia jurídica respecto del derecho vigente y su aplicación fue elaborada en Brasilia el 22-IX-72 por la Conferencia de Ministros de Justicia de los países hispano-luso-americanos y Filipinas y Firmado en Buenos Aires por la Argentina, España y Paraguay. Ver Goldschmidt, 1. C. Pág. 505. Goldschmidt considera a España como ratificante, aunque la sede permanente de la Conferencia (Madrid) no la incluye. Ver también Boggiano, A., Derecho Internacional Privado, T. II, 2ª ed. Depalma, pág. 365. Piombo, Horacio en la Estructura Normativa del Derecho Internacional Privado, Depalma, 1984. Transcribe los textos de ambos convenios en la pág. 574 y ss. Ver también de Alicia Perugini: "Algunas novedades sobre la aplicación del derecho extranjero" en La Ley, 1976, Tomo C, p. 556.

20. El Protocolo se encuentra vigente en el MERCOSUR para todos los Estados / Argentina: aprobado por ley Nº 24.578, B.O.del 27-XI-95, depósito del instrumento de ratificación el 03-VII-96; Brasil: promulgado por Decreto Nº 2.067, D.O. 19-IV-95, Decreto Legislativo Nº 55, promulgado el 12-XI-96, depósito del Instrumento de Ratificación el 16-II-96; Paraguay: Aprobado por Ley Nº 270/ 93, D.O 12-IX-95, Depósito del Instrumento de Ratificación el 12-IX-95; Uruguay: Aprobado por Ley 16.971, D.O. 2-VII-98, depósito del Instrumento de Ratificación el 20-VII-99.

21. Tellechea Bergman, Eduardo. "Cuestiones Procesales Relativas a la Aplicación de la Ley Extranjera", en "Primeras Jornadas Rioplatenses de Derecho Internacional", Asociación Uruguaya de Derecho Internacional, Asociación Argentina de Derecho Internacional, Acali editorial, Montevideo, 1979, p.35.

22. Solari Barrandeguy, Marcelo, en "Primeras Jornadas Rioplatenses de Derecho Internacional", Asociación Uruguaya de Derecho Internacional, Asociación Argentina de Derecho Internacional, Acali editorial, Montevideo, 1979, p.53. Alicia M. Perugini de Paz y Geuse: "Crónica del Derecho Internacional Privado argentino durante 1976"- La Ley, T. 1977- B. Págs. 859-863.

Otra modalidad de la información especializada la constituye la tarea de las instituciones.[23] Publicaciones como Rabels Ztschrft [24], Institutos como el Max Planck de Hamburgo, que además de las publicaciones tiene grupos de especialistas por regiones y materias que expiden informaciones sobre el derecho de diferentes países. La Unión Internacional del Notariado Latino creó la Oficina Notarial Permanente de Intercambio Internacional (O.N.P.I.) con sede en Buenos Aires. La O.N.P.I. tiene la finalidad de mantener informados a los países miembros de la Unión de los derechos vigentes. Las informaciones suelen estar en la Revista Internacional del Notariado Latino. La doctrina especializada ha publicado obras, algunas de ellas permanentemente actualizadas –así, por ejemplo, A. N. Makarov, A. Bergmann y M. Ferid, etc.–.

Los medios técnicos electrónicos es una de las principales vías para la información del derecho extranjero en nuestros días. La evolución de la tecnología informática permite "almacenar" los datos jurídicos. Si, además, el contenido del banco de datos abarca no solo las normas, sino la jurisprudencia y la doctrina, la información puede ser tan completa para el aplicador extranjero como la que esté al alcance del aplicador local, porque libarán en las mismas fuentes[25].

Al respecto cabe recordar que en 1981 fue inaugurado el Sistema Argentino de Informática Jurídica (S.A.I.J.). [26]Se trata de un banco de datos que almacena los documentos jurídicos y funciona en el ámbito del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. El S.A.I.J es público; nacional; global en cuanto a los aspectos sobre los que brinda información acerca de normas, jurisprudencia y doctrina nacional y latinoamericana; abierto en el sentido que no limita el número de usuarios, ni el contenido que se informa, ni el espacio geográfico al que se pretende brindar la información. También se auto titula flexible, pues permite adecuar su metodología y archivos a otros ordenamientos jurídicos.

Asimismo el S.A.I.J. contiene la opinión de los juristas vertidos en conferencias, artículos, libros, congresos, etc. Es un sistema en permanente crecimiento. En el Proyecto de expansión está prevista su inserción internacional. En suma, la información jurídica recabada y ofrecida satisface los requerimientos de la ciencia jurídica. Los sistemas nacionales, a su vez, pueden estar conectados a sistemas internacionales, lo cual permite un más rápido acceso a la información[27].

No es de desdeñar la información por intermedio de los agentes consulares. Aunque no tiene profusa difusión, las autoridades consulares rinden un importante servicio en la información del derecho del país **en el que** prestan servicios. Los cónsules su vez, pueden investigar por sí o solicitarlo a profesionales destacados[28].

En síntesis, es posible que la renuencia en algunos sectores de admitir el principio de la oficialidad en la aplicación del derecho extranjero se vincule con las dificultades respecto a su información.

23. Werner Goldschmidt, Derecho Internacional Privado, Derecho de la Tolerancia, basado en la Teoría Trialista del Mundo Jurídico, Abeledo-Perrot, 10ª edición actualizada por Alicia M. Perugini Zanetti, numeral 378 y 378ª.

24. Tubinga, República Federal Alemana. Se puede consultar inclusive el mismo derecho latinoamericano, así por ejemplo Der Territonalitätsgrundsatz im IPR. Latinoamerikas, de Jürgen Samtleben.

25. Stahli, Jorge, "Comprensión jusfilosófica del Derecho de la Informática", Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social Nº 21, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional de Rosario, Facultad de Derecho, Consejo Asesor de Investigaciones, 1996, p. 103 y ss En la obra citada, Orzábal, Josefina C., "Derecho de la Informática", p. 103 y ss.

26. Werner Goldschmidt, Derecho Internacional Privado, Derecho de la Tolerancia, basado en la Teoría Trialista del Mundo Jurídico, Abeledo-Perrot, 10ª edición actualizada por Alicia M. Perugini Zanetti, numerales 378 y 378ª.

27. El desarrollo tecnológico, al que no poco aporte brindan los medios electrónicos y las puestas en órbita de los satélites, abrirán sin duda, un amplio camino para la obtención de datos. Cabe mencionar la Interuniversity Communications Council (EDUCOM) que nació en el ámbito de la educación médica, pero que se ha extendido a otras disciplinas. Las universidades fundadoras fueron: University of Colorado, Harvard University, Duke University, University of Virginia, State University of New York, University of Pittsburg, University of Michigan, University of Illinois, and University of California. Hoy lo integran más de 500 centros de investigación y universidades, como por ejemplo la University of the World de La Jolla (California).

28. Así, por ejemplo, el juez H. Ferrer en una sentencia comentada por Alicia Perugini "La teoría de la unidad y cuestiones aledañas en una sucesión internacional", La Ley, Tomo 1987 D, p. 805.

No obstante, el problema se encuentra francamente allanado: resulta difícil hoy en día no poder informarse del derecho extranjero.

Más arriba (**) se analizó la primera prescripción del literal a). La segunda prescripción manda aplicar el derecho extranjero como lo harían los jueces del país cuyo derecho resulta aplicable. Esta solución fue preconizada por Werner Goldschmidt ya en 1935 pues advirtió del peligro de interpretar el derecho extranjero con el criterio del juez donde pende el proceso. Algo así como interpretar el derecho chino con criterio argentino. Goldschmidt decía que el juez debía ubicarse mentalmente el país cuyo derecho debía aplicarse e interpretar sus normas como esta autoridad lo haría. La llamó teoría del uso jurídico. Es el mayor tributo a la tolerancia que se puede reconocer y cabe aplaudir calurosamente su inclusión en el Proyecto. Claro está que el juez o la autoridad que debe aplicarlo necesitan tener buenos canales de información, como se acaba de ver.

La naturaleza del derecho extranjero que el Proyecto no aclara –v.gr.. hecho común, hecho notorio, derecho nacionalizado, derecho extranjero de igual o de inferior valor que el derecho propio– ; la modalidad de su interpretación –por ejemplo respetar la que se realiza en el extranjero– no se debe confundir con los problemas de la información y del tratamiento procesal del derecho extranjero que se acaba de ver. Uno de los grandes hallazgos de Goldschmidt fue separar la naturaleza del derecho extranjero que pertenece al DIPr. "proprio vigore" de la cuestión procesal que forma parte del Derecho Procesal Internacional. Como cuestión procesal en la Argentina es competencia de las Provincias.

El Convenio Argentino-Uruguayo del 20/11/1980, sobre Aplicación e Información del Derecho Extranjero (ley 22.411), ha aceptado la teoría del uso jurídico. La Convención de Asistencia Judicial y de Reconocimiento de Sentencias en Materia Civil entre la República argentina y la República Italiana (Ley 23.720) trata de la información recíproca del derecho vigente (art. 8). También se cuenta con la Convención Interamericana sobre Prueba e Información acerca del Derecho Extranjero (ley 23.506). La obligación de aplicar el derecho extranjero como lo haría el juez extranjero se encuentra también en la Convención Interamericana sobre Normas Generales del Derecho Internacional Privado y hace a la calidad del derecho extranjero (Art. 2).

Todos los acuerdos se ocupan de precisar quienes pueden solicitar la información y ante que autoridad del propio país la gestionarán; a que funcionarios del país requerido solicitarán el informe, quienes podrán dictaminar, el carácter del dictamen (obligatorio o facultativo) y la responsabilidad por la información. Las autoridades o personas competentes para responder pueden serlo el mismo órgano de recepción u otros órganos del Estado requerido (por ej. art. 5° Convenio de Brasilia, art. 6 de la Convención Interamericana), o quienes tienen idoneidad para expedirse (por ej. Art. 3, b Convención Interamericana), sea a través de instituciones (universidades, centros de investigación, etc.), sea por asesores designados *ad hoc*. En todo caso, el contenido de la información no debe limitarse a la mera exposición de la legislación vigente, sino que debe ir acompañado de jurisprudencia y doctrina.[29]

En síntesis, la preocupación de la autoridad judicial acerca de que el principio de la oficialidad incorporada en el orden interno acarrearía muchas veces dificultades insalvables se relativiza por dos razones. La primera porque se cuenta con muchas fuentes ¡algunas desde 1889! que preceptúan el principio de la oficialidad. La segunda porque hoy en día se puede decir que la mayoría de las veces quien no halla el derecho extranjero es porque no se ha aplicado en encontrarlo.

El literal b) del artículo 2595 enfoca el problema de la posibilidad de que haya multiplicidad de derechos vigentes –covigencia– acerca de un mismo problema en el país cuyo derecho es aplicable. Tal el caso de los diversos estados de los Estados Unidos de América, los cantones de Polonia y de Suiza, los derechos forales españoles y los múltiples derechos vigentes en el Estado de Israel sobre drusos, palestinos, beduinos, protestantes, católicos, etc. Sea que se trate de delimitaciones territoriales o personales, las normas no suelen distinguen a cuál de los derechos vigentes extranjeros hace

29. Werner Goldschmidt. Derecho Internacional Privado, Derecho de la Tolerancia, basado en la teoría trialista del mundo jurídico. Décima edición actualizada por Alicia M. Perugini Zanetti, Abeledo-Perrot, núm. 378ª, p. 1006 y ss.

referencia lo cual requiere una solución especial. Dejar que el problema lo resuelva el derecho interregional, interestadual o interpersonal del país cuyo derecho es aplicable es la solución razonable y en armonía con la teoría del uso jurídico aceptada por el Proyecto en el literal a) comentado. Si el Estado extranjero no dijera nada al respecto, el problema se resuelve por aquel de los sistemas jurídicos con el cual se tienen vinculaciones más cercanas.

También enfoca el problema de modificaciones en el derecho extranjero: verbigracia una ley es derogada por otra ley ¿a cuál de ella tiene que acudir nuestro aplicador? Por ejemplo, se otorga una adopción en el Uruguay. Hay que aplicar el artículo 23 del TDCIM de 1940 que establece que su validez se rige por los derechos de los domicilios de adoptante y adoptado. Con motivo de la herencia del adoptante se discute ante un tribunal argentino la validez de la mencionada adopción. Si hubiera cambiado la ley extranjera de adopción: ¿cuál de las dos leyes extranjeras de adopción es la aplicable? Tratándose de derechos extranjeros sucesivamente vigentes, el Proyecto contiene una solución justa: nuestro juez debe partir del derecho transitorio extranjero y, según que comulgue con la irretroactividad o la retroactividad, aplicar la ley derogada o la ley vigente. Claro está que cualquiera de ambas soluciones podría ser rechazada por infringir el orden público (vigencia sucesiva).

El artículo 9 del Proyecto 2003 contiene una redacción semejante al del Proyecto en análisis. Posiblemente el Proyecto aventaje al del 2003 cuando resuelve la cuestión de la falta de respuestas en el derecho aplicable. Ello se suele dar especialmente en el caso de la covigencia. El Proyecto le da libertad al juez de buscar en el país cuyo derecho se aplica otras conexiones significativas. Por ejemplo, conduciría a buscar soluciones subsidiarias: si hubiere de aplicarse el derecho de la nacionalidad, habría que acudir al del domicilio. Empero, en una situación podrían encontrarse conexiones más significativas que el domicilio.

El literal c) resuelve cuestiones complejas: diversos derechos aplicables a diferentes aspectos de una misma situación jurídica o a diversas relaciones jurídicas comprendidas en un mismo caso. Verbigracia, se discute la validez en torno a la capacidad, la forma y la validez intrínseca de un contrato. A raíz del método analítico cada cuestión se rige por su propio derecho. Así la capacidad se regiría por el derecho del domicilio, la forma por el derecho del lugar de celebración, la validez intrínseca por el derecho elegido por los contratantes o en su defecto, por el derecho del lugar de cumplimiento. O bien diversos derechos aplicables a otras tantas relaciones jurídicas comprendidas en un mismo caso. Podría tratarse de validez del matrimonio que se rige por el derecho del lugar de la celebración, el régimen de bienes por lo que digan las capitulaciones o el derecho del primer domicilio conyugal, los efectos personales por el derecho del domicilio, la separación y disolución por el derecho del domicilio, por ejemplo. En el supuesto que todos los derechos aplicables conduzcan a diversos Estados la atomización podría llevar a resultados incongruentes.

En estos casos el Proyecto dispone la armonización de la solución a la que conducen. El literal c) habla de armonizar los "derechos" no obstante que los derechos son pétreos y no se armonizan. Lo que se busca es armonizar la solución inspirada en la equidad. El nuevo "derecho" que surge es el que ha requerido de la armonización o equidad de la respuesta.

Ahora bien, podría darse una segunda interpretación a la expresión del literal c). Se podría desmembrar las expresiones "diversos derechos aplicables a diferentes aspectos de una misma situación jurídica, por un lado y diversas relaciones jurídicas comprendidas en un mismo caso", por otro.

Comenzamos con el primer supuesto: "…si diversos derechos son aplicables a diferentes aspectos de una misma situación jurídica….". En esta segunda interpretación englobamos tanto a los elementos de validez de un acto –capacidad, forma, validez intrínseca (consentimiento, objeto y causa)– como a los efectos en el régimen de bienes, efectos personales, separación y disolución del matrimonio. Para estas hipótesis Goldschmidt acudía al método sintético-judicial que está dirigido al juez y que pretende recomponer la solución incongruente a la que puedan conducirnos la diferencia de ordenamientos jurídicos aplicables. Boggiano le llama "adaptación".

Empero la expresión "…diversas relaciones jurídicas comprendidas en un mismo caso…" abarcaría cuestiones relativamente autónomas pero concatenadas al hilo de un proceso. Así, por ejemplo, en una sucesión se discute la validez del matrimonio o la filiación o la adopción. Si esta segunda in-

terpretación fuera la correcta estaríamos ante el problema de la llamada cuestión previa, ampliamente conocida por la doctrina nacional e internacional.

Ahora bien, si al literal c) se le da la primera interpretación la solución es plenamente aceptable. Empero, habría una laguna respecto al problema de la cuestión previa. En cambio, si le damos la segunda interpretación, la respuesta a las hipótesis planteadas por la norma a la cuestión previa es insuficiente. En efecto, no resultaría sencillo a Su Señoría precisar sin ninguna duda que la expresión refiere a la cuestión previa. Menos fácil aún será hallar la solución en la expresión "…esos derechos deben ser armonizados, procurando realizar las adaptaciones necesarias para respetar las finalidades perseguidas por cada un de ellos." Solución extremadamente imprecisa ante un problema al que la doctrina nacional e internacional acercó tantas soluciones. En todo caso, debería darse una solución e incorporar la última expresión solo si la respuesta brindada resulta irrazonable frente a un caso dado.

A los efectos de comparar las soluciones a los diferentes problemas planteados se transcribirán soluciones ofrecidas por una fuente vigente y proyectos de DIPr.

La Convención Interamericana sobre Normas Generales del Derecho Internacional Privado elaborada en el marco de la OEA trató el problema en un recinto con encendido debate. El resultado conciliatorio de las diferentes posiciones fue el siguiente: "Las cuestiones previas, preliminares o incidentales que puedan surgir con motivo de una cuestión principal no deben resolverse necesariamente de acuerdo con la ley que regula esta última". Como se advierte el problema se presenta a "cara lavada" en el artículo 8: se sabe abiertamente a qué problemas refiere y le da al juez un camino alternativo.

Los problemas que han salido a la luz de la conciencia teórica y se agrupan orgánicamente en la Parte General del DIPr. aparecen en los casos problemáticos: haya o no una respuesta en el Título IV. Sea ello como fuere en el caso de la cuestión previa la autoridad no ignorará que ya hay una solución de carácter general en la Convención Interamericana. Precisamente por ser un problema de la Parte General y una fuente vigente está obligada a La Convención Interamericana no contiene una norma categórica sobre la cuestión previa y dispone que las cuestiones incidentales no deben necesariamente regirse por el derecho que rige la principal. seguirla. Bien es cierto que la Convención Interamericana no contiene una norma categórica sobre la cuestión previa y solo dispone que las cuestiones incidentales no deben necesariamente regirse por el derecho que rige la principal. Pero por lo menos le advertirá que puede adherir a alguna de las teorías conocidas.

El Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado del Ministerio de Justicia de 1974, reza como sigue: "Art. 3: Si una disposición declara un derecho aplicable a una determinada controversia, la disposición se refiere exclusivamente a aquella, y no a cualquier otra condicionante de la misma o concomitante con ella."

El Proyecto del Libro VIII establece en el artículo 2537: "Las cuestiones previas, preliminares o incidentales que puedan surgir con motivo de una cuestión principal, deben resolverse conforme al derecho indicado por las normas de conflicto del foro, prescindiendo del derecho que regula la cuestión principal."

El Proyecto del Ministerio de Justicia de 2003 adhiere a la teoría de la equivalencia con primacía del Derecho Internacional Privado. Dice lo siguiente en su artículo 7 de las Disposiciones Generales:

"Las cuestiones previas, preliminares o incidentales que surjan con motivo de una cuestión principal, se resuelven conforme al derecho indicado por las normas de conflicto del país del tribunal que interviene."

Más adelante –en el Capítulo IV referente a los Actos Jurídicos– dice el artículo 64:

"… Salvo disposición especial, los actos jurídicos accesorios están sometidos al derecho que se aplica al acto principal."- Se advierte que por partida doble se habla de principal y accesorio sin aclarar su alcance.

La teoría de la equivalencia tiene la preferencia en los Proyectos.[30]

30. Goldschmidt, Werner, Derecho Internacional Privado, Derecho de la Tolerancia, Basado en la Teoría Trialista del Mundo Jurídico, Actualizado por Alicia Mariana Perugini Zanetti, Editorial Abeledo-Perrot, 10ª edición. Buenos Aires, R. Argentina, año 2009, numeral 111 y ss, pág. 187 y ss.

1.2 – La solución del artículo siguiente conecta los derechos internacionales privados de por lo menos dos países con los cuales el caso tiene contacto.

ARTÍCULO 2596.- **Reenvío.** Cuando un derecho extranjero resulta aplicable a una relación jurídica también es aplicable el derecho internacional privado de ese país. Si el derecho extranjero aplicable reenvía al derecho argentino, resultan aplicables las normas del derecho interno argentino. Cuando, en una relación jurídica, las partes eligen el derecho de un determinado país, se entiende elegido el derecho interno de ese Estado, excepto referencia expresa en contrario.

El reenvío está recogido en el artículo 2596. Como se recuerda es uno de los grandes problemas generales del DIPr. Es loable la coherencia de los autores del Proyecto pues, una vez aceptado el "uso jurídico" la aceptación del reenvío caía de maduro. En efecto, si por un lado, como dice el artículo 2595 a) la autoridad debe aplicar el derecho extranjero como lo haría el juez extranjero, habida cuenta que el caso es internacional para el juez propio es altamente probable que también lo sea para el juez extranjero. Por ello esta autoridad partiría de su propio DIPr. También es razonable que si el derecho extranjero conduce, por las circunstancias del caso, al derecho argentino se esquive el DIPr. argentino que ya se aplicó y se acuda directamente al derecho privado argentino. Por último también es ajustado a la realidad no acudir al reenvío en el supuesto que las personas hayan elegido un derecho de otro país que aquel al que conducirían las normas del DIPr. propias, salvo pacto en contrario.

El reenvío está recogido indirectamente por el artículo 2 de la Convención Interamericana de Normas Generales del DIPr. que obliga a aplicar el derecho extranjero como lo haría el juez extranjero.

El Proyecto 2003 acepta el reenvío en el artículo 10 cuando establece que

"Deben tomarse en cuenta las normas de conflicto del derecho extranjero declarado aplicable. Cuando las partes eligen el derecho se entiende, salvo pacto en contrario, que se refieren al derecho interno".

Se suele decir que la tendencia en las convenciones internacionales de DIPr es la de rechazar el reenvío. Así por ejemplo, la Convención sobre Ley Aplicable a los Contratos de Intermediarios y a la Representación adoptada el 14 de mayo de 1978 por la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya (ley 23.964, ADLA, LI-C, pág. 2832 y ss.). Esta Convención, entre otras cuestiones, regula el Derecho aplicable al establecimiento y a la validez de la relación de representación entre el representado y el intermediario. Consagra en primer lugar a la autonomía de la voluntad y la elección refiere al derecho interno del Estado y no a las normas del Derecho Internacional Privado. De no haberse utilizado la autonomía o esta no hubiere respetado las disposiciones de la Convención, se aplicará el derecho del Estado donde el intermediario tiene su establecimiento profesional o, en su defecto, su residencia habitual (art. 6). También esta norma subsidiaria refiere a la legislación interna descartando las normas de DIPr. o normas de conflicto.

También el Protocolo de San Luis en materia de Responsabilidad Civil emergente de Accidentes de Tránsito entre los Estados Parte del MERCOSUR pareciera que esquiva el reenvío. [31] Regula el derecho aplicable y la jurisdicción internacional en materia de responsabilidad civil por accidentes de tránsito producidos en un Estado del MERCOSUR cuando participen o resulten afectadas personas domiciliadas en otro Estado Parte. La primera parte del artículo 3 del Protocolo, dispone que la responsabilidad civil por accidentes de tránsito se rige por el derecho interno del Estado Parte en cuyo territorio se produjo el accidente. Como se advierte, lo circunscribe al derecho interno y no al DIPr.

Aunque pareciera a simple vista que el envío al derecho interno excluye el reenvío en el ámbito internacional, la apariencia no se compadece con la realidad. En efecto, si bien ambas fuentes

31. Fue aprobado en San Luis (R. Argentina) el 25 de junio de 1996 por Decisión 1/96 por el Consejo Mercado Común (CMC). Errata 19/6/97, Dec. CMC 6/97, Ley 25. 407. Se encuentra en vigencia desde el 19/8/99. Ha sido ratificado por la Argentina, el 20/11/01; Brasil el 30/1/01; Paraguay el 20/1/98 (ley 1205/97) y Uruguay el 20/7/99 (ley 17.050) El Protocolo mercosureño cuatrelateralizó el convenio Argentino-Uruguayo de Responsabilidad Civil emergente de Accidentes de Tránsito, aprobado por la Argentina la ley 24.106.

remiten al derecho interno, se trata de una solución natural si se piensa que tanto la Convención de La Haya como el Protocolo del MERCOSUR contienen normas indirectas. Es decir que ya se ha atravesado por las normas de DIPr. común a los países ratificantes o adherentes.

Cabe recordar que Italia no aceptaba el reenvío en el llamado Código Mussolini. Empero la ley 218 de 1995 lo incorporó en su art. 13.

1.3- Los autores del artículo siguiente conocen muy bien la complejidad de las situaciones y actos jurídicos multinacionales. No siempre es posible encuadrarlos en el DIPr. vigente por lo que es menester acudir a la justicia material. Siempre, claro está que no se utilice el artículo 2597 como escape para respetar los derechos aplicables.

ARTÍCULO 2597.- **Cláusula de excepción.** Excepcionalmente, el derecho designado por una norma de conflicto no debe ser aplicado cuando, en razón del conjunto de las circunstancias de hecho del caso, resulta manifiesto que la situación tiene lazos poco relevantes con ese derecho y, en cambio, presenta vínculos muy estrechos con el derecho de otro Estado, cuya aplicación resulta previsible y bajo cuyas reglas la relación se ha establecido válidamente. Esta disposición no es aplicable cuando las partes han elegido el derecho para el caso.

1.4 – La existencia de países normológicamente soberanos es una tentación para las personas que buscan vivir en un país –la Argentina, por ejemplo – con el derecho de otro cuyas normas le convienen, problema llamado del fraude a la ley que trata el artículo 2598.

ARTÍCULO 2598.- **Fraude a ley.** Para la determinación del derecho aplicable en materias que involucran derechos no disponibles para las partes no se tienen en cuenta los hechos o actos realizados con el solo fin de eludir la aplicación del derecho designado por las normas de conflicto.

El artículo 2598 mantiene el fraude a la ley como excepción a la aplicación del derecho extranjero. Llama la atención que –habida cuenta que se regula también la jurisdicción internacional– no se haya dicho nada del fraude a la jurisdicción. En efecto, la manipulación de la realidad puede efectuarse desde el vamos para conseguir una jurisdicción favorable o bien respetar la jurisdicción y manipular los hechos para conseguir que el juez natural aplique un derecho favorable a las pretensiones. Más aún, muchas veces el fraude lo es a la jurisdicción por la conveniencia del derecho que habrá de aplicar el juez extranjero. Quizá los autores han estimado que la expresión "derecho aplicable" comprende ambos contenidos porque siguen a la concepción anglosajona que estima que el DIPr. abarca ambos problemas. Empero, en ese caso no habría que aludir al derecho aplicable sino a las normas del DIPr. no disponibles que podrían abarcar ambos supuestos. Aun en este caso parece conveniente distinguirlos.

El artículo 6 de la Convención Interamericana sobre Normas generales trata el fraude: "No se aplicará como derecho extranjero, el derecho de un Estado Parte, cuando artificiosamente se hayan evadido los principios fundamentales de la ley de otro Estado Parte. Quedará a juicio de las autoridades competentes del Estado receptor el determinar la intención fraudulenta de las partes."

Se estima que la redacción del Proyecto es más acertada que la de la Convención Interamericana. En efecto, el fraude funciona como hechos que intentan esquivar un derecho. Cuando el precepto vigente dice que no se aplicará "como derecho extranjero…" seguramente se quiso decir que no se aplicará "el derecho extranjero" cuando los hechos que conducen a la aplicación de ese derecho han sido creado artificiosamente.

La Convención también establece que la conducta fraudulenta evade "principios fundamentales…". A estar literalmente a esta redacción no habrá muchos casos de fraude. En efecto, la violación de los principios propios por parte de una legislación extranjera hace al orden público del DIPr. La Convención ha dado tal carácter al fraude pues solamente se lo acepta cuando la manipulación fraudulenta en busca de un derecho apetecido viola el orden público internacional del DIPr. de un país y

no meramente sus normas coactivas. La Convención de Normas Generales, en cambio, es generosa cuando se trata de la protección de la actividad fraudulenta pues funciona no solo para proteger al propio Estado sino la de cualquier otro Estado Parte.

El segundo párrafo del artículo 6 de la Convención apunta a una cuestión probatoria como es la de determinar la intención fraudulenta que será tarea de las autoridades competentes. El hecho que se hable de "intenciones" no significa rechazar la posición objetiva de Goldschmidt respecto a la pareja de indicios –expansión espacial y contracción temporal – pues la autoridad competente muy bien puede echar mano de ella.

El Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado del Ministerio de Justicia de 1974 lo trata en el Art. 4: "Si una disposición declara aplicable un derecho con miras a determinadas circunstancias, ella se refiere a las circunstancias tal cual habrían sido en la época crítica, si los interesados no hubiesen intervenido con el fin de sustituirlos por otros que permitan la aplicación de un derecho diferente del aplicable sin su intervención y cuyas normas coactivas así intentan esquivar."

El Proyecto 2003 alude al fraude a la ley y al fraude a la jurisdicción. El artículo 8 de este último Proyecto establece lo siguiente:

"Fraude. No se admitirá la jurisdicción internacional ni se aplicará el derecho extranjero designado por la norma de conflicto cuando exista fraude.

Se entiende por fraude la modificación de los hechos considerados en el contacto jurisdiccional o en el punto de conexión que tienda a eludir las normas coactivas que establecen la jurisdicción o el derecho aplicable.

Comprobado el fraude corresponde desconocer la jurisdicción pretendida y aplicar el derecho que se trató de evadir."

Ninguno de los Proyectos refleja el problema que se origina cuando un caso es "relativamente fraudulento", es decir cuando no puede decirse que la cuestión se encuadre decisivamente en el fraude. Tal el caso FM. Se trataba de una persona de nacionalidad austríaca. De Austria también era el origen de la fortuna familiar y gran parte de los bienes al tiempo del fallecimiento. Tuvo varios matrimonios, uno de ellos con una argentina de la que nacieron hijos. Se nacionalizó argentino. También poseía bienes inmuebles en nuestro país. Ya de avanzada edad y estando en Buenos Aires le diagnostican un mal incurable. Regresa a Austria, retorna a su nacionalidad austriaca, otorga un testamento dejando sus bienes a su última esposa y después de unos meses muere. Se inicia una sucesión en Austria y otra en la Argentina. La quinta esposa promueve la falta de jurisdicción de la Argentina fundamentando con un certificado austríaco la voluntad del marido de constituir domicilio en Austria. La justicia argentina declaró que el último domicilio era argentino, entre otras razones, por lo bien provisto que estaba el guardarropa. En este caso se trataba de fraude a la jurisdicción, el cual conduce al fraude a la ley.

El problema de conductas que no encuadran totalmente en una categoría se lo advierte también en el estudio de la buena fe. [32]

En síntesis, se estima que para que haya fraude la conducta haya sido decisivamente fraudulenta y no concomitantemente fraudulenta.

1.5 – Las llamadas norma de policía o de aplicación inmediata o internacionalmente imperativas hace generalmente a las políticas públicas, la más de las veces protectoras de algún sector de la realidad social. Acompañan a derechos nacionales y extranjeros aplicables.

32. Alicia M Perugini Zanetti: "La Buena Fe y el Derecho Internacional Privado", en Tratado de la Buena Fe en el Derecho, Director Marcos M. Córdoba, coordinadoras, Lidia M. Garrido Cordobera y Viviana Kluger, Tomo I, Editorial La Ley, 2004, p. 675 y ss.

ARTÍCULO 2599.- **Normas de policía.** Las normas internacionalmente imperativas o de aplicación inmediata del derecho argentino se imponen por sobre el ejercicio de la autonomía de la voluntad y excluyen la aplicación del derecho extranjero elegido por las normas de conflicto o por las partes. Cuando resulta aplicable un derecho extranjero también son aplicables sus disposiciones internacionalmente imperativas, y cuando intereses legítimos lo exigen pueden reconocerse los efectos de disposiciones internacionalmente imperativas de terceros Estados que presentan vínculos estrechos y manifiestamente preponderantes con el caso.

Ahora bien, en el ámbito internacional la finalidad protectora se realiza contra algún sector extranjero no contra un sector propio. La obligación de aplicar el derecho extranjero sea por la autonomía de la voluntad al elegir un derecho extranjero, sea por la aplicación de las normas del DIPr. propio, viene acompañada de las reservas de las políticas públicas protectoras. Prácticamente se puede decir que se trata de normas de derecho público. En efecto, si la imperatividad internacional lo fuera del derecho privado se trataría del llamado orden público internacional. De ahí que si bien resulta fácil de hablar de tolerancia en relación al derecho privado extranjero, se estima difícil pensarla en la misma medida con el derecho público de carácter protector –en cuestiones macroeconómicas, por ejemplo–.

La reserva de las políticas públicas en materia de Comercio Exterior –por ejemplo, importación-exportación– vienen acotadas por el marco de la Organización Mundial de Comercio (OMC) o por el marco más restringido de la integración –verbigracia el MERCOSUR–. En estas instituciones hay normas internacionalmente imperativas que los Estados ratificantes o adherentes deben acatar. Son normas comunes.

El precepto en análisis, entonces, pareciera que no se refiere a ellas. Enfoca, más bien situaciones con países no vinculados por tratados o bien refiere también a sectores acerca de los cuales no contamos con normas comunes imperativas.

Ahora bien, según el artículo en análisis cuando nuestras normas indican como aplicable el derecho extranjero también se aplican las disposiciones extranjeras protectoras de los intereses del país cuyo derecho se aplica –inclusive el de terceros Estados–. Si de políticas públicas de protección se trata no resulta fácil aplicar una disposición extranjera que no colisione con la nuestra. La salvaguarda que aparece en el artículo es que se aplicará las disposiciones de terceros Estados cuando intereses legítimos lo exigen. En realidad la aplicación de las normas de policía, de aplicación inmediata, o internacionalmente imperativas se contrapone, en principio, con normas extranjeras del mismo o semejante tenor.

De la norma de policía dice Boggiano que "…autolimita exclusivamente la aplicabilidad del derecho nacional a un caso multinacional." [33] Considera como fundamento el carácter de insustituibles de normas materiales internas que protegen intereses nacionales, como es el caso del artículo 604 de la ley 20.094. [34].

Respecto de la norma de policía Goldschmidt reflexiona lo siguiente: "…Derecho Público extranjero (llamadas normas de policía). Los casos mixtos suelen relacionarse con diferentes Estados. Sin embargo, las normas indirectas se orientan a veces exclusivamente con uno de ellos. Como corrección de este unilateralismo se propone aplicar ciertas normas del Derecho Público de los Estados preteridos. Se bautizan estas normas 'normas de policía'. Aquí se confunde territorialidad ajena con extraterritorialidad pasiva. En el comentario al § 187, 2, b, del *Restatement Second* se da el siguiente ejemplo imaginario: Una sociedad de seguro domiciliada en X contrata un seguro con un asegurado domiciliado en Y por medio de un agente de la sociedad en Y. Según la póliza ha de aplicarse el Derecho de X. El asegurado había hecho informaciones falsas, lo que en virtud del Derecho de X

33. Boggiano, Antonio, Derecho Internacional Privado, Tomo I, Segunda Edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1983, p. 124.

34. Boggiano, Antonio, Derecho Internacional Privado, Tomo I, Segunda Edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1983, p. 125.

exime a la sociedad de sus obligaciones, mientras que según el Derecho de Y ella sigue obligada. Si el asegurado ahora deduce demanda ante los tribunales de Z, estos habrían de aplicar el Derecho de Y, y no el Derecho elegido de X. Conocida es la sentencia de la Cámara de los Lores en la causa "Ragazzoni c. Setbia", de 1957. Un hindú había vendido yute a un comprador suizo, quien luego quería revender el yute a alguien en África del Sur. El contrato estaba sometido al Derecho inglés. El vendedor se negó a cumplir el contrato, porque la India prohibía la exportación de mercadería a África del Sur a causa del apartheid imperante en aquella República. La Cámara de los Lores dio la razón al vendedor. La doctrina de las leyes de policía aparece en algunos convenios. Mencionamos el art. 16 del Convenio 27 de La Haya del 14 de marzo de 1978, sobre el Derecho aplicable a los contratos de intermediación y a la representación. Reza del siguiente modo: "A partir de la aplicación de la presente Convención pueden ser aplicadas disposiciones imperativas de cualquier Estado con el que la situación presenta una relación efectiva, si y en la medida en la que, según el Derecho de este Estado, estas disposiciones son aplicables cualquiera fuese el Derecho designado por sus reglas de conflicto". En otras palabras, es facultativo para el juez aplicar las normas rígidas del orden público internacional de cualquier Estado que tiene conexión con la causa, si bien su Derecho no fuese el aplicable con arreglo al DlPr. competente. Otro precepto pertinente es el art. 7 de la Convención de Roma del 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Comunidad Económica Europea). Esta disposición estatuye que si un contrato tuviese conexiones con otros Derechos que los aplicables y si aquellos contuviesen preceptos que reglamentarían el contrato de suerte tal que su reglamentación excluiría la aplicación de cualquier otro Derecho, han de considerarse estas reglamentaciones en cuanto su manera de ser y su especial finalidad pueden justificar su aplicación exclusiva. He aquí el art. 7: "En la aplicación, en virtud de la presente Convención, de la ley de un país determinado, pueden ser aplicadas disposiciones imperativas de la ley de otro país con el que la situación presenta un contacto estrecho, si y en la medida en la que, según el Derecho de este último país, estas disposiciones fuesen aplicables, cualquiera fuere la ley que rigiere el contrato. A fin de decidir si estas disposiciones imperativas deben ser aplicadas, hay que tener en cuenta su naturaleza y su objeto, así como las consecuencias que produce su aplicación o la omisión de aplicarlas'. Es fácil darse cuenta que la aplicación de las leyes de policía de cuantos Derechos tengan algún contacto con el caso, desvaloriza por completo la autonomía conflictual de las partes cuya finalidad de lograr para las partes seguridad jurídica deviene inasequible, tanto más cuanto esta aplicación ni siquiera es obligatoria sino facultativa, al menos en las disposiciones transcritas. Sería preferible a esperar en cualquier momento la intervención de una ley de policía como otro *deus ex machina*, excluir la autonomía conflictual de las partes en determinados supuestos, por ejemplo por la aplicación del Derecho más favorable al asegurado o por la aplicación del Derecho del país donde el contrato ha de cumplirse con respecto a la licitud de su cumplimiento. Merece mención que el Proyecto de reforma del DIPr. de la República Federal Alemana contenía una disposición similar al recién transcripto art. 7, pero que ella fue suprimida por iniciativa del Bundesrat y de la Bundesregierung (v. Karl Kreuzer, Erklarung eines generellen Vorbe-halts zu Art 7 Abs. 1 des Uebereinkommens vom 19.6.1980 über das auf vertragliche Schuldverhaltnísse anzuwendende Recht?, en "IPRax", Heft 6/ 1984, ps. 293 y ss.). V.: Bernd von Hoffmann, Ueber den Schutz des Schwaecheren bei internationalen Schuldverträgen, en "Rabels Ztschrft.', Jahrgang, 1974, ps. 396 y ss.; Werner Goldschmidt, El S.O.S. del DIPr. Editorial Belgrano, Buenos Aires, 1979, p. 73. V.: Jan C. Schultsz, Dutch Antecedents and Parallels to Article 7 of the ECC Contracts Convention of 1980, en "Rabels Zschrft", 47. Jahrg., 1983, ps. 267 y ss. El dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación de 7 julio 1983, expte. 49.042/82, Ministerio de Justicia, se declara en contra de las leyes de policía y desaprueba, por ende, la ratificación de la "Convention sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la representation". V.: Bernard Audit, Extraterritorialité et commerce international. L'affaire du gazoduc sibérien, en "Revue Critique de Droit International Privé", 1983, ps. 428 a 433." [35]

35. Goldschmidt, Werner, Derecho Internacional Privado, Derecho de la Tolerancia Basado en la teoría trialista del mundo jurídico. Lexis Nexis. Depalma. Novena edición, p. 697 y ss.

Se estima la necesidad de profundizar más sobre el alcance. Su inclusión es conveniente en la medida que cualquier decisión del juez argentino que deba ser reconocida en el extranjero circulará en la medida que se cumplan sus normas internacionalmente imperativas. Empero, la mayoría de las veces entrará en colisión con las del juez.

El Proyecto de Código 2002 también trata a ese tipo de normas. Contiene la siguiente redacción:

"ARTÍCULO 15.- Normas de policía. El ejercicio de la autonomía privada y el funcionamiento de las normas de conflicto quedan excluidos por las normas argentinas dictadas para preservar el interés público.

Los tribunales deben atender a las normas dictadas por Estados extranjeros para preservar el interés público si su finalidad y las consecuencias que se derivan de su aplicación, fuesen compatibles con los principios de la legislación argentina y la razonable previsión de las partes."

Como se advierte, l artículo 15 del Proyecto 2003 no prevé la aplicación de normas internacionalmente imperativas de terceros Estados, lo que parece prudente.

Por otra parte el Proyecto 2003 –estimo– es demasiado generoso con la legislación extranjera al impedir su aplicación cuando su contenido fuese "incompatible con los principios de la legislación argentina". Las necesidades de las políticas macroeconómicas, siempre versátiles e impredecibles, no puede decirse que constituyen "principios de la legislación argentina", término reservado para el orden público internacional. En determinadas circunstancias se trata de cuestiones vitales para un país, de ahí que Goldschmidt dijera que no se pueden establecerse reglas a "priori". [36]

1.6- La violación del orden público internacional del Estado donde pende el proceso justifica la desobediencia de los jueces de aplicar derecho extranjero al que sus propias normas de Derecho Internacional Privado le ordenen aplicar.

ARTÍCULO 2600.- **Orden público.** Las disposiciones de derecho extranjero aplicables deben ser excluidas cuando conducen a soluciones incompatibles con los principios fundamentales de orden público que inspiran el ordenamiento jurídico argentino.

Se recuerda que la doctrina distingue entre el orden público internacional y el orden público interno. El primero abarca principios o normas que no pueden ser desplazados por derecho extranjero, aunque el propio Derecho Internacional Privado haya ordenado su aplicación. El segundo comprende las normas coactivas que los particulares en un caso nacional no pueden desplazar (arts. 21 y 1197, C.C.).

Hay que subrayar que el orden público internacional no pertenece al derecho público pues es una institución del derecho privado. Pero ello no es obstáculo a que los principios de aquel se averigüen en la Constitución nacional. [37]

Respecto al orden público internacional, la teoría predominante reflejada en numerosos tratados internacionales sostiene que abarca los principios básicos de nuestro ordenamiento normativo. De ahí resulta que un caso mixto debe ser resuelto primeramente en virtud del derecho aplicable según nuestro DIPr., (aplicación a posteriori del orden público internacional). Después se comparan los principios en que se basa la solución extranjera con los que descansaría la nuestra. Solo si no hubiera coincidencia entre los principios no habría violación de nuestro orden público internacional, la cual se daría en caso contrario.

36. Werner Goldschmidt, Introducción Filosófica al Derecho. La Teoría Trialista del Mundo Jurídico y sus horizontes, Depalma, 6ª. edición, numeral 81, p. 75.

37. Perugini de Paz Geuse, Alicia y Raúl Alberto Ramayo, Constitución nacional, derecho extranjero y orden público, "La Ley", 18/9/1978, 1978-D-925.

El artículo contiene la solución aceptada por nuestros tratados, por la jurisprudencia y la mayoría de la doctrina nacional. Se puede decir que el orden público internacional como conjunto de principios ha obtenido carta de ciudadanía en numerosas fuentes vigentes en la Argentina.

A veces las fuentes utilizan una reserva general o cláusula general. Así, por ejemplo, en el orden convencional la cláusula general se encuentra en los artículos 4 de los Protocolos adicionales a los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940. El Protocolo de 1940 no innovó lo establecido en 1889: "Las leyes de los demás Estados jamás serán aplicadas contra las instituciones políticas, las leyes de orden público o las buenas costumbres del lugar del proceso".

También la hallamos en el artículo 5 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado. Esta Convención contiene un alcance más científico que el de los Protocolos pues desbroza de la descripción problemas de derecho público que no hacen al contenido del derecho propio y que –en principio – son siempre territoriales. Además se adentra sobre el alcance del orden público el que es concebido como conjunto de principios y no como conjunto de disposiciones. En efecto el artículo 5 dispone: "La ley declarada aplicable por una Convención de Derecho Internacional Privado podrá no ser aplicada en el territorio del Estado de otro estado Parte que la considerare manifiestamente contraria a los principios de su orden público."

En el derecho de origen interno la cláusula general se encuentra en el art. 14, inciso segundo, del Código Civil.

En realidad, prácticamente en todas las fuentes internacionales –que no es del caso enumerar– se encuentra la reserva del orden público.

Otras veces el Derecho Internacional Privado formula la justificación de la desobediencia no por medio de una cláusula general sino en casos especiales (cláusula especial de orden público). Por ejemplo tales cláusulas se encuentran en los arts. 159 y 166, incisos 1, 2, 4, 6 y 7, del Código Civil en la redacción de la ley 23.515, y en los arts. 11 y 13 de los Tratados de Derecho Civil Internacional de 1889 y de 1940 respectivamente.

El artículo 6 del Proyecto de Ley de Derecho Internacional Procesal Civil y Comercial para la Justicia Federal, la de la Capital Federal y la de los Territorios Nacionales del Ministerio de Justicia de 1974 (Proyecto de Ley de DIPr del Ministerio de Justicia de 1974) dice lo siguiente: "Un derecho extranjero declarado aplicable deja de serlo si el probable tratamiento del juez extranjero de la controversia infringiera los principios que rigen su solución en el derecho argentino; una diferencia entre el derecho extranjero y el derecho argentino en la elaboración normativa de idénticos principios, no obsta, en cambio, a la aplicación del primero. Si en el caso de la incompatibilidad de los principios jurídico extranjeros con los argentinos, el derecho extranjero declarado aplicable ofreciese supletoriamente otra solución basada en principios aceptables, esta sería la aplicada; caso contrario, el juez aplicará derecho argentino."

La redacción del artículo 2600 del Proyecto no difiere sustancialmente con la primera parte del artículo 14 del Proyecto 2003, no obstante, este es más completo pues en su segundo apartado establece el derecho que se aplicará cuando se rechaza derecho extranjero. Dice lo siguiente:

"Orden público internacional argentino. Las disposiciones del derecho extranjero aplicables de conformidad con este código, deben ser excluidas cuando conduzcan a una solución manifiestamente incompatible con los principios de orden público internacional argentino.

En tal supuesto, se debe procurar una solución basada en el mismo derecho extranjero que sea compatible con tales principios. En su defecto se aplica el derecho argentino."

III. Conclusiones respecto de los artículos analizados

Sería deseable una redacción más precisa del artículo 2594 habida cuenta que es la puerta de acceso a la aplicación de las disposiciones del DIPr. Sea ello su contenido respecto a la jerarquía de las fuentes se corresponde con las convenciones y el derecho interno.

Se estima que el artículo 2595 literal a) requiere una redacción más enfática respecto a la recepción del principio de la oficialidad, ampliamente reflejado en convenciones internacionales desde 1889 a la fecha. No corresponde que haya aplicación de oficio solo si se aplican los tratados y con el resto del mundo las normas del DIPr. sean todas dispositivas.

Justa recepción de la teoría del uso jurídico al disponer que el juez argentino tiene que interpretar el derecho ajeno como lo harían sus autoridades.

Ampliamente acertado es el literal b).

En cambio, el literal del artículo 2595 o es incompleto o es confuso. Se requiere de una solución específica para el ampliamente conocido problema de la cuestión previa. Esquivar esta cuestión es dar la espalda a la Convención Interamericana de Normas Generales que lo regula.

Coherencia y ¡valentía! la de los autores del Proyecto en incorporar por la puerta grande al reenvío (artículo 2596).

Interesante la prescripción del artículo 2597 acerca de la cláusula de excepción a la aplicación de la norma de conflicto. No obstante se estima que requeriría un mayor análisis habida cuenta que puede constituir una forma encubierta de transformar el orden público como conjunto de principios en el orden público como conjunto de disposiciones. Además podría ser la gran cláusula de escape de la aplicación de las normas de DIPr. con tal que en su funcionamiento

El artículo 2598 sobre el fraude a la ley es preciso pero incompleto al no abarcar también el fraude a la jurisdicción: parece insuficiente referirse solo al primero. Es menester aclarar los supuestos a los que se refiere y no dar paso a una elaboración *ad hoc* que siempre puede ser multívoca. Falta, asimismo, una mayor aclaración de las consecuencias del fraude. Desde luego se puede interpretar que al no tener en cuenta la maniobra fraudulenta se aplicará el derecho que se intentó esquivar. Empero, ¿por qué no decirlo?

Demasiado considerado el Proyecto con el derecho extranjero en la redacción referente a las normas internacionalmente imperativas o normas de policía (Art. 2599). Si de protección se trata –porque se ocupa de políticas públicas – fuera de los tratados que obligan a la Argentina, se debería decir que se aplicarán en la medida que no colisionen con nuestras políticas públicas.

El artículo 2600 acoge propiamente a la solución de la mayoría de nuestras fuentes de origen convencional.

En realidad, lo realmente observable no es lo que se dijo sino lo que se omitió. Posiblemente se deba –en parte– a que se trata de un título de un código de derecho privado y no una ley o un código en el que se puede desplegar una mayor autonomía.

Así, por ejemplo, no contiene el ámbito temporal propio del Derecho Internacional Privado porque, seguramente, se consideró que era suficiente el artículo 7 del Proyecto de Código. Empero, sin entrar en el análisis de este último artículo, las realidades que describe y norma el DIPr. al contener un elemento extranjero requiere una solución especial. Compárese con el artículo 3 del Proyecto 2003:

"Ámbito temporal del Derecho Internacional Privado argentino. Las leyes de Derecho Internacional Privado no son retroactivas. Se aplican a los casos cuyas circunstancias decisivas, según sus disposiciones, ocurren con posterioridad a su entrada en vigor así como a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes.

En cuanto a las normas sobre jurisdicción internacional, se aplicarán en los procesos promovidos con posterioridad al plazo indicado en el artículo 131."

A su vez el artículo 131 establece:

"Vigencia. Las disposiciones de este código entrarán en vigor a los tres meses de su publicación oficial. Se aplicarán con los alcances del artículo 3º."

Asimismo, la falta de una disposición respecto de costumbre y usos se explica porque el artículo 1º del Proyecto se refiere a ellos. No obstante, en el ámbito internacional despliegan un mayor poder –haya o no normas que refieran a ellos . A título de ejemplo, la Convención de Viena de 1980 sobre

Compraventa Internacional de Mercaderías (ley 22.765) acoge a la autonomía material y conflictual de las partes (artículo 6). Las partes pueden excluir su aplicación, derogar cualquiera de sus disposiciones o modificar los efectos. Se aplica a título subsidiario, es decir, únicamente en caso de silencio de los contratantes o si no la han descartado en su totalidad o en parte y en tanto las condiciones de su aplicación estén reunidas (art. 1). No obstante, cuando hay cierta uniformidad en los usos y costumbres del comercio internacional el juez lo tomará en cuenta, sea que se aplique la Convención (artículo 9, inc. 2) sea que no la aplique.

El Proyecto refiere a los usos y costumbre en el artículo 2650 (Sección 11ª, Contratos). Establece como inciso d referente a las reglas a las que se sujetará la autonomía de la voluntad:

"…d) los usos y prácticas comerciales generalmente aceptados, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, resultan aplicables cuando las partes los han incorporado al contrato."

En realidad esta locución va dirigida primariamente al juez. No obstante parece razonable que la autoridad pueda acudir a los usos y costumbre como recurso frente a la insuficiencia de la letra del contrato o cuando se han incurrido en una laguna. Es contrario a la práctica internacional de los contratos, de lo que da acabada cuenta los INCOTERMS que regularmente se publica por la Cámara de Comercio Internacional de París.

El Proyecto 2003 abarca este supuesto:

"ARTÍCULO 4º.- Costumbres y usos. Las costumbres crean derechos cuando las leyes se refieren a ellas y en situaciones no regladas legalmente.

En materia contractual son aplicables los principios y los usos de general aceptación, cuando razonablemente las partes han entendido sujetarse a ellos."

Otra cuestión que podría haberse tratado es el del funcionamiento de las normas que se encuentra ampliamente resuelto por el Proyecto 2003:

"ARTÍCULO 5º.- Funcionamiento de las normas. El reconocimiento de la norma a considerar y la interpretación, la determinación, la elaboración, la aplicación y la adaptación en cuanto al funcionamiento del presente código, deben respetar la internacionalidad de los casos con elementos extranjeros.

Cuando un caso no se encuentre contemplado en el presente código se debe resolver de acuerdo con las soluciones previstas en el mismo o en los tratados internacionales sobre la materia que tengan la relación más estrecha con dicho caso. Subsidiariamente se debe elaborar la solución que mejor atienda a las circunstancias del caso."

Empero, quizá la mayor laguna que se encuentra en esta primera parte de las disposiciones generales es la falta de tratamiento del problema de las calificaciones. Irónicamente es el único problema de la Parte General imposible de esquivar. En efecto, las calificaciones hacen a la búsqueda del derecho competente para definir los términos de la propia norma del Derecho Internacional Privado. Cuando el derecho aplicable es el extranjero es posible que los problemas que engloban las definiciones de la norma propia no coincidan con los que encuadra la norma extranjera: lo que es de forma para un derecho es de fondo para otro, lo que es procesal para uno es adjetivo para otro. En la aplicación de la norma de conflicto las calificaciones aparecen como el primer problema a ser elucidado.

Es verdad que la Conferencia de la OEA al elaborar la Convención de Normas Generales no dio solución al problema de las calificaciones. Empero, no se debió al desconocimiento del problema sino a dos razones: los diferentes criterios propuestos para su solución y, sobre todo, al escaso marco temporal de la Conferencia y a la enorme cantidad de problemas que se le había sido encomendado.

Algunas veces los tratados contienen estas definiciones. Ello allana la tarea del aplicador pues se trata de una fuente común. Otras veces la norma de origen interno las contiene. Y en la mayoría de los casos las fuentes nada dicen. El Proyecto 2003 previó lo siguiente:

"ARTÍCULO 6º.- Definiciones. A los fines de este código:
- tribunales son los órganos judiciales, administrativos o arbitrales, según corresponda;
- domicilio es el país donde la persona tiene su centro de vida;
- domicilio conyugal es el lugar donde los cónyuges tienen, de común acuerdo, su centro de vida;
- domicilio del menor es el de quienes ejercen en común la patria potestad; en su defecto, el lugar de la residencia habitual del menor;
- domicilio del mayor incapaz es el lugar de su residencia habitual;
- lugar de constitución de las personas jurídicas y sociedades es el del registro; en su defecto, el lugar donde se llevó a cabo el acto unilateral constitutivo o donde se produjo el acuerdo de voluntades;
- establecimiento es el lugar donde la persona física o jurídica ejerce de manera efectiva una actividad a través de una instalación estable;
- lugar de situación de los bienes registrables es el lugar donde están registrados.
- procesos de insolvencia son el concurso preventivo, la quiebra, la liquidación coactiva extraconcursal, el acuerdo preventivo extrajudicial y otros procedimientos equivalentes."

Salvo disposición en contrario, los puntos de conexión se califican por el derecho argentino.

Los demás conceptos utilizados por las normas de Derecho Internacional Privado se definen de acuerdo con el derecho declarado aplicable."

Falta también la consideración general de los derechos adquiridos que se encuentra en el Proyecto 2003:

"ARTÍCULO 13.- Derechos adquiridos. Las situaciones jurídicas válidamente creadas de conformidad con un derecho o derechos extranjeros que hubieran resultado aplicables, de acuerdo con criterios internacionalmente admisibles, deben ser reconocidas siempre que no sean contrarias al orden público internacional argentino."

A lo largo y ancho del mundo la creatividad humana ha resuelto cuestiones que no fueron normadas en la Argentina. Es necesario contar con una solución al respecto, cuestión que trata el Proyecto 2003:

ARTÍCULO 16.- Instituciones y procedimientos desconocidos. La existencia en el derecho extranjero de instituciones o procedimientos desconocidos en el ordenamiento jurídico argentino, no impide su reconocimiento o aplicación, salvo que sean manifiestamente contrarios a los principios de orden público internacional argentino. Los tribunales deben adaptar las soluciones argentinas a tales fines.

La Convención Interamericana sobre Normas Generales del Derecho Internacional Privado trata también de la institución desconocida –cuestión que ya había previsto Savigny–. Establece en el artículo 3: "Cuando la ley de un Estado Parte tenga instituciones o procedimientos esenciales para su adecuada aplicación y no estén contemplados en la legislación de otro Estado Parte, este podrá negarse a aplicar a aplicar dicha ley, siempre que no tenga instituciones o procedimientos análogos.

El Proyecto 2003 es más asertivo que la Convención. No obstante, el primero vuelca más a su aplicación con la salvaguarda del orden público mientras que la segunda reclama para su reconocimiento que el país en el que se pretende su admisión tenga instituciones o procedimientos análogos:

La institución desconocida como cuestión problemática no regulada por el Título IV no dejará por ello de presentarse en nuestro país. Se trata lisa y llanamente de una laguna o carencia normativa. La autoridad tendrá que recurrir a la analogía, a los principios del derecho o elaborará una solución *ad hoc* recurriendo a la justicia.

Es verdad que aun pudiendo hacerlo la obra de 1940 no reflejó sistemáticamente las soluciones a los problemas de la Parte General del DIPr. En la época de las negociaciones la doctrina internacional habían sacado a la luz de la conciencia teórica, especialmente al hilo de casos jurisprudenciales resonantes numerosos problemas que hoy se estudian en la mayoría de las universidades del mundo. Como se dijo más arriba, el fraude a la ley había sido descubierto a raíz del caso de la viuda maltesa en 1878; en 1878 con el caso Forgo se señaló el reenvío; en 1897 de la mano de Bartin se descubrió el problema de las calificaciones; en 1931 fue advertido el problema de la cuestión previa y en 1935 –con Goldschmidt– se desocultó el problema de la calidad del derecho extranjero que había sido confundido con su tratamiento procesal, confusión que se advierte en el artículo 13 del Código Civil argentino.

La pérdida del tren de la modernidad en 1940[38] es inexplicable pues, por lo menos los delegados argentinos participantes en el Congreso de 1939 y 1940 conocían, por lo menos, la mayoría de los problemas de la Parte General. A título de ejemplo, Margarita Argúas y Carlos Alberto Lazcano trataron el fraude a la ley en materia de formas[39], se refirieron a la calidad del derecho extranjero aunque su preocupación estaba dirigida principalmente a cuestiones procesales[40] y se ocuparon del reenvío[41]. Carlos M. Vico –jurista de gran influencia en el DIPr. de su época– también se ocupa sobre el problema de la aplicación del derecho extranjero[42], el reenvío [43], el orden público[44], por ejemplo. Es de remarcar que estos autores, especialmente Vico, conocían muy bien la producción doctrinaria internacional y estaban muy al tanto de los congresos internacionales que se ocupaban del DIPr.[45] Como se vio más arriba, el artículo 4 del Protocolo Adicional al grupo del 1940 –siguiendo al de 1889– trató con acierto la cláusula general del orden público del DIPr. u orden público internacional que había sido descubierto por Federico Carlos María von Savigny en 1849[46].

Cuando un problema es auténticamente general –aparece o puede aparecer en todos los casos– debe entrar por la puerta, de lo contrario fatalmente entra por la ventana con la carga de incertidumbres que trae aparejado. Así, el fraude entra subrepticiamente en ambos Tratados de Derecho Civil –de 1889 y de 1940 – especialmente en el esfuerzo de los tratadistas por dar una solución al régimen de bienes del matrimonio que proteja a la mujer de manejos fraudulentos por parte del marido. También la cuestión previa se esconde detrás de los artículos 36 (1889) y 41 (1940) cuando se dice que

38. Ver Alicia M. Perugini Zanetti, Tratados de Derecho Internacional de Montevideo de 1940, en Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Dirección Alberto Bueres y coordinación Elena I. Highton. Tomo 7B, pág. 793 y ss.

39. Margarita Argúas y Carlos Alberto Lazcano, "Tratado de Derecho Internacional Privado conforme al programa de la Facultad de Derecho de Buenos Aires", editado por "El Ateneo" Librería Científica y Literaria de Pedro García, Florida 371, Córdoba 2099, Buenos Aires, 1926, pág. 260 y ss. Es interesante destacar que se conocen los casos de Gretna Green en materia de matrimonio pero no lo relacionaron con el fraude, pág. 165.

40. Margarita Argúas y Carlos Alberto Lazcano, loc. cit. Pág. 64 y ss. Especialmente pág. 69.

41. Margarita Argúas y Carlos Alberto Lazcano, loc. cit. Pág. 64 y ss. Especialmente pág. 75.

42. Vico, Carlos M., Curso de Derecho Internacional Privado, dictado en las Facultades de Derecho de las Universidades de Buenos Aires y La Plata, compilado por Isauro P. Argüello y Pedro Frutos, 2ª edición, Tomo Primero, Biblioteca Jurídica Argentina, Superí 1479, Buenos Aires, 1938, p. 218 y ss.

43. Vico, Carlos M. loc. cit. pág. 240 y ss.

44. Vico, Carlos M. loc. cit. pág. 261 y ss

45. Alfonsín, Quintín, Teoría del Derecho Privado Internacional, Ediciones IDEA, Montevideo, 1982, p. 429 y ss. El orden público tiene una importante función en la cooperación internacional, ver Eduardo Tellechea Bergman, Derecho Internacional Privado, Las Ley. Uruguay, 2010, p. 38 y ss. Gilberto Boutin, I., Derecho Internacional Privado, Édition Maître Boutin, 2ª edición, Panamá 2006, p. 385 y ss.

46. Goldschmidt, Werner, Derecho Internacional Privado, Derecho de la Tolerancia, Basado en la Teoría Trialista del Mundo Jurídico, Actualizado por Alicia Mariana Perugini Zanetti, Editorial Abeledo-Perrot, 10ª edición. Buenos Aires, R. Argentina, año 2009, numeral 147 ss.

las cuestiones accesorias se rigen por el derecho de la principal. O bien en el artículo 24 del tratado de derecho Civil de 1940 cuando se establece que las cuestiones vinculadas a la adopción se rigen cada una por su propio derecho.

El Convenio Interamericano sobre Normas Generales del Derecho Internacional Privado ha tratado la Parte General con alguna sistematicidad. [47] Nos vincula con Brasil, Colombia, Ecuador, Guatemala, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. La Convención de Normas Generales complementa los Tratados de Derecho Civil de Montevideo de 1889 y de 1940 en tanto los Estados adherentes ratificantes de estas últimas hayan hecho lo propio con la de Normas Generales. Es decir, entonces, que el TDCIM de 1889 se complementará en lo concerniente a los problemas generales del DIPr. con Colombia y Perú; el homónimo de 1940 en dichos problemas con Paraguay y Uruguay.[48]

Como se ha visto, la Convención regula los problemas de la cuestión previa (artículo 8), del fraude a la ley (artículo 6), de la calidad del derecho extranjero (artículo 2), de la institución desconocida (artículo 3), del orden público (artículo 5). Trató cuestiones procesales como su aplicación de oficio y del derecho de las partes de alegarlo y probarlo (artículo 2), de la igualdad en la concesión de recursos procesales que se reconocen para las cuestiones internas a las cuestiones internacionales (artículo 4). Utiliza el método indirecto o conflictualista (artículo 1), el método analítico –analógico y el método sintético – judicial o método de adaptación (artículo 9), el reconocimiento extraterritorial de las situaciones creadas válidamente en un estado con la salvedad del orden público (artículo 7).

Sea ello como fuere si el Código de Unificación no trata los problemas hay que acudir a las convenciones vigentes, a la jurisprudencia o a la doctrina.

IV. Conclusión de carácter general

1. A nadie escapa la profunda implicancia de considerar al DIPr. una parte del Derecho Civil y Comercial o reconocerle el derecho a su autonomía, sea como ley o código. En el primer caso la influencia del ámbito material de ambos derechos repercute casi fatalmente en nuestra disciplina. A título de ejemplo, se recuerda que el Título IV no ha tratado cuestiones sustanciales de nuestra disciplina. Como se dijo en una presentación al Ministro de Justicia y Derechos Humanos firmada por la mayoría de los autores del Código de 2003 si el DIPr. es un apéndice del Código Civil las cuestiones "seguirían dispersas o sin solución legislativa. Tal acontece con el derecho laboral, el derecho societario, el derecho concursal, el derecho de propiedad intelectual, las formas electrónicas de contratación, la responsabilidad civil por contaminación transfronteriza o por el producto elaborado, el caso a lesiones al derecho de la personalidad…".

2. Además, la repercusión del derecho privado sobre el DIPr. se profundiza pues en la dirección de los diferentes proyectos de unificación en los que se incorpora el DIPr. nunca hubo ni hay un especialista iusprivatista internacional. La respuesta es un complejo psico-socio-normológico que trae como consecuencia una visión que no responde necesariamente ni a los avances ni al ámbito material de nuestra disciplina.

3. La incorporación de DIPr. en una codificación del derecho privado produce en quien esto escribe un sentimiento contradictorio. Por un lado agradece el siempre hospitalario acogimiento. Por

47. El texto completo de la Convención Interamericanas sobre las Normas generales de Derecho Internacional Privado

de Montevideo (1979) se lo encuentra en W. Goldschmidt, Derecho Internacional Privado (Derecho de la tolerancia), basado en la Teoría Trialista del Mundo Jurídico, 8ª edición, ed. Depalma, p. 637 y ss.

48. Ver Alicia M. Perugini Zanetti, Tratados de Derecho Internacional de Montevideo de 1940, en Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Dirección Alberto Bueres y coordinación Elena I. Highton. Tomo 7B, pág. 594 y ss. Y 793 y ss.

otro se le representa la idea de los padres que respetan lo que hace su hijo mayor de edad siempre que actúen en el recuadro que se les marca. Como sucede con los padres nadie cuestiona su buena fe, solo se objeta su pertinencia.

4. La larga historia de los intentos de codificación en nuestro país –incompleta por cierto – nos lleva a reflexionar acerca de un mal pandémico argentino. Pareciera que con cada gobierno la República Argentina tiene una nueva Acta Fundacional. No escapa a ello lo que concierne a nuestra disciplina. Si el lector mira con dedicación cada obra realizada advertirá cuánto tiempo y esfuerzo podría reencausarse hacia un continuo progreso en vez de dar vueltas como una noria siempre sobre un mismo palo.

5. Entiéndase bien: las reiteradas políticas legislativas de ningún modo desmerecen la calidad de los diferentes Proyectos ni el valor del trabajo realizado por los autores del Título IV –María Elsa Uzal, María Susana Najurieta, Adriana Dreyzen de Klor y Marcelo Iñíguez– que es bueno, realista y pragmático. Aunque en el presente trabajo solo se analizaron pocos artículos, la conclusión a la que arribo después de la lectura de toda la obra es que el Título IV es merecedor de respeto.

6. Empero, estimo que después de ochocientos años el DIPr. merece ser reconocido como mayor de edad, acreedor a la libertad de una disciplina adulta y con el ejercicio de la responsabilidad por parte de una rica doctrina argentina –pasada y presente, tuvo y tiene–. Responsabilidad como para elaborar una ley o un código autónomo pero complementario al Código Civil y Comercial.

De una u otra forma no cabe duda alguna de la profunda vocación de nuestro país para reconocer la especificidad de los problemas de la casi milenaria disciplina.

INFORME SOBRE LOS ASPECTOS MÁS RELEVANTES EN MATERIA DE SOCIEDADES COMERCIALES

Gustavo J. Torassa

I

El presente trabajo solicitado por la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina busca, utilizando una aproximación pedagógica al tema, identificar los principales cambios propuestos por el Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial (en adelante "el Proyecto") a la Ley de Sociedades Comerciales ("LSC"),

En función de este objetivo es que intentaré en este informe centrarme en las reformas más relevantes que se proponen a la a LSC, para luego concluir con una valoración crítica de las mismas.

II

Previo a entrar en el análisis de los principales cambios propuestos por el Proyecto, cabe señalar que se ha considerado a los fines del presente, el mensaje de elevación del Poder Ejecutivo Nacional 884/12 ingresado en el Senado de la Nación como expediente 57/12 con fecha 08 de junio de 2012.

Señalo esto, pues en el Anexo II que integra el proyecto aprobatorio de la ley donde se aprueba el Código Civil y Comercial de la Nación, surgen los artículos de la LSC que finalmente se proponen para ser modificados.

Si se comparan las modificaciones propuestas por el Poder Ejecutivo Nacional con las sugeridas por la Comisión Reformadora del Código Civil y Comercial de la Nación se podrá advertir que se han suprimido varias reformas de las propiciadas por la citada Comisión Reformadora.

III

1. Sociedades comprendidas en la Ley General de Sociedades

En el Anexo II adjunto a la ley aprobatoria del Código Civil y Comercial de la Nación, se dispone sustituir la denominación de la LSC por la de "Ley General de Sociedades N° 19.550, T.O. 1984" (en adelante denominada como "LGS").

Este cambio de denominación a LGS implica sacar de la actual LSC el calificativo "Comerciales" con lo que el Proyecto busca incluir en la LGS la regulación de todo tipo de sociedades, comerciales o no.

Con este fin es que también se propone cambiar la denominación de la Sección I del Capítulo I de la LSC por la siguiente: "De la existencia de sociedad" (se elimina la referencia a Sociedad Co-

mercial) y la denominación de la Sección IV del Capítulo I de la LSC por la de "De las sociedades no constituidas según los tipos del Capítulo II y otros supuestos" (actualmente "De la Sociedad no constituida regularmente"),

Resumiendo, en la LGS –si se aprueba el Proyecto– quedarán reguladas las sociedades civiles o comerciales eliminándose, a su vez, toda referencia a las sociedades existente en el actual Código Civil.

2. Sociedad Unipersonal

El Proyecto permite la constitución de Sociedades Unipersonales las que podrán ser constituidas solo utilizando la sociedad anónima. De allí que la abreviatura que podrán utilizar sea S.A.U. (sociedad anónima unipersonal)[1]

En línea con esto es que el Proyecto cambia el concepto de sociedad del Art. 1° de la LSC al regular que habrá sociedad si una o más personas, en forma organizada y conforme a uno de los tipos previsto, se obligan a realizar aportes para la producción o intercambio de bienes o servicios, participando de los beneficios y soportando las pérdidas. Si el tipo social prevé dos clases distintas de socios, los socios deben ser dos (2) o más. La sociedad unipersonal solo se podrá constituir como sociedad anónima. La sociedad unipersonal no puede constituirse por una sociedad unipersonal.

Nos parece acertado que el Proyecto incluya este tipo societario largamente reclamado por parte mayoritaria de la doctrina y por la comunidad de negocios, más allá de la discusión teórica sobre la denominación a utilizar.

Como bien se refiere en los fundamentos acompañados con el Proyecto se busca que los sujetos con actividad empresarial múltiple organicen su patrimonio afectando solo parte de él en beneficio de los acreedores de la empresa individual.

El Proyecto aclara en el Art. 1° que una sociedad unipersonal no podrá ser constituida por una sociedad unipersonal con lo que se buscaría que las sociedades de este tipo solo sean constituidas por personas visibles o personas jurídicas de otro tipo. En este punto no se alcanza a comprender la razonabilidad de esta limitación pues sí se permite que el socio de la SAU sea una sociedad anónima de dos o más socios o cualquier otro tipo societario.

En las sociedades unipersonales el Proyecto prevé que el Art. 11, inc. 4) de la LGS establezca que el capital deberá ser integrado totalmente en el acto constitutivo, lo cual parece adecuado al tipo societario en cuestión que se asocia con emprendimientos o negocios que no requieren *per se* un capital alto para el inicio del giro comercial.

Más allá de esto, el Proyecto no aprovecha la oportunidad de la incorporación de esta sociedad anónima unipersonal para regular otros aspectos que simplifiquen el uso de esta figura, quedando de esta forma incorporada la SAU dentro del tipo societario sociedad anónima, que debería guardarse para empresas o emprendimientos de mayor magnitud o que requieran el concurso de capitales.

Estas sociedades unipersonales quedarán sometidas a la fiscalización estatal permanente, en tanto el Proyecto las incluye específicamente como nuevo inciso 7° del Art. 299 LGS, lo que nos parece adecuado a fin de contar con un mayor seguimiento por parte del organismo de control que evite o disminuya la posibilidad de que se haga un ejercicio abusivo de esta figura.

3. Forma asociativas o de colaboración

Cuando se consideran las distintas formas asociativas o de colaboración entre distintas personas, el Proyecto toma clara posición calificándolas como contratos celebrados entre una o varias

1. Cf Art. 164 de la LGS.

partes con el fin de establecer vínculos de colaboración o de participación, con una comunidad de fines. Es decir, se ratifica en el Proyecto que no nos hayamos ante sociedades o sujetos de derecho distintos de sus integrantes.

Es por ello que el Proyecto propicia la derogación del Capítulo III de la LSC que regula los Contratos de Colaboración Empresaria (Arts. 367 a 383) y sostiene la conveniencia de que se regulen los mismos en el nuevo Código Civil y Comercial y fuera del ámbito propio de las sociedades.

Es justamente en el Código Civil y Comercial que propicia el Proyecto donde se propone regular el tratamiento del negocio en participación, las agrupaciones de colaboración y las uniones transitorias, evitándose toda referencia a las sociedades comerciales o a los empresarios cómo posibles firmantes de estos acuerdos.

Al regular los negocios en participación en el Código Civil y Comercial el Proyecto propone derogar los Arts. 361 a 366 de la LSC que regulan actualmente la Sociedad Accidental o Participación que no es sujeto de derecho que corresponda estar regulado en la LSC.

De esta forma se logra un mayor ordenamiento de la materia.

IV. A modo de conclusión de este breve trabajo volcamos aquí sintéticamente nuestros comentarios sobre la reforma propuesta:

(i) El Poder Ejecutivo Nacional tomó la decisión de no avanzar en un proyecto que reformase parcialmente la LSC, tal como proponía el Proyecto y creemos que ello es acertado. Es conveniente encarar un proyecto integral de reforma de la LSC para incluir una renovación de la ley que se compadezca con las necesidades del tráfico comercial moderno.

(ii) Es saludable la incorporación de la sociedad unipersonal pues ello se adecua a las exigencias del comercio y del desarrollo de emprendedores que tienen vocación por lanzar nuevas negocios, pero que a su vez no quieren poner en riesgo todo su patrimonio. La sociedad unipersonal, por lo demás, ya tiene un largo desarrollo en los países más avanzados, habiéndose demostrado allí ser una herramienta útil.

(iii) La regulación de todas las sociedades –comerciales o civiles– en un único cuerpo normativo nos parece también apropiado pues muchos de los principios existentes hoy en la LSC resultan también aplicables en materia de sociedades sin objeto comercial.

(iv) Por último, el tratamiento de todas las figuras asociativas en el Código Civil y Comercial también nos parece adecuado, pues se trata de meros contratos que no dan lugar al nacimiento de personas jurídicas distintas de las personas que celebran dichos acuerdos de voluntades. Se les aplican así todos los principios generales de los contratos. La separación de dichos contratos de la actual LSC clarifica su naturaleza jurídica y promueve la utilización de estas formas asociativas entre los empresarios.

EL DERECHO ECLESIÁSTICO

Juan G. Navarro Floria

Con motivo de la convocatoria hecha por la Comisión Redactora del Anteproyecto de Código Civil, a presentar sugerencias y propuestas de reforma, tuve ocasión de publicar un breve trabajo acerca de las normas propias del Derecho Eclesiástico contenidas en el Código Civil, analizando tanto las existentes en el Código de Vélez como las que podrían existir en uno nuevo[1].

Sin repetir lo dicho entonces y remitiendo en lo pertinente a ese trabajo, se presentan aquí las normas efectivamente propuestas en el Proyecto remitido por el Poder Ejecutivo al Congreso. Un código como el proyectado naturalmente aloja normas propias del Derecho Eclesiástico. Algunas han sido proyectadas, y otras que podrían haberlo sido fueron excluidas.

La actualización en sí misma era necesaria por varias razones, entre ellas los grandes cambios habidos desde 1870 hasta nuestros días en el marco jurídico del campo religioso (comenzando por la eliminación del derecho de Patronato que reivindicaba la Constitución de 1853, y la constitucionalización del derecho a la libertad religiosa con el amplio alcance que hoy tiene); los desajustes entre el Código de Vélez y otras leyes posteriores; el enorme cambio de la realidad social con un pluralismo religioso inexistente en el siglo XIX, e incluso los cambios ocurridos dentro de las mismas confesiones religiosas, comenzando por la Iglesia Católica. Lo que cabe ahora, es ver el acierto o desacierto de las reformas proyectadas.

1. La Iglesia Católica en el Código Civil

El artículo 146 inciso c) del Proyecto de Código Civil y Comercial, reproduce la norma del actual artículo 33, considerando a "*la Iglesia Católica*" una "*persona jurídica pública*".

Esa norma se complementa con el artículo 147, que dice: "*Las personas jurídicas públicas se rigen en cuanto a su reconocimiento, comienzo, capacidad, funcionamiento, organización y fin de su existencia, por las leyes y ordenamientos de su constitución".*

Del juego de ambas resulta que la Iglesia Católica se rige por "las leyes y ordenamientos de su constitución", que en el caso sería el Derecho Canónico, de modo coincidente con lo que ha interpretado la Corte Suprema en el caso "Lastra"[2], y ha tenido diversas aplicaciones judiciales y administrativas.

1. NAVARRO FLORIA, Juan G., "Aporte para la actualización del Código Civil en materia de Derecho Eclesiástico", El Derecho, diario del 9/2/12.

2. CS, "Lastra, Juan C/ Obispado de Venado Tuerto", ED 145-495.

Ahora bien: la jurisprudencia[3] y la doctrina nacionales son unánimes en afirmar que bajo el rótulo "Iglesia Católica", no hay una única persona jurídica (pública) sino muchas. La Iglesia Católica es una sola en su realidad eclesial, pero al mismo tiempo se organiza en múltiples personas jurídicas dotadas, cada una de ellas, de personalidad jurídica independiente según se regula en el Derecho Canónico: cada una de las diócesis y circunscripciones territoriales y personales equivalentes (prelaturas, eparquías, exarcados, obispado castrense…), cada una de las parroquias, la Conferencia Episcopal, los seminarios, los institutos de vida consagrada y sociedades de vida apostólica (regidas por la ley federal 24.483), etcétera.

Por esa razón, sería posible (y acaso preferible) un mayor grado de detalle en el artículo 146 c), que podría redactarse así:

Son personas jurídicas públicas: […] c) la Iglesia Católica, sus diócesis, parroquias, institutos de vida consagrada y demás personas jurídicas de conformidad con el Derecho Canónico.

Por otra parte, desaparece del Código la referencia a las "asociaciones religiosas", como especie semejante pero no idéntica a las asociaciones civiles, entre las personas jurídicas privadas (aunque el artículo 168 prevé la "identidad religiosa" como posible determinante del objeto de una asociación). El Código vigente alude a ellas, incluso con una norma específica que determina que para ser aprobadas como personas jurídicas es necesaria "aprobación de sus estatutos, y confirmación de los prelados en la parte religiosa" (artículo 45).

La forma jurídica "asociación religiosa" no ha merecido un desarrollo importante en la doctrina y la jurisprudencia, pero obedece a una realidad indudable, y que es la identidad propia de las instituciones religiosas, que justifica una organización propia y diferente de otro tipo de instituciones.

Por eso, sería deseable añadir al artículo 148 inciso b), la mención:

Son personas jurídicas privadas: […] b) las asociaciones civiles o religiosas.

Vinculado con esto pero excediendo a la Iglesia Católica, se ha omitido la previsión de la personalidad jurídica de las restantes confesiones religiosas. Hasta ahora, la casi totalidad de las iglesias y comunidades religiosas distintas de la Iglesia Católica, para poder existir jurídicamente e intervenir en el tráfico jurídico, acuden precisamente a la forma "asociación religiosa" (o "asociación civil"), beneficiándose de la amplitud de las escasas normas actualmente vigentes.

Hay una asignatura pendiente en la Argentina, que consiste en el dictado de una legislación específica referida a las instituciones religiosas[4]. Tal legislación aún no existe, y tampoco es pertinente incluirla en el Código Civil porque, entre otras razones, debería incluir la creación de organismos administrativos. Pero sí es posible que, del mismo modo que el Código menciona a varios tipos de personas jurídicas que son regulados en leyes especiales (mutuales, cooperativas, sociedades) lo haga con este tipo de personas jurídicas (que hoy existen, aunque carezcan de marco legal apropiado)

Esa mención debería incluirse en el artículo 148, en forma similar a los incisos e), f) y h) que se limitan a mencionar el tipo de persona jurídica, remitiendo a la ley especial. En tal caso, bastaría con agregar al Artículo 148:

Son personas jurídicas privadas: […] i) las iglesias y comunidades religiosas.

Este punto es especialmente importante y sensible para las iglesias minoritarias, que desde hace años viene reclamando un reconocimiento específico.

3. CS, 22-10-91, "Lastra c/Obispado de Venado Tuerto", ED 145-495; También, Cfr. CNCiv, sala C, 8/10/92, "Cloro c. Arzobispado de Buenos Aires", LL 1993-B-220; CCiv. 2a., JA, 1942-III-911, 7/7/1942; SC Tucumán, 2/8/37; LL, 7-1135; CFed. San Martín, sala II, julio 6. 1993.- "ANSES c/Parroquia Niño Jesús de Praga s/ ejecución fiscal"; entre muchos otros.

4. En los últimos años se han dictado leyes en esta materia en Colombia (ley 131 de mayo de 1994), Chile (ley 19.638 de septiembre de 1999), Perú (ley 29.635 de diciembre de 2010) y se tramitan proyectos en varios países de la región. Sobre algunos de los fallidos proyectos tramitados en la Argentina para esta regulación, remito en honor de la brevedad a NAVARRO FLORIA, Juan G., "Las confesiones religiosas distintas de la Iglesia Católica en el derecho argentino", ED 151-897; íd. "El nuevo proyecto de ley de cultos o de libertad religiosa", EDLA 1997-A-1421; íd., "Un nuevo proyecto de ley de libertad religiosa", EDLA 2001-B-1003; y abundante material disponible en www.calir.org.

2. Bienes de la Iglesia

En el anteproyecto de Código desaparece la categoría específica de "bienes de la Iglesia", actualmente contenida en el artículo 2345 del Código vigente, lo mismo que el bienes de las "iglesias disidentes" a los que se refiere el artículo 2346.

En cambio, el anteproyecto incluye una novedad positiva, que es la exclusión de la garantía común a los acreedores que está constituida por el patrimonio de cualquier persona, a los bienes destinados al culto. Esto los convierte en inembargables e inejecutables.

Sin embargo, la redacción dada a la norma no es feliz. Dice el Artículo 744 proyectado: *"Quedan excluidos de la garantía prevista en el artículo anterior: […] d) los bienes afectados a cualquier religión reconocida por el Estado";*

El concepto de "bienes afectados a la religión" no es claro. Y el concepto de "religión reconocida por el Estado" es impreciso, porque el Estado no "reconoce religiones", ni debería hacerlo, habida cuenta del principio de libertad religiosa que debe presidir estas cuestiones.

Una redacción más precisa (aunque eventualmente más restrictiva en cuanto al objeto), podría ser:

ARTÍCULO 744.- Bienes excluidos de la garantía común. *Quedan excluidos de la garantía prevista en el artículo anterior:*

[…] d) ***Los templos y lugares de culto y sus dependencias, las casas religiosas, y los objetos sagrados o destinados al culto****;*

Una tal redacción no abarca a la totalidad del patrimonio eclesiástico o religioso, sino únicamente a los que están específicamente destinados a una función religiosa. Lo son sin duda alguna los templos, y los objetos o elementos que cada comunidad religiosa define como "sagrados", o destinados al culto. Y junto con ellos las casas o residencias religiosas (conventos, por ejemplo).

Naturalmente, no estamos en presencia de un privilegio para una confesión religiosa determinada, sino a todas las iglesias y comunidades. La tradicional jurisprudencia que reconocía la inembargabilidad de los bienes de la Iglesia Católica, hace tiempo se ha extendido ya a otras confesiones, y es lo que el Proyecto de Código recoge.

3. Otras cuestiones de Derecho Eclesiástico

Existen en el Proyecto otras modificaciones respecto de la legislación vigente, referidas o vinculadas a los temas religiosos, que se pueden señalar muy brevemente:

a) Bendición del matrimonio: desaparece la posibilidad de hacer bendecir el matrimonio (civil) por los ministros de culto, presente en el actual artículo 188. Más allá de que ese mínimo y modesto reconocimiento del significado religioso que tiene el matrimonio es valioso, lo cierto es que no ha tenido que se conozca una aplicación frecuente en la práctica. Por otra parte, teniendo en cuenta lo desfigurado que queda el matrimonio en el Código y su enorme alejamiento de lo que la gran mayoría de las iglesias y comunidades religiosas entienden por tal, la eliminación de la norma parece razonable.

Excede el alcance de estas líneas el análisis de la eventual conveniencia de prever un reconocimiento de efectos civiles a los matrimonios celebrados bajo forma religiosa (católicos o no), aunque no puede dejar de notarse que su exclusión implica una toma de posición contraria a la libertad religiosa que debería imperar también en esta materia.

b) Incapacidad sucesoria: se conserva, aunque con una redacción modificada y poco feliz, la incapacidad sucesoria del confesor en la última enfermedad (los actuales artículos 3439 y 3440 del Código, referidos respectivamente al confesor católico, y al "ministro protestante"). La actual diver-

sidad religiosa de nuestra sociedad, justifica la aplicación del concepto a los ministros de todas las confesiones. Ello en el caso, por supuesto, que se juzgue apropiado mantener la incapacidad.

Dice el artículo 2482 proyectado: "***Personas que no pueden suceder.*** *No pueden suceder por testamento: […] c) los ministros de cualquier culto y los líderes o conductores de sectas que hayan asistido al causante en su última enfermedad.*

La referencia a "conductores de sectas" es inapropiada, porque el concepto de "secta" no existe en el derecho argentino, y en general en el derecho comparado. El término tiene una connotación indudablemente negativa y peyorativa. Bastaría por lo tanto con mencionar a "los ministros de cualquier culto".

c) Exequias: la novedosa (y apropiada) previsión legal acerca de las exequias (artículo 61 proyectado) omite sin embargo la referencia a las creencias o principios religiosos del difunto, a las que aludía el antecedente inmediato (proyecto de 1998). Sería oportuno mantener esa referencia. Bastaría con agregar al proyectado artículo 61 *"y sean conformes a sus creencias o principios religiosos"*

d) Deberes y derechos de los progenitores: entre los enunciados en el artículo 646, que se refiere a los deberes y derechos de los padres respecto de los hijos, no se menciona la orientación religiosa ni la formación de la conciencia, aunque sí el derecho/deber de "educar" al hijo y "prestar orientación".

Se podría agregar al Artículo 646 inciso d), *"y la formación de su conciencia"*.

En el mismo orden de ideas, cuando el artículo 655 prevé la formulación de planes de parentalidad (acuerdos entre los padres respecto de los hijos), se podría agregar un inciso: *"e) estilo y orientación religiosa de la educación"*.

En materia de ejercicio de la ahora llamada "responsabilidad parental", se mantiene la exigencia de acuerdo entre ambos progenitores para autorizar el ingreso del hijo menor en "comunidades religiosas" (artículo 645 inciso a), lo que es correcto. También subsiste, como causal de extinción de la responsabilidad parental, la "profesión del progenitor en instituto monástico", situación sobre la que he escrito en otra oportunidad[5].

e) Limitaciones a la capacidad civil: el Proyecto de Código Civil y Comercial, elimina una serie de limitaciones a la capacidad civil de las personas por razones religiosas, presentes en los códigos vigentes. La más importante es la incapacidad para contratar que afecta a "los religiosos profesos de uno y otro sexo" según el artículo 1160 del Código Civil vigente, lo mismo que las incapacidades específicas para ser testigos en instrumentos públicos (artículo 990) o para ejercer la tutela (artículo 398 inciso 16) y, por ende, la curatela; pero también la incapacidad para ser fiador de los clérigos (artículo 2011). Y en el vigente Código de Comercio, la prohibición para el ejercicio del comercio impuesta a las corporaciones religiosas y a los "clérigos de cualquier orden mientras vistan el traje clerical" (artículo 22).

Su mantenimiento no se justifica.

f) Otras previsiones referidas a los ministros de culto: El Código proyectado elimina el concepto de domicilio de los "funcionarios públicos eclesiásticos" (artículo 90 inciso 1 del vigente Código Civil), con razón, porque en el régimen de separación entre Iglesia y Estado y superada la época del patronato, los eclesiásticos no son funcionarios públicos. También, al desaparecer los "testamentos militares", se eliminan las previsiones referidas a los capellanes, como otorgantes o como autorizantes de tales testamentos (artículos 3672 y 3673), cuya subsistencia no se justificaba.

5. NAVARRO FLORIA, Juan G., *"Algunas observaciones a la nueva ley de mayoría de edad", Doctrina Judicial, año XXVI, nº 10, 10/3/10, p.607.*

g) Condiciones prohibidas en defensa de la libertad religiosa: Según el artículo 344 del Proyecto, "*Se tienen por no escritas las condiciones que afecten de modo grave la libertades de la persona, como la de elegir domicilio o religión, o decidir sobre su estado civil*". Es una norma plausible, en tanto identifica la libertad religiosa como un bien jurídico digno de la mayor protección y, por tanto, que no debe estar en su ejercicio sujeta a condicionamientos.